SERGIO PINTO MARTINS

DIREITO DO TRABALHO

10.ª Edição - Revista e Ampliada
Atualizada até dezembro de 1999

SÃO PAULO
EDITORA ATLAS S.A. - 2000

1998 by EDITORA ATLAS S.A.

1. a 5. ed. (Malheiros Editores); 6. ed. 1998; 7. ed. 1998; 8. ed. 1999; 9. ed. 1999; 10. ed. 2000

ISBN 85-224-2453-5

Capa: Roberto de Castro Polisel
Composição: Lino-Jato Editoração Gráfica

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Martins, Sergio Pinto

Direito do trabalho / Sergio Pinto Martins. - 10. ed., rev. atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2000.

Bibliografia.

ISBN 85-224-2453-5

1. Direito do trabalho 2. Direito do trabalho - Brasil I. Título.

Índice para catálogo sistemático:

1. Brasil: Direito do trabalho 34:331(81)

A Maria Gualdani e Cecília Pereira Pinto Salvadori, in memoriam.

"É a dedicação ao trabalho que distingue um indivíduo de outro; não acredito em talentos."

Euryclides de Jesus Zerbini

TRABALHOS DO AUTOR

1. Imposto sobre serviços - ISS. São Paulo: Atlas, 1992.
2. Direito da seguridade social. 13. ed. São Paulo: Atlas. 2000.
3. Direito do trabalho. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2000.
4. A terceirização e o direito do trabalho. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2000.
5. Manual do ISS. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000.
6. Participação dos empregados nos lucros das empresas. São Paulo: Malheiros, 1996.
7. Práticas discriminatórias contra a mulher e outros estudos. São Paulo: LTr, 1996.

8. Contribuição confederativa. São Paulo: LTr, 1996.
9. Medidas cautelares. São Paulo: Malheiros, 1996.
10. Manual do trabalho doméstico. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1999.
11. Tutela antecipada e tutela específica no processo do trabalho, 2. ed. São Paulo: Atlas, 2000.
12. Manual do FGTS. São Paulo: Malheiros, 1997.
13. Comentários à CLT. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000.
14. Curso de direito do trabalho. 2. ed. São Paulo: Dialética, 1999.
15. Direito processual do trabalho. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2000.
16. Contribuições sindicais. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1998.
17. Contrato de trabalho de prazo determinado e banco de horas. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000.
18. Estudos de direito. São Paulo: LTr, 1998.
19. Legislação previdenciária. 2. ed. São Pauto: Atlas, 2000.
20. Síntese de direito do trabalho. Curitiba: JM, 1999.
21. A continuidade do contrato de trabalho. São Paulo : Atlas, 2000.
22. Flexibilização das condições de trabalho. São Paulo : Atlas, 2000.
23. Legislação sindical. São Paulo: Atlas, 2000.

ARTIGOS

1. A dupla ilegalidade do IPVA. Folha de São Paulo, São Paulo, 12 mar. 1990. Caderno C, p. 3.
2. Descumprimento da convenção coletiva de trabalho. LTr, São Paulo, n.° 54-7/854, jul. 1990.
3. Franchising ou contrato de trabalho? Repertório IOB de Jurisprudência, n.° 9, texto 2/4990, p. 161, 1991.
4. A multa do FGTS e o levantamento dos depósitos para aquisição de moradia. Orientador Trabalhista - Suplemento de Jurisprudência e Pareceres, n.° 7, p. 265, jul. 1991.
5. O precatório e o pagamento da dívida trabalhista da fazenda pública. Jornal do II Congresso de Direito Processual do Trabalho, jul. 1991, p. 42. (Promovido pela LTr Editora.)
6. As férias indenizadas e o terço constitucional. Orientador Trabalhista Mapa Fiscal - Suplemento de Jurisprudência e Pareceres, n.° 8, p. 314, ago. 1991.
7. O guarda de rua contratado por moradores. Há relação de emprego? Folha Metropolitana, Guarulhos, 12 set. 1991, p. 3.
8. O trabalhador temporário e os direitos sociais. Informativo Dinâmico IOB, n.° 76, p. 1.164, set. 1991.
9. O serviço prestado após as cinco horas em seqüência ao horário noturno. Orientador Trabalhista Mapa Fiscal - Suplemento de Jurisprudência e Pareceres, n.° 10, p. 414, out. 1991.
10. Incorporação das cláusulas normativas nos contratos individuais do trabalho. Jornal do VI Congresso Brasileiro de Direito Coletivo do Trabalho e V Seminário sobre Direito Constitucional do Trabalho, nov. 1991, p. 43. (Promovido pela LTr Editora.)
11. Adicional de periculosidade no setor de energia elétrica: algumas considerações. Orientador Trabalhista Mapa Fiscal - Suplemento de Jurisprudência e Pareceres, n.° 12, p. 544, dez. 1991.
12. Salário-maternidade da empregada doméstica. Folha Metropolitana, Guarulhos, 2-3 fev. 1992, p. 7.
13. Multa pelo atraso no pagamento de verbas rescisórias. Repertório IOB de Jurisprudência, n.° 1, texto 2/5839, p. 19, 1992.
14. Base de cálculo dos adicionais. Orientador Trabalhista Mapa Fiscal - Suplemento de Legislação, Jurisprudência e Doutrina, n.° 2, 130, fev. 1992.

15. Base de cálculo do adicional de insalubridade. Orientador Trabalhista Mapa Fiscal - Suplemento de Legislação, Jurisprudência e Doutrina, n.° 4, p. 230, abr. 1992.
16. Limitação da multa prevista em norma coletiva. Repertório IOB de Jurisprudência, n.° 10, texto 2/6320, p. 192. 1992.
17. Estabilidade provisória e aviso prévio. Orientador Trabalhista Mapa Fiscal - Suplemento de Legislação, Jurisprudência e Doutrina, n.° 5, p. 279, maio 1992.
18. Contribuição confederativa. Orientador Trabalhista Mapa Fiscal - Suplemento de Legislação, Jurisprudência e Doutrina, n.° 6, p. 320, jun. 1992.
19. O problema da aplicação da norma coletiva de categoria diferenciada à empresa que dela não participou. Orientador Trabalhista Mapa Fiscal - Suplemento de Legislação, Jurisprudência e Doutrina, n.° 7, p. 395, jul. 1992.
20. Intervenção de terceiros no processo de trabalho: cabimento. Jornal do IV Congresso Brasileiro de Direito Processual do Trabalho, jul. 1992, p. 4. (Promovido pela LTr Editora.)
21. Relação de emprego: dono de obra e prestador de serviços. Folha Metropolitana, Guarulhos, 21 jul. 1992, p. 5.
22. Estabilidade provisória do cipeiro. Orientador Trabalhista Mapa Fiscal - Suplemento de Legislação, Jurisprudência e Doutrina, n.° 8, p. 438, ago. 1992.
23. O ISS e a autonomia municipal. Suplemento Tributário LTr, n.° 54, p. 337, 1992.
24. Valor da causa no processo do trabalho. Suplemento Trabalhista LTr, n.° 94, p. 601, 1992.
25. Estabilidade provisória do dirigente sindical. Orientador Trabalhista Mapa Fiscal - Suplemento de Legislação, Jurisprudência e Doutrina, n.° 9, p. 479, set. 1992.
26. Estabilidade no emprego do aidético. Folha Metropolitana, Guarulhos, 20-21 set. 1992, p. 16.
27. Remuneração do engenheiro. Orientador Trabalhista Mapa Fiscal - Suplemento de Legislação, Jurisprudência e Doutrina, n.° 10, p. 524, out. 1992.
28. Estabilidade do acidentado. Repertório IOB de Jurisprudência, n.° 22, texto 2/6933, p. 416, 1992.
29. A terceirização e suas implicações no direito do trabalho. Orientador Trabalhista Mapa Fiscal - Legislação, Jurisprudência e Doutrina, n.° 11, p. 583, nov. 1992.
30. Contribuição assistencial. Jornal do VII Congresso Brasileiro de Direito Coletivo do Trabalho e VI Seminário sobre Direito Constitucional do Trabalho, nov. 1992, p. 5.
31. Descontos do salário do empregado. Orientador Trabalhista Mapa Fiscal - Suplemento de Legislação, Jurisprudência e Doutrina, n.° 12, p. 646, dez. 1992.
32. Transferência de empregados. Orientador Trabalhista Mapa Fiscal - Suplemento de Legislação, Jurisprudência e Doutrina, n.° 1, p. 57, jan. 1993.
33. A greve e o pagamento dos dias parados. Orientador Trabalhista Mapa Fiscal - Suplemento de Legislação, Jurisprudência e Doutrina, n.° 2, p. 138, fev. 1993.
34. Auxílio-doença. Folha Metropolitana, Guarulhos, 30 jan. 1993. p. 5.
35. Salário-família. Folha Metropolitana, Guarulhos, 16 fev. 1993, p. 5.
36. Depósito recursal. Repertório IOB de Jurisprudência, n.° 4, texto 2/7239, p. 74, fev. 1993.
37. Terceirização. Jornal Magistratura & Trabalho, n.° 5, p. 12, jan. e fev. 1993.

38. Auxílio-natalidade. Folha Metropolitana, Guarulhos, 9 mar. 1993, p. 4.
39. A diarista pode ser considerada empregada doméstica? Orientador Trabalhista Mapa Fiscal - Suplemento Trabalhista Mapa Fiscal - Suplemento de Legislação, Jurisprudência e Doutrina, n.° 3/93, p. 207.

40. Renda mensal vitalícia. Folha Metropolitana, Guarulhos, 17 mar. 1993, p. 6.
41. Aposentadoria espontânea com a continuidade do aposentado na empresa. Jornal do Primeiro Congresso Brasileiro de Direito Individual do Trabalho, 29 e 30 mar. 1993, p. 46-47. (Promovido pela LTr Editora.)
42. Relação de emprego e atividades ilícitas. Orientador Trabalhista Mapa Fiscal - Suplemento de Legislação, Jurisprudência e Doutrina, n.° 5/93, p. 345.
43. Conflito entre norma coletiva do trabalho e legislação salarial superveniente. Revista do Advogado, n.° 39, p. 69, maio 1993.
44. Condição jurídica do diretor de sociedade em face do direito do trabalho. Orientador Trabalhista Mapa Fiscal - Suplemento de Legislação, Jurisprudência e Doutrina, n.° 6/93, p. 394.
45. Equiparação salarial. Orientador Trabalhista Mapa Fiscal - Suplemento de Legislação, Jurisprudência e Doutrina, n.° 7/93, p. 467.
46. Dissídios coletivos de funcionários públicos. Jornal do V Congresso Brasileiro de Direito Processual do Trabalho, jul. 1993, p. 15. (Promovido pela LTr Editora.)
47. Contrato coletivo de trabalho. Orientador Trabalhista Mapa Fiscal - Suplemento de Legislação, Jurisprudência e Doutrina, n.° 8/93, p. 536.
48. Reintegração no emprego do empregado aidético. Suplemento Trabalhista LTr, n.° 102/93, p. 641.
49. Incidência da contribuição previdenciária nos pagamentos feitos na Justiça do Trabalho. Orientador Trabalhista Mapa Fiscal - Suplemento de Legislação, Jurisprudência e Doutrina, n.° 9/93, p. 611.
50. Contrato de trabalho por obra certa. Orientador Trabalhista Mapa Fiscal - Suplemento de Legislação, Jurisprudência e Doutrina, n.° 10/93, p. 674.
51. Auto-aplicabilidade das novas prestações previdenciárias da Constituição. Revista de Previdência Social, n.° 154, p. 897, set. 1993.
52. Substituição processual e o Enunciado 310 do TST. Orientador Trabalhista Mapa Fiscal - Suplemento de Legislação, Jurisprudência e Doutrina, n.° 11/93, p. 719.
53. Litigância de má-fé no processo do trabalho. Repertório IOB de Jurisprudência, n.° 22/93, texto 2/8207, p. 398.
54. Constituição e custeio do sistema confederativo. Jornal do VIII Congresso Brasileiro de Direito Coletivo do Trabalho e VII Seminário sobre Direito Constitucional do Trabalho, nov. 1993, p. 68. (Promovido pela LTr Editora.)
55. Participação nos lucros. Orientador Trabalhista Mapa Fiscal - Suplemento de Legislação, Jurisprudência e Doutrina, n.° 12/93, p. 778.
56. Auxílio-funeral. Folha Metropolitana, Guarulhos, 22-12-1993, p. 5.
57. Regulamento de empresa. Orientador Trabalhista Mapa Fiscal - Suplemento de Legislação, Jurisprudência e Doutrina, n.° 1/94, p. 93.
58. Aviso-prévio. Orientador Trabalhista Mapa Fiscal - Suplemento de Legislação, Jurisprudência e Doutrina, n.° 2/94, p. 170.
59. Compensação de horários. Orientador Trabalhista Mapa Fiscal - Suplemento de Legislação, Jurisprudência e Doutrina, n.° 3/94, p. 237.
60. Controle externo do Judiciário. Folha Metropolitana, Guarulhos, 10-3-1994, p. 2; Folha da Tarde, São Paulo, 26-3-1994, p. A2.
61. Aposentadoria dos juízes. Folha Metropolitana, Guarulhos, 11-3-1994, p. 2; Folha da Tarde, São Paulo, 23-3-1994, p. A2.
62. Base de cálculo da multa de 40% do FGTS. Jornal do Segundo Congresso Brasileiro de Direito Individual do Trabalho, promovido pela LTr, 21 a 23-3-1994, p. 52.
63. Denunciação da lide no processo do trabalho. Repertório IOB de Jurisprudência, n.° 7/94, abril de 1994, p. 117, texto 2/8702.
64. A quitação trabalhista e o Enunciado n.° 330 do TST. Orientador Trabalhista Mapa Fiscal - Suplemento de Legislação, Jurisprudência e Doutrina, n.° 4/94, p. 294.

65. A indenização de despedida prevista na Medida Provisória n.° 457/94. Repertório IOB de Jurisprudência, n.° 9/94, p. 149, texto 2/8817.
66. A terceirização e o Enunciado n.° 331 do TST. Orientador Trabalhista Mapa Fiscal - Suplemento de Legislação, Jurisprudência e Doutrina, n.° 5/94, p. 353.
67. Superveniência de acordo ou convenção coletiva após sentença normativa - prevalência. Orientador Trabalhista Mapa Fiscal - Suplemento de Legislação, Jurisprudência e Doutrina, n.° 6/94, p. 386.
68. Licença-maternidade da mãe adotiva. Orientador Trabalhista Mapa Fiscal - Suplemento de Legislação, Jurisprudência e Doutrina, n.° 7/94, p. 419.
69. Medida cautelar satisfativa. Jornal do 5.° Congresso Brasileiro de Direto Processual do Trabalho, promovido pela LTr nos dias 25 a 27-7-1994, p. 58.
70. Estabelecimento prestador do ISS. Suplemento Tributário LTr, n.° 35/94, p. 221.
71. Turnos ininterruptos de revezamento. Orientador Trabalhista Mapa Fiscal - Suplemento de Legislação, Jurisprudência e Doutrina, n.° 8/94, p. 468.
72. Considerações em torno do novo Estatuto da OAB. Repertório IOB de Jurisprudência, n.° 17/94, set. 1994, p. 291, texto 2/9269.
73. Diárias e ajudas de custo. Orientador Trabalhista Mapa Fiscal - Suplemento de Legislação, Jurisprudência e Doutrina, n.° 9/94, p. 519.
74. Reajustes salariais, direito adquirido e irredutibilidade salarial. Orientador Trabalhista Mapa Fiscal - Suplemento de Legislação, Jurisprudência e Doutrina, n.° 10/94, p. 586.
75. Os serviços de processamento de dados e o Enunciado n.° 239 do TST. Orientador Trabalhista Mapa Fiscal - Suplemento de Legislação, Jurisprudência e Doutrina, n.° 11/94, p. 653.
76. Desnecessidade de depósito administrativo e judicial para discutir o crédito da seguridade social. Orientador Trabalhista Mapa Fiscal - Suplemento de Legislação, Jurisprudência e Doutrina, n.° 12/94, p. 700.
77. Número máximo de dirigentes sindicais beneficiados com estabilidade. Repertório IOB de Jurisprudência, n.° 24/94, dezembro de 1994, p. 408, texto 2/9636.
78. Participação nos lucros e incidência da contribuição previdenciária
Revista de Previdência Social, n.° 168, nov. 1994, p. 853.
79. Proteção do trabalho da criança e do adolescente - considerações gerais. BTC - Boletim Tributário Contábil - Trabalho e Previdência, dez. 1994, n.° 51, p. 625.
80. Critérios de não-discriminação no trabalho. Orientador Trabalhista Mapa Fiscal - Suplemento de Legislação, Jurisprudência e Doutrina, n.° 1/95, p. 103.
81. Embargos de declaração no processo do trabalho e a Lei n.° 8.950/94 que altera o CPC. Repertório IOB de Jurisprudência, n.° 3/95, fev. 1995, texto 2/9775, p. 41.
82. Empregado doméstico - Questões polêmicas. Orientador Trabalhista Mapa Fiscal - Suplemento de Legislação, Jurisprudência e Doutrina, n.° 2/95, p. 152.
83. Não concessão de intervalo para refeição e pagamento de hora extra. Orientador Trabalhista Mapa Fiscal – Suplemento de Legislação, Jurisprudência e Doutrina, n.° 3/95, p. 199.
84. Lei altera artigo da CLT e faz prover conflitos. Revista Literária de Direito, mar./abr. 1995, p. 13.
85. Empregados não sujeitos ao regime de duração do trabalho e o artigo 62 da CLT. Orientador Trabalhista Mapa Fiscal - Suplemento de Legislação, Jurisprudência e Doutrina, n.° 4/95, p. 240.
86. A Justiça do Trabalho não pode ser competente para resolver questões entre sindicato de empregados e empregador. Revista Literária de Direito, maio/jun. 1995, p. 10.
87. Minutos que antecedem e sucedem a jornada de trabalho.
Orientador Trabalhista Mapa Fiscal - Suplemento de Legislação, Jurisprudência e Doutrina, n.° 5/95, p. 297.

88. Práticas discriminatórias contra a mulher e a Lei n.° 9.029/95. Repertório IOB de Jurisprudência, n.° 11/95, jun. 1995, p. 149, texto 2/10157.
89. Conflito entre a nova legislação salarial e a norma coletiva anterior. Orientador Trabalhista Mapa Fiscal - Suplemento de Legislação, Jurisprudência e Doutrina, n.° 6/95, p. 362.
90. Imunidade tributária. Suplemento Tributário LTr, 34/95, p. 241.
91. Co-gestão. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 8.ª Região, v. 28, n.° 54, jan./jun. 1995, p. 101.
92. Licença-paternidade. Orientador Trabalhista Mapa Fiscal - Suplemento de Legislação, Jurisprudência e Doutrina, n.° 7/95, p. 409.
93. Embargos de declaração. Jornal do VII Congresso Brasileiro de Direito Processual de Trabalho, São Paulo: LTr, 24 a 26 jul. 1995, p. 54.
94. Reforma da Constituição e direitos previdenciários. Jornal Do VIII Congresso Brasileiro de Previdência Social, n.° 179, out. 1995, p. 723.
95. Ação declaratória incidental e coisa julgada no processo do trabalho. Suplemento Trabalhista LTr 099/95, p. 665 e Revista do TRT da 8.ª Região, Belém, v. 28, n.° 55, jul. dez. 1995, p. 39.

SUMÁRIO

Prefácio, 27

Nota à 10.ª edição, 29

Parte I - INTRODUÇÃO AO DIREITO DO TRABALHO, 31
1 - HISTÓRIA DO DIREITO DO TRABALHO, 33
1. Introdução, 33
2. Evolução mundial, 33
3. Evolução no Brasil, 38
Verificação de aprendizagem, 40

2 - DENOMINAÇÃO, 41
1. Introdução, 41
2. Legislação do trabalho, 41
3. Direito operário, 41
4. Direito industrial, 42
5. Direito corporativo, 42
6. Direito social, 43
7. Direito sindical, 43
8. Direito do trabalho, 43
Verificação de aprendizagem, 43

3 - CONCEITO DE DIREITO DO TRABALHO, 45
Verificação de aprendizagem, 46

4 - DIVISÕES DA MATÉRIA, 47
Verificação de aprendizagem, 48

5 - AUTONOMIA DO DIREITO DO TRABALHO, 49
1. Introdução, 49
2. Características da autonomia de uma ciência, 49
3. Desenvolvimento legal, 49
4. Desenvolvimento doutrinário, 50
5. Desenvolvimento didático, 50
6. Autonomia jurisdicional, 50
7. Autonomia científica, 51
Verificação de aprendizagem, 51

6 - POSIÇÃO ENCICLOPÉDICA DO DIREITO DO TRABALHO, 52
1. Introdução, 52
2. Teoria do direito público, 52
3. Teoria do direito privado, 53

4. Teoria do direito social, 53
5. Teoria do direito misto, 53
6. Teoria do direito unitário, 54
7. Nossa posição, 54
Verificação de aprendizagem, 54

7 - RELAÇÕES DO DIREITO DO TRABALHO COM OS DEMAIS RAMOS DO DIREITO, 56
1. Direito constitucional, 56
2. Direito civil, 56
3. Direito comercial, 57
4. Direito internacional, 57
5. Direito penal, 57
6. Direito da seguridade social, 57
7. Direito administrativo, 58
8. Direito tributário, 58
9. Direito econômico, 58
10. Direito processual do trabalho, 59
11. Com outras áreas, 59
Verificação de aprendizagem, 59

8 - FONTES DO DIREITO DO TRABALHO, 60
1. Introdução, 60
2. Fontes, 62
2.1 Constituição, 62
2.2 Leis, 62
2.3 Atos do Poder Executivo, 63
2.4 Sentença normativa, 63
2.5 Convenções e acordos coletivos, 64
2.6 Regulamentos de empresa, 64
2.7 Disposições contratuais, 64
2.8 Usos e costumes, 65
3. Hierarquia, 65
4. Classificação das normas trabalhistas, 66
Verificação de aprendizagem, 67

9 - APLICAÇÃO DAS NORMAS DE DIREITO DO TRABALHO, 69
1. Interpretação, 69
2. Integração, 70
3. Eficácia, 71
3.1 Eficácia no tempo, 71
3.2 Eficácia no espaço, 71
Verificação de aprendizagem, 72

10 - PRINCÍPIOS DO DIREITO DO TRABALHO, 73
1. Conceito de princípio, 73
2. Funções dos princípios, 74
3. Princípios gerais, 74
4. Princípios de direito do trabalho, 75
4.1 Princípio da proteção, 75

4.2 Princípio da irrenunciabilidade de direitos, 76
4.3 Princípio da continuidade da relação de emprego, 77
4.4 Princípio da primazia da realidade, 77
Verificação de aprendizagem, 78

Parte II - DIREITO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 79
11 - DIREITO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 81
1. Introdução, 81

2. OIT, 81
3. Declarações internacionais, 83
4. Tratados internacionais, 85
Verificação de aprendizagem, 85

Parte III - DIREITO INDIVIDUAL DO TRABALHO, 87

12 - DIREITO INDIVIDUAL DO TRABALHO, 89
1. Conceito, 89
2. Divisão, 89
Verificação de aprendizagem, 89

13 - CONTRATO DE TRABALHO, 90
1. Denominação, 90
2. Conceito, 90
3. Diferenciação, 91
4. Natureza jurídica, 93
5. Objeto, 94
6. Requisitos, 94
6.1 Continuidade, 95
6.2 Subordinação, 95
6.3 Onerosidade, 95
6.4 Pessoalidade, 96
6.5 Alteridade, 96
6.6 Requisitos não essenciais, 96
7. Características, 97
8. Classificação, 97
9. Condições, 98
9.1 Atividades ilícitas, 98
10. Forma, 101
11. Duração, 102
12. Contrato de trabalho por tempo determinado, 102
12.1 Contrato de experiência, 107
12.2 Contrato de trabalho por obra certa, 109
12.2.1 Contrato de trabalho por prazo determinado, 109
12.2.2 Evolução legislativa, 110
12.2.3 Vigência, 110
12.2.4 Licitude do contrato de obra certa, 111
12.2.5 Prazo, 111
12.2.6 Requisitos, 112
12.2.7 Verbas rescisórias, 113
12.2.8 Indenização, 113
12.3 Contrato de trabalho de prazo determinado da Lei n.º 9.601/98, 115
12.3.1 Introdução, 115
12.3.2 Denominação, 115
12.3.3 Contratação, 115

12.3.4 Empresas com até 20 empregados, 119
12.3.5 Médias, 120
12.3.6 Duração e prorrogação, 121
12.3.7 Garantia de emprego, 123
12.3.8 Indenização, 124
12.3.9 Aviso prévio e indenização de 40% do FGTS, 124
12.3.10 Depósito da norma coletiva, 125
13. Trabalho a tempo parcial, 125
13.1 Denominação, 125

13.2 Conceito, 125
13.3 Direito internacional, 125
13.4 Finalidade, 126
13.5 Legislação, 126
13.6 Transformação de contratos, 126
Verificação de aprendizagem, 127

14 - EMPREGADO, 128
1. Conceito e requisitos, 128
2. Empregado em domicílio, 130
3. Empregado aprendiz, 132
4. Empregado doméstico, 132
5. Empregado rural, 136
6. Empregado público, 137
7. Diretor de sociedade, 138
8. Trabalhador temporário, 143
9. Trabalhador autônomo, 145
10. Trabalhador eventual, 152
11. Trabalhador avulso, 153
12. Estagiário, 155
13. Terceirização, 160
Verificação de aprendizagem, 161

15 - EMPREGADOR, 162
1. Conceito, 162
2. Empresa, 162
2.1 Conceito, 162
2.2 Distinção, 163
2.3 Natureza jurídica, 164
3. Empregador, 165
4. Empresa de trabalho temporário, 167
5. Empregador rural, 167
6. Empregador doméstico, 167
7. Grupo de empresas, 168
8. Dono de obra, 171
9. Empregador por equiparação, 172
10. Alterações na empresa, 173
Verificação de aprendizagem, 175

16 - PODER DE DIREÇÃO DO EMPREGADOR, 176
1. Introdução, 176
2. Poder de organização, 176
3. Poder de controle, 177
4. Poder disciplinar, 177
5. Regulamento de empresa, 179

5.1 Introdução, 179
5.2 Direito comparado, 179
5.3 Denominação, 180
5.4 Conceito, 180
5.5 Distinção, 181
5.6 Natureza jurídica, 181
5.7 Finalidade, 182
5.8 Modalidades, 182
5.9 Conteúdo, 183
5.10 Validade, 184
5.11 Prazo de vigência, 185

5.12 Interpretação, 185
5.13 Limites, 185
5.14 Campo de aplicação, 186
5.15 Alteração, 186
5.16 Controle externo, 187
5.17 Considerações finais, 187
Verificação de aprendizagem, 188

17 - REMUNERAÇÃO, 189
1. Denominação, 189
2. Conceito, 189
3. Distinção, 191
4. Elementos da remuneração, 193
5. Classificação da remuneração, 194
5.1 Salário por unidade de tempo, 194
5.2 Salário por unidade de obra, 195
5.3 Salário por tarefa, 196
5.4 Salário em dinheiro, 196
5.5 Salário em utilidades, 197
5.6 Remuneração variável, 201
6. Tipos especiais de salário, 205
6.1 Abonos, 205
6.2 Adicionais, 206
6.2.1 Adicional de horas extras, 206
6.2.2 Adicional noturno, 207
6.2.3 Adicional de insalubridade, 207
6.2.4 Adicional de periculosidade, 209
6.2.4.1 Adicional de periculosidade no setor de energia elétrica, 210
6.2.5 Adicional de transferência, 212
6.2.6 Adicional por tempo de serviço, 213
6.2.7 Base de cálculo dos adicionais, 213
6.3 Ajuda de custo, 214
6.4 Comissões, 216
6.5 Diárias, 217
6.6 Gorjeta, 219
6.7 Gratificações, 221
6.8 Gratificação de função, 222
6.9 Décimo terceiro salário, 222
6.9.1 Generalidades, 222
6.9.2 Pagamento do 13.° salário com produtos, 227
6.9.3 Redução do 13.° salário, 228
6.10 Prêmios, 230
6.11 Quebra de caixa, 231

6.12 Salário-família, 231
6.13 Salário-maternidade, 232
6.14 Participação nos lucros, 232
6.14.1 Origens, 232
6.14.2 Direito comparado e internacional, 233
6.14.3 Evolução na legislação brasileira, 234
6.14.4 Denominação, 235
6.14.5 Conceito, 236
6.14.6 Distinção, 236
6.14.7 Fundamentos, 237
6.14.8 Fontes de participação nos lucros, 237
6.14.9 Facultatividade, 238
6.14.10 Lucros, 238

6.14.11 Resultados, 238
6.14.12 Desvinculação da remuneração, 239
6.14.13 Auto-aplicabilidade, 240
6.14.14 Forma, 243
6.14.15 Natureza jurídica, 243
6.14.16 Beneficiários, 245
6.14.17 Regras gerais, 246
6.15 PIS-Pasep, 249
6.16 Verba de representação, 251
7. Proteção ao salário, 251
7.1 Defesa do salário em face do empregador, 252
7.2 Defesa do salário em face dos credores do empregado, 254
7.3 Defesa do salário em face dos credores do empregador, 254
7.4 Defesa do salário em função dos interesses da família do empregado, 255
8. Descontos no salário do empregado, 255
Verificação de aprendizagem, 260

18 - EQUIPARAÇÃO SALARIAL, 261
1. Introdução, 261
2. Requisitos, 262
3. Identidade de funções, 262
4. Trabalho de igual valor, 263
5. Mesmo empregador, 264
6. Mesma localidade, 265
7. Simultaneidade na prestação de serviços, 266
8. Quadro organizado em carreira, 266
9. Número de paradigmas, 267
10. Equivalência salarial, 267
11. Salário-substituição, 268
Verificação de aprendizagem, 269

19 - POLÍTICA SALARIAL, 270
1. Introdução, 270
2. Salário mínimo, 270
3. Salário profissional, 274
4. Política salarial, 274
5. Direito adquirido e irredutibilidade salarial, 275
Verificação de aprendizagem, 276

20 - ALTERAÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO, 277
1. Princípio da imodificabilidade, 277

2. lus variandi, 278
3. Transferência de empregados, 279
3.1 Introdução, 279
3.2 Lei n.º 6.203/75, 279
3.3 Mudança de domicílio, 279
3.4 Cargo de confiança, 280
3.5 Cláusula explícita, 280
3.6 Cláusula implícita, 281
3.7 Extinção do estabelecimento, 281
3.8 Transferência provisória, 282
3.9 Adicional de transferência, 283
3.10 Transferência no grupo de empresas, 283
3.11 Despesas da transferência, 284
3.12 Transferência para o exterior, 284
Verificação de aprendizagem, 286

21 - SUSPENSÃO E INTERRUPÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO, 287
1. Denominação, 287
2. Conceito, 287
3. Distinção, 288
4. Hipóteses, 288
4.1 Aborto, 288
4.2 Auxílio-doença, 289
4.3 Acidente do trabalho, 289
4.4 Aposentadoria por invalidez, 289
4.5 Aviso prévio, 290
4.6 Empregado eleito para o cargo de diretor, 290
4.7 Encargo público, 290
4.8 Faltas ao serviço, 291
4.9 Férias, 300
4.10 Greve, 300
4.11 Inquérito para apuração de falta grave, 300
4.12 Intervalos, 301
4.13 Lockout, 301
4.14 Prontidão e sobreaviso, 301
4.15 Repouso semanal remunerado, 301
4.16 Representação sindical, 302
4.17 Salário-maternidade, 302
4.18 Segurança nacional, 302
4.19 Serviço militar, 302
4.20 Suspensão disciplinar, 303
4.21 Suspensão do contrato de trabalho para qualificação profissional, 303
4.21.1 Introdução, 303
4.21.2 Denominação, 304
4.21.3 Período, 304
4.21.4 Atividade da empresa, 305
4.21.5 Requisitos, 305
4.21.6 Renovação da suspensão, 306
4.21.7 Despesas da qualificação profissional, 306
4.21.8 Direitos, 306
4.21.9 Dispensa, 307
4.21.10 Sanções, 307
4.21.11 Conclusão, 308
5. Efeitos, 308
6. Contratos por tempo determinado, 308

7. Dispensa do empregado, 309
Verificação de aprendizagem, 309

22 - CESSAÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO, 310
1. Denominação, 310
2. Conceito, 311
3. OIT, 311
4. Dispensa arbitrária, 313
5. Divisão, 313
6. Cessação do contrato de trabalho por decisão do empregador, 313
6.1 Dispensa do empregado sem justa causa, 314
6.2 Dispensa do empregado com justa causa, 314
6.2.1 Terminologia, 314
6.2.2 Conceito, 315
6.2.3 Sistemas, 315
6.2.4 Taxatividade do art. 482 da CLT, 316

6.2.5 Tipificação da justa causa pelo empregador, 316
6.2.6 Elementos, 317
6.2.7 Forma, 318
6.2.8 Local, 319
6.2.9 Tempo, 319
6.2.10 Culpa recíproca, 319
6.2.11 Ônus da prova, 319
6.2.12 Hipóteses legais, 320
6.2.12.1 Ato de improbidade, 320
6.2.12.2 Incontinência de conduta, 321
6.2.12.3 Mau procedimento, 321
6.2.12.4 Negociação habitual, 322
6.2.12.5 Condenação criminal, 322
6.2.12.6 Desídia, 323
6.2.12.7 Embriaguez, 324
6.2.12.8 Violação de segredo da empresa, 325
6.2.12.9 Indisciplina, 325
6.2.12.10 Insubordinação, 326
6.2.12.11 Abandono de emprego, 326
6.2.12.12 Ato lesivo à honra e boa fama, 327
6.2.12.13 Ofensa física, 327
6.2.12.14 Prática constante de jogos de azar, 328
6.2.12.15 Atos atentatórios à segurança nacional, 328
6.2.12.16 Outras hipóteses, 329
7. Cessação do contrato de trabalho por decisão do empregado, 329
7.1 Pedido de demissão, 330
7.2 Rescisão indireta, 330
7.3 Aposentadoria, 333
7.4 Contagem de tempo de serviço em razão da readmissão do empregado, 335
8. Cessação do contrato por desaparecimento de uma das partes, 338
8.1 Morte do empregado, 338
8.2 Morte do empregador pessoa física, 339
8.3 Extinção de empresa, 339
9. Cessação do contrato de trabalho por mútuo acordo das partes, 339
10. Cessação por advento do termo do contrato, 339
11. Força maior, 340
Verificação de aprendizagem, 340

23 - AVISO PRÉVIO, 342
1. Origens, 342
2. Conceito, 343
3. Natureza jurídica, 343
4. Irrenunciabilidade, 343
5. Cabimento, 344
6. Forma, 345
7. Prazo, 346
8. Efeitos, 347
9. Aviso prévio e estabilidade, 349
10. Doença ou acidente do trabalho, 350
11. Aviso prévio cumprido em casa, 351
12. Remuneração do aviso prévio, 352
Verificação de aprendizagem, 352

24 – ESTABILIDADE, 354
1. História, 354
2. Denominação, 356

3. Conceito, 356
4. Estabilidade por tempo de serviço, 357
5. Exclusão do direito à estabilidade, 357
6. Garantias de emprego, 358
6.1 Dirigente sindical, 358
6.2 Membro da Cipa, 360
6.3 Gestante, 363
6.4 Acidentado, 366
6.5 Membro do Conselho Curador do FGTS, 369
6.6 Membro do CNPS, 369
6.7 Doente de Aids, 369
6.8 Empregados eleitos diretores de sociedades cooperativas, 372
7. Extinção da estabilidade, 373
Verificação de aprendizagem, 373

25 - INDENIZAÇÃO, 374
1. Introdução, 374
2. Conceito, 375
3. Fundamentos, 375
4. Natureza jurídica, 376
5. Contratos por tempo indeterminado, 377
6. Contratos por tempo determinado, 378
7. Estabilidade, 380
8. Culpa recíproca, 380
9. Força maior, 380
10. Factum principis, 380
11 Morte do empregador, 381
12 Aposentadoria, 381
13 Indenização adicional, 381
Verificação de aprendizagem, 383

26 - FUNDO DE GARANTIA DO TEMPO DE SERVIÇO - FGTS, 384
1. História, 384
2. Conceito, 385
3. Opção, 386
4. Administração, 387

5. Natureza jurídica, 387
6. Contribuintes, 392
7. Beneficiários, 392
8. Depósitos, 392
9. Prazo, 394
10. Saques,
11. Rescisão do contrato de trabalho, 397
12. Indenização, 397
13. FGTS e a Lei n.º 9.601/98, 401
14. Prescrição, 403
15. Competência, 405
Verificação de aprendizagem, 405

Parte IV - DIREITO TUTELAR DO TRABALHO, 407

27 - DIREITO TUTELAR DO TRABALHO, 409
1. Denominação, 409
2. Conceito, 409
3. Matéria a ser estudada, 410
Verificação de aprendizagem, 410

28 - IDENTIFICAÇÃO E REGISTRO PROFISSIONAL, 411
1. Introdução, 411
2. Denominação, 411
3. Conceito, 412
4. Evolução, 412
5. Destinatários, 413
6. Conteúdo da CTPS, 414
7. Obtenção da CTPS, 415
8. Anotações, 415
9. Valor das anotações, 416
10. Reclamações por falta ou recusa de anotação, 417
11. Prescrição, 418
12. Livro de registro, 418
Verificação de aprendizagem, 419

29 - CRITÉRIOS DE NÃO-DISCRIMINAÇÃO NO TRABALHO, 420
1. Introdução, 420
2. Critérios genéricos, 420
3. Critérios específicos, 422
3.1 Trabalhadores urbanos e rurais, 422
3.2 Proteção do mercado de trabalho da mulher, 422
3.3 Discriminação por motivo de sexo, idade, estado civil, cor, 423
3.4 Deficientes físicos, 425
3.5 Trabalho manual, técnico e intelectual, 426
3.6 Trabalhador com vínculo empregatício permanente e trabalhador avulso, 427
3.7 Empregado comum e empregado em domicílio, 427
Verificação de aprendizagem, 428

30 - JORNADA DE TRABALHO, 429
1. História, 429
2. Direito internacional, 430
3. Evolução no Brasil, 430
4. Denominação, 431
5. Conceito, 431

6. Natureza jurídica, 433
7. Classificação, 433
8. Fundamentos, 434
9. Jornada de trabalho, 434
10. Empregados excluídos, 436
10.1 Constitucionalidade, 437
10.2 Atividades externas, 438
10.3 Encargos de gestão, 439
10.4 Trabalhadores avulsos, 441
10.5 Conclusões, 441
11. Conceito de horas extras, 442
12. Acordo de prorrogação de horas, 442
13. Compensação da jornada de trabalho, 446
13.1 Flexibilização das normas trabalhistas, 447
13.2 Compensação de horário, 448
13.3 Ajuste tácito, 453
14. Redução da jornada, 453
15. Necessidade imperiosa, 453
15.1 Força maior, 454
15.2 Serviços inadiáveis, 454
15.3 Recuperação de tempo em razão de paralisações, 454
16. Turnos ininterruptos de revezamento, 455

16.1 Histórico, 455
16.2 Objetivo, 455
16.3 Conceito, 456
16.4 Aplicação, 457
16.5 Concessão de intervalo, 458
16.6 Folgas, 459
16.7 Fixação do turno, 459
16.8 Remuneração, 460
17. Horas in itinere, 460
18. Sobreaviso, prontidão e bip, 461
19. Adicional de horas extras, 463
20. Trabalho noturno, 464
20.1 Horário noturno, 464
20.2 Adicional noturno, 464
20.3 Hora noturna reduzida, 465
20.4 Regime de revezamento, 467
20.5 Empresas que mantêm ou não o trabalho noturno, 467
20.6 Horários mistos, 467
20.7 Trabalho prestado após as 5 horas em seqüência ao horário noturno, 468
20.8 Cálculo do adicional, 470
Verificação de aprendizagem, 471

31 - INTERVALOS PARA DESCANSO, 472
1. Denominação, 472
2. Conceito, 472
3. Intervalos intrajornada, 472
3.1 Serviços de mecanografia, 476
3.2 Serviços em frigoríficos, 477
3.3 Mineiros, 477
3.4 Mulher em fase de amamentação, 477
3.5 Outros intervalos, 478
4. Intervalo interjornada, 478

Verificação de aprendizagem, 479

32 - REPOUSO SEMANAL REMUNERADO, 480
1. História, 480
2. Direito Internacional, 480
3. Evolução no Brasil, 481
4. Denominação, 482
5. Conceito, 483
6. Natureza jurídica, 483
7. Vigência dos arts. 67 a 70 da CLT, 483
8. Trabalhadores beneficiados, 484
9. Remuneração, 485
9.1 Horas extras, 486
9.2 Comissionistas, 486
9.3 Gratificações, 486
9.4 Férias, 487
9.5 Bancários, 487
9.6 Professor, 487
9.7 Reflexos do adicional de insalubridade ou periculosidade, 487
9.8 Condição de pagamento, 487
10. Feriados, 489
11 Dias de repouso trabalhados, 489
11.1 Remuneração, 490
Verificação de aprendizagem, 491

33 - FÉRIAS, 492
1. Introdução, 492
2. História, 492
3. Direito Internacional, 492
4. No Brasil, 493
5. Conceito, 494
6. Natureza jurídica, 494
7. Período aquisitivo, 495
8. Faltas, 497
9. Perda do direito de férias, 498
10. Período concessivo, 499
11. Comunicação das férias, 500
12. Férias concedidas após o período concessivo, 500
13. Férias coletivas, 501
13.1 Introdução, 501
13.2 Estabelecimentos abrangidos, 502
13.3 Períodos, 502
13.4 Comunicações, 503
13.5 Empregados com menos de 12 meses, 504
13.6 Carimbo de férias, 505
14. Remuneração, 506
15. Abono, 507
16. Dos efeitos da cessação do contrato de trabalho, 508
17. Prescrição, 509
18. Outros tipos de empregados, 509
Verificação de aprendizagem, 510

34 - TRABALHO DA MULHER, 511
1. Introdução, 511
2. Âmbito internacional, 511

3. No Brasil, 513
4. Fundamentos de proteção ao trabalho da mulher, 514
5. A contratação do trabalho da mulher, 515
6. Duração do trabalho, 515
7. Salário, 516
8. Trabalho noturno, 516
9. Períodos de descanso, 516
10. Trabalhos proibidos, 517
11. Métodos e locais de trabalho, 517
12. Proteção à maternidade, 518
12.1 Práticas discriminatórias contra a mulher, 522
12.2 Proteção do mercado de trabalho da mulher, 526
13. Amamentação, 529
Verificação de aprendizagem, 530

35 - TRABALHO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE, 531
1. Introdução, 531
2. Medidas de proteção no âmbito internacional, 531
3. Âmbito nacional, 532
4. Denominação, 533
5. Proteção do trabalho da criança e do adolescente, 534
6. Trabalhos proibidos, 535
6.1 Idade, 535
6.2 Trabalho noturno, 536

6.3 Trabalho insalubre, 537
6.4 Trabalho perigoso, 537
6.5 Trabalho penoso, 537
6.6 Serviços prejudiciais, 538
7. Deveres e responsabilidades em relação ao menor, 539
8. Duração do trabalho do menor, 540
9. Registro de menores, 541
10. Aprendizagem, 541
11. Menor assistido, 543
Verificação de aprendizagem, 545

36 - NACIONALIZAÇÃO DO TRABALHO, 546
1. História, 546
2. Direito Internacional, 547
3. Vigência, 547
4. Proporcionalidade, 548
5. Empresas, 548
6. Fronteiriço e serviçal, 549
7. Equiparação salarial, 549
8. Despedimento, 550
9. Relação de empregados, 550
10. Registro de estrangeiro, 550
Verificação de aprendizagem, 551

37 - SEGURANÇA E MEDICINA DO TRABALHO, 552
1. História, 552
2. Âmbito internacional, 552
3. Denominação, 553
4. Conceito, 554
5. Fundamentos, 554

6. Regras gerais, 554
7. Medidas preventivas de medicina do trabalho, 555
8. Condições de segurança, 556
8.1 Equipamento de proteção individual, 557
8.2 Órgãos de segurança e medicina do trabalho nas empresas, 557
8.2.1 SESMT, 557
8.2.2 Cipa, 559
8.3 Edificações, 565
8.4 Iluminação, 565
8.5 Conforto térmico, 566
8.6 Instalações elétricas, 566
8.7 Movimentação, armazenagem e manuseio de materiais, 566
8.8 Máquinas e equipamentos, 566
8.9 Caldeiras, fornos e recipientes sob pressão, 567
8.10 Ergonomia, 567
8.11 Condições de trabalho na indústria da construção, 568
8.12 Trabalho a céu aberto, 568
8.13 Trabalhos em minas e subsolos, 569
8.14 Proteção contra incêndio, 569
8.15 Condições sanitárias, 570
8.16 Resíduos industriais, 570
8.17 Sinalização de segurança, 570
8.18 Asbesto, 571
9. Insalubridade, 572
10 Periculosidade, 573
11 Penosidade, 574

12. Fiscalização, 574
Verificação de aprendizagem, 575

38 - DO TRABALHO, 576
1. Introdução, 576
2. Âmbito internacional, 576
3. Âmbito nacional, 577
4. Estrutura do Ministério do Trabalho, 578
5. Atuação dos agentes, 578
6. Atribuições e poderes dos inspetores, 579
7. Livre acesso, 579
8. Exibição de documentos, 580
9. Prestação de esclarecimentos, 580
10. Autuações e multas, 580
11. Fiscalização da aplicação das convenções e dos acordos coletivos, 581
Verificação de aprendizagem, 583

39 - ASSISTÊNCIA NA RESCISÃO DO CONTRATO DE TRABALHO, 584
1. Histórico, 584
2. Assistência, 585
2.1 Enunciado 41 do TST, 586
2.2 Enunciado 330 do TST, 586
3. Prazo para pagamento das verbas rescisórias, 591
3.1 Introdução, 591
3.2 Prazos, 591
3.3 Multa, 592
3.4 Prova do atraso, 592
3.5 Prazos distintos, 592

3.6 Contagem do prazo, 593
3.7 Aviso prévio cumprido em casa, 593
3.8 Pedido de demissão, 594
3.9 Entes públicos, 594
3.10 Empregados domésticos, 595
3.11 Pagamento a vista, 595
3.12 Força maior, 595
3.13 Falência, 596
3.14 Justa causa e rescisão indireta, 596
3.15 Proporcionalidade na aplicação da multa, 597
3.16 Cálculo do salário para efeito da multa, 597
Verificação de aprendizagem, 598

Parte V - DIREITO COLETIVO DO TRABALHO, 599

40 - DIREITO COLETIVO DO TRABALHO, 601
1. Denominação, 601
2. Conceito, 601
3. Divisão, 602
4. História, 602
Verificação de aprendizagem, 603

41 - LIBERDADE SINDICAL, 604
1. Histórico, 604
2. Conceito, 605
3. Garantias, 605
4. Classificação, 607
5. Sistemas de liberdade sindical, 608

6. Autonomia sindical, 610
Verificação de aprendizagem, 611

42 - ORGANIZAÇÃO SINDICAL, 612
1. Histórico, 612
2. Denominação, 618
3. Conceito, 619
4. Distinção, 619
5. Natureza jurídica, 620
6. Classificação, 621
7. Unicidade sindical, 622
8. Criação e registro de sindicatos, 623
9. Categoria, 625
10. Categoria diferenciada, 627
11. Enquadramento sindical, 629
11.1 Sindicalismo rural, 631
12. Órgãos do sindicato, 632
13. Eleições, 635
14. Entidades sindicais de grau superior, 636
14.1 Federações, 636
14.2 Confederações, 637
14.3 Centrais sindicais, 637
15. Proteção à sindicalização, 638
16. Comunicação da candidatura do dirigente sindical, 640
17. Filiação e desligamento do sindicato, 642
18. Direitos dos associados, 643

19. Funções do sindicato, 643
19.1 Função de representação, 643
19.2 Função negocial, 644
19.3 Função econômica, 644
19.4 Função política, 645
19.5 Função assistencial, 645
20. Receitas do sindicato, 646
20.1 Contribuição sindical, 646
20.1.1 História, 646
20.1.2 Natureza jurídica, 649
20.1.3 Distinção, 649
20.1.4 Generalidades, 649
20.1.5 Prazos de pagamento, 651
20.1.6 Aplicação da contribuição sindical, 652
20.1.7 Atraso no pagamento, 653
20.1.8 Prescrição, 653
20.2 Contribuição confederativa, 654
20.2.1 Introdução, 654
20.2.2 Natureza jurídica, 655
20.2.3 Necessidade de lei, 656
20.2.4 Objetivo, 658
20.2.5 Fixação, 658
20.2.6 Oposição à cobrança, 659
20.3 Contribuição assistencial, 660
20.4 Mensalidade sindical, 666
Verificação de aprendizagem, 666

43 - REPRESENTAÇÃO DOS TRABALHADORES NAS EMPRESAS, 667
1. Representação, 667

1.1 Histórico, 667
1.2 OIT, 667
1.3 Direito comparado, 669
1.4 Auto-aplicabilidade, 670
1.5 Conceito, 670
1.6 Distinção, 670
1.7 Objetivo, 671
1.8 Procedimentos, 671
1.9 Conclusão, 673
2. Co-gestão, 673
2.1 História, 673
2.2 Evolução legislativa no Brasil, 674
2.3 Direito comparado, 674
2.4 Denominação, 676
2.5 Distinção, 676
2.6 Classificação, 677
2.7 Objetivos, 677
2.8 Vantagens e desvantagens, 677
2.9 Implantação, 678
2.10 Conclusões, 679
Verificação de aprendizagem, 680

44 - CONFLITOS COLETIVOS DE TRABALHO, 681
1. Conceito, 681
2. Formas de solução, 681

2.1 Autodefesa, 682
2.2 Autocomposição, 682
2.3 Heterocomposição, 682
2.3.1 Mediação, 682
2.3.2 Arbitragem, 684
2.3.2.1 História, 684
2.3.2.2 Direito comparado e internacional, 685
2.3.2.3 Denominação, 685
2.3.2.4 Definição, 685
2.3.2.5 Distinção, 686
2.3.2.6 Natureza jurídica, 687
2.3.2.7 Compromisso, 687
2.3.2.8 Admissibilidade, 687
2.3.2.9 Procedimentos, 688
2.3.3 Jurisdição, 688
2.3.3.1 Dissídios coletivos, 689
Verificação de aprendizagem, 690

45 - CONTRATO COLETIVO DE TRABALHO, 691
1. Introdução, 691
2. História, 691
3. Âmbito internacional, 692
4. Evolução no Brasil, 696
5. Denominação, 698
6. Conceito, 699
7. Distinção, 701
8. Legitimidade para a negociação, 702
9. Escopo, 703
10. Conteúdo, 703
11. Âmbito, 706
12. Hierarquia, 706

13. Forma, 707
14. Vigência, 708
15. Incorporação das cláusulas normativas aos contratos de trabalho, 708
16. Fatores inibidores, 709
17. Conclusões, 710
Verificação de aprendizagem, 712

46 - CONVENÇÕES E ACORDOS COLETIVOS DE TRABALHO, 713
1. Introdução, 713
2. História, 713
3. Direito comparado, 714
4. Negociação coletiva, 717
5. Funções da negociação coletiva, 718
6. Denominação, 719
7. Definições, 719
8. Acordo dos trabalhadores e empregadores, 720
9. Natureza jurídica, 721
10. Aplicação, 723
11. Eficácia, 724
12. Conteúdo, 724
13. Cláusulas obrigacionais e de conteúdo normativo, 725
14. Classificação das cláusulas, 725
15. Incorporação das cláusulas normativas nos contratos de trabalho, 726

16. Condições de validade, 730
17. Sanções pelo descumprimento das convenções coletivas, 731
18. Descumprimento das normas coletivas, 731
19. Limite da multa da norma coletiva, 733
20. Superveniência de acordo ou convenção coletiva normativa - prevalência, 735
21. Convenção coletiva no setor público, 739
22. Controvérsias resultantes dos acordos e convenções coletivas, 739
Verificação de aprendizagem, 740

47 - GREVE, 741
1. História, 741
1.1 Nos demais países, 741
1.2 No Brasil, 741
2. Direito comparado e internacional, 744
3. Denominação, 745
4. Conceito, 745
5. Natureza jurídica, 746
6. Classificação das greves, 747
7. Limitações ao direito de greve, 748
8. Legitimidade, 749
9. Oportunidade do exercício, 749
10. Interesses a defender, 749
11. Negociação coletiva, 750
12. Assembléia geral, 750
13. Aviso prévio de greve, 752
14. Atividades essenciais, 753
15. Atendimento das necessidades inadiáveis, 753
16. Manutenção de bens, 754
17. Direitos e deveres dos envolvidos na greve, 754
18. Abuso do direito de greve, 755
19. Efeitos sobre o contrato de trabalho, 756
20. Pagamento dos dias parados, 757
21. Dissídio coletivo, 758

22. Responsabilidade, 759
23. Greve no setor público, 759
24. Lockout, 760
Verificação de aprendizagem, 761

Apêndice – MODELOS E TABELAS, 763
Contrato de experiência, 765
Contrato de aprendizagem para menores, 766
Tabela de incidências (INSS, FGTS E IRF), 767
Salários mínimos de referência, 771
Piso Nacional de Salários, 771
Salário mínimo, 772
Tabelas de descontos de parcelas in natura, 773
Rescisão do contrato de trabalho – direitos, 774

Bibliografia, 777

PREFÁCIO

Este livro, que tenho a honra de prefaciar, é obra de fôlego, ainda que se apresente sob o título, simples e eloqüente, de Direito do Trabalho.

Trata-se, na verdade, de um verdadeiro compêndio, que supera alguns dos manuais e compêndios até agora publicados. E trata-se de compêndio atualizadíssimo na legislação, na doutrina e na jurisprudência.

A obra está dividida em cinco grandes partes: Introdução ao Direito do Trabalho, Direito Internacional do Trabalho, Direito Individual do Trabalho, Direito Tutelar do Trabalho e Direito Coletivo do Trabalho. Todos os principais capítulos do Direito do Trabalho aqui se encontram. É claro que o livro não cuida - nem seria o caso de fazê-lo - do Direito Processual do Trabalho e do Direito Previdenciário, disciplinas estas, aliás, já examinadas em livros anteriores de Sergio Pinto Martins.

E aqui será possível encontrar, em redação firme e segura, o que há de mais recente no campo do Direito do Trabalho, aí se incluindo os temas teóricos que fazem parte da Introdução (tais como história, conceito, denominação, autonomia, fontes e princípios do Direito do Trabalho), bem como todos os itens e capítulos do Direito Individual do Trabalho, do Direito Tutelar do Trabalho e do Direito Coletivo do Trabalho.

É estimulante, para qualquer interessado em Direito do Trabalho, seja estudante ou militante da advocacia, seja professor ou magistrado, rever conceitos, obter informações atualizadas e conhecer o pensamento de promissor jurista.

De fato, Sergio Pinto Martins, com grande tenacidade e constante dedicação ao trabalho, tem vencido etapas em suas atividades.

É com prazer que cumpro o agradável encargo de dizer algumas palavras sobre o Autor.

Paulistano, Sergio Pinto Martins fez em São Paulo os seus estudos e cursos, bacharelando-se em Direito e em Ciências Administrativas pela Universidade Mackenzie. Obteve o título de Mestre em Direito Tributário pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Há vários anos leciona na Universidade Mackenzie diversas disciplinas, tais como Direito do Trabalho, Direito Processual do Trabalho e Direito Previdenciário.

Aprovado em concurso público, foi nomeado Juiz do Trabalho Substituto da 2.ª Região, em 1990. No início de 1994, foi promovido, pelo critério de merecimento, ao cargo de Juiz do Trabalho Presidente da 33.ª J.C.J. de Osasco.

E, sem prejuízo de suas árduas tarefas de Juiz e de Professor, tem Sergio Pinto Martins se dedicado ao laborioso mister de elaborar obras jurídicas. Depois de publicar sua tese, em 1992, sob o título de Imposto Sobre Serviços - ISS, Sergio Pinto Martins lançou outros livros - Direito de seguridade social e Direito processual do trabalho, ambos já com várias edições.

Este novo livro - Direito do trabalho - certamente terá êxito igual - ou maior ainda - do que as obras anteriores de Sergio Pinto Martins. E será um êxito merecido.

São Paulo, julho de 1994.

FLORIANO CORRÊA VAZ DA SILVA
Juiz Presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 2.ª Região

NOTA À 10.ª EDIÇÃO

Nesta 10.ª edição, foram acrescentados alguns estudos que fizemos no decorrer do ano de 1999.

Vários capítulos foram reescritos, de forma a ter uma redação mais lógica e didática sobre o tema exposto.

Esperamos que a presente edição tenha a mesma acolhida da anterior por parte dos estudiosos e profissionais.

Parte I

INTRODUÇÃO AO DIREITO DO TRABALHO

1

HISTÓRIA DO DIREITO DO TRABALHO

1. INTRODUÇÃO

Ao examinarmos o Direito do Trabalho, há necessidade de lembrar de sua gênese e de seu desenvolvimento no decorrer do tempo, como também dos novos conceitos e instituições que foram surgindo com o passar dos anos.

O Direito tem uma realidade histórico-cultural, não admitindo o estudo de quaisquer de seus ramos sem que se tenha noção de seu desenvolvimento dinâmico no transcurso do tempo.

À luz da história, podemos compreender com mais acuidade os problemas atuais. A concepção histórica mostra como foi o desenvolvimento de certa disciplina, além das projeções que podem ser alinhadas com base no que se fez no passado, inclusive no que diz respeito à compreensão dos problemas atuais. Não se pode, portanto, prescindir de seu exame. É impossível ter o exato conhecimento de um instituto jurídico sem se proceder a seu exame histórico, pois se verifica suas origens, sua evolução, os aspectos políticos ou econômicos que o influenciaram.

Ao analisar o que pode acontecer no futuro, é preciso estudar e compreender o passado, estudando o que ocorreu no curso do tempo. Heráclito já dizia: "o homem que volta a banhar-se no mesmo rio, nem o rio é o mesmo rio e nem o homem é o mesmo homem". Isso ocorre por que o tempo passa e as coisas não são exatamente iguais como eram, mas precisam ser estudadas para se compreender o futuro. Para fazer um estudo sobre o que pode acontecer no futuro é necessário não perder de vista o passado. Não se pode romper com o passado, desprezando-o.

É impossível compreender o Direito do Trabalho sem conhecer seu passado. Esse ramo do Direito é muito dinâmico, mudando as condições de trabalho com muita freqüência, pois é intimamente relacionado com as questões econômicas.

Será verificada a evolução do Direito do Trabalho, analisando-o sob o ângulo mundial e no Brasil.

EVOLUÇÃO MUNDIAL

Trabalho vem do latim tripalium, que era uma espécie de instrumento de tortura ou uma canga que pesava sobre os animais.

A primeira forma de trabalho foi a escravidão, em que o escravo era considerado apenas uma coisa, não tendo qualquer direito, muito menos trabalhista. O escravo, portanto, não era considerado sujeito de direito, pois era propriedade do dominus. Nesse período, constatamos que o trabalho do escravo continuava no tempo, até de modo indefinido, ou mais precisamente até o momento em que o escravo vivesse ou deixasse de ter essa condição. Entretanto, não tinha nenhum direito, apenas o de trabalhar.

Na Grécia, Platão e Aristóteles entendiam que o trabalho tinha sentido pejorativo. Envolvia apenas a força física. A dignidade do homem consistia em participar dos negócios da cidade por meio da palavra. Os escravos faziam o

trabalho duro, enquanto os outros poderiam ser livres. O trabalho não tinha o significado de realização pessoal. As necessidades da vida tinham características servis, sendo que os escravos é que deveriam desempenhá-las, ficando as atividades mais nobres destinadas às outras pessoas, como a política. Hesíodo, Protágoras e os sofistas mostram o valor social e religioso do trabalho, que agradaria aos deuses, criando riquezas e tornando os homens independentes. A ideologia do trabalho manual como atividade indigna do homem livre foi imposta pelos conquistadores dóricos (que pertenciam à aristocracia guerreira) aos aqueus. Nas classes mais pobres, na religião dos mistérios, o trabalho é considerado como atividade dignificante.

Num segundo momento, encontramos a servidão. Era a época do feudalismo, em que os senhores feudais davam proteção militar e política aos servos, que não eram livres, mas, ao contrário, tinham de prestar serviços na terra do senhor feudal. Os servos tinham de entregar parte da produção rural aos senhores feudais em troca da proteção que recebiam e do uso da terra.

Nessa época, o trabalho era considerado um castigo. Os nobres não trabalhavam.

Num terceiro plano, encontramos as corporações de ofício, em que existiam três personagens: os mestres, os companheiros e os aprendizes.

No início das corporações de ofício, só existiam dois graus: mestres e aprendizes. No século XIV, surge o grau intermediário dos companheiros.

Os mestres eram, os proprietários das oficinas, que já tinham passado pela prova da obra-mestra. Os companheiros eram trabalhadores que percebiam salários dos mestres. Os aprendizes eram os menores que recebiam dos mestres o ensino metódico do ofício ou profissão. Havia nessa fase da História um pouco mais de liberdade ao trabalhador; o objetivo, porém, eram os interesses das corporações mais do que conferir qualquer proteção aos trabalhadores. As corporações de ofício tinham por objetivo: (a) estabelecer uma estrutura hierárquica (b) regular a capacidade produtiva; (c) regulamentar a técnica de produção. Os aprendizes trabalhavam a partir de 12 ou 14 anos, e em alguns países já se observava prestação de serviços com idade inferior. Ficavam os aprendizes sob a responsabilidade do mestre que, inclusive, poderia impor-lhes castigos corporais. Os pais dos aprendizes pagavam taxas, muitas vezes elevadas, para o mestre ensinar seus filhos. Se o aprendiz superasse as dificuldades dos ensinamentos, passava ao grau de companheiro. O companheiro só passava a mestre se fosse aprovado em exame de obra-mestra, prova que era muito difícil, além de os companheiros terem de pagar taxas para fazer o exame. Entretanto, quem contraísse matrimônio com a filha de mestre, desde que fosse companheiro, ou casasse com a viúva do mestre, passava a essa condição.

Dos filhos dos mestres não se exigia qualquer exame ou avaliação de obra.

A jornada de trabalho era muito longa, chegando até a 18 horas no verão; porém, na maioria das vezes, terminava com o pôr-do-sol, por questão de qualidade de trabalho e não por proteção aos aprendizes e companheiros. A partir do momento em que foi inventado o lampião a gás, em 1792, por William Murdock, o trabalho passou a ser prestado em média entre 12 e 14 horas por dia. Várias indústrias começaram a trabalhar no período noturno.

As corporações de ofício foram suprimidas com a Revolução Francesa, em 1789, pois foram consideradas incompatíveis com o ideal de liberdade do homem. Dizia-se, na época, que a liberdade individual repele a existência de corpos intermediários entre indivíduo e Estado. Outras causas da extinção das corporações de ofício foram a liberdade de comércio e o encarecimento dos produtos das corporações.

Em 1791, logo após a Revolução Francesa, houve na França o início de liberdade contratual. O Decreto d'Allarde suprimiu de vez as corporações de

ofício, permitindo a liberdade de trabalho. A Lei Le Chapelier, de 1791, proibia o restabelecimento das corporações de ofício, o agrupamento de profissionais e as coalizões, eliminando as corporações de cidadãos.

O liberalismo do século XVIII pregava um Estado alheio à área econômica, que, quando muito, seria árbitro nas disputas sociais, consubstanciado na frase clássica laissez faire, laissez passer, laissez aller.

A Revolução Industrial acabou transformando o trabalho em emprego. Os trabalhadores de maneira geral, passaram a trabalhar por salários. Com a mudança, houve uma nova cultura a ser apreendida e uma antiga a ser desconsiderada.

Afirma-se que o Direito do Trabalho e o contrato de trabalho passaram a desenvolver-se com o surgimento da Revolução Industrial. Constata-se, nessa época, que a principal causa econômica do surgimento da Revolução Industrial foi o aparecimento da máquina a vapor como fonte energética. A máquina de fiar foi patenteada por John Watt em 1738, sendo que o trabalho era feito de forma muito mais rápida com o referido equipamento. O tear mecânico foi inventado por Edmund Cartwright, em 1784. James Watt aperfeiçoou a máquina a vapor. A máquina de fiar de Hargreaves e os teares mecânicos de Cartwright também acabaram substituindo a força humana pela máquina, terminando com vários postos de trabalho existentes e causando desemprego na época. Os ludistas organizavam-se para destruir as máquinas, pois entendiam que eram elas as causadoras da crise do trabalho. Com os novos métodos de produção, a agricultura também passou a empregar um número menor de pessoas, causando desemprego no campo. Inicia-se, assim, a substituição do trabalho manual pelo trabalho com o uso de máquinas. Havia necessidade de que as pessoas viessem, também, a operar as máquinas não só a vapor, mas as máquinas têxteis, o que fez surgir o trabalho assalariado. Daí nasce uma causa jurídica, pois os trabalhadores começaram a reunir-se, a associar-se, para reivindicar melhores condições de trabalho e de salários, diminuição das jornadas excessivas (os trabalhadores prestavam serviços por 12, 14 ou 16 horas diárias) e contra a exploração de menores e mulheres. Substituía-se o trabalho adulto pelo das mulheres e menores, que trabalhavam mais horas, percebendo salários inferiores. A partir desse momento, surge uma liberdade na contratação das condições de trabalho.

O Estado, por sua vez, deixa de ser abstencionista, para se tornar intervencionista, interferindo nas relações de trabalho.

Com o surgimento da máquina a vapor, houve a instalação das indústrias onde existisse carvão, como ocorreu na Inglaterra. Bem retrata o trabalho abusivo a que eram submetidos os trabalhadores nas minas Emile Zola, em Germinal. O trabalhador prestava serviços em condições insalubres, sujeito a incêndios, explosões, intoxicação por gases, inundações, desmoronamentos, prestando serviços por baixos salários e sujeito a várias horas de trabalho, além de oito. Ocorriam muitos acidentes do trabalho, além de várias doenças decorrentes dos gases, da poeira, do trabalho em local encharcado, principalmente a tuberculose, a asma e a pneumonia. Trabalhavam direta ou indiretamente nas minas praticamente toda a família, o pai, a mulher, os filhos, os filhos dos filhos etc. Eram feitos contratos verbais vitalícios ou então enquanto o trabalhador pudesse prestar serviços, implicando verdadeira servidão. Certos trabalhadores eram comprados e vendidos com seus filhos. Os trabalhadores ficavam sujeitos a multas, que absorviam seu salário. Isso só terminou por meio dos decretos parlamentares de 1774 e 1779, quando foram suprimidas essas questões nas minas escocesas.

Começa a haver necessidade de intervenção estatal nas relações do trabalho, dados os abusos que vinham sendo cometidos, de modo geral, pelos empregadores a ponto de serem exigidos serviços em jornadas excessivas para

menores e mulheres, de mais de 16 horas por dia ou até o pôr-do-sol, pagando metade ou menos dos salários que eram pagos aos homens.

No princípio, verifica-se que o patrão era o proprietário da máquina, detendo os meios de produção, tendo, assim, o poder de direção em relação ao trabalhador. Isso já mostrava a desigualdade a que estava submetido o trabalhador, pois este não possuía nada. Havia, portanto, necessidade de maior proteção ao trabalhador, que se inseria desigualmente nessa relação.

Passa, portanto, a haver um intervencionismo do Estado, principalmente para realizar o bem-estar social e melhorar as condições de trabalho. O trabalhador passa a ser protegido juridicamente e economicamente. É como afirma Galart Folch: deve-se assegurar uma superioridade jurídica ao empregado em função de sua inferioridade econômica. A lei passa a estabelecer normas mínimas sobre condições de trabalho, que devem ser respeitadas pelo empregador.

A Lei de Peel, de 1802, na Inglaterra, pretendeu dar amparo aos trabalhadores, disciplinando o trabalho dos aprendizes paroquianos nos moinhos e que eram entregues aos donos das fábricas. A jornada de trabalho foi limitada em 12 horas, excluindo-se os intervalos para refeição. O trabalho não poderia se iniciar antes das 6 horas e terminar após às 21 horas. Deveriam ser observadas normas relativas à educação e higiene. Em 1819, foi aprovada lei tornando ilegal o emprego de menores de 9 anos. O horário de trabalho dos menores de 16 anos era de 12 horas diárias, nas prensas de algodão.

Na França, em 1813, foi proibido o trabalho dos menores em minas. Em 1814, foi vedado o trabalho aos domingos e feriados. Em 1839, foi proibido o trabalho de menores de 9 anos e a jornada de trabalho era de 10 horas para os menores de 16 anos.

A partir de 1880, passou a ser utilizada a eletricidade. Em conseqüência, as condições de trabalho tiveram de ser adaptadas.

É interessante lembrar que, em seus primórdios, o Direito do Trabalho foi confundido com a política social. Estudavam-no cientistas sociais e outras pessoas que mais poderiam ser chamadas de revolucionários, tanto oriundos das faculdades, como dos parlamentos. Não havia diferença clara, até por falta de suficiente elaboração científica, entre os dois ramos do conhecimento. Os reformadores foram sendo, pouco a pouco, substituídos pelos juristas, voltados para o estudo da própria norma.

A história do Direito do Trabalho identifica-se com a história da subordinação, do trabalho subordinado. Verifica-se que a preocupação maior é com a proteção do hipossuficiente e com o emprego típico.

A Igreja também passa a preocupar-se com o trabalho subordinado. É a doutrina social. D. Rendu, Bispo de Annec, enviou um texto ao rei da Sardenha, em 15 de novembro de 1845, denominado Memorial sobre a questão operária, afirmando que "a legislação moderna nada fez pelo proletário. Na verdade, protege sua vida enquanto homem; mas o desconhece como trabalhador; nada faz por seu futuro, nem por sua alimentação, nem por seu progresso moral". O trabalho dignifica pessoalmente o homem, merecendo valoração. Tem a doutrina social um sentido humanista.

A Encíclica Rerum novarum (coisas novas), de 1891, do Papa Leão XIII, pontifica uma fase de transição para a justiça social, traçando regras para a intervenção estatal na relação entre trabalhador e patrão. Dizia o referido Papa que "não pode haver capital sem trabalho, nem trabalho sem capital" (Encíclica Rerum novarum, Capítulo 28). A Igreja continuou a preocupar-se com o tema, tanto que foram elaboradas novas encíclicas: Quadragesimo anno, de 1931, e Divini redemptoris, de Pio XII; Mater et Magistra, de 1961, de João XXIII, Populorum progressio, de 1967, de Paulo VI; Laborem exercens, do Papa João Paulo II, de 14-9-1981.

A partir do término da Primeira Guerra Mundial, surge o que pode ser chamado de constitucionalismo social, que é a inclusão nas constituições de preceitos relativos à defesa social da pessoa, de normas de interesses social e de garantia de certos direitos fundamentais, incluindo o Direito do Trabalho.

A primeira Constituição que tratou do tema foi a do México, em 1917. O art. 123 da referida norma estabelecia jornada diária de oito horas, proibição de trabalho de menores de 12 anos, limitação da jornada dos menores de 16 anos a seis horas, jornada máxima noturna de sete horas, descanso semanal, proteção à maternidade, salário mínimo, direito de sindicalização e de greve, indenização de dispensa, seguro social e proteção contra acidentes do trabalho.

A segunda Constituição a versar sobre o assunto foi a de Weimar, de 1919. Disciplinava a participação dos trabalhadores nas empresas, autorizando a liberdade de coalização dos trabalhadores; tratou, também, da representação dos trabalhadores na empresa. Criou um sistema de seguros sociais e também a possibilidade de os trabalhadores colaborarem com os empregadores na fixação de salários e demais condições de trabalho. Daí em diante, as constituições dos países passaram a tratar do Direito do Trabalho e, portanto, a constitucionalizar os direitos trabalhistas.

Surge o Tratado de Versalhes, de 1919, prevendo a criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que iria incumbir-se de proteger as relações entre empregados e empregadores no âmbito internacional, expedindo convenções e recomendações nesse sentido.

Na Itália, aparece a Carta del Lavoro, de 1927, instituindo um sistema corporativista-fascista, que inspirou outros sistemas políticos, como os de Portugal, Espanha e, especialmente, do Brasil. O corporativismo visava organizar a economia em torno do Estado, promovendo o interesse nacional, além de impor regras a todas as pessoas. Surge o corporativismo na metade do século XIX com o fim de organizar os interesses divergentes da Revolução Industrial. O Estado interferia nas relações entre as pessoas com o objetivo de poder moderador e organizador da sociedade. Nada escapava à vigilância do Estado, nem a seu poder. O Estado regulava, praticamente, tudo, determinando o que seria melhor para cada um, organizando a produção nacional. O interesse nacional colocava-se acima dos interesses dos particulares. Mussolini dizia, na época: "Tudo no Estado, nada contra o Estado, nada fora do Estado" (Tutto nello Stato, niente contro lo Stato, nulla al di fuori dello Stato). As diretrizes básicas do corporativismo eram: (a) nacionalismo; (b) necessidade de organização; (c) pacificação social; (d) harmonia entre o capital e o trabalho.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, de dezembro de 1948, prevê alguns direitos aos trabalhadores, como limitação razoável do trabalho, férias remuneradas periódicas, repouso e lazer etc.

Surge nova teoria pregando, a necessidade de separação entre o econômico e o social, o que é verificado hoje na Constituição de 1988, que não mais trata dos dois temas de forma reunida, mas separadamente. Da mesma forma, preconiza-se um Estado neoliberalista, com menor intervenção nas relações entre as pessoas.

Há também uma classificação que divide os direitos em gerações. Os direitos de primeira geração são aqueles que pretendem valorizar o homem, assegurar liberdades abstratas, que formariam a sociedade civil. Os direitos da segunda geração são os direitos econômicos, sociais e culturais, bem como os direitos coletivos e das coletividades. Os direitos de terceira geração são os que pretendem proteger, além do interesse do indivíduo, os relativos ao meio ambiente, ao patrimônio comum da humanidade, à comunicação, à paz.

3. EVOLUÇÃO NO BRASIL

Inicialmente, as Constituições brasileiras versavam apenas sobre a forma do Estado, o sistema de governo. Posteriormente, passaram a tratar de todos os ramos do Direito e, especialmente, do Direito de Trabalho, como ocorre com nossa Constituição atual.

A Constituição de 1824 apenas tratou de abolir as corporações de ofício (art. 179, 25), pois deveria haver liberdade do exercício de ofícios e profissões.

A Lei do Ventre Livre dispôs que, a partir de 28-9-1871, os filhos de escravos nasceriam livres. Em 28-9-1885, foi aprovada a Lei Saraiva-Cotegipe, chamada de Lei dos Sexagenários, libertando os escravos com mais de 60 anos. Mesmo depois de livre, o escravo deveria prestar mais três anos de serviços gratuitos a seu senhor.

Em 13-5-1888, foi assinada pela Princesa Isabel a Lei Áurea, que abolia a escravatura.

Reconheceu a Constituição de 1891 a liberdade de associação (§ 8.° do art. 72), que tinha na época caráter genérico, determinando que a todos era lícita a associação e reunião, livremente e sem armas, não podendo a polícia intervir, salvo para manter a ordem pública.

As transformações que vinham ocorrendo na Europa em decorrência da Primeira Guerra Mundial e o aparecimento da OIT, em 1919, incentivaram a criação de normas trabalhistas em nosso país. Existiam muitos imigrantes no Brasil que deram origem a movimentos operários reivindicando melhores condições de trabalho e salários. Começa a surgir uma política trabalhista idealizada por Getúlio Vargas em 1930.

Havia leis ordinárias que tratavam de trabalho de menores (1891), da organização de sindicatos rurais (1903) e urbanos (1907), de férias etc. O Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio foi criado em 1930, passando a expedir decretos, a partir dessa época, sobre profissões, trabalho das mulheres (1932), salário mínimo (1936), Justiça do Trabalho (1939) etc.

A Constituição de 1934 é a primeira constituição brasileira a tratar especificamente do Direito do Trabalho. É a influência do constitucionalismo social, que em nosso país só veio a ser sentida em 1934. Garantia a liberdade sindical, isonomia salarial, salário mínimo, jornada de oito horas de trabalho, proteção do trabalho das mulheres e menores, repouso semanal, férias anuais remuneradas (art. 121).

A carta Constitucional de 10-11-1937 marca uma fase intervencionista do Estado, decorrente do golpe de Getúlio Vargas. Era uma Constituição de cunho eminentemente corporativista, inspirada na Carta del Lavoro, de 1927, e na Constituição polonesa. O próprio art. 140 da referida Carta era claro no sentido de que a economia era organizada em corporações, sendo consideradas órgãos do Estado, exercendo função delegada de poder público. O Conselho de Economia Nacional tinha por atribuição promover a organização corporativa da economia nacional (art. 61, a). Dizia Oliveira Viana, sociólogo e jurista - que foi o inspirador de nossa legislação trabalhista da época - que o liberalismo econômico era incapaz de preservar a ordem social, daí a necessidade da intervenção do Estado para regular tais situações. A Constituição de 1937 instituiu o sindicato único, imposto por lei, vinculado ao Estado, exercendo funções delegadas de poder público, podendo haver intervenção estatal direta em suas atribuições. Foi criado o imposto sindical, como uma forma de submissão das entidades de classe ao Estado, pois este participava do produto de sua arrecadação. Estabeleceu-se a competência normativa dos tribunais do trabalho, que tinha por objetivo principal evitar o entendimento direto entre trabalhadores e empregadores. A greve e o lockout foram considerados recursos

anti-sociais, nocivos ao trabalho e ao capital e incompatíveis com os interesses da produção nacional (art. 139).

Existiam várias normas esparsas sobre os mais diversos assuntos trabalhistas. Houve a necessidade de sistematização dessas regras. Para tanto, foi editado o Decreto-lei n.º 5.452, de 1.º-5-1943, aprovando a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). O objetivo da CLT foi apenas o de reunir as leis esparsas existentes na época, consolidando-as. Não se trata de um código, pois este pressupõe um Direito novo. Ao contrário, a CLT apenas reuniu a legislação existente na época, consolidando-a.

Pág. 40

A Constituição de 1946 é considerada uma norma democrática, rompendo com o corporativismo da Constituição anterior. Nela encontramos a participação dos trabalhadores nos lucros (art. 157, IV), repouso semanal remunerado (art. 157, VI), estabilidade (art. 157, XII), direito de greve (art. 158) e outros direitos que se encontravam na norma constitucional anterior.

A legislação ordinária começa a instituir novos direitos. Surge a Lei n.º 605/49, versando sobre o repouso semanal remunerado; a Lei n.º 3.207/57, tratando das atividades dos empregados vendedores, viajantes e pracistas; a Lei n.º 4.090/62, instituindo o 13.º salário; a Lei n.º 4.266/63, que criou o salário-família etc.

A Constituição de 1967 manteve os direitos trabalhistas estabelecidos nas Constituições anteriores, no art. 158, tendo praticamente a mesma redação do art. 157 da Constituição de 1946, com algumas modificações. A EC n.º 1, de 17-10-69, repetiu praticamente a Norma Ápice de 1967, no art. 165, no que diz respeito aos direitos trabalhistas.

No âmbito da legislação ordinária, podemos lembrar a Lei n.º 5.859/72, dispondo sobre o trabalho dos empregados domésticos; a Lei n.º 5.889/73, versando sobre o trabalhador rural; a Lei n.º 6.019/74, tratando do trabalhador temporário; o Decreto-lei n.º 1.535/77, dando nova redação ao capítulo sobre as férias da CLT etc.

Em 5-10-1988, foi aprovada a atual Constituição, que trata de direitos trabalhistas nos arts. 7.º a 11. Na Norma Magna, os direitos trabalhistas foram incluídos no Capítulo II, "Dos Direitos Sociais", do Título II, "Dos Direitos e Garantias Fundamentais", ao passo que nas Constituições anteriores os direitos trabalhistas sempre eram inseridos no âmbito da ordem econômica e social. Para alguns autores, o art. 7.º da Lei Maior vem a ser uma verdadeira CLT, tantos os direitos trabalhistas nele albergados.

Trata o art. 7.º da Constituição de direitos individuais e tutelares do trabalho. O art. 8.º versa sobre o sindicato e suas relações. O art. 9.º especifica regras sobre greve. O art. 10 determina disposição sobre a participação dos trabalhadores em colegiados. Menciona o art. 11 que nas empresas com mais de 200 empregados é assegurada a eleição de um representante dos trabalhadores para entendimentos com o empregador.

VERIFICAÇÃO DE APRENDIZAGEM

1. Quais foram as causas do surgimento do Direito do Trabalho na Revolução Industrial?
2. Havia direitos trabalhistas no feudalismo e na escravidão?
3. Qual foi a primeira Constituição a tratar do Direito do Trabalho e o que especificou?
4. Quais os direitos trabalhistas mais importantes encontrados na Constituição de 1946?
5. Como podemos entender a Constituição de 1937 sob o aspecto político?
6. A atual Constituição fala sobre direitos trabalhistas? Quais?

2

DENOMINAÇÃO

1. INTRODUÇÃO

Para começar o exame da matéria, é preciso, em primeiro lugar, estudar sua denominação. No Direito Romano usava-se a seguinte expressão "initium doctrinae sit consideratio nominis", isto é, a doutrina deve começar a estudar certo assunto pelo nome.

Evidentemente, não será o nome que caracterizará o instituto em análise, mas seus elementos essenciais. O nome apropriado, contudo, ajuda a compreender o instituto em análise, sendo um começo para melhor entendê-lo.

Várias denominações são encontradas para designar a disciplina ora em estudo. Encontramos o uso das expressões Legislação do Trabalho, Direito Operário, Direito Corporativo, Direito Social, Direito Industrial etc. Há necessidade de verificá-las e confirmar qual o nome que melhor irá denominar a matéria ora analisada.

2. LEGISLAÇÃO DO TRABALHO

Inicialmente, o nome empregado para designar nossa matéria foi Legislação do Trabalho. Dizia-se que havia muitas leis tratando do tema, mas não existia um sistema, uma autonomia da matéria em análise. O § 1.º do art. 121 da Constituição de 1934 usava a expressão "Legislação do Trabalho". Algumas faculdades de Ciências Econômicas, Contábeis e Administrativas ainda se utilizam da denominação Legislação do Trabalho; contudo, é mister analisar a matéria a ser estudada não só nos limites da legislação, mas também de acordo com seu sistema, seus princípios e suas diretrizes, o que revela que o nome mencionado não é o adequado.

3. DIREITO OPERÁRIO

Vários autores se utilizam da denominação Direito Operário, principalmente na França, onde se emprega a expressão Droit ouvrier (Direito Operário); porém nesse mesmo país o operário (ouvrier) não tem os mesmos direitos do trabalhador (employé). Em nosso país, Evaristo de Moraes foi um dos pioneiros a tratar da matéria em estudo, utilizando-se da expressão Direito Operário.

Pág. 42

Seu trabalho, um dos marcos da literatura laboralista, datado do início do século, mais precisamente de 1905, era intitulado Apontamentos de direito operário, em que começava a versar sobre o assunto no capítulo segundo da referida obra, já empregando a denominação Direito Operário para justificar o nome de nossa disciplina (1986:24). A Constituição de 1937 também emprega a expressão Direito Operário, pois competia privativamente à União legislar sobre esse tema (art. 16, XVI). O operário pode ser considerado, entretanto, o trabalhador braçal, o trabalhador da fábrica. O objetivo do Direito Operário da época era dar proteção a essa espécie de trabalhador, o que mostrava a evolução do Direito, que mais tarde iria abranger qualquer espécie de trabalhador. Nossa disciplina, porém, não se limita a estudar apenas os operários, mas também os patrões e outros trabalhadores.

4. DIREITO INDUSTRIAL

O uso da denominação Direito Industrial surge após a Revolução Industrial. Inicialmente, a denominação empregada era Legislação Industrial, para mais tarde se empregar a expressão Direito Industrial. Na época, as relações a serem disciplinadas diziam respeito à indústria, em função da estrutura socioeconômica daqueles tempos.

Observa-se, contudo, que as questões trabalhistas, hoje, não dizem respeito apenas à indústria, mas também ao comércio, aos bancos, às empresas prestadoras de serviço etc.

Notamos, ainda, que o Direito Industrial é hoje parte do Direito Comercial, que estuda marcas, patentes, invenções etc.

5. DIREITO CORPORATIVO

A expressão Direito Corporativo foi utilizada em países onde houve a observância do regime totalitário fascista, como em Portugal ou na Itália. O corporativismo italiano ainda tinha por base a unificação da produção e não só do trabalho. Dizia respeito, principalmente, à organização da ação do Estado de forma a desenvolver a economia. No Brasil, o regime corporativo surge a partir de 1937, implantado por Getúlio Vargas, criando: o imposto sindical; os vogais, para representar empregadores e empregados nos colegiados em que fosse discutida alguma questão a eles pertinentes; o poder normativo, que foi atribuído à Justiça do Trabalho, de estabelecer normas e condições de trabalho por meio de sentença normativa e do sindicato único - hipóteses que ainda são observadas nos dias atuais. No Brasil, o maior protagonista dessa denominação foi Oliveira Viana, sociólogo e jurista, que defendeu suas idéias na obra denominada Problemas de direito corporativo.

O corporativismo diz respeito à organização sindical, a suas corporações ou associações, destinando-se a unificar toda a economia nacional, enquanto nossa matéria tem por objeto estudar, principalmente, o trabalho subordinado.

6. DIREITO SOCIAL

A denominação Direito Social origina-se da idéia da própria questão social. Cesarino Jr. foi o defensor dessa teoria no Brasil, dizendo que o Direito Social se destinaria à proteção dos hipossuficientes, abrangendo não só questões de Direito do Trabalho, mas também de Direito coletivo, assistencial e previdenciário. Seria um Direito reservado à promoção da justiça social (1957, v. 1:35).

A denominação utilizada, contudo, é totalmente genérica e vaga, não servindo para definir a matéria em estudo. Argumenta-se, ainda, que o Direito por natureza já é social, feito para vigorar na sociedade, e que todos os ramos do Direito têm essa característica.

Direitos sociais são garantias estabelecidas às pessoas para a proteção de suas necessidades básicas, visando garantir uma vida com um mínimo de dignidade.

7. DIREITO SINDICAL

O uso da expressão Direito Sindical também não serve para justificar a denominação de nossa matéria, pois diz respeito apenas ao sindicato, ou a ser observado no âmbito dessa organização, estando restrito, portanto, a um dos segmentos do Direito do Trabalho.

8. DIREITO DO TRABALHO

A expressão Direito do Trabalho surge na Alemanha por volta de 1912. A matéria em estudo vai ser concentrada nas relações do trabalho em geral e não de certas particularidades, como o trabalho na indústria ou no sindicato.

A Lei n.º 2.724/56 muda a denominação da cadeira nas Faculdades de Direito, passando a empregar a expressão Direito do Trabalho, determinando a incorporação do Direito Industrial ao Direito Comercial.

A Constituição de 1946 e as que se seguiram passaram a utilizar a expressão Direito do Trabalho, como se observa na atual Constituição, no inciso I do art. 22.

Adotamos, portanto, a denominação Direito do Trabalho, que é mais corrente, como se verifica nos países de língua inglesa (Labor Law, nos de língua francesa (Droit du Travail), nos de língua espanhola (Derecho del Trabajo), nos de língua italiana (Diritto del Lavoro) e nos de língua alemã (Arbeitsrecht). Em Portugal e no Brasil, é utilizada a denominação Direito do Trabalho, que mais individualiza nossa matéria, dizendo respeito, assim, não só ao trabalho subordinado, mas também ao trabalho temporário, dos trabalhadores avulsos, domésticos etc.

VERIFICAÇÃO DE APRENDIZAGEM

1. Quais eram as denominações para designar nossa matéria?
2. Como se justificava o nome Legislação do Trabalho?

3. Como se justificava o emprego da expressão Direito Operário?
4. Como se justificava a denominação Direito Industrial?
5. Como se justificava a denominação Direito Corporativo?
6. Como se justificava a denominação Direito Social?
7. Como se justificava o emprego da expressão Direito Sindical?
8. Como se pode explicar atualmente o emprego da expressão Direito do Trabalho?

3

CONCEITO DE DIREITO DO TRABALHO

Direito do Trabalho é o conjunto de princípios, regras e instituições atinentes à relação de trabalho subordinado e situações análogas, visando assegurar melhores condições de trabalho e sociais ao trabalhador, de acordo com as medidas de proteção que lhe são destinadas.

A palavra conjunto revela que o Direito do Trabalho é composto de várias partes organizadas, formando um sistema, um todo.

Contém o Direito do Trabalho princípios que são colocações genéricas das quais derivam as demais normas. Com o conhecimento dos princípios do Direito do Trabalho, notamos um tratamento científico dado à disciplina, justificando, também, sua autonomia.

Tem o Direito do Trabalho inúmeras regras que versam sobre a matéria. A maioria delas está contida na CLT.

No Direito do Trabalho, não existem apenas conjuntos de princípios e normas, mas também de instituições, de entidades, que criam e aplicam o referido ramo do Direito. O Estado é o maior criador de normas de Direito do Trabalho. O Ministério do Trabalho edita portarias, resoluções, instruções normativas etc. A Justiça do Trabalho julga as questões trabalhistas.

O objeto do Direito do Trabalho é o estudo do trabalho subordinado. Daí o emprego de duas teorias para conceituar a matéria em estudo: a subjetiva e a objetiva.

A teoria subjetiva toma por base os tipos de trabalhadores a que se aplica Direito do Trabalho. Não se pode conceber, porém, que qualquer trabalhador será amparado pelo Direito do Trabalho, como ocorre com o funcionário público e o trabalhador autônomo, que são espécies do gênero trabalhadores, não sendo assistidos por nossa matéria. O Direito do Trabalho vai estudar uma espécie de trabalhador: o empregado, que é o trabalhador subordinado ao empregador, que não tem autonomia em seu mister. As teorias objetivistas partem do ângulo da matéria a ser analisada e não das pessoas. O Direito do Trabalho estuda não o trabalho autônomo, mas o trabalho subordinado.

Com o emprego da expressão situações análogas, pretendemos tratar das situações que têm semelhança com o trabalho subordinado, mas que necessariamente não são iguais a ele. O trabalhador temporário e o empregado doméstico não deixam de ser subordinados.

O trabalhador avulso não é subordinado, mas será estudado pelo Direito do Trabalho.

A finalidade do Direito do Trabalho é assegurar melhores condições de trabalho, porém não só essas situações, mas também condições sociais ao trabalhador. Assim, o Direito do Trabalho tem por fundamento melhorar as condições de trabalho dos obreiros e também suas situações sociais, assegurando que o trabalhador possa prestar seus serviços num ambiente salubre, podendo, por meio de seu salário, ter uma vida digna para que possa desempenhar seu papel na sociedade. O Direito do Trabalho pretende corrigir as deficiências encontradas no âmbito da empresa, não só no que diz respeito às condições de trabalho, mas também para assegurar uma remuneração condigna a fim de que o operário possa suprir as necessidades de sua família na sociedade. Visa o Direito do Trabalho melhorar essas condições do trabalhador.

A melhoria das condições de trabalho e sociais do trabalhador vai ser feita por meio de uma legislação que, antes de tudo, tem, por objetivo proteger o trabalhador, que é considerado o pólo mais fraco da relação com seu patrão. Este é normalmente mais forte economicamente, suportando os riscos de sua atividade econômica.

As medidas protetoras a serem observadas são previstas na própria legislação, quando limita a jornada de trabalho, assegura férias ao trabalhador depois de certo tempo, possibilita intervalos nas jornadas de trabalho, prevê um salário que é considerado o mínimo que o operário pode receber etc.

VERIFICAÇÃO DE APRENDIZAGEM

1. Qual o conceito de Direito do Trabalho?
2. Quais são os elementos principais dessa definição?
3. Como justificar que o Direito do Trabalho visa assegurar melhores condições de trabalho e sociais ao trabalhador?
4. De que modo essas condições serão asseguradas?

4

DIVISÕES DA MATÉRIA

Várias são as divisões utilizadas pelos autores para mostrar o estudo do Direito do Trabalho. Alguns autores entendem que seriam parte de nossa disciplina: a Introdução ao Direito do Trabalho; o Direito Internacional do Trabalho; o Direito Individual do Trabalho, que trataria do contrato de trabalho e seu conteúdo; o Direito Sindical; o Direito Público do Trabalho, que se subdividiria em Direito Processual do Trabalho, Direito Administrativo do

Trabalho, Direito Penal do Trabalho, Direito da Previdência e Assistência Social, incluído no penúltimo o acidente do trabalho.

Entendemos que o Direito Internacional do Trabalho, embora vá ser estudado, pertence ao Direito Internacional, como um de seus segmentos, não fazendo parte do Direito do Trabalho.

O Direito Sindical não se justificaria como um dos ramos do Direito do Trabalho, pois diz respeito apenas ao sindicato, enquanto o Direito do Trabalho não vai estudar apenas o sindicato, mas também sua organização, normas coletivas das quais ele participa etc.

Não se poderia admitir um Direito Público do Trabalho, embora o Direito do Trabalho tenha regras de ordem pública, principalmente as normas protetivas do trabalho, ou que disciplinam certas garantias mínimas dos trabalhadores, que seriam irrenunciáveis por estes.

O Direito Processual do Trabalho não faz parte integrante do Direito do Trabalho, não obstante o primeiro seja a forma como o segundo vai ser exercitado em juízo, porém pertence ao ramo do Direito Processual, que pode ser subdividido em Direito Processual Civil, Penal, do Trabalho, Militar etc. Não trataremos do Direito Processual do Trabalho. Remetemos o leitor a nosso livro Direito processual do trabalho (1999), que versa mais pormenorizadamente sobre o tema.

Embora muitos autores empreguem a expressão Direito administrativo do trabalho, inclusive no exterior, entendemos que essa expressão diz respeito à Administração, envolvendo inclusive questões de funcionários públicos, tema que o Direito do Trabalho não vai analisar.

O mesmo se pode dizer do Direito Penal do Trabalho, em que essa matéria seria uma parte do Direito Penal, principalmente quando trata dos crimes contra a organização do trabalho.

O Direito da Previdência Social e o Direito da Assistência Social estão incluídos, hoje, no gênero Direito da Seguridade Social, que para nós é autônomo, já não fazendo parte do Direito do Trabalho, como antigamente se dizia, mormente diante dos arts. 194 a 204 da Constituição, incluídos no capítulo "Da Seguridade Social".

Nesse ponto, remetemos o leitor a nosso estudo Direito da seguridade social, no qual a matéria é enfocada de forma melhor, até mesmo quanto à autonomia (1999).

Preferimos adotar a seguinte divisão: Direito Individual do Trabalho, Direito Tutelar do Trabalho e Direito Coletivo do Trabalho, além de trazermos a parte geral da matéria.

Na parte geral, discorreremos sobre a autonomia, a posição enciclopédica, as relações, as fontes e a aplicação do Direito do Trabalho, entre outras questões.

No Direito Individual do Trabalho, trataremos do contrato de trabalho, seu nascimento, seu desenvolvimento e sua cessação, além de outras regras com pertinência ao referido pacto, como o FGTS, a estabilidade etc.

No Direito Tutelar do Trabalho, versaremos sobre regras que tratam da proteção do trabalhador, como as normas de segurança e medicina do trabalho, regras sobre a jornada de trabalho, sobre os repousos do trabalhador, sobre a fiscalização trabalhista etc.

No Direito Coletivo do Trabalho, examinaremos a organização do sindicato, as normas coletivas, pertinentes ao sindicato, suas funções, ou conflitos coletivos, principalmente a greve etc.

Assim será, por conseguinte, analisada a matéria.

VERIFICAÇÃO DE APRENDIZAGEM

1. Como é que se poderia justificar de maneira ampla a divisão de nossa matéria?
2. Qual a divisão que será desenvolvida no curso?
3. O que vem a ser a parte geral a ser estudada?
4. O que vem a ser o Direito Individual do Trabalho?
5. O que vem a ser o Direito Tutelar do Trabalho?
5. O que estuda o Direito Coletivo do Trabalho?

5

AUTONOMIA DO DIREITO DO TRABALHO

1. INTRODUÇÃO

Discute-se a autonomia do Direito do Trabalho em relação ao Direito Civil, principalmente se o primeiro não seria um apêndice do segundo.

O Direito do Trabalho nasce a partir do momento em que começam a ser reguladas as antigas locações de serviço, normalmente previstas na legislação civil.

Nosso Código Civil, nos arts. 1.216 a 1.236, trata da locação de serviços e os arts. 1.237 a 1.247 versam sobre a empreitada. O contrato de prestação de serviços subordinados nada mais foi do que um desenvolvimento no tempo da locação de serviços. Com o aprimoramento da locação de serviços, surgiu o contrato de trabalho, que passou a ser tratado em normas especiais, assim como foram surgindo outras regras para regular as demais condições inerentes à relação de trabalho.

Dentro dessa evolução natural das coisas, mister se faz verificar se realmente há autonomia do Direito do Trabalho e como ela se realça.

2. CARACTERÍSTICAS DA AUTONOMIA DE UMA CIÊNCIA

Segundo Alfredo Rocco (1928:72), para caracterizar a autonomia de uma ciência é mister que: (a) seja ela vasta a ponto de merecer um estudo de conjunto, adequado e particular; (b) ela contenha doutrinas homogêneas dominadas por conceitos gerais comuns e distintos dos conceitos gerais que informam outras disciplinas; (c) possua método próprio, empregando processos especiais para o conhecimento das verdades que constituem objeto de suas investigações.

Vamos examinar os aspectos levantados pelo ilustre jurista sob o ângulo do desenvolvimento legal, doutrinário, didático, e sob o aspecto jurisdicional e científico, para verificar se há autonomia do Direito do Trabalho.

3. DESENVOLVIMENTO LEGAL

As normas de Direito do Trabalho são inicialmente encontradas no art. 7.° da Constituição, que prevê, em vários incisos, os direitos dos trabalhadores urbanos, rurais, domésticos etc.

A maioria das normas trabalhistas encontra-se na CLT, nos arts. 1.° a 642. Existem outras leis esparsas que tratam de Direito do Trabalho, como a Lei n.° 8.036/90 (FGTS), a Lei n.° 605/49 (repouso semanal remunerado), a Lei n.° 5.859/72 (empregado doméstico), a Lei n.° 5.889/73 (trabalhador rural), a Lei n.° 6.019/74 (trabalhador temporário), a Lei n.° 7.418/85 (vale-transporte) e outras.

Não temos um Código de Trabalho, como se verifica na França, que iria justificar uma plena autonomia legal do Direito do Trabalho, mas a CLT já cumpre

esse papel. Com a CLT e a legislação esparsa, já existe autonomia legislativa do Direito do Trabalho, principalmente diante do volume de regras legais sobre o tema.

4. DESENVOLVIMENTO DOUTRINÁRIO

Do ponto de vista doutrinário, há autonomia do Direito do Trabalho.

São várias as obras de fôlego que são encontradas em nosso país que tratam da matéria em comentário. Basta lembrar as obras de José Martins Catharino, Cesarino Jr., Amauri Mascaro Nascimento, Octavio Bueno Magano, Orlando Gomes e Elson Gottschalk, Evaristo de Moraes Filho, que já se constituem em clássicos sobre o tema. Mesmo no estrangeiro existem autores renomados que escrevem sobre o tema, como Mario Deveali, Manuel Alonso Olea, Mario de La Cueva, Paul Pic, Paul Durand, Gino Giugni, entre outros.

5. DESENVOLVIMENTO DIDÁTICO

No que diz respeito ao desenvolvimento didático, todas as faculdades de Direito têm pelo menos em um ano ou em dois semestres a matéria Direito do Trabalho. Nas Faculdades de Ciências Econômicas, Administrativas, Contábeis e Sociais e até nas de Engenharia há uma cadeira denominada Legislação Social, em que a matéria efetivamente lecionada é o Direito do Trabalho, mas não fizeram a devida modificação na nomenclatura da disciplina.

Os exames da Ordem dos Advogados do Brasil têm exigido conhecimentos específicos do Direito do Trabalho para habilitar o bacharel a atuar como advogado, dando ao candidato a possibilidade da escolha da referida matéria para ser sabatinado.

6. AUTONOMIA JURISDICIONAL

A autonomia jurisdicional do Direito do Trabalho está consagrada principalmente a partir da edição da CLT e dos julgamentos dos pleitos trabalhistas por órgãos administrativos pertencentes ao Poder Executivo. Com a Constituição de 1946, consagra-se a autonomia jurisdicional da Justiça do Trabalho, que passa a fazer parte integrante do Poder Judiciário, tendo, portanto, o Judiciário um ramo especializado que aplica o Direito do Trabalho.

7. AUTONOMIA CIENTÍFICA

No tocante à autonomia científica, verifica-se que as instituições do Direito do Trabalho são diversas das demais áreas do Direito. O Direito do Trabalho tem institutos próprios, que são o conjunto de regras que pertencem a seu sistema, possuindo regras próprias e específicas sobre cada tema, totalmente distintas das do Direito Civil, bastando lembrar o descanso semanal remunerado (Lei n.° 605/49), o FGTS (Lei n.° 8.036/90), a greve (Lei n.° 7.783/89). Assim, verifica-se que o Direito do Trabalho está totalmente desenvolvido e separado do Direito Civil, do qual se originou como uma forma de contrato, saindo do bojo da legislação civil e passando para um conjunto de regras consolidadas, além da existência de normas sobre o tema na própria Constituição (art. 7.°).

O Direito do Trabalho possui princípios próprios, como o da proteção do trabalhador, o da irrenunciabilidade de direitos, da continuidade do contrato de trabalho, que iremos estudar destacadamente, sendo completamente distintos dos princípios de Direito Civil.

É possível concluir, portanto, que há plena autonomia do Direito do Trabalho em relação às demais disciplinas da ciência do Direito. Há princípios

próprios, copiosa legislação sobre o tema, que importa uma vasta matéria, com institutos distintos de outros ramos do Direito, tendo por inspiração normas que irão proteger a hipossuficiência do trabalhador, visando à modificação e melhoria de suas condições de trabalho e sociais. Existem conceitos próprios do Direito do Trabalho que empregam um método para estudar seu sistema, justificando, dessa forma, sua autonomia.

VERIFICAÇÃO DE APRENDIZAGEM

1. De onde se originou o Direito do Trabalho?
2. Como podemos explicar se há ou não autonomia do Direito do Trabalho em relação a outros ramos do Direito?
3. O que vem a ser a autonomia didática? Ela existe em relação a nossa matéria?
4. O Direito do Trabalho possui institutos próprios, princípios distintos e vasta matéria para justificar sua autonomia?

6

POSIÇÃO ENCICLOPÉDICA DO DIREITO DO TRABALHO

1. INTRODUÇÃO

Ulpiano já dividia o Direito em público e privado, embora entendendo tal classificação como meramente didática, pois o Direito enquanto ciência é gênero, tendo seus diversos ramos, que são considerados as espécies. Cada ramo do Direito mantém relações e conexões com as demais espécies do gênero.

No século XIX, os juristas de tradição romanista entendiam que o Direito público era aquele que envolvia a organização do Estado. Já o Direito privado era o que dizia respeito ao interesse dos particulares. Esta orientação permanece nos dias atuais.

Temos que analisar as várias teorias para verificar a qual ramo pertence o Direito do Trabalho, inclusive em relação aos desdobramentos dessas teorias.

2. TEORIA DO DIREITO PÚBLICO

Para alguns juristas, o Direito do Trabalho faz parte do Direito público. Em primeiro lugar, verificamos que no Direito do Trabalho há normas de natureza administrativa, principalmente as de fiscalização trabalhista. Em segundo lugar, as normas trabalhistas têm natureza tuitiva, de proteção ao trabalhador. Em conseqüência, são regras imperativas, que não podem ser olvidadas pelo empregador, mormente com o objetivo de impedir, fraudar ou desvirtuar a aplicação desses preceitos (art. 9.º da CLT). Dentro dessa concepção, proclamam que os direitos trabalhistas são irrenunciáveis pelo trabalhador, o que mostraria a natureza pública de suas normas. Terceiro, alguns autores entendem que a empresa é uma instituição, tendo, portanto, as relações com seus empregados natureza pública, equiparando-as às normas de natureza administrativa, como as que regem o Estado-administração e os funcionários públicos.

As normas de fiscalização trabalhista, porém, servem apenas para verificar o cumprimento das regras trabalhistas, não se podendo justificar a predominância de tais disposições sobre outras. O que se observa no contrato de trabalho é que há a possibilidade de as próprias partes acordarem a respeito das condições gerais de trabalho. O fato de se falar em irrenunciabilidade de direitos trabalhistas não quer dizer que outros direitos, que não trabalhistas, previstos em outras leis, não sejam irrenunciáveis, por força da aplicação cogente da lei, de sua compulsoriedade, e não da existência de uma facultatividade.

Pág. 53

3. TEORIA DO DIREITO PRIVADO

Para aqueles que consideram o Direito do Trabalho ramo do Direito privado apenas, argumenta-se que houve um desenvolvimento do contrato de trabalho em relação à locação de serviços do Direito Civil, do qual se originou. Verifica-se que os sujeitos do contrato de trabalho são dois particulares: o empregado e o empregador. A maioria das regras de Direito do Trabalho são de ordem privada, regulando o contrato de trabalho, que tem preponderância sobre a minoria das regras de Direito público existentes na referida matéria.

É possível lembrar que mesmo o Código Civil tem dispositivos de ordem pública, como os que dizem respeito às coisas públicas ou à família; entretanto, o Direito Civil ainda faz parte do ramo do Direito privado.

A relação entre as pessoas envolvidas é privada, pois existem dois particulares (empregado e empregador). O Direito do Trabalho não vincula o cidadão ao Estado.

4. TEORIA DO DIREITO SOCIAL

Cesarino Jr. entende que o Direito do Trabalho deve ser chamado de Direito Social. Seria um tertium genus, que nem seria público nem privado. Seria o Direito destinado a amparar os "hipossuficientes", que seriam as pessoas economicamente desprotegidas na relação de emprego, ou seja: os empregados. Entretanto, é possível afirmar que o Direito, por natureza, é social, é feito para a sociedade, não se justificando que um dos ramos do Direito tenha esse nome. Assim, todos os ramos do Direito teriam natureza social, já destinados a promover o bem-estar dos indivíduos perante a sociedade. Não pode haver Direito a não ser na sociedade. Ubi societas, ibi jus.

5. TEORIA DO DIREITO MISTO

Alfredo Montoya Melgar (1978:42) esclarece que o Direito do Trabalho não pertenceria nem ao Direito público nem ao Direito privado, mas compreenderia necessariamente ambos os Direitos. Pondera que existem relações privadas no Direito do Trabalho, como se verifica no contrato de trabalho, assim como existem relações públicas, em que o Estado é o garantidor da ordem pública e administrador da aplicação das referidas regras. Em razão da existência dessas normas de Direito privado e de Direito público é que o Direito do Trabalho teria uma natureza mista.

Não há dúvida de que o Direito do Trabalho contém normas de Direito público e de Direito privado. Contudo, isso ocorre em outros ramos do Direito, como no Direito Civil, no qual existem normas de Direito público relativas à família ou ao adolescente; entretanto, há a preponderância das regras de Direito privado sobre as de Direito público, como também ocorre no Direito do Trabalho.

Pág. 54

A maioria das normas existentes no Direito do Trabalho é de Direito privado, que preponderam sobre as de Direito público. Lembre-se, por exemplo, a possibilidade de a negociação das condições de contrato de trabalho ser feita pelos envolvidos. Não se pode dizer, portanto, que existe um Direito misto, híbrido de Direito privado e público ao mesmo tempo. Tal fato iria negar, inclusive, a autonomia do Direito do Trabalho, que não poderia ser e deixar de ser alguma coisa ao mesmo tempo. O que tem que ser observado é seu conjunto, em que predominam as regras de Direito privado.

6. TEORIA DO DIREITO UNITÁRIO

Evaristo de Moraes Filho (1991:111) defende a tese de que o Direito do Trabalho é um Direito unitário, que seria oriundo da fusão de ramos de Direito público e privado. Há, assim, um todo orgânico, diferente de outros, possuindo uma substância nova, criando-se uma nova combinação de elementos que formam algo totalmente distinto, que não seria produto de uma simples mistura. Na teoria do Direito misto, haveria a coexistência de normas de Direito público e privado, que não se fundem. Na teoria do Direito unitário, o que existiria seria a fusão de normas de Direito público e privado, dando origem a uma terceira realidade, distinta e nova em relação às anteriores.

Não se pode dizer que houve a criação de um terceiro gênero, distinto do Direito público e privado, resultado da fusão desses ramos, pois em qualquer Direito é possível notar a existência de normas de Direito público e privado. Não há como afirmar que houve um amálgama entre normas de Direito público e privado, criando um Direito heterogêneo.

7. NOSSA POSIÇÃO

O Direito do Trabalho pertence ao ramo do Direito privado. Não negamos a existência de normas de Direito público e privado no âmbito do Direito do Trabalho, mas elas não chegam a constituir-se num tertium genus, nem há a criação de um Direito unitário ou misto. O que ocorre é que há preponderância da maioria das regras de Direito privado, como se verifica no contrato de trabalho, diante das regras de Direito público, o que também se observa no Direito Civil e no Direito Comercial, que nem por isso deixam de ser parte do ramo do Direito privado.

VERIFICAÇÃO DE APRENDIZAGEM

1. Qual a divisão que Ulpiano faz a respeito do Direito?
2. Como a teoria de Direito público justifica que o Direito do Trabalho a ela pertence?

3. Esclarecer sobre a teoria do Direito privado para justificar a natureza jurídica do Direito do Trabalho.
4. Como se justifica a teoria do Direito social?
5. Quais são as bases da teoria de Direito misto?
6. Quais são as bases da teoria de Direito unitário?

7

RELAÇÕES DO DIREITO DO TRABALHO COM OS DEMAIS RAMOS DO DIREITO

O Direito do Trabalho relaciona-se, como não poderia deixar de ser, com outros ramos da ciência do Direito.

1. DIREITO CONSTITUCIONAL

A relação do Direito do Trabalho com o Direito Constitucional é muito estreita, pois a Constituição estabelece uma série de Direitos aos trabalhadores de modo geral, principalmente nos arts. 7.° a 11. Mais especificamente no art. 7.°, a Lei Maior garante direitos mínimos aos trabalhadores urbanos e rurais, especificando-os em 34 incisos. O empregado doméstico tem alguns direitos

reconhecidos no parágrafo único do art. 7.°. Mesmo o trabalhador avulso tem assegurados seus direitos no inc. XXXIV do art. 7.° da Lei Fundamental, que prevê igualdade com os direitos dos trabalhadores com vínculo empregatício permanente. No art. 8.° da Norma Ápice, são previstos os direitos decorrentes da organização sindical. O art. 9.° da Lei Magna trata do direito de greve.

2. DIREITO CIVIL

O contrato de trabalho tem origem no Direito Civil. Como uma espécie do gênero contrato, o contrato de trabalho começa a ser desenvolvido com base na locação de serviços (locatio operarum) encontrada nos arts. 1.216 e seguintes do Código Civil. Mesmo no conceito de empreitada (locatio operis), podemos notar certas relações com o contrato de trabalho, que podem, inclusive, dar origem a discussões na Justiça do Trabalho. É o que observamos no art. 652, a, III, da CLT, que dá competência à Justiça do Trabalho para julgar questões de operários ou artífices ou pequenos empreiteiros, mas não para reivindicar direitos previstos na CLT, apenas o preço contratado da obra e a multa, se houver.

O Direito do Trabalho utiliza-se, subsidiariamente, do Direito Civil, principalmente da parte de obrigações e contratos previsto no Código Civil, pois o parágrafo único do art. 8.° da CLT determina que o Direito comum será fonte subsidiária do Direito do Trabalho, naquilo que não for incompatível com seus princípios fundamentais.

3. DIREITO COMERCIAL

A relação com o Direito Comercial também é nítida, pois esse Direito regula as várias formas de sociedades mercantis, sendo que a empresa é uma das partes do contrato de trabalho. Mesmo na falência ou concordata do empregador, o trabalhador terá direito de reivindicar as verbas que lhe são devidas, o que importa a verificação de como isso será feito. Em casos de mudança na estrutura jurídica e na propriedade da empresa, os direitos dos trabalhadores serão assegurados (arts. 10 e 448 da CLT). Ressalte-se que o parágrafo único do art. 8.° da CLT determina que o Direito comum, que pode ser considerado também o Direito Comercial, seja aplicado subsidiariamente em relação ao Direito do Trabalho.

4. DIREITO INTERNACIONAL

O Direito do Trabalho relaciona-se com o Direito Internacional. O Direito Internacional Público do Trabalho diz respeito a normas de ordem pública, de âmbito internacional, como as da OIT, que edita uma série de normas a serem aplicadas àqueles que as ratificarem. São as convenções e recomendações em matéria trabalhista. Mesmo ao falar em grupos de empresas de âmbito internacional - as multinacionais com sede no exterior -, podemos verificar assuntos de Direito Internacional. Há que lembrarmos outras fontes de Direito Internacional, como a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), a Convenção Européia de Direitos Humanos (1950) etc.

O Direito Internacional Privado do Trabalho versa sobre a aplicação da lei no espaço. É o que ocorreria com um trabalhador que foi contratado em Buenos Aires, trabalhou em Tóquio e foi dispensado no Brasil. Qual a lei aplicável?

5. DIREITO PENAL

A prática de um delito penal pode influir no campo de Direito do Trabalho, inclusive podendo dar motivo ao despedimento do empregado por justa causa.

Alguns autores também entendem que o poder disciplinar do empregador poderia ser considerado como integrante do Direito Penal, de estabelecer punições aos empregados, decorrentes do poder de direção do empregador. O Código Penal também regula crimes contra a organização do trabalho, o direito de livre associação sindical, a frustração de direito assegurado pela lei trabalhista, o aliciamento de trabalhadores etc., o que se observa nos arts. 197 a 207. A Lei n.° 9.029/95 estabelece normas penais para a discriminação da mulher (art. 2.°).

6. DIREITO DA SEGURIDADE SOCIAL

O Direito do Trabalho também se relaciona com o Direito da Seguridade Social, que hoje contém um capítulo próprio na Constituição, nos arts. 194 a 204, principalmente no que diz respeito à previdência social, quando visa à proteção à maternidade, especialmente à gestante (art. 201, II), além da assistência social, quando menciona o amparo à infância e à adolescência (art. 203, e inc. II), a promoção da integração ao mercado de trabalho (art. 203, III) etc.

7. DIREITO ADMINISTRATIVO

As normas de medicina e segurança do trabalho e, também, de fiscalização do trabalho podem ser consideradas atinentes à administração do Estado, e são feitas por meio das Delegacias Regionais do Trabalho, órgãos vinculados ao Ministério do Trabalho. Alguns autores falam em Direito Administrativo do Trabalho, e outros em Direito Tutelar do Trabalho, para justificar essa relação.

O próprio Estado contrata servidores sob o regime da CLT ou regime temporário ou precário, o que mostra a aproximação entre a Administração e o Direito do Trabalho.

Mesmo quando o Estado admite funcionários públicos sob o regime estatutário, estamos diante de uma relação de trabalho, não de trabalho subordinado, mas que mostra certa semelhança com a matéria que iremos estudar.

Os decretos regulamentam as leis. Têm natureza administrativa, de regulamento de execução. Há vários decretos que regulamentam Leis Trabalhistas, como o Decreto n.° 27.048/49 que regulamenta a Lei n.° 605/49, tratando do repouso semanal remunerado.

8. DIREITO TRIBUTÁRIO

As relações com o Direito Tributário também são relevantes, principalmente quando se fala em fato gerador, incidência de tributos, ou contribuições sobre certas verbas trabalhistas, base de cálculo das referidas verbas, contribuintes etc. As contribuições do FGTS e do PIS-Pasep realçam ainda mais essa relação, pois a primeira incide sobre uma série de verbas trabalhistas e a segunda, paga pela empresa, dá posteriormente certos direitos aos empregados que ganham baixos salários.

Por último, o imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza incide sobre salários, remuneração e outras verbas de natureza trabalhista, de acordo com certos limites.

9. DIREITO ECONÔMICO

O Direito Econômico tem por objetivo disciplinar juridicamente as atividades desenvolvidas nos mercados, buscando uma forma de organização do sistema e também visando ao interesse social.

A relação com o Direito do Trabalho ocorre quando se verifica a obtenção de uma política de pleno emprego, (art. 170, VIII, da CF) e a valorização do trabalho humano (art. 170 da CF), que são, entre outros, os objetivos a serem assegurados pela ordem econômica. A própria política econômica e salarial terá grandes reflexos na relação de emprego, ao se ter em vista o desenvolvimento geral do país e a garantia do bem-estar da nação.

Pág. 59

O inciso IV do art. 1.º da Constituição declara, ainda, que um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil é dar respaldo aos "valores sociais do trabalho e da livre iniciativa".

10. DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO

O Direito Processual do Trabalho vem a ser a forma de se assegurar o cumprimento dos direitos materiais do empregado, sendo que as controvérsias surgidas sobre a aplicação da legislação trabalhista serão dirimidas pela Justiça do Trabalho.

A CLT contém, nos arts. 643 a 910, regras atinentes ao processo do trabalho, estabelecendo normas de competência, para a propositura da ação, recursos etc. Tais regras serão aplicadas para assegurar o direito material do obreiro.

11. COM OUTRAS ÁREAS

O Direito do Trabalho também irá relacionar-se com outras ciências que não a do Direito. Basta lembrar a importância da Sociologia, na visão que tem da sociedade, dos conflitos, quanto aos fatos sociais que dão origem às questões trabalhistas, os grupos, as classes, as instituições, os processos, os movimentos sociais, que acabam influenciando na formação das leis, principalmente trabalhistas. A relação do Direito do Trabalho com a Biologia, Física e Química, no que diz respeito à medicina e segurança do trabalho, na verificação das condições insalubres ou perigosas existentes no local de trabalho. A relação dá-se também com a Economia, em função da realidade econômica do país, da realidade da política econômica traçada pelo governo, que irá influir decisivamente na questão de salários etc. A relação que se desenvolve com a Contabilidade, no que diz respeito aos cálculos das verbas trabalhistas. A empresa escritura suas contas, podendo ser verificado o pagamento dos salários e outras verbas pagas aos empregados. O mesmo ocorre em relação às Ciências Administrativas, quando se fala na organização da empresa, nos recursos humanos, na forma de produção etc.

VERIFICAÇÃO DE APRENDIZAGEM

1. O Direito do Trabalho relaciona-se com outras disciplinas? Quais?
2. Qual a relação do Direito do Trabalho com o Direito Constitucional?
3. Qual a relação do Direito do Trabalho com o Direito Econômico e Tributário?
4. Qual a relação do Direito do Trabalho com as outras ciências afins?
5. Como se justifica a relação do Direito do Trabalho com a Economia, a Contabilidade e a Administração de Empresas?

6

FONTES DO DIREITO DO TRABALHO

1. INTRODUÇÃO

Fonte vem do latim fons, com o significado de nascente, manancial.

No significado vulgar, fonte tem o sentido de nascente de água, o lugar donde brota água. Figuradamente, refere-se à origem de alguma coisa, de onde provém algo. Fonte de Direito tem significado metafórico, em razão de que o direito já é uma fonte de várias normas.

Claude du Pasquier afirma que fonte da regra jurídica "é o ponto pelo qual ela sai das profundezas da vida social para aparecer à superfície do Direito" (Introduction à la theorie générale et la phisosophie du droit. Paris : Delachoux e Niestlé, 1978. p. 47).

José de Oliveira Ascensão menciona que fonte tem diferentes significados: (a) histórico: considera as fontes históricas do sistema, como o direito romano; (b) instrumental: são os documentos que contém as regras jurídicas, como códigos, leis etc.; (c) sociológico ou material: são os condicionamentos sociais que produzem determinada norma; (d) orgânico: são os órgãos de produção das normas jurídicas; (e) técnico-jurídico ou dogmático: são os modos de formação e revelação das regras jurídicas (O direito: introdução e teoria geral. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1978. p. 39).

O estudo das fontes do Direito pode ter várias acepções, como o de sua origem, o de fundamento de validade das normas jurídicas e da própria exteriorização do Direito.

Fontes formais são as formas de exteriorização do direito. Exemplos: leis, costumes etc.

Fontes materiais são o complexo de fatores que ocasionam o surgimento de normas, envolvendo fatos e valores. São analisados fatores sociais, psicológicos, econômicos, históricos etc., ou seja, os fatores reais que irão influenciar na criação da norma jurídica valores que o Direito procura realizar.

Eduardo García Máynez afirma que as fontes formais são como o leito do rio, ou canal, por onde correm e manifestam-se as fontes materiais (Introducción al estudio del derecho. México: Porrúa, 1968. p. 51).

Há autores que entendem que a relevância é apenas o estudo das fontes formais. As fontes materiais dependem da investigação de causas sociais que influenciaram na edição da norma jurídica, matéria que é objeto da Sociologia do Direito.

Alguns autores afirmam que apenas o Estado é a única fonte do Direito, pois ele goza do poder de sanção. Uma segunda corrente prega que existem vários centros de poderes, de onde emanam normas jurídicas.

Miguel Reale prefere trocar a expressão fonte formal por teoria do modelo jurídico. Esta é a estrutura normativa que ordena fatos segundo valores, numa qualificação tipológica de comportamentos futuros, a que se ligam determinadas conseqüências (O direito como experiência. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 162).

As fontes de Direito podem ser heterônomas ou autônomas. Heterônomas: são as impostas por agente externo. Exemplos: Constituição, leis, decretos, sentença normativa, regulamento de empresa, quando unilateral. Autônomas: são as elaboradas pelos próprios interessados. Exemplos: costume, convenção e acordo coletivo, regulamento de empresa, quando bilateral, contrato de trabalho.

Quanto à origem, as fontes podem ser: a) estatais, quando provenientes do Estado. Exemplos: Constituição, leis, sentença normativa; (b) extra-estatais: quando emanadas dos grupos e não do Estado. Exemplos: regulamento de empresa, costume, convenção e acordo coletivo, contrato de trabalho; (c) profissionais: são estabelecidas pelos trabalhadores e empregadores interessados; convenção e acordo coletivo de trabalho.

Quanto à vontade das pessoas, as fontes podem ser: (a) voluntárias, quando dependem da vontade das partes para sua elaboração. Exemplos: contrato de trabalho, convenção e acordo coletivo, regulamento de empresa, quando bilateral; (b) imperativas, quando são alheias à vontade das partes. Exemplos: Constituição, leis, sentença normativa.

Há fontes comuns a todos os ramos do Direito, como a Constituição, a lei etc. Há, porém, fontes que são peculiares ao Direito do Trabalho, como as sentenças normativas, as convenções e os acordos coletivos, os regulamentos de empresa e os contratos de trabalho.

Afirma-se, para justificar as fontes do Direito, que as normas de maior hierarquia seriam o fundamento de validade das regras de hierarquia inferior.

O art. 8.° da CLT dá orientação a respeito das fontes do Direito do Trabalho, ao afirmar: "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 costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público".

Não se pode afirmar, entretanto, que a analogia e a eqüidade sejam fontes do Direito, mas métodos de integração da norma jurídica, assim como o seria o Direito comparado. Quanto aos princípios gerais de Direito, entendemos que se trata de uma forma de interpretação das regras jurídicas.

A jurisprudência não pode ser considerada como fonte do Direito do Trabalho. Ela não se configura como norma obrigatória, mas apenas indica o caminho predominante em que os tribunais entendem de aplicar a lei, suprindo, inclusive, eventuais lacunas desta última.

Não vincula, portanto, o juiz, que é livre para decidir. A única hipótese de vinculação seria no caso de julgamento definitivo de mérito de ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo proferido pelo STF (§ 2.° do art. 102 da CF).

O TST vinha expedindo prejulgados, com base no art. 902 da CLT, que vinculavam os demais juízes. A Lei n.° 7.033, de 5-10-92, revogou o art. 902 da CLT, pois o juiz não está atrelado a não ser à Constituição e à lei, o que mostrava que os prejulgados interferiam na livre convicção do magistrado em julgar. Entretanto, o TST edita súmulas de sua jurisprudência predominante, revelando qual é o pensamento daquela Corte quanto à matéria nelas ventilada, sendo que os antigos prejulgados foram transformados em súmulas, como se verifica dos Enunciados 130 a 179, que aproveitaram vários dos prejulgados. A partir de 28-6-1985, as antigas súmulas passaram a chamar-se enunciados.

A doutrina também constitui-se em valioso critério para a análise do Direito do Trabalho, mas também não podemos dizer que venha a ser uma de suas fontes, justamente porque os juízes não estão obrigados a observar a doutrina em suas decisões, tanto que a doutrina muitas vezes não é pacífica, tendo posicionamentos opostos.

Assim, é possível enumerar como fontes do Direito do Trabalho: a Constituição, as leis, os decretos, os costumes, as sentenças normativas, os acordos, as convenções, o regulamento de empresa e os contratos de trabalho.

2. FONTES

2.1 Constituição

A primeira Constituição a tratar de normas de Direito do Trabalho foi a de 1934. As demais Constituições continuaram a versar sobre o tema, tanto que os

arts. 7.° a 11 da Norma Ápice de 1988 especificam vários direitos dos trabalhadores.

Há que se lembrar que é de competência privativa da União legislar sobre Direito do Trabalho (art. 22, I, CF), o que impede os Estados-membros e os Municípios de o fazerem.

Assim, as demais normas irão originar-se da Constituição, que em muitos casos especifica sua forma de elaboração e até seu campo de atuação.

2.2 Leis

Temos diversas leis que tratam de Direito do Trabalho. A principal delas é uma compilação da legislação, a que se deu o nome de Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), consubstanciada no Decreto-lei n.° 5.452, de 1-5-1943. Houve, portanto, uma reunião de normas esparsas que culminaram na CLT. Não se trata, assim, de um código, de algo novo, que iria instituir as normas de Direito do Trabalho, mas de uma consolidação, que vem justamente reunir a legislação esparsa sobre o tema existente no período anterior a 1943 e suas posteriores modificações.

Um código importa a criação de um Direito novo, revogando a legislação anterior. A CLT apenas organiza e sistematiza a legislação esparsa já existente, tratando não só do Direito individual do trabalho, mas também do tutelar, do coletivo e até mesmo de normas de processo do trabalho. Vamos encontrar também não só regras pertinentes à relação entre empregado e empregador, mas também normas sobre segurança e medicina do trabalho, sobre fiscalização trabalhista etc.

Não é apenas a CLT que versa sobre regras de Direito do Trabalho. Há também a legislação não consolidada que outorga outros direitos aos trabalhadores, como a Lei n.° 605/49 (repouso semanal remunerado), a Lei n.° 5.859/72 (empregado doméstico), a Lei n.° 5.889/73 (trabalhador rural), a Lei n.° 6.019/74 (trabalhador temporário), a Lei n.° 7.783/89 (greve), a Lei n.° 8.036/90 (FGTS), entre outras.

2.3 Atos do Poder Executivo

Não apenas as leis emanadas do Poder Legislativo são fontes do Direito do Trabalho, mas também as normas provenientes do Poder Executivo.

Em certos períodos, o Poder Executivo podia expedir decretos-leis que, posteriormente eram ratificados pelo Congresso. Assim é o caso da CLT, pois a sua consolidação se fez, por meio de decreto-lei (Decreto-lei n.° 5.452/43). Lembre-se, por exemplo, de que os arts. 129 a 152 da CLT, que tratam de férias, foram modificados por meio do Decreto-lei n.° 1.535, de 13-4-77. O título VI da CLT, que compreende os arts. 611 a 625, versa sobre convenção e acordo coletivo de trabalho, tendo sido modificado pelo Decreto-lei n.° 229, de 28-2-67. É a hipótese também do Decreto-lei n.° 691, de 18-7-69, que versa sobre os técnicos estrangeiros.

Edita o Poder Executivo medidas provisórias, que têm força de lei no período de 30 dias (art. 62 da Constituição).

O Poder Executivo também tem competência para expedir decretos e regulamentos (art. 84, IV, da CF). Nesse ponto, foram editados vários decretos, visando ao cumprimento da legislação, como o Decreto n.° 27.048/49 (repouso semanal remunerado), o Decreto n.° 57.155/65 (13.° salário), o Decreto n.° 71.885/73 (empregado doméstico), entre outros.

O Ministério do Trabalho também expede portarias, ordens de serviço etc. Exemplo é a Portaria n.° 3.214/78, que especifica questões sobre medicina e segurança do trabalho.

2.4 Sentença normativa

A sentença normativa constitui realmente uma das fontes peculiares do Direito do Trabalho. Chama-se sentença normativa a decisão dos tribunais regionais do trabalho ou do TST no julgamento dos dissídios coletivos. O art. 114, caput, e seu § 2.°, da Constituição, dão competência à Justiça do Trabalho para estabelecer normas e condições de trabalho. É, portanto, por meio da sentença normativa, em dissídio coletivo que serão criadas, modificadas ou extintas as normas e condições aplicáveis ao trabalho, gerando direitos e obrigações a empregados e empregadores.

A sentença normativa terá efeito erga omnes, valendo para todas as pessoas integrantes da categoria econômica e profissional envolvidas no dissídio coletivo.

2.5 Convenções e acordos coletivos

Outra fonte peculiar do Direito do Trabalho são as convenções e os acordos coletivos, que vêm exteriorizar a autonomia privada dos sindicatos nas negociações coletivas.

Reconhece o inciso XXVI do art. 7.° da Constituição as convenções e os acordos coletivos de trabalho. As convenções coletivas são os pactos firmados entre dois ou mais sindicatos - estando de um lado o sindicato patronal e do outro o sindicato profissional (dos trabalhadores) - a respeito de condições de trabalho para a categoria (art. 611 da CLT). Os acordos coletivos são os pactos celebrados entre uma ou mais de uma empresa e o sindicato da categoria profissional a respeito de condições de trabalho (§ 1.° do art. 611 da CLT).

Assim, as regras que forem estabelecidas em convenções e acordos coletivos serão de observância nas categorias respectivas, sendo, portanto, uma das fontes de Direito do Trabalho.

2.6 Regulamentos de empresa

Discutem os doutrinadores se o regulamento de empresa pode ser considerado como fonte de Direito do Trabalho. Entendemos que sim, pois o empregador está fixando condições de trabalho no regulamento, disciplinando as relações entre os sujeitos do contrato de trabalho. O regulamento de empresa vai vincular não só os empregados atuais da empresa, como também aqueles que forem sendo admitidos nos seus quadros. É, por conseguinte, uma fonte formal de elaboração de normas trabalhistas, uma forma como se manifestam as normas jurídicas, de origem extraestatal, autônoma, visto que não são impostas por agente externo, mas são organizadas pelos próprios interessados. Geralmente, o regulamento de empresa é preparado unilateralmente pelo empregador, mas é possível a participação do empregado na sua elaboração. Evaristo de Moraes Filho (1991:141) ensina que, pelo fato de serem estabelecidas essas condições de trabalho no regulamento, este vem a ser uma fonte normativa do Direito do Trabalho, pois as suas cláusulas aderem ao contrato de trabalho.

2.7 Disposições contratuais

O art. 8.° da CLT faz menção expressa às disposições contratuais como fonte do Direito do Trabalho. São as determinações inseridas no contrato de trabalho, ou seja, no acordo bilateral firmado entre os convenentes a respeito

de condições de trabalho, que irão dar origem a direitos e deveres do empregado e do empregador.

Pág. 65

2.8 Usos e costumes

Os usos e costumes são uma importante fonte do Direito do Trabalho (art. 8.° da CLT). Muitas vezes, dos usos e costumes, na sua reiterada aplicação pela sociedade, é que se origina a norma legal. Mesmo na empresa costumam aparecer regras que são aplicadas reiteradamente, mas que não estão disciplinadas na lei. A gratificação é um pagamento feito pelo empregador que tem por natureza o costume. De tanto os empregadores pagarem uma gratificação natalina, ela passou a ser compulsória, dando origem ao atual 13.° salário (Lei n° 4.090/62).

O próprio contrato de trabalho não precisa ser necessariamente feito por escrito, podendo ser regido por aquelas regras do costume, ou seja, do que foi acordado tacitamente pelas partes (art. 443 da CLT).

As horas extras passaram a integrar outras verbas (férias, 13.° salário, FGTS, DSR's, aviso prévio etc.) por força do costume, da habitualidade no seu pagamento. Nesse sentido, é tranqüila a jurisprudência (En. 45, 63, 94, 151 e 172 do TST). Inicialmente não havia previsão sobre tais fatos na legislação, que posteriormente passou a adotá-la. Logo, naquele primeiro momento tínhamos um costume praeter legem, que veio suprir as lacunas da legislação.

As parcelas do salário pagas em utilidades (alimentação, vestuário, habitação, transporte etc.) só integrarão o salário se houver habitualidade no seu pagamento, ou seja, por força do costume (art. 458 da CLT). São costumes chamados de secundum legem: aqueles que a lei manda observar.

O § 3.° do art. 270 da CLT, que foi revogado pela Lei n.° 8.630/93, tratava de uma hipótese em que o salário poderia ser estabelecido de acordo com a praxe (leia-se costume) adotada em cada região, em relação aos trabalhadores das embarcações.

Inexistindo a estipulação de salário, o empregado terá direito de perceber importância igual à daquele que fizer serviço equivalente na mesma empresa, ou do que for pago habitualmente (costumeiramente) para serviço semelhante (art. 460 da CLT).

3. HIERARQUIA

O art. 59 da Constituição dispõe quais são as normas existentes no sistema jurídico brasileiro. Não menciona que haja hierarquia entre umas e outras. A hierarquia entre as normas somente viria a ocorrer quando a validade de determinada norma dependesse de outra, em que esta regularia inteiramente a forma de criação da primeira norma. É certo que a Constituição é hierarquicamente superior às demais normas, pois o processo de validade destas é regulado na primeira. Abaixo da Constituição encontram-se os demais preceitos legais, cada qual com campos diversos de atuação: leis complementares, leis ordinárias, decretos-leis (nos períodos em que existiram), medidas provisórias, leis delegadas, decretos legislativos e resoluções.

Podemos dizer que há hierarquia entre normas quando a norma inferior tem seu fundamento de validade em regra superior. O conteúdo de validade ou não de uma norma decorre da comparação segundo o critério de localização na hierarquia das normas, no sentido de que a regra inferior retira seu fundamento de validade da norma superior, sem contrariá-la, pois, se houver contradição, considera-se inválida a norma inferior.

Pág. 66

A lei deve ser elaborada conforme as regras formais previstas na norma superior; seu conteúdo material deve conformar-se com o modelo previsto na regra superior e deve ser editado pelo Poder Legislativo competente. Entre a lei complementar, ordinária, delegada e a medida provisória não existe hierarquia, uma vez que todas retiram seus fundamentos de validade da própria Constituição; somente são inferiores hierarquicamente à Constituição. Cada uma tem campo próprio ou função própria a ser observado, de acordo com o que determina a Constituição. A diferenciação que existe entre elas seria da iniciativa, do quorum de aprovação, formalidades a observar.

Não há dúvida de que os decretos são hierarquicamente inferiores às primeiras normas, até porque não são emitidos pelo Poder Legislativo, mas pelo Poder Executivo. Após os decretos, encontramos normas internas da Administração Pública, como portarias, circulares, ordens de serviço etc., que são hierarquicamente inferiores aos decretos. O próprio TST expede também provimentos, instruções normativas, normalmente visando dar o correto entendimento da norma no tribunal e a sua respectiva aplicação. Temos também acordos, convenções coletivas e sentenças normativas (proferidas em dissídios coletivos) que vão ser hierarquicamente inferiores à lei.

O art. 619 da CLT determina que "nenhuma disposição do contrato individual de trabalho que contrarie normas de Convenção ou Acordo Coletivo de Trabalho poderá prevalecer na execução do mesmo, sendo considerada nula de pleno direito".

No caso, o contrato de trabalho está posicionado hierarquicamente abaixo da convenção e do acordo coletivo; se houver disposição que contrariar aquelas normas, não poderá ser observada. O art. 623 da CLT também dispõe que não terá validade o acordo ou a convenção coletiva de trabalho que contrariar a política salarial governamental, o que mostra que aquelas normas são inferiores hierarquicamente à lei.

O ápice da pirâmide da hierarquia das normas trabalhistas é a norma mais favorável ao trabalhador.

Os princípios constitucionais, embora alguns sejam mais abrangentes e importantes do que outros, também estão hierarquizados dentro do sistema, com a prevalência do princípio de hierarquia superior sobre o de hierarquia inferior. Os direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição trazem indicação fundamental, pois outras regras devem ser analisadas e interpretadas a partir dos direitos e garantias fundamentais, como, por exemplo, o sistema tributário. O princípio da legalidade tributária é um princípio decorrente, ou um desdobramento do princípio da legalidade genérica (art. 5.°, II, da CF).

4. CLASSIFICAÇÃO DAS NORMAS TRABALHISTAS

As normas trabalhistas podem ser classificadas da seguinte forma: normas de ordem pública, que podem ser absolutas ou relativas; normas dispositivas e normas autônomas individuais ou coletivas.

As normas de ordem pública absoluta são as que não podem ser derrogadas por convenções das partes, em que prepondera um interesse público sobre o individual. Há o interesse do Estado em estabelecer regras mínimas para o trabalhador e em que essas regras sejam cumpridas pelo empregador. São regras de natureza tuitiva, tutelar, que tratam, por exemplo, do interesse psicossomático do trabalhador, sendo indisponíveis por parte do obreiro, nem poderão deixar de ser cumpridas pelo empregador, sob pena de multa. São as normas que tratam de medicina e segurança do trabalho, da fiscalização trabalhista, do salário mínimo, das férias, do repouso semanal remunerado.

Normas de ordem pública relativa são as que, embora haja interesse do Estado em ver cumpridas as determinações, podem ser flexibilizadas. Exemplo é a possibilidade de redução de salários por meio de convenções ou acordos coletivos (art. 7.°, VI, da Lei Fundamental); da compensação e redução da jornada de trabalho mediante acordo ou convenção coletiva (art. 7.°, XIII, da Lei Maior); do aumento da jornada nos turnos ininterruptos de revezamento por intermédio de negociação coletiva (art. 7.°, XIV, da CF).

As normas dispositivas são aquelas em que o Estado tem interesse em tutelar os direitos do empregado, porém esse interesse é menor, podendo haver a autonomia da vontade das partes em estabelecer outras regras. Pode-se dizer que a legislação apenas estabelece um mínimo, que pode ser complementado pelas partes. Não dispondo as partes de modo diverso, prevalece o mínimo previsto na lei. É possível exemplificar com dispositivos previstos na própria Constituição, como o adicional de horas extras de 50% (art. 7.°, XVI), aviso prévio de no mínimo 30 dias (art. 7.°, XXI); ou na CLT, como o adicional noturno de pelo menos 20% (art. 73) etc. Mediante negociação coletiva ou individual pode ser estabelecido porcentual superior de horas extras, de adicional noturno ou aviso prévio maior do que 30 dias.

As normas autônomas são aquelas em que o Estado não interfere estabelecendo regras de conduta no campo trabalhista; as partes é que estabelecem preceitos, fruto do entendimento direto entre elas. No campo coletivo, seria a hipótese de o acordo ou convenção coletiva estabelecer regras não previstas na lei, como cesta básica para toda a categoria. No campo individual, seria a contratação mediante cláusula inserida no contrato de trabalho a respeito de complementação de aposentadoria. Como se vê, são regras que atuam no vazio deixado pela lei e que com ela não colidem.

Normas autônomas que vierem a colidir com regras de ordem pública, sejam absolutas, sejam relativas, não são válidas. Exemplo seria a hipótese de uma convenção coletiva que viesse a contrariar a política governamental de salários, pois o art. 623 da CLT determina a nulidade de disposição de acordo ou convenção coletiva que contrarie norma disciplinadora da política econômico-financeira do governo ou concernente à política salarial vigente, não produzindo qualquer efeito.

VERIFICAÇÃO DE APRENDIZAGEM

1. Quais as acepções que podem ser analisadas para justificar as fontes do Direito?
2. A analogia e a eqüidade são fontes do Direito do Trabalho?

3. A jurisprudência e a doutrina podem ser consideradas como fontes do Direito do Trabalho?
4. O regulamento de empresa pode ser considerado como fonte do Direito do Trabalho? Por quê?
5. O que vem a ser sentença normativa? Pode ela ser considerada como fonte do Direito do Trabalho?
6. Como é que se observam os usos e costumes no Direito do Trabalho?
7. Como se dá a hierarquia das normas em relação às regras de Direito do Trabalho?

9

APLICAÇÃO DAS NORMAS DE DIREITO DO TRABALHO

Havendo duas ou mais normas sobre a mesma matéria, começa a surgir o problema de qual delas deve ser aplicada.

1. INTERPRETAÇÃO

A interpretação decorre da análise da norma jurídica que vai ser aplicada aos casos concretos. Várias são as formas de interpretação da norma jurídica:

a) gramatical ou literal (verba legis): consiste em verificar qual o sentido do texto gramatical da norma jurídica. Analisa-se o alcance das palavras encerradas no texto da lei;

b) lógica (mens legis): em que se estabelece conexão entre vários textos legais a serem interpretados;

c) teleológica ou finalística: a interpretação será dada ao dispositivo legal de acordo com o fim colimado pelo legislador;

d) sistemática: a interpretação será dada ao dispositivo legal conforme a análise do sistema no qual está inserido, sem se ater à interpretação isolada de um dispositivo, mas a seu conjunto;

e) extensiva ou ampliativa: em que se dá um sentido mais amplo à norma a ser interpretada do que ela normalmente teria;

f) restritiva ou limitativa: dá-se um sentido mais restrito, limitado, à interpretação da norma jurídica;

g) histórica: o Direito decorre de um processo evolutivo. Há necessidade de se analisar, na evolução histórica dos fatos, o pensamento do legislador não só à época da edição da lei, mas também de acordo com a sua exposição de motivos, mensagens, emendas, as discussões parlamentares etc. O Direito, portanto, é uma forma de adaptação do meio em que vivemos em função da evolução natural das coisas;

h) autêntica: é a realizada pelo próprio órgão que editou a norma, que irá declarar seu sentido, alcance e conteúdo, por meio de outra norma jurídica. Também é chamada de interpretação legal ou legislativa:

i) sociológica: em que se verifica a realidade e a necessidade social na elaboração da lei e em sua aplicação. A própria Lei de Introdução ao Código Civil determina que o juiz, ao aplicar a lei, deve ater-se aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum (art. 5.°).

Não há apenas uma única interpretação que pode ser feita, mas devem-se seguir os métodos de interpretação mencionados nas alíneas a a i supra.

Muitas vezes, a interpretação literal do preceito legal, ou a interpretação sistemática (ao se analisar o sistema no qual está inserida a lei, em seu conjunto), é que dará a melhor solução ao caso que se pretenda resolver.

Ao se interpretarem as diversas normas jurídicas aplicáveis ao caso concreto, deve-se levar em conta a norma mais favorável ao empregado. O art. 620 da CLT demonstra essa linha de pensamento ao dizer que "as condições estabelecidas em convenção, quando mais favoráveis, prevalecerão sobre as estipuladas em acordo". Ao contrário, as normas estabelecidas em acordo prevalecerão sobre as estipuladas em convenção coletiva, se forem mais favoráveis ao empregado.

O mesmo raciocínio pode ser levado em consideração em relação a outras normas: se o regulamento de empresa prevê melhores condições de trabalho do que a lei ou a norma coletiva, ele irá prevalecer sobre estas últimas.

2. INTEGRAÇÃO

Integrar tem o significado de completar, inteirar. O intérprete fica autorizado a suprir as lacunas existentes na norma jurídica por meio da

utilização de técnicas jurídicas. As técnicas jurídicas são a analogia e a eqüidade, podendo também ser utilizados os princípios gerais do Direito e a doutrina.

O art. 8.° da CLT autoriza o juiz, na falta de expressa disposição legal ou convencional, a utilizar a analogia ou a eqüidade. Inexistindo lei que determine a solução para certo caso, pode o juiz utilizar, por analogia, outra lei que verse sobre questão semelhante.

A analogia não é um meio de interpretação da norma jurídica, mas de preencher os claros deixados pelo legislador. Consiste na utilização de uma regra semelhante para o caso em exame.

Em grego, eqüidade chama-se epieikeia, tendo o significado de complemento da lei lacunosa; porém, era vedado julgar contra a lei. No Direito Romano, a eqüidade (aequitas) era um processo de criação da norma jurídica para sua integração no ordenamento jurídico. Tem também um significado de igualdade, de benignidade, de proporção, equilíbrio.

A decisão por eqüidade só poderá, porém, ser feita nas hipóteses autorizada em lei (art. 127 do CPC). A eqüidade é a possibilidade de suprir a imperfeição da lei ou torná-la mais branda de modo a moldá-la à realidade. Daí por que os romanos já advertiam que a estrita aplicação do Direito poderia trazer conseqüências danosas à Justiça (summus jus, summa injuria). Assim, o juiz pode até praticar injustiça num caso concreto quando segue rigorosamente o mandamento legal, razão pela qual haveria, também, a necessidade de se temperar a lei, para aplicá-la ao caso concreto e fazer justiça.

3. EFICÁCIA

Eficácia significa aplicação ou execução da norma jurídica. Tal conceito não se confunde com validade, que é a força imponível que a norma tem, isto é, a possibilidade de ser observada. A vigência da norma diz respeito ao seu tempo de atuação.

A eficácia da norma jurídica pode ser dividida em relação ao tempo e ao espaço.

3.1 Eficácia no tempo

A eficácia no tempo refere-se à entrada da lei em vigor. Normalmente, as disposições do Direito do Trabalho entram em vigor a partir da data da publicação da lei, tendo eficácia imediata. Inexistindo disposição expressa na lei, esta começa a vigorar 45 dias depois de oficialmente publicada (art. 1.° da LICC). Nos Estados estrangeiros, a obrigatoriedade da lei brasileira, quando admitida, inicia-se três meses depois de oficialmente publicada (§ 1.° do art. 1.° da LICC).

O § 1.° do art. 5.° da Constituição dispõe que os direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição, entre os quais se arrolam os direitos sociais, têm aplicação imediata.

É claro, porém, que, se um contrato de trabalho já se encontra terminado, a lei nova não vai irradiar efeitos sobre o referido pacto, pois no caso deve-se observar o princípio da irretroatividade das normas jurídicas.

Se o ato, contudo, ainda não foi praticado, deve-se observar a lei vigente à época de sua prática. O art. 142 da CLT é claro nesse sentido, dizendo que o empregado perceberá a remuneração de férias que lhe for devida na data de sua concessão, ou seja: de acordo com a legislação que estiver em vigor nessa época.

As leis, de maneira geral, entram em vigor na data de sua publicação no Diário Oficial. Entretanto, quando inexistir determinação em contrário, entra a norma legal em vigor 45 dias após sua publicação. Algumas normas têm um espaço

de tempo que levam para entrar em vigor, a vacatio legis. A Lei do FGTS (Lei n.° 5.107, de 13-9-66) somente entrou em vigor a partir de 1.° de janeiro de 1967. As convenções ou acordos coletivos entram em vigor três dias após o depósito na DRT (§ 1.° do art. 614 da CLT). O art. 867 da CLT dispõe que a sentença normativa entra em vigor, de maneira geral, depois de publicada, salvo se as negociações tiverem se iniciado 60 dias antes do término da data-base, quando vigorarão a partir da data-base.

3.2 Eficácia no espaço

A eficácia da lei trabalhista no espaço diz respeito ao território em que vai ser aplicada a norma. Nossa lei trabalhista irá aplicar-se no Brasil tanto para os nacionais como para os estrangeiros que se socorrerem das vias judiciais trabalhistas em nosso país.

Tanto o empregado nacional como o estrangeiro que laborar em nosso país poderão socorrer-se da legislação trabalhista brasileira.

O Decreto-lei n.° 691, de 1969, determina que aos técnicos estrangeiros residentes e domiciliados no exterior que vierem a prestar serviços no Brasil deverá ser aplicada a referida norma. Os arts. 352 a 358 da CLT regulam a proporcionalidade entre empregados brasileiros e estrangeiros que deve existir na empresa brasileira, sendo que 2/3 dos empregados serão brasileiros e 1/3 poderá ser de estrangeiros, mas a referida legislação será aplicável ao estrangeiro que preste serviços em nosso país.

O § 2.° do art. 651 da CLT dá competência à Justiça do Trabalho para resolver questões ocorridas em empresa que possua agência ou filial no estrangeiro, desde que o empregado seja brasileiro e não haja convenção internacional em sentido contrário.

O art. 114 da Constituição dá competência à Justiça do Trabalho para resolver questões dos entes de Direito Público externo, o que mostra também que a lei trabalhista brasileira será a eles aplicável, desde que existam empregados sujeitos às determinações da CLT no Brasil.

Para a aplicação no espaço das regras do Direito do Trabalho, muitas vezes defronta o intérprete com mais de uma norma a observar, sendo necessário verificar os critérios utilizados pelo Direito Internacional Privado para dirimir a questão. A OIT preocupa-se em pretender estabelecer um critério mínimo uniforme por intermédio das convenções e recomendações em matéria de Direito do Trabalho, apesar de haver disparidade muito grande de condições sociais e econômicas existentes em cada país.

A Lei n.° 7.064/82 prevê a aplicação da lei brasileira no exterior, desde que o empregado seja contratado ou transferido do Brasil para trabalhar para empresa de engenharia no exterior. O inciso II do art. 3.° da referida norma estabelece que será aplicável a norma mais favorável ao trabalhador.

VERIFICAÇÃO DE APRENDIZAGEM

1. É possível se interpretar uma norma de acordo com a condição mais favorável ao trabalhador? Por quê?
2. Quais são as formas de interpretação das normas trabalhistas?
3. Como se dá a eficácia da norma trabalhista no espaço e no tempo?
4. Nossa lei trabalhista se aplica ao estrangeiro que presta serviços no Brasil?
5. Quais são os métodos de integração da lei trabalhista e como se aplicariam?

10

PRINCÍPIOS DO DIREITO DO TRABALHO

1. CONCEITO DE PRINCÍPIO

Como é um ramo específico do Direito, o Direito do Trabalho também tem princípios próprios.

Antes de se examinarem os princípios propriamente ditos do Direito do Trabalho, cabe dar uma breve noção sobre o conceito de princípio.

Inicialmente, poder-se-ia dizer que princípio é onde começa algo. É o início, a origem, o começo, a causa. O princípio de uma estrada seria seu ponto de partida. Todavia, não é esse conceito geral de princípio que precisamos conhecer, mas seu significado perante o Direito.

José Cretella Jr. afirma que "princípios de uma ciência são as proposições básicas fundamentais, típicas, que condicionam todas as estruturações subseqüentes. Princípios, nesse sentido, são os alicerces da ciência" (Os cânones do direito administrativo. Revista de Informação Legislativa. Brasília, ano 25, n.º 97, p. 7).

São, portanto, os princípios as proposições básicas que fundamentam as ciências. Para o Direito, o princípio é seu fundamento, a base que irá informar e inspirar as normas jurídicas.

Nas lições sempre proveitosas de Miguel Reale (1977:299), "princípios são verdades fundantes de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da praxis".

Celso Antônio Bandeira de Mello (1997:573) esclarece que princípio "é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico".

O princípio é o primeiro passo na consecução de uma regulação, passo ao qual devem seguir-se outros. O princípio alberga uma diretriz ou norte magnético, muito mais abrangente que uma simples regra; além de estabelecer certas limitações, fornece diretrizes que embasam uma ciência e visam à sua correta compreensão e interpretação. Violar um princípio é muito mais grave do que violar uma regra. A não-observância de um princípio implica ofensa não apenas a específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos.

Diferenciam-se os princípios das peculiaridades. Princípios são gerais, enquanto as peculiaridades são restritas. Princípios informam, orientam e inspiram regras legais. Das peculiaridades não são extraídos princípios, nem derivam outras normas. Os princípios sistematizam e dão organicidade a institutos. As peculiaridades esgotam-se num âmbito restrito.

2. FUNÇÕES DOS PRINCÍPIOS

Os princípios têm várias funções: informadora, normativa e interpretativa.

A função informadora serve de inspiração ao legislador e de fundamento para as normas jurídicas.

A função normativa atua como uma fonte supletiva, nas lacunas ou omissões da lei.

A função interpretativa serve de critério orientador para os intérpretes e aplicadores da lei.

A CLT, no art. 8.º, determina claramente que na falta de disposições legais ou contratuais o intérprete pode socorrer-se dos princípios de Direito do Trabalho, mostrando que esses princípios são fontes supletivas da referida matéria. Evidencia-se, portanto, o caráter informador dos princípios, de orientar o legislador na fundamentação das normas jurídicas, assim como o de fonte normativa, de suprir as lacunas e omissões da lei.

3. PRINCÍPIOS GERAIS

Existem princípios que são comuns ao Direito em geral. É de se destacar, por exemplo, que ninguém poderá alegar a ignorância do Direito. Deve-se respeitar a dignidade da pessoa humana; é proibido o abuso de direito, o enriquecimento sem causa etc.

O princípio da boa-fé nos contratos é aplicável em qualquer contrato, seja no Direito Civil ou no Comercial, mas também no Direito do Trabalho. Assim, não se pode dizer que se trata de um princípio específico de Direito do Trabalho, como quer Américo Plá Rodriguez (1990:305). Todo e qualquer contrato deve ter por base a boa-fé. O empregado deve cumprir sua parte no contrato de trabalho, desempenhando normalmente suas atividades, enquanto o empregador também deve cumprir com suas obrigações, daí se falar numa lealdade recíproca.

Certos princípios de Direito Civil, principalmente de contratos, são aplicáveis ao Direito do Trabalho. Podemos lembrar os princípios de que o contrato faz lei entre as partes, ou da força obrigatória dos contratos. Disso decorre o pacta sunt servanda, ou seja: os acordos devem ser cumpridos. Lembre-se, ainda, do princípio da exceptio non adimpleti contractus, ou seja: nenhum dos contraentes pode exigir o implemento de sua obrigação antes de cumprir sua parte no pactuado (art. 1.092 do CC).

Existe, também, o sinalagma inerente a qualquer contrato, em que há uma reciprocidade de direitos e obrigações.

4. PRINCÍPIOS DE DIREITO DO TRABALHO

Devemos trazer à lembrança, em primeiro lugar, que hoje existe liberdade de trabalho, pois não impera a escravidão ou a servidão, sendo as partes livres para contratar, salvo em relação a disposições de ordem pública.

No âmbito doutrinário, porém, são poucos os autores que tratam dos princípios do Direito do Trabalho. Mesmo entre os poucos autores que versam sobre o tema não há unanimidade sobre quais seriam os princípios de nossa disciplina, dependendo da ótica de cada autor.

O autor que melhor estudou o assunto foi o uruguaio Américo Plá Rodriguez. Elenca o citado autor seis princípios como do Direito do Trabalho (1990:18): (a) princípio da proteção; (b) princípio da irrenunciabilidade de direitos; (c) princípio da continuidade da relação de emprego; (d) princípio da primazia da realidade; (e) princípio da razoabilidade; (f) princípio da boa-fé. O princípio da boa-fé nos contratos não se aplica apenas ao Direito do Trabalho, mas também a qualquer contrato.

O princípio da razoabilidade esclarece que o ser humano deve proceder conforme a razão, de acordo como procederia qualquer homem médio ou comum. Estabelece-se, assim, um padrão comum que o homem médio teria em qualquer situação.

O empregador é que deve fazer a prova de que a despedida foi por justa causa, pois normalmente o empregado não iria dar causa à extinção do contrato de trabalho, justamente porque é a forma de obter o sustento de sua família.

Da mesma forma, o empregador é que deve fazer a prova de que o empregado presta serviços embriagado, pois o homem comum não se apresenta nessas condições. O mesmo se pode dizer do abandono de emprego. O empregado, por presunção, não tem interesse em abandonar o emprego, visto que é dele que irá conseguir seus proventos, com os quais sobreviverá. Assim, cabe ao empregador provar que o empregado abandonou o emprego, pois o homem médio não abandonaria o emprego sem nenhum fundamento.

Entretanto, essa regra da razoabilidade diz respeito à interpretação de qualquer ramo do Direito, e não apenas do Direito do Trabalho. Lógico que é aplicada ao Direito do Trabalho, mas não se pode dizer que se trata de um princípio do Direito Laboral, pois é aplicada à generalidade dos casos, como regra de conduta humana.

Assim, excluímos os princípios da razoabilidade e da boa-fé em relação àqueles que entendemos ser os específicos do Direito do Trabalho.

4.1 Princípio da proteção

Temos como regra geral que se deve proporcionar uma forma de compensar a superioridade econômica do empregador em relação ao empregado, dando a este último uma superioridade jurídica.

Esta é conferida ao empregado no momento em que se dá ao trabalhador a proteção que lhe é dispensada por meio da lei.

Pode-se dizer que o princípio da proteção pode ser desmembrado em três: (a) o in dubio pro operario; (b) o da aplicação da norma mais favorável ao trabalhador (c) o da aplicação da condição mais benéfica ao trabalhador.

Na dúvida, deve-se aplicar a regra mais favorável ao trabalhador ao se analisar um preceito que encerra regra trabalhista, o in dubio pro operario.

A aplicação da norma mais favorável pode ser dividida de três maneiras: (a) a elaboração da norma mais favorável, em que as novas leis devem dispor de maneira mais benéfica ao trabalhador. Com isso se quer dizer que as novas leis devem tratar de criar regras visando à melhoria da condição social do trabalhador; (b) a hierarquia das normas jurídicas: havendo várias normas a serem aplicadas numa escala hierárquica, deve-se observar a que for mais favorável ao trabalhador. Assim, se o adicional de horas extras previsto em norma coletiva for superior ao previsto na lei ou na Constituição, deve-se aplicar o adicional da primeira. A exceção à regra diz respeito a normas de caráter proibitivo; (c) a interpretação da norma mais favorável: da mesma forma, havendo várias normas a observar, deve-se aplicar a regra mais benéfica ao trabalhador. O art. 620 da CLT prescreve que "as condições estabelecidas em convenção, quando mais favoráveis, prevalecerão sobre as estipuladas em acordo". A contrario sensu, as normas estabelecidas em acordo coletivo, quando mais favoráveis, prevalecerão sobre as estipuladas em convenção coletiva.

A condição mais benéfica ao trabalhador deve ser entendida como o fato de que vantagens já conquistadas, que são mais benéficas ao trabalhador, não podem ser modificadas para pior. É a aplicação da regra do direito adquirido (art. 5.°, XXXVI, da CF), do fato de o trabalhador já ter conquistado certo direito, que não pode ser modificado, no sentido de se outorgar uma condição desfavorável ao obreiro.

O Enunciado 51 do TST bem estampa essa orientação: "as cláusulas regulamentares, que revoguem ou alterem vantagens deferidas anteriormente, só atingirão os trabalhadores admitidos após a revogação ou alteração do

regulamento". Assim, uma cláusula menos favorável aos trabalhadores só tem validade em relação aos novos obreiros admitidos na empresa e não quanto aos antigos, aos quais essa cláusula não se aplica.

O in dubio pro operario não se aplica integralmente ao processo do trabalho, pois, havendo dúvida, à primeira vista, não se poderia decidir a favor do trabalhador, mas verificar quem tem o ônus da prova no caso concreto, de acordo com as especificações dos arts. 333 do CPC e 818 da CLT.

4.2 Princípio da irrenunciabilidade de direitos

Temos como regra que os direitos trabalhistas são irrenunciáveis pelo trabalhador. Não se admite, por exemplo, que o trabalhador renuncie a suas férias. Se tal fato ocorrer, não terá qualquer validade o ato do operário, podendo o obreiro reclamá-las na Justiça do Trabalho.

Dispõe o art. 3.° da Lei do Trabalho da Venezuela que "em nenhum caso serão renunciáveis as normas e disposições que favoreçam os trabalhadores". O parágrafo único prevê que "a irrenunciabilidade não exclui a possibilidade de conciliação ou transação sempre que se realize por escrito e contenha uma relação circunstanciada dos fatos que a motivem e os direitos nela compreendidos".

O art. 9.° da CLT é claro no sentido de que "serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos trabalhistas".

Poderá, entretanto, o trabalhador renunciar a seus direitos se estiver em juízo, diante do juiz do trabalho, pois nesse caso não se pode dizer que o empregado esteja sendo forçado a fazê-lo. Estando o trabalhador ainda na empresa é que não se poderá falar em renúncia a direitos trabalhistas, pois poderia dar ensejo a fraudes. É possível, também, ao trabalhador transigir, fazendo concessões recíprocas, o que importa um ato bilateral.

Feita a transação em juízo, haverá validade em tal ato de vontade, que não poderá ocorrer apenas na empresa, pois, da mesma forma, há a possibilidade da ocorrência de fraudes. Em determinados casos, a lei autoriza a transação de certos direitos com a assistência de um terceiro.

4.3 Princípio da continuidade da relação de emprego

Presume-se que o contrato de trabalho terá validade por tempo indeterminado, ou seja, haverá a continuidade da relação de emprego. A exceção à regra são os contratos por prazo determinado, inclusive o contrato de trabalho temporário. A idéia geral é a de que se deve preservar o contrato de trabalho do trabalhador com a empresa, proibindo-se, por exemplo, uma sucessão de contratos de trabalho por prazo determinado.

O Enunciado 212 do TST adota essa idéia ao dizer que "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".

4.4 Princípio da primazia da realidade

No Direito do Trabalho os fatos são muito mais importantes do que os documentos. Por exemplo, se um empregado é rotulado de autônomo pelo empregador, possuindo contrato escrito de representação comercial com o último, o que deve ser observado realmente são as condições fáticas que demonstrem a existência do contrato de trabalho. Muitas vezes, o empregado assina documentos sem saber o

que está assinando. Em sua admissão, pode assinar todos os papéis possíveis, desde o contrato de trabalho até seu pedido de demissão, daí a possibilidade de serem feitas provas para contrariar os documentos apresentados, que irão evidenciar realmente os fatos ocorridos na relação entre as partes.

Pág. 78

São privilegiados, portanto, os fatos, a realidade, sobre a forma ou a estrutura empregada.

VERIFICAÇÃO DE APRENDIZAGEM

1. O que são princípios?
2. Que princípios do Direito Civil seriam aplicáveis ao Direito do Trabalho?
3. Quais são os princípios do Direito do Trabalho?
4. Como explicar o princípio da condição mais favorável?
5. No que consiste o princípio da continuidade?
6. O que vem a ser o princípio da razoabilidade?

Parte II

DIREITO INTERNACIONAL DO TRABALHO

11

DIREITO INTERNACIONAL DO TRABALHO

1. INTRODUÇÃO

Entendemos que o Direito Internacional do Trabalho não faz parte do Direito do Trabalho, mas é um dos segmentos do Direito Internacional. Há necessidade, entretanto, de se estudar o Direito Internacional do Trabalho para serem compreendidas certas regras internacionais que envolvem o trabalho, principalmente as emanadas da Organização Internacional do Trabalho (OIT).

É o momento de tratar do Direito Internacional do Trabalho, pois dele advirão certos conceitos que empregaremos daqui em diante, principalmente os decorrentes de convenções e recomendações da OIT.

2. OIT

O estudo do Direito Internacional do Trabalho passa a assumir especial importância com o Tratado de Versalhes, de 1919. A OIT é constituída na Parte XIII do referido tratado, tendo sido complementada posteriormente pela Declaração de Filadélfia, de 1944.

É composta a OIT de três órgãos: a Conferência ou Assembléia Geral, o Conselho de Administração e a Repartição Internacional do Trabalho.

A Conferência ou Assembléia Geral é o órgão de deliberação da OIT, que se reúne no local indicado pelo Conselho de Administração. A Conferência é constituída de representantes dos Estados-membros. São realizadas sessões, pelo menos uma vez por ano, em que comparecem as delegações de cada Estado-membro, compostas de membros do Governo e representantes dos trabalhadores e dos empregadores. A Conferência traça as diretrizes básicas a serem observadas no âmbito da OIT quanto à política social. É na Conferência que são elaboradas as convenções e recomendações internacionais da OIT.

O Conselho de Administração exerce função executiva, administrando a OIT, sendo também composto de representantes de empregados, empregadores e do

governo. O Conselho de Administração fixa a data, local e ordem do dia das reuniões da Conferência, elege o Diretor-Geral da Repartição Internacional do Trabalho e institui comissões permanentes ou especiais. Reúne-se o Conselho de Administração três vezes por ano em Genebra, e é composto, atualmente, de 48 membros.

A Repartição Internacional do Trabalho é a secretaria da OIT, dedicando-se a documentar e divulgar suas atividades, publicando as convenções e recomendações adotadas, editando a Revista Internacional do Trabalho e a Série Legislativa, de maneira a expor as leis trabalhistas dos países-membros. A Repartição Internacional do Trabalho é dirigida pelo Diretor-Geral nomeado pelo Conselho de Administração, de quem receberá instruções.

Antes de mencionar os conceitos de convenção e recomendação, temos que analisar o que vem a ser um tratado internacional. Assim, tratado vem a ser uma norma jurídica escrita celebrada entre Estados, para solucionar ou prevenir situações ou estabelecer certas condições. No âmbito trabalhista, seria o estabelecimento de regras de trabalho ou a solução de certas situações de trabalho. Exemplo: o tratado que o Brasil mantém com o Paraguai, no que diz respeito a Itaipu, quanto a questões de natureza trabalhista e previdenciária.

O inciso I do art. 49 da Constituição declara que é de competência exclusiva do Congresso Nacional resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que venham a acarretar encargos ou compromissos ao patrimônio nacional. Ao Presidente da República compete privativamente celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional (art. 84, VIII, da CF). Assim, o Presidente da República tem a iniciativa de celebrar os tratados, que serão submetidos à apreciação do Congresso Nacional, que resolverá definitivamente sobre o tema.

O protocolo é a forma em que é feito o acordo entre os negociadores a respeito de um tratado.

A ratificação é a maneira de se dar validade ao tratado, mostrando que o governo aprova o pacto, que passa a integrar sua ordem jurídica. No Brasil, os tratados e convenções internacionais são considerados leis federais.

As convenções da OIT são normas jurídicas provenientes da Conferência da OIT, que têm por objetivo determinar regras gerais obrigatórias para os Estados que as ratificarem, passando a fazer parte de seu ordenamento jurídico interno. As convenções da OIT são aprovadas pela Conferência Internacional por maioria de dois terços dos delegados presentes (art. 19.2, da Constituição da OIT) e, para terem validade, devem ser ratificadas pelos países signatários. Os Estados, porém, não são obrigados a ratifica-las, só o fazendo quando assim têm interesse. Entre as principais Convenções da OIT, podemos destacar a de n.° 87, que trata de liberdade sindical, e a de n.° 98, que versa sobre negociação coletiva.

A vigência internacional de uma Convenção da OIT passa a ocorrer geralmente a partir de 12 meses após o registro de duas ratificações por Estados-membros na Repartição Internacional do Trabalho. Normalmente, no campo internacional a Convenção tem vigência por prazo indeterminado. Se a Convenção não estiver em vigor no país que a ratificou, não terá eficácia nesse país.

Após ser a Convenção aprovada pela Conferência Internacional do Trabalho, o governo do Estado-membro deve submetê-la, no prazo máximo de 18 meses, ao órgão nacional competente (art. 19, § 5.°, b, da Constituição da OIT), que, em nosso caso, é o Congresso Nacional (art. 49, I, da CF). O chefe de Estado poderá ratificá-la em ato formal dirigido ao Diretor-Geral da Repartição Internacional do Trabalho (art 19, § 5.°, d, da Constituição da OIT). A Convenção entrará em vigor no país, depois de certo período da data em que haja sido registrada na

OIT sua ratificação, e que normalmente é especificado na referida norma internacional.

Pág. 83

A ratificação tem validade decenal. No Brasil, a Convenção é aprovada por meio de decreto legislativo. Há necessidade, ainda, de que a Convenção seja tornada pública, para efeito de divulgação de seu texto, o que é feito por meio de decreto do Presidente da República, pois a lei ou a norma internacional só vige "depois de oficialmente publicada" (art. 1.º da LICC) no Diário Oficial.

Recomendação é uma norma da OIT em que não houve número suficiente de adesões para que ela viesse a transformar-se numa convenção. Para tanto, passa a ter validade apenas como sugestão ao Estado, de modo a orientar seu direito interno. Ela não é, assim, ratificada pelo Estado-membro, ao contrário do que ocorre com a Convenção. Podemos dizer que a Recomendação tem duas características: (a) é facultativa, não obrigando os países-membros da OIT, servindo apenas como indicação (b) normalmente, tem a finalidade de complementar as disposições de uma Convenção da OIT. A Recomendação é mera fonte material de Direito.

Tanto para a Convenção como para a Recomendação, há necessidade de que sejam aprovadas pela Conferência em duas sessões seguidas, que são realizadas em dois anos seguidos, visando, assim, à maior segurança.

As resoluções da OIT servem para dar seguimento aos procedimentos das normas internacionais, como se fossem decisões ordinatórias.

Denúncia é o aviso prévio dado pelo Estado de que não tem interesse em continuar aplicando uma norma internacional. No caso da Convenção da OIT, é o ato pelo qual o Estado avisa a OIT que já não tem interesse em continuar observando aquela norma em seu ordenamento jurídico interno. Só é possível denunciar uma Convenção da OIT no decurso do décimo ano, sendo que há prorrogação por iguais períodos se o Estado não observar a referida faculdade.

Revisão é o ato pelo qual a norma internacional vai ser adaptada à realidade econômica e social do país acordante. Geralmente, as próprias convenções já tratam da forma como serão revistas.

Reclamação é a forma de que dispõem as organizações profissionais de trabalhadores ou de empregadores para mostrar o não-cumprimento de convenção ratificada por parte de um Estado-membro. A reclamação é dirigida ao Conselho de Administração.

Queixa é o processo instaurado contra Estado-membro que não adotou as medidas necessárias ao cumprimento de uma convenção por ele ratificada. Pode ser feita por qualquer Estado-membro que tenha ratificado a convenção, como, ex officio, pelo Conselho de Administração ou pela representação de qualquer delegação à Conferência Internacional do Trabalho. A queixa é apresentada à Repartição Internacional do Trabalho, que a encaminha ao Conselho de Administração, no caso do Estado-membro.

3. DECLARAÇÕES INTERNACIONAIS

As declarações internacionais são atos que indicam regras genéricas, geralmente inspiradas por critérios de justiça, de modo a servir de base a um sistema jurídico.

Pág. 84

De certa forma, seriam equiparadas a uma norma programática, que traçaria critérios gerais. Não são regras imperativas, mas apenas uma orientação geral. Exemplos: a Declaração Universal dos Direitos do Homem, a Carta Social Européia etc.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem foi aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 1948. Prevê alguns direitos trabalhistas:

"Art. XXIII. 1. Todo homem tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho, e à proteção contra o desemprego. 2. Todo homem, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho. 3. Todo homem que trabalha tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como a sua família, uma existência compatível com a dignidade humana, e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social. 4. Todo homem tem direito a organizar sindicatos e a neles ingressar para proteção de seus interesses"; "Art. XXIV. Todo homem tem direito a repouso e lazer, inclusive a limitação razoável das horas de trabalho e a férias remuneradas periódicas". "Art. XXV. 1. Todo homem tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice, ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle. 2. A maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistências especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozarão da mesma proteção social."

O Brasil ratificou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 22 de novembro de 1969, promulgada pelo Decreto n.° 678, de 6-11-92. A referida norma internacional proíbe a escravidão e a servidão (art. 6.°). Todas as pessoas têm o direito de associar-se livremente com fins ideológicos, religiosos, políticos, econômicos, trabalhistas, sociais, culturais, desportivos ou de qualquer outra natureza. O exercício de tal direito só pode estar sujeito às restrições, previstas pela lei, que sejam necessárias, numa sociedade democrática, no interesse da segurança nacional, da segurança ou da ordem pública, ou para proteger a saúde ou a moral públicas ou os direitos e liberdades das demais pessoas. Não se priva do exercício do direito de associação aos membros das Forças Armadas e da Polícia (art. 16).

O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais foi aprovado na XXI Sessão da Assembléia Geral das Nações Unidas, em Nova York, em 19-12-1966. Foi aprovado pelo Decreto Legislativo n.° 226, de 12-12-91, e promulgado por meio do Decreto n.° 591, de 6-7-92. Tem vigência nacional desde 24-4-1992. Prevê, entre outras coisas, que não pode haver discriminação por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política, situação econômica (art. 2.°, 2). Deve-se assegurar uma remuneração que proporcione, no mínimo, a todos os trabalhadores, um salário eqüitativo e uma remuneração igual por trabalho de igual valor; a segurança e higiene do trabalho; descanso, lazer e limitação razoável das horas de trabalho e férias periódicas remuneradas, assim como a remuneração dos feriados (art. 7.°) etc.

4. TRATADOS INTERNACIONAIS

Na Comunidade Econômica Européia, os Regulamentos, ao serem publicados no Diário Oficial da Comunidade, têm alcance geral e obrigatório, sendo aplicáveis diretamente em cada Estado-membro. As Diretivas são obrigatórias para o Estado-membro, porém as autoridades nacionais escolherão a forma e os meios próprios para sua consecução. As Decisões são atos particulares para determinado caso concreto, sendo consideradas normas individualizadas.

O Tratado de Itaipu foi firmado em Brasília, em 26-4-73, para tratar de direitos e obrigações da usina hidrelétrica de Itaipu, pertencente ao Brasil e ao Paraguai. Trata de normas jurídicas relativas a Direito do Trabalho e Previdência Social para os trabalhadores da usina.

O Mercosul foi criado em 26-3-91, em Assunção, por Argentina, Brasil, Uruguai e Paraguai. Foi promulgado pelo Decreto n.° 350, de 22-11-91. Trata do livre comércio entre os países, mas prevê a livre circulação dos trabalhadores.

VERIFICAÇÃO DE APRENDIZAGEM

1. Quais são os órgãos da OIT?
2. O que faz a Conferência?
3. O que faz o Conselho de Administração?
4. O que faz a Repartição Internacional do Trabalho?
5. Quem tem competência para celebrar tratados internacionais e quem irá ratificá-la no Brasil?
6. O que vem a ser Convenção da OIT?
7. O que significa Recomendação da OIT?
8. O que é declaração?
9. Quais os direitos trabalhistas previstos na Declaração Universal dos Direitos do Homem?

Parte III

DIREITO INDIVIDUAL DO TRABALHO

12

DIREITO INDIVIDUAL DO TRABALHO

1. CONCEITO

O Direito Individual do Trabalho é o segmento do Direito do Trabalho que estuda o contrato individual do trabalho e as regras legais ou normativas a ele aplicáveis.

Como vemos, o Direito Individual do Trabalho não é um ramo autônomo, mas parte do Direito do Trabalho, ou mais precisamente uma de suas divisões.

O Direito Individual do Trabalho estuda a relação individual do trabalho e não as relações coletivas de trabalho, que ficam a cargo do Direito Coletivo do Trabalho. Não vamos tratar aqui de regras em que há interesse primordial do Estado, assegurando direitos mínimos ao trabalhador, que serão estudadas no Direito Tutelar do Trabalho. No Direito Individual do Trabalho, estaremos verificando muitas regras de natureza privada, contratuais, ou decorrentes do contrato de trabalho mantido entre empregado e empregador. Constataremos a incidência da lei ou das normas coletivas sobre o pacto laboral.

2. DIVISÃO

Na análise do Direito Individual do Trabalho, observaremos a formação do contrato de trabalho, sua natureza jurídica, suas partes, suas modalidades, sua transformação e extinção e os limites ao poder de despedimento do empregador.

A matéria a ser analisada é vasta, sendo encontrada na Constituição, na CLT e na legislação esparsa.

VERIFICAÇÃO DE APRENDIZAGEM

1. O que é Direito Individual do Trabalho?
2. O que ele estuda?

13

CONTRATO DE TRABALHO

1. DENOMINAÇÃO

Até bem pouco tempo atrás, o contrato de trabalho era denominado de locação de serviços, sendo utilizados os arts. 1.216 a 1.236 do Código Civil.

No exame de nossa legislação, vamos encontrar tanto a expressão contrato de trabalho como relação de emprego. O termo mais correto a ser utilizado deveria ser contrato de emprego e relação de emprego, como entende José Martins Catharino (1982, v. 1:217-218), porque não trataremos da relação de qualquer trabalhador, mas do pacto entre o empregador e o empregado, do trabalho subordinado. Daí por que se falar em contrato de emprego, que fornece a noção exata do tipo de contrato que estaríamos versando, porque o contrato de trabalho seria o gênero e o contrato de emprego, a espécie.

Entretanto, a denominação corrente é contrato de trabalho, inclusive encontrada no art. 442 da CLT, que é a que utilizaremos.

2. CONCEITO

O art. 442 da CLT estabelece que contrato individual de trabalho é o acordo, tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego. Essa definição contém aspectos mistos, pois até mesmo equipara o contrato de trabalho à relação de emprego. Entretanto, a redação do citado dispositivo decorre de uma composição havida entre os membros que elaboraram a CLT e que tinham diferentes posições. Indica o referido preceito uma idéia contratual (acordo de vontades), combinada com a teoria institucionalista (relação de emprego).

Fala-se em contrato individual de trabalho em contraposição ao que existia na época que era o contrato coletivo de trabalho, hoje correspondente à convenção e ao acordo coletivo de trabalho (art. 611 da CLT).

Na Argentina, a Lei n.° 20.744, de 20-9-74, ordenada pelo Decreto n.° 390, de 13-5-76, estabelece que haverá contrato de trabalho, qualquer que seja sua denominação, sempre que uma pessoa física se obrigue a realizar atos, executar obras ou prestar serviços em favor da outra e sob a dependência desta última, durante um período determinado ou indeterminado, mediante o pagamento de uma remuneração (art. 21). Haverá relação de trabalho quando uma pessoa realize atos, execute obras ou preste serviços em favor de outra, sob a dependência desta última, em forma voluntária e mediante o pagamento de uma remuneração, qualquer que seja o ato que lhe dê origem (art. 22).

A Lei Federal do Trabalho do México, de 1970, esclarece que "entende-se por relação de trabalho, qualquer que seja o ato que lhe dê origem, a prestação de um trabalho pessoal subordinado a uma pessoa, mediante o pagamento de um salário. Contrato individual de trabalho, qualquer que seja a sua forma ou denominação, é aquele em virtude do qual uma pessoa se obriga a prestar a outra um trabalho pessoal subordinado, mediante o pagamento de um salário. A prestação de um trabalho a que se refere o parágrafo primeiro e o contrato celebrado produzem os mesmos efeitos".

Em Portugal, "contrato de trabalho é aquele pelo qual uma pessoa se obriga, mediante retribuição, a prestar a sua atividade intelectual ou manual a outra pessoa, sob a autoridade e direção desta" (art. 1.° do anexo ao Decreto-lei n.° 49.408, de 24-10-69).

Contrato de trabalho é o negócio jurídico em que o empregado presta serviços ao empregador, mediante remuneração, subordinação, pessoalmente e com continuidade.

É o contrato de trabalho um pacto de atividade, pois não se contrata um resultado. Deve haver continuidade na prestação de serviços, que deverão ser remunerados e dirigidos por aquele que obtém a referida prestação. Tais características evidenciam a existência de um acordo de vontades, caracterizando a autonomia privada das partes.

3. DIFERENCIAÇÃO

O contrato de trabalho não se confunde com vários outros contratos de natureza civil.

Carnelutti defendia a tese de que o contrato de trabalho tinha natureza de venda e compra. O salário era o preço do serviço e o trabalho a energia ou mercadoria vendida, como ocorria com a energia elétrica. Na verdade, não se trata de venda e compra, pois o trabalho não é mercadoria, além do que tal contrato tem natureza instantânea, que se aperfeiçoa com o pagamento do preço e a entrega da mercadoria, enquanto o contrato de trabalho é um pacto de trato sucessivo.

Planiol via o contrato de trabalho como um arrendamento, em que o trabalhador arrendava sua força de trabalho por meio de um contrato comum. No contrato de arrendamento não existe subordinação, enquanto no contrato de trabalho este elemento é essencial. O contrato de trabalho é feito, necessariamente, com a participação de uma pessoa física, que é o empregado. O arrendamento pode ser realizado entre duas pessoas jurídicas.

Na locação de serviços (locatio operarum), contrata-se uma atividade e não um resultado, inexistindo subordinação entre o locador dos serviços e o locatário. Contrata-se uma atividade profissional ou um serviço, mas nunca um resultado. Normalmente, a locação de serviços tem por preponderância atividade intelectual, enquanto a empreitada envolve atividade braçal. Na locação de serviços, há autonomia, independência em sua prestação.

Inexiste subordinação. Temos como exemplo de locação de serviços o trabalho do advogado ao cliente, do médico ao paciente, do arquiteto que faz a planta de uma casa a seu cliente etc. A locação de serviços pode ser feita por pessoas jurídicas, enquanto o empregado só pode ser pessoa física. Na locação de serviços, não há subordinação, há autonomia em sua prestação, enquanto no contrato de trabalho o requisito subordinação é elemento essencial.

A empreitada (locatio operis) é o contrato pelo qual uma das partes vem a fazer ou mandar fazer certa obra, mediante o pagamento de uma remuneração fixa ou proporcional ao serviço realizado.

A empreitada distingue-se da locação de serviços pelo fato de na primeira se contratar um resultado e na segunda uma atividade, embora em ambas haja independência e autonomia na prestação de serviços. Exemplo de empreitada é o pedreiro que constrói uma casa ou levanta um muro. Na empreitada, o empreiteiro tanto pode ser pessoa física ou jurídica, enquanto o empregado só pode ser pessoa física (art. 3.° da CLT). O empreiteiro não é subordinado, enquanto o empregado deve subordinação ao empregador. A empreitada é um contrato de resultado, por exemplo, envolve a construção de um muro, a pintura de uma casa. No contrato de trabalho, não se contrata um resultado, mas uma atividade, em que o empregador exerce seu poder de direção sobre a atividade do trabalhador de prestar serviços. O empreiteiro não está submetido a poder de direção sobre seu trabalho, exercendo-o com autonomia, livremente.

A diferença entre o contrato de trabalho e o contrato de sociedade é feita principalmente pela inexistência do elemento affectio societatis, ou seja, o interesse dos sócios para a realização de um mesmo fim, na colaboração que há entre eles para se alcançar um objetivo comum. Seus sujeitos são diversos.

Enquanto no contrato de trabalho os sujeitos são o empregado e o empregador, no contrato de sociedade seus sujeitos são os sócios, que estão numa situação de igualdade, inexistindo subordinação de um em relação ao outro. O sócio tanto pode ser pessoa física como pessoa jurídica, enquanto o empregado necessariamente tem de ser pessoa física. O objeto do contrato de trabalho é a prestação de serviços subordinados do empregado ao empregador, enquanto no contrato de sociedade é a obtenção de lucros, que é o fim comum almejado pelos sócios, que têm uma relação de igualdade entre si e não de subordinação. No contrato de sociedade, os sócios podem ter prejuízos; no contrato de trabalho não, pois os riscos da atividade econômica devem ser do empregador. O trabalhador pode, entretanto, receber lucros, mas essa não é a regra. No contrato de trabalho, há uma relação de credor e devedor entre as partes, pois o empregado deve prestar serviços, sendo credor do salário fixado; o empregador remunera o empregado depois de receber a prestação de serviços. Na sociedade, não existe essa relação de devedor e credor, que pode haver em relação aos sócios com a sociedade. O salário do empregado deve ser normalmente um valor fixo e periódico, não podendo deixar de receber o referido valor, enquanto a remuneração dos sócios nem sempre é fixa, podendo ser variável, além do que o sócio pode nada receber durante meses se a sociedade tem prejuízo.

A idéia principal do contrato de mandato é a representação que o mandatário faz em relação aos poderes que lhe foram outorgados pelo mandante. No contrato de trabalho pode até haver a representação do empregador pelo empregado, como ocorre nos cargos de confiança, mas não é a regra.

O mandato é geralmente gratuito, porém o contrato de trabalho é sempre oneroso. No mandato, não há subordinação, enquanto no contrato de trabalho esse é o requisito fundamental. O mandato objetiva um resultado, que é a realização do ato almejado pelo mandante; no contrato de trabalho não se pretende um resultado, mas a atividade do empregado. A relação existente no mandato envolve três pessoas: o mandante, o mandatário e a terceira pessoa; no contrato de trabalho existem apenas duas partes: empregado e empregador, inexistindo uma terceira pessoa nessa relação. O mandato é revogável enquanto no contrato de trabalho em certos casos não é possível sua rescisão, como ocorre em relação aos empregados estáveis.

Distingue-se o contrato de trabalho do contrato de parceria. No contrato de trabalho, existe subordinação. Na parceria, há autonomia na prestação dos serviços. Se existir subordinação na parceria, provavelmente o contrato firmado entre as partes será de trabalho. No contrato de parceria, há divisão de lucros e prejuízos pelas partes, enquanto no contrato de trabalho o empregado não assume prejuízos.

4. NATUREZA JURÍDICA

Analisar a natureza jurídica de um instituto é procurar enquadrá-lo na categoria a que pertence no ramo do Direito.

Léon Duguit (1926:76-81) classifica os atos jurídicos em ato-regra, ato-condição e ato jurídico subjetivo. O ato-regra observa-se quando se pretende modificar a ordem jurídica, com a criação de novas disposições que substituirão as anteriores, como na assembléia de acionistas de uma sociedade ou na convenção coletiva de trabalho. O ato-condição implica a aplicação da lei existente, como no caso da nomeação de um funcionário público. O ato jurídico subjetivo decorre de situações especiais momentâneas, que dizem respeito às partes interessadas, como no contrato ou no quase-contrato. George Scelle (1922:109) trouxe as idéias de Duguit para o campo do Direito do Trabalho, informando que a efetividade da relação de trabalho depende de um ato original, chamado por ele embauchage, que

diz respeito à vontade do trabalhador de passar a prestar serviços ao empregador e que pode ou não ter natureza contratual, produzindo automaticamente os efeitos determinados pela legislação trabalhista.

As teorias mais modernas que pretendem explicar a natureza jurídica do contrato de trabalho são a teoria contratualista e a teoria anticontratualista.

A teoria contratualista considera a relação entre empregado e empregador um contrato. Trata-se de um contrato, pois depende única e exclusivamente da vontade das partes para sua formação. Há, portanto, um ajuste de vontades entre as partes.

Numa fase anterior, procurava-se explicar o contrato de trabalho com base nos contratos do Direito Civil, como o arrendamento, pois o empregado arrendava seu trabalho ao empregador; a compra e venda, porque o empregado vendia seu trabalho ao empregador, mediante o pagamento de um preço, que é o salário; a sociedade, porque o empregado e o empregador combinam esforços em comum para a produção de bens e serviços para o mercado; o mandato, em que o empregado era o mandatário do empregador.

Essas teorias, porém, não mais prevalecem, estando, assim, superadas, pois hoje se considera que a relação entre empregado e empregador é contratual, com forte intervenção do Estado, pois as leis trabalhistas aplicam-se automaticamente aos contratos de trabalho, vindo a restringir a autonomia da vontade das partes.

Orlando Gomes (1966:118) chega a dizer que o contrato de trabalho é um contrato de adesão em que o empregado adere às cláusulas determinadas pelo empregador, sem possibilidade de discuti-las (ver também Gomes e Gottschalk, 1991:130 e 142). O empregado aceita em bloco as cláusulas do contrato ou as rejeita em bloco e não tem o emprego. A adesão é decorrente da situação econômica do trabalhador que precisa do emprego.

Para a teoria anticontratualista, o trabalhador incorpora-se à comunidade de trabalho, visando cumprir os objetivos almejados pela produção nacional, sem existir autonomia de vontade na discussão das cláusulas contratuais. Outros sustentam que a empresa é uma instituição, havendo em decorrência uma situação estatutária e não contratual entre as partes do referido pacto, em que o estatuto prevê as condições do trabalho, mediante o poder de direção e disciplinar do empregador. Na verdade, o trabalhador entraria na empresa e começaria a prestar serviços, inexistindo a discussão em torno das cláusulas do contrato de trabalho.

A redação do art. 442 da CLT mostra uma concepção mista, porque a Comissão encarregada de elaborar o projeto da CLT era integrada por dois institucionalistas e dois contratualistas. O consenso acabou por levar a redação do art. 442 da CLT a ter aspectos contratualistas, quando menciona o acordo tácito ou expresso, e institucionalistas, quando fala em relação de emprego.

A teoria predominante entende que o contrato de trabalho tem natureza contratual. Como bem esclarece Amauri Mascaro Nascimento (1992a:91) "ninguém será empregado de outrem senão por sua própria vontade. Ninguém terá outrem como seu empregado senão também quando for da sua vontade. Assim, mesmo se uma pessoa começar a trabalhar para outra sem que expressamente nada tenha sido combinado entre ambas, isso só será possível pela vontade ou pelo interesse das duas".

A existência do contrato de trabalho ocorrerá com a prestação de serviços sem que o empregador a ela se oponha, caracterizando o ajuste tácito.

5. OBJETO

O objeto do contrato de trabalho é a prestação de serviço subordinado e não eventual do empregado ao empregador, mediante o pagamento de salário. O

trabalho autônomo prestado a uma pessoa física ou jurídica não gera o contrato de trabalho, pois não há o elemento subordinação.

6. REQUISITOS

São requisitos do contrato de trabalho: (a) continuidade, (b) subordinação, (c) onerosidade, (d) pessoalidade, (e) alteridade.

Pág. 95

6.1 Continuidade

O trabalho deve ser prestado com continuidade. Aquele que presta serviços eventualmente não é empregado. Orlando Gomes e Elson Gottschalk (1990:134) afirmam, com propriedade, que o contrato de trabalho é um contrato de trato sucessivo, de duração. Certos contratos exaurem-se com uma única prestação, como ocorre com a compra e venda, em que, entregue a coisa e pago o preço, há o término da relação obrigacional. No contrato de trabalho, não é isso que ocorre, pois há um trato sucessivo na relação entre as partes, que perdura no tempo.

6.2 Subordinação

O obreiro exerce sua atividade com dependência ao empregador, por quem é dirigido. O empregado é, por conseguinte, um trabalhador subordinado, dirigido pelo empregador. Essa subordinação pode ser econômica, técnica, hierárquica, jurídica ou até mesmo social. O empregado é subordinado economicamente ao empregador por depender do salário que recebe; entretanto, o filho é dependente economicamente do pai, mas não é, à primeira vista, seu empregado. A subordinação técnica dá-se pelo fato de o empregado depender tecnicamente do empregador, que determina as diretrizes técnicas da produção, porém aqueles altos empregados ou empregador especializados muitas vezes não
dependem do empregador, mas, ao contrário, o empregador é que deles depende. A dependência social diz respeito ao fato de que o contrato de trabalho se funda numa condição social das partes, sendo que as leis devem ser editadas para regular as referidas questões sociais pertinentes às
partes envolvidas; o empregado, por ser o ente mais fraco da relação, deve, portanto, ser socialmente protegido. A subordinação pode ser hierárquica, pelo fato de o empregado se achar inserido na empresa que é dirigida e organizada pelo empregador, devendo respeitar suas determinações. A subordinação jurídica é verificada na situação contratual e legal pela qual o empregado deve obedecer às ordens do empregador, que é a teoria mais aceita. O trabalhador autônomo não é empregado justamente por não ser subordinado a ninguém,
exercendo com autonomia suas atividades e assumindo os riscos de seu negócio.

6.3. Onerosidade

Não é gratuito o contrato de trabalho, mas oneroso. O empregado recebe salário pelos serviços prestados ao empregador. O empregado tem o dever de prestar serviços e o empregador, em contrapartida, deve pagar salários pelos serviços prestados. Aqueles religiosos que levam seu lenitivo aos pacientes de um hospital não são empregados da Igreja, porque os serviços por eles prestados são gratuitos.

O parágrafo único do art. 1.° da Lei n.° 9.608, de 18-2-98, estabelece que o serviço voluntário não gera vínculo empregatício, nem obrigação de natureza trabalhista, previdenciária ou afim.

Pág. 96

O art. 1.º dispõe que serviço voluntário é a atividade não remunerada. O contrato de trabalho é oneroso. Se não há remuneração, inexiste vínculo de emprego.

6.4 Pessoalidade

O contrato de trabalho é intuitu personae, ou seja, realizado com certa e determinada pessoa. O empregado não pode fazer-se substituir por outra pessoa, sob pena de o vínculo formar-se com a última. O empregado somente poderá ser pessoa física, pois não existe contrato de trabalho em que o empregado seja pessoa jurídica, podendo ocorrer, no caso, uma locação de serviços, uma empreitada etc.

6.5 Alteridade

O empregado presta serviços por conta alheia (alteridade). Alteridade vem de alteritas, de alter, outro. É um trabalho sem assunção de qualquer risco pelo trabalhador. O empregado pode participar dos lucros da empresa, mas não dos prejuízos. Quando está prestando um serviço para si ou por conta própria, não será empregado, podendo ocorrer apenas a realização de um trabalho, ou a configuração do trabalho autônomo. É requisito do contrato de trabalho o empregado prestar serviços por conta alheia e não por conta própria.

6.6 Requisitos não essenciais

Não é necessária a exclusividade da prestação de serviços pelo empregado ao empregador. O obreiro pode ter mais de um emprego, visando ao aumento de sua renda mensal. Em cada um dos locais de trabalho, será considerado empregado. A legislação mostra a possibilidade de o empregado ter mais de um emprego. O art. 138 da CLT permite que o empregado preste serviços em suas férias a outro empregador, se estiver obrigado a fazê-lo em virtude de contrato de trabalho regularmente mantido com aquele. O art. 414 da CLT mostra que as horas de trabalho do menor que tiver mais de um emprego deverão ser totalizadas. O fato de o contrato de trabalho prever a exclusividade na prestação de serviços pelo empregado não o desnatura. Caso o trabalhador não cumpra tal disposição contratual, dará apenas justo motivo para o empregador rescindir o pacto laboral.

Não é óbice para a existência do contrato de trabalho o fato de o trabalhador não ser profissional ou não ter grau de escolaridade. Em nosso país, predomina o fato de que o empregado muitas vezes não tem qualquer grau de escolaridade ou de profissionalização. Se se aplicasse ao pé da letra essa orientação, não poderiam ser celebrados contratos de trabalho, pois ausente na maioria dos casos o requisito profissionalização. O trabalhador pode inclusive exercer na empresa atividade diversa daquela que é sua especialidade.

7. CARACTERÍSTICAS

O contrato de trabalho é bilateral, consensual, oneroso, comutativo e de trato sucessivo.

Não é o contrato de trabalho um pacto solene, pois independe de quaisquer formalidades, podendo ser ajustado verbalmente ou por escrito (art. 443 da CLT). Havendo consenso entre as partes, mesmo verbalmente, o contrato de trabalho estará acordado. Não há necessidade para seu aperfeiçoamento da entrega de qualquer coisa, como ocorre na compra e venda.

A um dever do empregado corresponde um dever do empregador. O dever de prestar o trabalho corresponde ao dever do empregador de pagar salário, que se constitui num direito do empregado, daí sua comutatividade e bilateralidade.

Há onerosidade no contrato de trabalho que não é gratuito, pois o serviço prestado pelo empregado deve ser remunerado. Se o empregado presta serviços gratuitamente por vários meses ou anos, não há contrato de trabalho.

O contrato de trabalho também é sinalagmático, pois as partes se obrigam entre si, com a satisfação de prestações recíprocas.

No contrato de trabalho deve haver a continuidade na prestação de serviços, daí por que se dizer que é de trato sucessivo ou de duração, pois não é instantâneo, não se exaurindo no cumprimento de uma única prestação.

No pacto laboral contrata-se atividade. O empregador exerce poder de direção sobre a atividade do obreiro, não havendo um contrato de resultado.

8. CLASSIFICAÇÃO

O contrato de trabalho pode ser classificado de várias formas. Certos contratos de trabalho contêm algumas particularidades que lhes são peculiares. Nessa categoria, podemos incluir o contrato de trabalho dos professores, que percebem por aula dada e não por hora; dos marítimos, que ficam no interior da embarcação por longo período, durante o qual podem ser exigidos serviços por até 24 horas; de menores, que não podem prestar serviços em atividades insalubres ou perigosas.

Muitos contratos de trabalho têm certas regras especiais decorrentes da política legislativa ou de vantagens que foram asseguradas à categoria. É o que ocorre com os bancários, que conquistaram a jornada de trabalho de 6 horas; mas, retirada essa peculiaridade, as demais regras são as mesmas que em relação a outros empregados.

Classifica-se o contrato de trabalho, quanto à jornada, em: (a) tempo total, em que o empregado trabalha 8 horas por dia; (b) tempo parcial, em que o obreiro presta serviços, por exemplo, por 4 ou 5 horas por dia, sendo que a jornada não pode exceder a 25 horas na semana.

9. CONDIÇÕES

Como qualquer ato jurídico, o contrato de trabalho deve respeitar as condições determinadas pelo art. 82 do Código Civil, que exige para sua validade agente capaz, objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei.

De acordo com o art. 2.° do Código Civil, capacidade é a aptidão para adquirir direitos e contrair obrigações.

O art. 5.° do Código Civil estabelece que são absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil: (a) os menores de 16 anos; (b) os loucos de todo o gênero; (c) os surdos-mudos que não puderem exprimir sua vontade; (d) os ausentes, declarados tais por ato do juiz. São relativamente incapazes: (a) os maiores de 16 anos e os menores de 21 anos; (b) os pródigos; (c) os silvícolas (art. 6.° do CC). Aos 21 anos cessa a menoridade (art. 9.° do CC).

No Direito do Trabalho, não iremos observar as regras do Direito Civil, pois o inciso XXXIII do art. 7.° da Constituição proíbe o trabalho do menor de 16 anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de 14 anos. Logo, é permitido o trabalho do menor aprendiz de 14 a 18 anos (parágrafo único do art. 80 e art. 402 da CLT). Assim, o menor de 16 anos não tem capacidade para o trabalho, exceto se for aprendiz e a partir dos 14 anos. A capacidade absoluta só ocorre com 18 anos completos. Entre 16 e 18, os menores são relativamente capazes. O responsável legal do menor tem a faculdade de pleitear a extinção de seu

contrato de trabalho, desde que o serviço possa acarretar a ele prejuízos de ordem física ou moral (art. 408 da CLT). O menor, entretanto, poderá firmar recibo de salários; porém, na rescisão de seu contrato de trabalho, há necessidade da assistência dos responsáveis legais para efeito de dar quitação ao empregador pelo recebimento das verbas que lhe são devidas (art. 439 da CLT). O trabalho proibido pela lei pode ser exemplificado como o do estrangeiro que se encontra no Brasil como turista, que não pode exercer atividade remunerada (art. 97 da Lei n.° 6.815/80). É proibido o trabalho noturno, perigoso ou insalubre ao menor de 18 anos e qualquer trabalho a menores de 16 anos (art. 7.°, XXXIII, da CF).

Será vedado também o trabalho em atividades que tenham objetos ilícitos. Distingue-se a atividade proibida, como a do menor de 18 anos em atividades insalubres, que lhe prejudicam a saúde, da atividade ilícita, que é contrária à moral e aos bons costumes.

É possível a existência de contrato de trabalho entre pai e filho, pois não há nenhuma vedação legal a esse respeito, nem é possível se presumir a existência de fraude. Deve haver, contudo, subordinação e a efetiva prestação dos serviços. O mesmo se pode dizer do contrato de trabalho entre marido e mulher, desde que haja a prestação de serviços e os demais requisitos da relação de emprego.

9.1 Atividades ilícitas

Há necessidade de serem tecidas algumas considerações sobre os trabalhadores que prestam serviços a empresas ou pessoas que têm por objeto atividades ilícitas, para verificar se existe contrato de trabalho entre essas pessoas.

Para os que defendem a existência da relação de emprego, mesmo na prestação de serviços em atividades ilícitas, como jogo do bicho ou de bingo, em prostíbulos, casas de contrabando ou que vendem entorpecentes, é impossível devolver ao trabalhador a energia gasta na prestação de serviços, devendo o obreiro ser indenizado com o equivalente, em face de as partes não poderem retornar ao estado anterior em que se encontravam (art. 158 do CC), mormente porque haveria enriquecimento do tomador do serviço, em
detrimento do prestador do serviço. Assim, teria direito o obreiro às verbas de natureza trabalhista.

A outra corrente entende que, sendo ilícita a atividade do empregador, a prestação de serviços a este não gera qualquer direito de natureza trabalhista, pois o ato jurídico é inválido.

Para a validade do contrato de trabalho, como qualquer ato jurídico, requer-se agente capaz, objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei (art. 82 do CC). Será considerado nulo o ato jurídico quando for ilícito, ou impossível seu objeto (art. 145, II, do CC).

O § 2.° do art. 129 do Código Comercial também declara a nulidade dos contratos comerciais quando recaírem sobre objeto proibido por lei, ou cujo uso ou fim for manifestamente ofensivo à moral e aos bons costumes.

A Constituição garante o livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas, porém, as determinações legais (art. 5.°, XIII), remetendo o intérprete, inclusive, às prescrições do art. 82 do Código Civil, para a validade do ato jurídico que for praticado.

Inexistirá contrato de trabalho entre trabalhador e cambista de jogo do bicho ou de outras atividades ilícitas previstas em lei, como contravenções penais, e é nulo de pleno direito o ato praticado que não produz nenhum efeito no mundo jurídico. O próprio trabalhador não poderá dizer que desconhecia a

ilicitude da atividade do tomador dos serviços, pois "ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece" (art. 3.° da LICC).

Há, contudo, que se distinguir entre contrato de trabalho cujo objeto é ilícito e aquele que é apenas proibido. É proibido o trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de 18 anos e qualquer trabalho a menores de 16 anos (art. 7.°, XXXIII, da CF), o trabalho da mulher em serviços que demandem força muscular além de certo parâmetro (art. 390 da CLT). Será ilícito o contrato de trabalho se não atendidos os requisitos do art. 82 do Código Civil, já mencionado.

A Lei do Contrato de Trabalho da Argentina bem demonstra a diferença entre objeto ilícito, que é o contrário à moral e aos bons costumes, não tendo nenhuma validade (art. 39), e trabalho proibido, em que é vedado o emprego de determinadas pessoas ou determinadas tarefas, épocas ou condições (art. 40). Ensina Ramírez Gronda (1945:222) que "se a locação tiver por objeto a prestação de serviços impossíveis, ilícitos ou imorais, aquele a quem tais serviços sejam prestados não terá direito de demandar a outra parte pela prestação desses serviços, nem para exigir a restituição do preço que tenha pago".

No caso do trabalho proibido, não há como justificar a nulidade total do pacto laboral. Ao contrário, trata-se de um ato jurídico anulável, em que prepondera o interesse privado individual, embora com a garantia de norma cogente, sendo protegido o interesse particular. Por isso, desrespeitada a lei, como na hipótese de o menor de 16 anos trabalhar ou de o menor trabalhar à noite, em face do inciso XXXIII do art. 7.° da Lei Maior, terá direito o obreiro ao reconhecimento da relação de emprego, no primeiro caso, e ao pagamento do adicional noturno, no segundo caso.

Nas atividades proibidas, embora o ato jurídico seja anulável, são produzidos efeitos jurídicos.

Ensina Délio Maranhão (1993, v. 1:244) que "se a nulidade, entretanto, decorre da ilicitude do objeto do contrato, a menos que o empregado tenha agido de boa-fé, ignorando o fim a que se destinava a prestação de trabalho, já não poderá reclamar o pagamento do serviço prestado: nemo de improbitate sua consequitur actionem". Dessa forma, se o empregado trabalha numa clínica de abortos, mas não tem conhecimento dessa atividade da empresa, o fato de ser ilícita a atividade do empregador não contamina o empregado, que está de boa-fé, cumprindo com suas obrigações contratuais. O mesmo ocorreria com os serviços prestados pelo pedreiro num prostíbulo, em que o seu trabalho não seria considerado ilícito, apesar de a atividade empresarial o ser.

De outro modo, se o empregado tem ciência da atividade ilícita do empregador, ou não existe nenhuma razão para ignorá-la, não se pode dizer que há contrato de trabalho. É o que ocorre com o cambista do jogo do bicho, que sabe que a atividade do tomador de serviços é ilícita, assim como o é sua própria atividade, de recolher as apostas do referido jogo. Nesse caso, nenhum direito nascerá para as partes envolvidas.

Não se diga que o empregador vai enriquecer com a prestação de serviços ilícitos, pois o próprio trabalhador sabia que também prestava serviços ilícitos.

Mesmo que as autoridades sejam complacentes com o jogo do bicho, deve-se aplicar a lei e considerar inexistente a relação de emprego, pois é impossível transformar um ato considerado pela legislação como ilícito, sob pena de subverter a ordem jurídica.

A nulidade é absoluta em relação à prestação de serviços em atividades ilícitas, e independe de provocação das partes. É certo que, se o salário já foi pago ao obreiro, não pode ser devolvido. No entanto, se ele não foi pago, não será devido, nem as verbas rescisórias, porque inexiste relação de emprego.

O Pleno do TST já decidiu que "se o objeto do contrato de trabalho mostra-se ilícito, face à atividade desenvolvida - prestação de serviços em banca de jogo de víspora (contravenção penal) - impossível é deixar de concluir pela incidência do disposto no art. 82 do Código Civil. A ordem jurídica se sobrepõe à necessidade de lograr sustento, alijando, assim, a baixa escolaridade da prestadora de serviços. De outro modo, a parcimônia das autoridades policiais no tocante ao combate à contravenção não conduz ao reconhecimento do vínculo empregatício, sob pena de colocar em plano secundário a ordem jurídica, com insegurança para toda a sociedade..." (Ac. TP 1.477/87, j. 5-8-87, Rel. Min. Marco Aurélio Mendes de Farias Mello, DJU 18-9-87, p. 19.775).

Proposta ação trabalhista para reconhecimento de relação de emprego em atividade ilícita, principalmente em casos que envolvem jogo do bicho, o processo deverá ser extinto sem julgamento de mérito, por impossibilidade jurídica do pedido (art. 267, VI, do CPC) e falta de interesse processual do autor de postular em juízo (art. 3.° do CPC), em virtude da ilicitude do objeto do contrato de trabalho, pois este deve observar a moral, a ordem pública e os bons costumes, como deve ocorrer em qualquer ato jurídico.

10. FORMA

O contrato de trabalho não tem necessariamente uma forma para ser realizado. Pode tanto ser feito por escrito como verbalmente (art. 443 da CLT). Lembre-se que qualquer contrato pode ser feito verbalmente, bastando haver o ajuste entre as partes.

No Direito comparado, a Lei Federal de Trabalho do México de 1970 estabelece que as condições de trabalho devem ser fixadas por escrito quando inexistam contratos coletivos aplicáveis (art. 34); a falta de escrito não priva o trabalhador dos direitos que derivam das normas de trabalho e dos serviços prestados, pois se imputará ao patrão a falta dessa formalidade (art. 26).

Na Argentina a Lei n.° 20.744/74, ordenada pelo Decreto n.° 390/76, estabelece que "as partes podem escolher livremente sobre as formas a observar para a celebração do contrato de trabalho, salvo o que dispuserem as leis e as convenções coletivas em casos particulares" (art. 48).

O Estatuto dos Trabalhadores da Espanha estabelece que o contrato de trabalho pode ser celebrado por escrito ou verbalmente (art. 8.1).

Devem constar por escrito os contratos de trabalho quando o exigir uma disposição legal e, em todo caso, os celebrados para a formação, por tempo ou obra ou serviço determinado, cuja duração seja superior a quatro semanas. O mesmo ocorre com os contratos a tempo parcial, de prática e a domicílio, assim como os dos espanhóis contratados na Espanha a serviço de empresas espanholas no estrangeiro. Não observada essa exigência, o contrato de trabalho será considerado por tempo indeterminado, exceto se houver prova em sentido contrário, demonstrando sua natureza transitória (art. 8.2). Em todo caso, qualquer das partes pode exigir que o contrato se formalize por escrito, inclusive durante o transcurso da relação de trabalho (art. 8.3).

Em Portugal, não se exige formalidade especial para o contrato de trabalho, salvo se a lei assim o determine (art. 6.° do Decreto n.° 49.408/69). O contrato escrito tem cabimento nos contratos a prazo, de profissionais de espetáculo (art. 18 do Decreto n.° 43.190/60), no de trabalho a bordo ou de matrícula (art. 186 e § 2.° do Decreto n.° 45.969/64), do exercício da medicina (art. 83 do Decreto-lei n.° 40.651/56).

Na França, o contrato de trabalho não tem qualquer formalidade a ser seguida, podendo as partes adotar a forma que desejarem (art. 19, L. 1, do Código de Trabalho).

Algumas normas estabelecem que o contrato de trabalho tem que ser necessariamente escrito, como o do atleta profissional de futebol (art. 3.º da Lei n.º 6.354/76), o de artistas (art. 9.º da Lei n.º 6.533/78), o de aprendizagem (Decreto n.º 31.346/52) e o contrato de trabalho temporário (art. 11 da Lei n.º 6.019/74). O contrato entre a empresa tomadora de serviços e a empresa de trabalho temporário também tem de ser feito, necessariamente, por escrito.

Pág. 102

O ajuste das disposições contratuais pode ser tácito (art. 443 da CLT), mesmo que as partes não façam nenhum arranjo claro, inequívoco, nenhum entendimento direto e taxativo. Com a continuidade da prestação de serviços, revela-se a vontade, a concordância na pactuação do contrato de trabalho. Quando o empregador não se opõe à prestação de serviços feita pelo empregado e utiliza-se do serviço deste, pagando-lhe salário, está evidenciado o contrato de trabalho acordado tacitamente (Russomano, 1990, v. 1: 394). A frase popular "quem cala consente" bem revela a existência do acordo tácito, que pode ser transposto para o contrato de trabalho.

É possível que haja a contratação de um grupo de empregados ao mesmo tempo. É o que se denomina contrato de equipe e que costuma ocorrer com a contratação de uma banda, em que o grupo todo é contratado para prestar serviços. O contrato de equipe não deixa de ser um contrato individual.

11. DURAÇÃO

Os contratos de trabalho podem ser por prazo determinado ou indeterminado (art. 443 da CLT). No contrato de prazo determinado, as partes ajustam antecipadamente seu termo, enquanto no contrato de prazo indeterminado não há prazo para a terminação do pacto laboral. Na prática, predomina o ajuste por prazo indeterminado. Quando as partes nada mencionam quanto a prazo, presume-se que o contrato seja por prazo indeterminado, que é o mais empregado. O contrato de trabalho de prazo indeterminado não é, porém, um contrato eterno, mas apenas que dura no tempo.

12. CONTRATO DE TRABALHO POR TEMPO DETERMINADO

Contrato de trabalho por tempo determinado é "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" (§ 1.º do art. 443 da CLT).

Exemplo de serviço condicionado à execução de serviço específico seria a contratação de técnico para treinamento de operadores, na implantação de equipamento altamente sofisticado.

A CLT estabelece quais são as hipóteses em que é possível a celebração do contrato de trabalho por prazo determinado. Não cumprido o prazo estabelecido, o contrato passa a ser por prazo indeterminado.

No Direito do Trabalho, a regra é a contratação por tempo indeterminado. O contrato de trabalho é um contrato de prestações sucessivas, de duração. Em razão do princípio da continuidade do contrato de trabalho, presume-se que este perdura no tempo. A exceção é a contratação por prazo determinado, de acordo com as determinações específicas contidas na lei.

Pág. 103

O contrato de trabalho por tempo determinado pode ser celebrado verbalmente, como se verifica no art. 443 da CLT. O ideal é que o pacto por

tempo determinado só fosse estabelecido por escrito, visando evitar fraudes na contratação.

O término do pacto por tempo determinado pode ser medido em função do número de dias, semanas, meses ou anos, ou em relação a certo serviço específico, como o término de uma obra, ou, se for possível fixar aproximadamente, quando houver o término de um acontecimento, como o término de uma colheita, que se realiza periodicamente em certas épocas do ano. É o contrato de safra, que tem a duração dependente de variações estacionais de atividade agrária (parágrafo único do art. 14 da Lei n.° 5.889/73).

O fato de o último dia do contrato de trabalho por tempo determinado cair em feriado, domingo ou dia não útil não o prorroga para o dia seguinte. Caso se observe o dia seguinte ao término do pacto, este já será de prazo indeterminado.

O contrato de trabalho por tempo determinado só é válido em se tratando de: (a) serviço cuja natureza ou transitoriedade justifique a predeterminação do prazo; (b) atividades empresariais de caráter transitório; (c) contrato de experiência (§ 2.° do art. 443 da CLT).

O serviço de natureza transitória é o que é breve, efêmero, temporário. Aqui está-se falando de serviço transitório e não de atividade empresarial de caráter transitório. Seria o caso de contratar um empregado temporariamente para atender a um breve aumento de produção em certo período do ano. A transitoriedade deverá ser observada em relação às atividades do empregador e não do empregado, de acordo com as necessidades de seu empreendimento. Serviços cuja natureza justifique a predeterminação de prazo são, a rigor, os serviços transitórios.

As atividades empresariais de caráter transitório dizem respeito à empresa e não ao empregado ou ao serviço. Seria o caso de criar uma empresa que apenas funcionasse em certas épocas do ano, como a de venda de fogos nas festas juninas; a que produzisse ovos de Páscoa; a que fabricasse panetone para o Natal; a empresa que explorasse temporariamente atividade diversa da normal para atender a uma oportunidade de mercado etc.

Não se poderia, entretanto, dizer que a atividade da empresa é transitória ou o serviço seria transitório na contratação de pedreiro para trabalhar na construção civil, em que a atividade da empresa de construção civil é permanente. É possível, contudo, admitir o pedreiro para trabalhar em certa obra, pois há uma previsão aproximada de seu término.

São considerados por tempo determinado os seguintes contratos: de safra (parágrafo único do art. 14, da Lei n.° 5.889/73), de atleta profissional (art. 3.° da Lei n.° 6.354,/76), de artistas (art. 9.° da Lei n.° 6.533/78), de técnico estrangeiro (Decreto-lei n.° 691/69), de aprendizagem (Decreto n.° 31.546, de 1952), de obra certa (Lei n.° 2.959/58), da Lei n.° 9.601/98.

Previa o art. 1.220 do Código Civil que o contrato de locação de serviços não poderia ser convencionado por mais de quatro anos.

A redação original do art. 445 da CLT utilizava a idéia contida no Código Civil quanto ao prazo máximo de duração do pacto: "O prazo de vigência do contrato de trabalho quando estipulado ou se dependente da execução de determinado trabalho ou realização de certo acontecimento, não poderá ser superior a quatro anos".

Atualmente o contrato de trabalho não pode ser superior a dois anos.

Mesmo na vigência da redação original do art. 445 da CLT já se discutia se o contrato de trabalho por tempo determinado poderia ser prorrogado por mais quatro anos, caso o pacto laboral de prazo certo já tivesse sido fixado originariamente pelo mesmo prazo. Essa dúvida também se aplicava ao contrato de obra certa, previsto na Lei n.° 2.959/56, que é um contrato de trabalho por tempo determinado.

O art. 451 da CLT, que ainda tem sua redação original de 1943, dispõe que o contrato de trabalho por tempo determinado só pode ser prorrogado uma única vez.

Havia aqueles que entendiam que a prorrogação por mais quatro anos era possível, porque o contrato só estava sendo prorrogado uma vez e pelo mesmo prazo, além do que o art. 445 da CLT não mandava observar o art. 451 da CLT. No caso ora em análise, o art. 451 da CLT estava sendo respeitado, em razão de que o contrato estava sendo prorrogado uma única vez.

O STF editou a Súmula n.° 195, que está assim redigida: "contrato de trabalho para obra certa, ou de prazo determinado, transforma-se em contrato de prazo indeterminado, quando prorrogado por mais de 4 (quatro) anos". Essa súmula, porém, foi editada antes da mudança da redação do art. 445 da CLT, que foi feita pelo Decreto-lei n.° 229, de 28-2-1967.

Pela redação do antigo art. 445 da CLT, era possível discutir sobre a prorrogação do contrato por tempo determinado por uma única vez (art. 451 da CLT), que implicaria o contrato poder ter até oito anos.

Não se poderia tolerar, porém, a prorrogação do contrato pelo dobro do prazo, totalizando oito anos, quando o empregado estava prestes a adquirir a estabilidade, o que ocorria com 10 anos de casa (art. 492 da CLT). Com esse argumento, o empregado poderia ser dispensado sem receber qualquer indenização.

A contratação e a prorrogação em seu prazo total não poderiam exceder a quatro anos. Do contrário, estaria violado o art. 445 da CLT, que não permitia que o contrato de trabalho por tempo determinado excedesse a quatro anos.

O Decreto-lei n.° 229/67 deu nova redação ao art. 445 da CLT, que está assim redigido: "o contrato de trabalho por prazo determinado não poderá ser prorrogado por mais de 2 (dois) anos, observada a regra do art. 451".

A atual redação do art. 445 da CLT não faz referência às hipóteses em que o contrato de trabalho por tempo determinado pode ser celebrado, que era o termo certo, quando dependente da execução de determinado trabalho ou realização de certo acontecimento, como estava previsto na redação anterior do citado dispositivo. As referidas hipóteses já estão descritas hoje no § 1.°, do art. 443 da CLT, que anteriormente era o parágrafo único do mesmo artigo. Não havia, portanto, necessidade de fazer referência aos casos em que se pode celebrar contrato de trabalho por tempo determinado, que já estão contidos no § 1.° do art. 443 da CLT.

O contrato de trabalho por tempo determinado de dois anos pode ser prorrogado por mais dois anos?

Em qualquer hipótese, o contrato de trabalho por tempo determinado não pode exceder a dois anos, mesmo quando da prorrogação. Era o que se depreendia da Súmula 195 do STF, que interpretava a antiga redação do art. 445 da CLT, dizendo que o contrato por tempo determinado prorrogado por mais de quatro anos transformava-se em contrato por tempo indeterminado.

Atualmente, o legislador é expresso no sentido de se observar o art. 451 da CLT. Assim, é possível prorrogar uma vez o contrato de trabalho por tempo determinado, porém, mesmo na prorrogação, o contrato de trabalho no prazo certo não poderá exceder a dois anos. É a interpretação sistemática da CLT, mediante a combinação dos arts. 445 e 451 da citada norma. Dessa forma, é possível fazer um contrato de trabalho por tempo determinado de um ano e prorrogá-lo por mais um ano.

O fato de a atual redação do art. 445 da CLT determinar a observância do art. 451 da CLT, de haver uma única prorrogação, veio a terminar com a controvérsia sobre a possibilidade de se prorrogar por mais dois anos o pacto por tempo determinado já acordado por dois anos. Isso quer dizer que o contrato de trabalho pode ser prorrogado por uma única vez (art. 451 da CLT), porém deve

observar o prazo máximo de dois anos (art. 445 da CLT). Assim, não é possível fazer um contrato de trabalho por tempo determinado ou de obra certa de dois anos e prorrogá-lo por mais dois anos, pois a regra contida no art. 445 da CLT está sendo desrespeitada, ou seja, o prazo máximo do contrato de trabalho por tempo certo ser de dois anos, incluída a prorrogação.

A prorrogação nada mais é do que a continuação do contrato anterior e não um novo contrato. Logo, não poderia haver a prorrogação do contrato de trabalho por tempo determinado fixado em dois anos, por igual período, ou seja, por mais dois anos. Nesse caso, teremos um contrato de trabalho por tempo indeterminado.

A determinação da lei é aditiva: deve ser observado o prazo máximo de dois anos e ao mesmo tempo só pode ser feita uma única prorrogação, desde que não exceda o prazo máximo de dois anos.

Essa orientação também se aplica ao contrato de trabalho de obra certa, que também é um contrato de trabalho por tempo determinado, devendo observar o prazo máximo de dois anos e uma única prorrogação. Assim, nesse caso também o contrato de obra certa fixado em dois anos não pode ser prorrogado por outros dois anos.

O fato de o empregado já ter trabalhado as horas necessárias a mais por dia, para não prestar serviços no sábado, tem influência no dia final do contrato por tempo determinado?

Suponha-se que o contrato de trabalho por tempo determinado terminasse em 18 de setembro (sexta-feira). Nessa semana o empregado trabalhou nove horas diárias de terça-feira a sexta-feira para não trabalhar no sábado. Foram trabalhadas 44 foras na semana. Já compensou, portanto, o sábado. Já prestou serviços para as horas que seriam trabalhadas no sábado, mas que foram compensadas durante a semana.

Os efeitos jurídicos do pacto laboral são projetados para o sábado, em razão do acordo de compensação. Embora o empregado não tenha trabalhado nenhum dia a mais em seu contrato de trabalho, os efeitos do pacto laboral foram estendidos para o sábado, pelo fato de já ter compensado as horas para esse fim. Como o pacto laboral deveria terminar na sexta-feira, o fato de cessar no sábado implica transformá-lo em contrato por tempo indeterminado.

Pág. 106

Para que o empregado tenha direito ao descanso semanal remunerado deve ter pontualidade durante a semana inteira e ter assiduidade no mesmo período (art. 6.° da Lei n.° 605/49). Se o obreiro faltar durante a semana ou chegar atrasado, perde o direito ao descanso semanal.

Admita-se que o empregado foi assíduo no trabalho durante a semana e ao mesmo tempo teve pontualidade, não chegando nenhum dia atrasado para o início do serviço. O contrato de trabalho por tempo determinado que terminaria no sábado é projetado mais um dia, implicando ser transformado em prazo indeterminado?

Não há dúvida de que o obreiro já tem direito ao pagamento do descanso semanal, pois cumpriu as condições previstas em lei: pontualidade e assiduidade. O empregado já adquiriu o direito ao repouso semanal e também ao seu pagamento. A empresa deverá, portanto, remunerar o empregado com o repouso semanal.

O empregado não trabalhou, por exemplo, mais de 90 dias, em caso de contrato de experiência, nem seu contrato de trabalho é prorrogado por um dia. Logo, o seu pacto laboral termina efetivamente no sábado e não um dia depois.

O mesmo ocorre no caso do empregado trabalhar um ano, adquirindo o direito a férias. O fato de fazer jus a férias indenizadas não projeta os efeitos do contrato de trabalho por mais 30 dias.

Se o prazo final do contrato for no dia imediatamente anterior ao domingo ou feriado, o empregado tem direito ao descanso semanal ou ao feriado, porém não tem direito à prorrogação do contrato de trabalho por tempo determinado, que são coisas diversas. Uma coisa é o tempo do contrato, outra coisa é o pagamento do

descanso semanal remunerado e do feriado. O empregado não trabalhou no repouso semanal ou no feriado. Logo, seu contrato termina efetivamente no último dia trabalhado, não se projetando mais um dia e o transformando por tempo indeterminado.

Para resolver as questões acima basta que o empregador celebre o contrato de trabalho com o empregado com um dia a menos do prazo de 90 dias ou dois anos. Se o contrato terminar numa quinta-feira, não haverá que se falar em direito ao repouso semanal, nem de que já houve a compensação para o obreiro não trabalhar no sábado, muito menos haverá discussão sobre a projeção do pacto. O empregador poderá ajustar que o último dia contratado caia na quinta-feira, de modo que não haverá que se falar em contrato por tempo indeterminado.

É impossível fazer novo contrato de trabalho por tempo determinado com o mesmo empregado senão após seis meses da conclusão do pacto anterior (art. 452 da CLT), exceto se a expiração do pacto dependeu da execução de serviços especializados ou da realização de certos acontecimentos. O presente caso não revela prorrogação de contratos, mas sucessão, pois é celebrado novo contrato. É o que ocorre com empregados de pousadas ou hotéis, em que estes necessitam de um número maior de empregados apenas em certas épocas do ano, como as de férias, feriados prolongados etc. Há, assim, a possibilidade da renovação sucessiva de tais pactos, pois dependem da realização de certos acontecimentos.

Não há aviso prévio nos contratos por tempo determinado, pois as partes conhecem antecipadamente quando o contrato irá terminar.

Os contratos por tempo determinado que contiverem cláusula permitindo às partes a rescisão imotivada antes do termo final estarão regidos pelas mesmas regras dos contratos por tempo indeterminado (art. 481 da CLT), ou seja, são aqueles contratos que contêm cláusula de aviso prévio.

A garantia de emprego é o impedimento temporário da dispensa do empregado por algum motivo previsto em lei.

É o que ocorre, por exemplo, na gravidez da empregada, que não pode ser dispensada desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto; do dirigente sindical, inclusive o suplente, que tem garantido o emprego desde o registro de sua candidatura, até um ano após o término de seu mandato; do cipeiro, em que o prazo é o mesmo do dirigente sindical; do acidentado, até um ano após a cessação do auxílio-doença acidentário (art. 118 da Lei n.° 8.213).

Nos contratos de trabalho por tempo determinado, o empregador não terá de observar a garantia de emprego, mesmo que, por exemplo, a empregada fique grávida no curso do pacto laboral, pois as partes sabiam desde o início que o contrato de trabalho terminaria no último dia acordado. Nesse dia, o pacto laboral estará encerrado.

Não se pode falar em nulidade e violação do art. 9.° da CLT, inclusive pela norma ser de ordem pública. A norma é realmente de ordem pública, mas o fundamento não é esse. O motivo é o fato de que as partes já sabiam desde o início quando terminaria o pacto laboral. Assim, não há prorrogação, suspensão ou interrupção do contrato de trabalho, mas no último dia termina o pacto laboral, pouco importando se a pessoa tem ou não garantia de emprego. Tanto o empregador como o empregado sabiam desde o primeiro dia do pacto quando este terminaria. Assim, o empregador não está impedindo o empregado de trabalhar, nem violando a lei, apenas há a cessação do contrato de trabalho no último dia acordado.

A única hipótese em que o período de afastamento deixaria de ser contado ocorreria no caso de haver cláusula no contrato de trabalho dispondo nesse sentido (§ 2.°, do art. 472 da CLT).

O § 4.°, do art. 1.°, da Lei n.° 9.601/98 é claro no sentido de que nas hipóteses de garantia de emprego (chamada na prática de estabilidade

provisória), o dirigente sindical, o cipeiro, o acidentado e a gestante não podem ser dispensados antes do prazo estipulado pelas partes. A contrario sensu, entende-se que, terminado o prazo acordado, mesmo havendo garantia de emprego, haverá a cessação do contrato de trabalho por tempo determinado, pois as partes sabiam desde o primeiro dia de vigência do contrato quando este iria terminar. A garantia de emprego não vigora após o prazo final do contrato de trabalho por tempo determinado.

Dispensando o empregado antes do termo final do contrato, o empregador deverá pagar-lhe, a título de indenização, e por metade, a remuneração a que teria direito até o término do contrato (art. 479 da CLT).

12.1 Contrato de experiência

São encontradas várias denominações para o contrato de experiência: período de experiência, contrato de prova, pacto de prova, pacto de experiência, contrato de experiência, período de prova.

A CLT usa a expressão contrato de experiência (§ 2.° do art. 443 da CLT e parágrafo único do art. 445 da CLT).

Distingue-se o contrato de experiência do contrato de aprendizagem. Neste, o empregado estuda para exercer a profissão, para adquirir capacidade. No contrato de experiência, verifica-se um período em que, por exemplo, vai ser testado o empregado, sem ter uma característica de aprendizado.

Diferencia-se o contrato de experiência do contrato de trabalho temporário previsto na Lei n.° 6.019/74. Neste, o prazo máximo é de três meses (art. 10 da Lei n.° 6.019). No contrato de experiência, o prazo máximo é de 90 dias. No primeiro pacto, o contrato é estabelecido em meses, no segundo o prazo é determinado em dias. O contrato de experiência envolve a verificação da aptidão do empregado. O contrato de trabalho temporário diz respeito, por exemplo, a necessidade transitória de substituição regular e permanente do pessoal da tomadora ou a acréscimo extraordinário de serviços.

Alguns autores entendem que o contrato de experiência seria um pacto preliminar ao contrato de trabalho. Outros mencionam que o contrato de experiência seria uma das cláusulas do contrato por tempo indeterminado, em que em certo período iria verificar-se se o empregado tem aptidão ou condições de se adaptar ao novo local de trabalho.

Durante muito tempo se considerou o contrato de experiência como cláusula do contrato de trabalho por tempo indeterminado. Falava-se em contrato de prova. O § 1.° do art. 478 da CLT é claro em mostrar essa orientação, esclarecendo que "o primeiro ano de duração do contrato por tempo determinado é considerado como período de experiência". Somente em 28-2-1967 o contrato de experiência passou a ser considerado contrato por tempo determinado, com a nova redação oferecida ao art. 443 da CLT pelo Decreto-lei n.° 229, e não mais como cláusula do contrato por tempo indeterminado.

Diante da previsão da alínea c do § 2.° do art. 443 da CLT, não se pode mais dizer que se trata de pré-contrato de trabalho ou de contrato de trabalho por tempo indeterminado com período de experiência, mas de espécie ou modalidade de contrato de trabalho por tempo determinado.

Normalmente, no contrato de experiência o empregador vai testar se o empregado pode exercer a atividade que lhe é determinada. Esse contrato pode ser desenvolvido em relação a qualquer pessoa, tanto para o profissional que tem curso universitário como para o pedreiro visando verificar sua aptidão. Um dos objetivos do contrato de experiência é verificar também se o empregado tem condições de se adaptar ao ambiente de trabalho, com os colegas etc. É válido para qualquer natureza de atividade, pois visa avaliar a capacidade técnica do

empregado e de este se adaptar ao novo trabalho. Serve, ainda, o contrato de experiência para verificar o empregado as condições de trabalho às quais irá se submeter, se se adapta à empresa e seus colegas. Há, portanto, reciprocidade na experiência, tanto em relação ao empregado, como ao empregador.

O contrato de experiência não deixa de ser um contrato de trabalho por tempo determinado. Assim, há necessidade de anotação na CTPS do empregado do referido pacto, que dará ao obreiro todos os direitos e obrigações pertinentes ao citado acordo.

Pág. 109

O prazo máximo do contrato de experiência é de 90 dias (parágrafo único do art. 445 da CLT). Se o referido prazo for excedido por mais de 90 dias, vigorará como se fosse contrato por tempo indeterminado.

Pode o contrato de experiência ser prorrogado. Essa prorrogação apenas pode ser feita por uma única vez (art. 451 da CLT).

Em hipótese alguma, pode exceder o contrato de experiência a 90 dias, seja na prorrogação, seja por uma única contratação. Assim, não é possível prorrogar um contrato de experiência de 90 dias por mais 90 dias, pois o prazo máximo de 90 dias contido no parágrafo único do art. 445 da CLT foi excedido. Entretanto, será possível a contratação por 30 dias e a prorrogação por mais 60 dias, ou ser combinado o pacto por 20 dias e a prorrogação por mais 70 dias, ou o ajuste por 45 dias e a prorrogação por mais 45 dias. Nesses casos, o
prazo máximo foi observado e também foi feita apenas uma única prorrogação.

Não é possível fazer um contrato de experiência por 30 dias, prorrogá-lo por mais 30 dias, e no vencimento novamente prorrogá-lo por mais 30 dias. Não obstante o prazo final de 90 dias não tenha sido excedido, o contrato por tempo determinado só pode ser prorrogado uma única vez (art. 451 da CLT). No caso mencionado, estaríamos diante de um contrato por tempo indeterminado e não por período certo de tempo.

Entretanto, a CLT não dispõe que a prorrogação do contrato de experiência ou do contrato de trabalho por tempo determinado tem de ser feita no mesmo prazo da contratação, ou seja: contratação de 30 dias e prorrogação de mais 30 dias. O que importa é que não seja excedido o prazo máximo de 90 dias ou de dois anos e haja apenas uma única prorrogação. Logo, nada impede que seja feita a contratação por 10 dias e a prorrogação por mais 80 dias. O contrato citado é válido e por tempo determinado.

Se o empregado cumpre a experiência e sai da empresa, não pode o empregador, ao recontratá-lo para a mesma função, exigir novamente a experiência, pois o obreiro já foi testado. Cairíamos aqui, também, na regra do art. 452 da CLT que impede nova contratação por tempo determinado sem a observância do interregno de seis meses.

12.2 Contrato de trabalho por obra certa

12.2.1 Contrato de trabalho por tempo determinado

O § 1.° do art. 443 da CLT determina as hipóteses em que é possível ser feito o contrato de trabalho por tempo determinado, quando o pacto depender de termo prefixo ou da execução de serviços especificados ou, ainda, da realização de certo acontecimento suscetível de previsão aproximada.

No § 2.° do art. 443 da CLT nota-se que o contrato por tempo determinado só será válido em se tratando de: (a) serviço cuja natureza ou transitoriedade justifique a predeterminação do prazo; (b) atividades empresariais de caráter transitório; (c) contrato de experiência.

Pág. 110

O contrato de obra certa é uma espécie de contrato por tempo determinado, podendo ser enquadrado na condição de "serviços especificados" de que fala o § 1.° do art. 443 da CLT e também de um "acontecimento suscetível de previsão aproximada", encontrado no mesmo mandamento legal. Nessa última hipótese, é possível entender que no contrato de obra certa há uma previsão aproximada do tempo necessário para a realização da obra. O mesmo acontece com o contrato de safra, em que é possível dizer aproximadamente quando a safra será colhida.

Na Venezuela, por exemplo, o art. 28 da Ley del Trabajo é claro no sentido de que o contrato de trabalho pode ser realizado para uma obra determinada, por tempo determinado, ou por tempo indeterminado. O art. 45 do Codigo Sustantivo del Trabajo, da Colômbia, especifica que o contrato de trabalho pode ser celebrado pelo tempo que durar a realização da obra. O art. 51 do Codigo Paraguayo del Trabajo reza que há a possibilidade de o contrato de trabalho ser firmado por obra ou serviço determinado. Na legislação francesa, só se admite o termo no contrato de trabalho quando se faz um detalhamento com precisão do término do pacto; todavia, é possível o contrato sazonal, cujo termo final não é conhecido com exatidão (Lei n.° 122-3, 1).

Os serviços realizados em obra certa são transitórios "ou, muitas vezes, não passa a obra certa de atividade empresarial de caráter transitório" (Sampaio, 1973:41). A empresa de construção civil, porém, tem por escopo uma atividade permanente, pois a necessidade de mão-de-obra é constante. Considerando-se, porém, o serviço como transitório, é possível também enquadrar a obra certa na alínea a do § 2.° do art. 443 da CLT, sendo, assim, um contrato por tempo determinado.

É evidente que, se o empregado trabalhar ao mesmo tempo em várias obras, ou prestar serviços uns dias numa obra e outros dias em outra, não se poderá falar em contrato de obra certa, mas em contrato de trabalho por tempo indeterminado

12.2.2 Evolução legislativa

Antigamente, inexistia uma legislação que viesse a tratar do contrato de obra certa, deixando o empregado numa situação difícil, inclusive dando ensejo a fraudes para o não-pagamento de verbas trabalhistas. As empresas tinham por costume celebrar contratos por obra certa com seus empregados, com a finalidade de desvirtuar o pagamento das indenizações trabalhistas, pois sabiam quando a obra iria terminar.

Com base nessa situação fática é que foi elaborada a Lei n.° 2.959, de 17-11-56, tratando do contrato de trabalho por obra certa.

É mister, contudo, esclarecer que o contrato de obra certa, segundo o art. 1.° da Lei n.° 2.959/56 só pode ser feito com construtor de obras de construção civil, ou seja: a obra deve ter natureza material, sendo impossível fazer contrato de obra certa quanto a obras de natureza imaterial, como v.g. numa operação cirúrgica ou num concerto musical. Aí temos a locação de serviços, matéria disciplinada pelos arts. 1.216 e seguintes do Código Civil.

12.2.3 Vigência

Alguns autores argumentam que a Lei n.° 2.959 teria sido revogada pelo Decreto-lei n.° 229/67, que deu nova redação ao art. 443 da CLT. Preconizam que a construção de edifícios é atividade permanente de empresa de construção civil, sendo que o serviço não é de natureza transitória, inexistindo as condições do contrato de trabalho por prazo determinado para se aplicar a Lei n.° 2.959/56.

A atividade da empresa de construção civil realmente é permanente, mas o serviço prestado é sempre transitório. Ora se precisa de mais pedreiros na obra, ora de menos. Em certo momento, são necessários azulejistas (fase de acabamento da obra) e em outros momentos não são. O pintor só é necessário na fase final da obra, enquanto nessa fase já não são necessários tantos pedreiros. O tempo do contrato dependerá do serviço a ser executado, como menciona a própria lei, ou do término da obra. De outro modo, nem sempre há imóveis para construir, ou nem sempre se constroem tantos imóveis, pois há dependência de financiamento e das condições do mercado. É sabido que em épocas de crises econômicas ou de recessão a construção de imóveis, como qualquer outro tipo de atividade empresarial, diminui, aumentando o desemprego, mostrando que o serviço é transitório.

O Decreto-lei n.° 229/67, ao dar nova redação ao art. 443 da CLT, não revogou expressamente a Lei n.° 2.959/56, não é incompatível com a mesma norma, nem disciplinou inteiramente a matéria da referida disposição legal (§ 1.° do art. 2.° da LICC). O art. 443 da CLT é uma norma geral, enquanto a Lei n.° 2.959 é uma norma especial (§ 2.° do art. 2.° da LICC). Dessa forma, a Lei n.° 2.959 continua em vigor, não tendo sido revogada pelo Decreto-lei n.° 229, segundo a LICC.

12.2.4 Licitude do contrato de obra certa

A obra certa tem que ser considerada como um evento extrínseco e alheio à vontade das partes, mas isso não quer dizer que a contratação por essa forma seja ilícita.

O fato de o empregador dedicar-se à construção civil não desnatura o contrato de trabalho de previsão aproximada, como é o caso do contrato de obra certa, pelo fato de não ter sido estipulado o dia do seu término. O art. 82 do Código Civil prevê que, para a validade do ato jurídico, é preciso observar a forma prescrita ou não proibida por lei. Ora, o contrato de obra certa atende à previsão da Lei n.° 2.959/56, que o disciplina, quanto a sua utilização na construção civil. Logo, não há que se falar em nulidade ou ilicitude do contrato de obra certa. O mesmo entendimento tem Eduardo Gabriel Saad (1990:273).

12.2.5 Prazo

O contrato por obra certa não poderá exceder dois anos, atendendo à regra do art. 445 da CLT, visto que se trata de um contrato por tempo determinado. No entanto, o contrato de obra certa não poderá ser prorrogado por mais de uma vez, como menciona o art. 451 da CLT. Caso isso ocorra, transformar-se-á em contrato por tempo indeterminado. No contrato de obra certa há a dependência da realização de um serviço especificado (obra). Ao se realizar a obra, cessa o contrato. Combinando as partes a execução de outros serviços especificados, teremos outro contrato de trabalho, outra relação contratual, e não o contrato de obra certa.

A sucessão de contratos por obra certa, porém, não modifica os referidos pactos para contrato por tempo indeterminado, pois é possível que haja a contratação por obra certa.

Terminada esta, o empregado é contratado para outra obra certa, havendo uma sucessão de contratos de obra certa.

Temos como regra que todo contrato que suceder dentro de seis meses a outro contrato por tempo determinado é um contrato por tempo indeterminado em seu todo (art. 452 da CLT). A exceção à regra está inserida na parte final do art. 452 da CLT, quando se utiliza da expressão "salvo se a expiração deste (contrato) depender da execução de serviços especificados ou da realização de

certos acontecimentos". Tanto pode enquadrar-se a sucessão de contratos por obra certa na expressão "execução de serviços especializados", como "na realização de certos acontecimentos": construção da obra.

É difícil, contudo, dizer quando é que a obra irá terminar. Pondera Octávio Bueno Magano (1984:44) que, em se tratando "de obra de vulto, há que se entender que este não ocorre a um só tempo, mas por etapas". Leciona Eduardo Saad (1990:273) que "nas obras de grande porte, à medida que elas avançam, o serviço de certos empregados torna-se dispensável e, por isso, entendemos que não significa violação da lei pertinente o desligamento desses empregados. Aliás, a Lei n.° 2.959 informa, em seu art. 2.°, ser rescindível o contrato por obra certa, no término da obra ou do serviço".

Logo, é perfeitamente possível que a obra vá terminando por etapas e aos poucos vão sendo dispensados os funcionários, à medida que o serviço vai acabando.

Se no começo da obra são necessários 10 serventes, no final dela um servente talvez seja o suficiente para a realização dos serviços finais.

Se o pintor é contratado para fazer a pintura dos apartamentos na obra, terminada a citada pintura, há a cessação de seu contrato de trabalho. Assim, os empregados vão sendo paulatinamente dispensados à proporção que o serviço vai rareando. O fato de outros trabalhadores continuarem a trabalhar na obra não quer dizer que certo obreiro não possa ser dispensado, desde que para a empresa não mais sejam necessários os serviços daquela pessoa. Mesmo assim, estará evidenciado o contrato por obra certa, pois a contratação dependeu de serviços especificados ou da realização de certos acontecimentos, como o término de cada etapa da obra. O TRT da 2.ª Região já decidiu da mesma forma:

"É legítima a contratação para obra certa e não paira dúvida de que a sua terminação, sobretudo quando se trata de obra de vulto, não ocorre a um só tempo, mas por etapas. A terminação da obra vai ocorrendo aos poucos, à medida que a obra se aproxima do seu termo vão sendo necessários menos empregados. Não fere dispositivo legal nenhum a cláusula contratual que estabelece que o contrato de trabalho chegará a seu termo ao ensejo da terminação de cada etapa da obra." (TRT da 2.ª Região, proc. 11.059/76, Rel. Juiz Wilson de Souza Campos Batalha, in RF 74:382.)

12.2.6 Requisitos

O art. 1.° da Lei n.° 2.959/56 exige que a anotação do contrato por obra certa na CTPS do obreiro seja feita pelo construtor, que será o empregador segundo a referida norma, desde que exerça a atividade em caráter permanente.

Nota-se que a Lei n.° 2.959/56 determina que o próprio construtor deva proceder às inscrições na CTPS do operário, visto que é comum o construtor querer transferir a responsabilidade para o empreiteiro. Em se tratando de obra certa, as anotações deverão ser feitas pelo construtor, que será considerado empregador, desde que exerça seu mister em caráter permanente. O § 1.° do art. 15 da Lei n.° 8.036/90 (FGTS) também considera o tomador de mão-de-obra como empregador. Caso o construtor não proceda às anotações na CTPS do operário, sofrerá multa administrativa, nos termos do art. 3.° da Lei n.° 2.959/56.

Recomenda-se que o contrato de obra certa seja feito por escrito, visando evitar qualquer dúvida sobre a forma como o empregado foi contratado. É possível que o contrato de obra certa seja celebrado verbalmente, como ocorre com qualquer contrato de trabalho (art. 443 da CLT) ou outro tipo de contrato.

Deve também ser observado o art. 29 da CLT, quando determina que as condições especiais devem ser anotadas na CTPS do empregado, das quais uma delas seria a inscrição do contrato de obra certa, sob pena de desnaturar o referido

pacto de obra certa, a não ser que o operário admita ter sido contratado daquela forma ou se faça prova por qualquer outro meio permitido em Direito (parte final do art. 456 da CLT) do acordo de vontades realizado.

12.2.7 Verbas rescisórias

Como o contrato de obra certa é um pacto por tempo determinado, não há direito a aviso prévio, pois este instituto é previsto para contratos por tempo indeterminado (art. 487 da CLT). As partes de antemão sabem quando cessará o contrato de trabalho: em razão do término da obra ou dos serviços especificados. Como o art. 2.° da Lei n.° 2.959/56 prevê a possibilidade do contrato de obra certa em duas hipóteses: término da obra ou dos serviços, mesmo que não haja o término da obra, mas terminem os serviços necessários para os quais foi contratado o empregado, não terá direito este a aviso prévio. Já decidiu o TRT da 2.ª Região que "empregado contratado para obra certa não faz jus a aviso prévio quando seu desligamento ocorreu com o término progressivo dos serviços atribuídos ao empregado, não sendo indispensável a ocorrência do término de toda a obra". (RO 478/79, AC 1.126/80, Rel. Juiz Wilson de Souza Campos Batalha, conforme Carrion, 1989:354.)

O 13.° salário é devido na cessação dos contratos a prazo certo, como acontece quanto ao contrato de obra certa, ainda que a relação de emprego se tenha findado antes de dezembro (En. 2 do TST). Terá direito o operário também às férias proporcionais, mesmo não tendo trabalhado um ano na empresa, em função do término do contrato por tempo determinado (art. 147 da CLT).

Fará jus o obreiro ao levantamento do FGTS (art. 20, IX, da Lei n.° 8.036/90). A indenização de 40% do FGTS será indevida, porque não houve despedida por parte do empregador, mas término do contrato de trabalho por tempo determinado (art. 18 da Lei n.° 8.036/90).

12.2.8 Indenização

Todo empregado demitido antes do tempo previsto para o término do contrato por tempo determinado tem direito a uma indenização, inclusive no contrato de obra certa.

Podemos analisar o direito à indenização sob três aspectos: (a) tendo o contrato mais de um ano; (b) tendo o contrato menos de um ano; (c) na rescisão antecipada do pacto.

Dispõe o art. 2.° da Lei n.° 2.959/56 que, se o contrato de obra certa é rescindido em razão do término da obra, o empregado tem direito a uma indenização desde que o obreiro tenha mais de 12 meses na empresa. Essa indenização será a prevista no art. 478 da CLT, ou seja: de um mês de remuneração para cada ano de serviço na empresa. Há, contudo, redução de 30% da indenização mencionada. Assim, o empregado terá direito a uma indenização de 70% sobre um mês de remuneração. Como, porém, o FGTS é um direito do trabalhador, este instituto substitui a indenização.

Caso o contrato seja rescindido em função do término da obra ou dos serviços contratados, mas o obreiro não tenha trabalhado um ano na empresa, não será devida nenhuma indenização (interpretando-se a contrario sensu o art. 2.° da Lei n.° 2.959/56).

Por último, temos a hipótese de o trabalhador ser dispensado antes do término da obra ou dos serviços para os quais foi contratado. O difícil é provar que o contrato foi rescindido antecipadamente. Mostrar que o contrato foi rescindido antes do término da obra é fácil, mas o contrato de obra certa também é celebrado para a consecução de certos serviços. Logo, nada impede que a

empresa dispense o empregado que foi contratado para a execução de certa obra ou de determinados serviços quando o trabalho do operário não mais seja necessário, em função do término de uma das fases da obra. É o que ocorre quando são dispensados pedreiros no curso da obra. Ocorre que os serviços dessas pessoas já não são necessários, em função do término de uma etapa da obra. Daí, não há que se falar em indenização.

Provado, contudo, que houve a rescisão antecipada do contrato, sem que seja o caso do término da obra ou de certos serviços especificados, tem direito o trabalhador a indenização pela metade da remuneração a que faria jus até o término da obra ou dos serviços, nos termos do art. 479 da CLT. O citado mandamento legal é também aplicável ao contrato por obra certa, pois este é espécie do gênero contrato por tempo determinado. O TST já entendeu da mesma forma: "tratando-se de contrato por obra certa, rescindido ante tempus pela empresa, devida a indenização do art. 479 da CLT" (3.ª Turma, RR 1.333/79, in DJU 8-2-80, p. 555, conforme Saad 1990:324). O fato de o empregado ser optante do FGTS não exclui a aplicação do art. 479 da CLT, nos termos do art. 14 do Decreto n.° 99.684/90 (Regulamento do FGTS) e do Enunciado 125 do TST. Entendo, porém, que o art. 479 da CLT foi revogado pelo inciso III do art. 7.° da Constituição, pois o FGTS passou a ser um direito do trabalhador, desaparecendo a opção ao fundo e o regime alternativo de estabilidade, com indenização ou FGTS equivalente, vigentes antes de 5-10-88. Será paga a indenização ao empregado na forma como determinava o § 3.° do art. 30 do Decreto n.° 59.820/66: a diferença entre o valor da indenização prevista no art. 479 da CLT e o saldo da conta vinculada do FGTS. Na rescisão antecipada do contrato de obra certa, além da indenização do art. 479 da CLT, será devida também a indenização de 40% do FGTS, nos termos do art. 14 do Decreto n.° 99.684/90. Ocorrendo motivo de força maior ou culpa recíproca, a indenização do art. 479 da CLT será devida pela metade (art. 502, III, da CLT), assim como a indenização do FGTS, que passará a ser de 20% (art. 14 do Decreto n.° 99.684/90).

O art. 479 da CLT só será observado para o contrato por obra certa em se tratando de rescisão contratual feita antes do tempo próprio, e não quando há o término da obra, ocasião em que o empregado terá direito à indenização do art. 478 da CLT, se tiver mais de 12 meses de trabalho na empresa, substituída pelo pagamento do FGTS.

12.3 Contrato de trabalho por tempo determinado da Lei n.° 9.601/98

12.3.1 Introdução

O contrato de trabalho por tempo determinado foi aprovado pela Lei n.° 9.601, de 21-1-1998.

Foram objetivos do Governo, ao enviar ao Congresso Nacional o projeto que deu origem à Lei n.° 9.601/98, diminuir o desemprego e legalizar a situação informal de certos trabalhadores, que eram contratados sem carteira assinada.

O Decreto n.° 2.490, de 4-2-98, regulamentou a Lei n.° 9.601/98.

12.3.2 Denominação

Na prática, o pacto em estudo tem sido chamado de contrato de trabalho temporário ou contrato de trabalho provisório. Tem sido usada essa denominação talvez para justificar a provisoriedade da validade do referido acordo.

Essa denominação, entretanto, é incorreta. A ementa da Lei n.° 9.601/98 indica que seu conteúdo trata de "contrato de trabalho por prazo determinado". O art. 1.° da Lei n.° 9.601/98 também dispõe que "as convenções e os acordos

coletivos de trabalho poderão instituir contrato de trabalho por prazo determinado, de que trata o art. 443 da CLT". Este artigo versa realmente sobre as hipóteses de contrato de trabalho por tempo determinado.

A Lei n.° 6.019/74 é que dispõe sobre o contrato de trabalho temporário, celebrado entre a empresa tomadora ou cliente e a empresa de trabalho temporário.

Assim, a Lei n.° 9.601/98 instituiu outra espécie de contrato de trabalho por tempo determinado, com requisitos próprios, distintos em parte dos previstos na CLT. Não corresponde, portanto, ao contrato de trabalho por tempo determinado previsto na Lei n.° 6.019/74.

12.3.3 Contratação

Dispõe o art. 1.° da Lei n.° 9.601/98 que a contratação do pacto por tempo determinado pode ser feita em relação a qualquer atividade da empresa, como de seus estabelecimentos.

Pág. 116

É usada a conjunção "ou", que indica alternatividade. O parágrafo único, do art. 3.° da Lei n.° 9.601/98 também faz referência a estabelecimento. A contratação também poderá ser feita tanto em relação à empresa, como quanto a seu estabelecimento. Poderia ser utilizada a contratação temporária em um estabelecimento da empresa e em outro não.

Estabelecimento tem aqui sentido genérico, de filial, sucursal, agência, de unidade da empresa, isto é, de outro local além da matriz em que a empresa desenvolve suas atividades. Não há necessidade de que o estabelecimento tenha CGC para caracterizar a divisão da empresa, visando ao cálculo da média a que se refere o art. 3.° da Lei n.° 9.601/98. A lei não dispõe dessa forma.

O art. 1.° da Lei n.° 9.601/98 dispõe que a contratação pode ser feita em qualquer atividade. Isso quer dizer que tanto poderá ser feita a contratação na atividade-meio da empresa, como em sua atividade-fim.

Na área rural, também poderá ser feita a contratação por tempo determinado com base na Lei n.° 9.601/98, pois esta é expressa no sentido de que pode ser feita em qualquer atividade. Ao que parece, poderá ser feita a contratação por tempo determinado até nos contratos de safra, pois não há proibição nesse sentido na lei.

Assim, a contratação poderá ser feita tanto no comércio, na indústria, nos serviços, no âmbito rural, nos bancos etc.

Não se aplica, porém, a Lei n.° 9.601/98 ao empregador doméstico, que não é empresa nem tem estabelecimento.

Para o contrato de trabalho por tempo determinado não são exigidas as condições especificadas no § 2.°, do art. 443 da CLT. O art. 1.° da Lei n.° 9.601/98 é expresso em excluir do novo contrato por tempo determinado as referidas condições, disciplinando que, independentemente das condições previstas no citado § 2.°, do art. 443 da CLT, poderá ser feita a contratação por tempo determinado. Assim, não será preciso que o contrato de trabalho por tempo determinado seja feito apenas para serviço cuja natureza ou transitoriedade justifique a predeterminação do prazo ou em razão de atividades empresariais de caráter transitório. Isso se justifica porque a nova lei pretende atingir uma situação temporária de desemprego, decorrente da globalização. Agora, é possível a contratação por tempo determinado em qualquer hipótese, sem que haja a observância das condições determinadas no § 2.°, do art. 443 da CLT.

Com a Lei n.° 9.601/98 há, portanto, uma hipótese distinta da prevista no art. 443 da CLT para a contratação de trabalhadores por tempo determinado.

Não entendo que há inconstitucionalidade da lei em razão de que uns empregados na empresa terão contrato por tempo determinado e outros indeterminado. Aqui, a questão é de contratação. Inexiste violação ao princípio da isonomia pelo fato de que a Lei n.° 9.601/98 não exige a motivação da contratação, como ocorre no § 2.°, do art. 443 da CLT ou no art. 9.° da Lei n.° 6.019/74, pois a regra prevista na Lei n.° 9.601/98 tem vigência temporária de 18 meses para a redução de encargos sociais, de forma a proporcionar a contratação de trabalhadores, minorando os efeitos do desemprego.

Não se pode dizer que a Lei n.° 9.601/98 é inconstitucional, por violar o inciso I do art. 7.° da Constituição, visto que não se está tratando de garantia de emprego, de relação de emprego protegida contra dispensa arbitrária ou sem justa causa, nem de estabilidade, mas apenas de contrato de trabalho por tempo determinado.

O § 1.°, do art. 1.° da Lei n.° 9.601/98 dispõe expressamente que a contratação é feita mediante convenção ou acordo coletivo. Não usa a expressão acordo ou convenção coletiva, que poderia indicar que o acordo é individual. Nesse caso, o acordo é coletivo e não individual. Para a validade do contrato por tempo determinado, a contratação coletiva com o sindicato passa a ser imprescindível, isto é, a contratação deve ser feita mediante convenção ou acordo coletivo. Não será possível a contratação individual. O melhor será a contratação por acordo coletivo, pois no acordo são atendidas as peculiaridades de cada empresa, enquanto na convenção coletiva temos a contratação com a categoria toda, sem fazer as distinções peculiares entre cada empresa.

Em se tratando de empregado pertencente a categoria diferenciada, as contratações devem ser feitas com o sindicato de trabalhadores da categoria diferenciada e não da atividade preponderante da empresa. Dessa forma, se uma empresa metalúrgica vai contratar motoristas, deverá fazer a negociação coletiva com o sindicato dos motoristas e não dos metalúrgicos.

O contrato de trabalho por tempo determinado previsto na Lei n.° 9.601/98 não pode ser aplicado a funcionários públicos, pois a estes não são observadas as convenções ou acordo coletivos, em razão de que o § 2.° do art. 39 da Constituição não faz referência ao inciso XXVI, do art. 7.° da mesma norma. Entretanto, a Lei n.° 9.601/98 pode ser observada em relação às empresas públicas e sociedades de economia mista, que têm de aplicar a legislação trabalhista (§ 1.°, do art. 173 da Lei Magna), desde que o empregado faça concurso público (art. 5.°, II da Constituição).

A contratação feita com base no art. 1.° da Lei n.° 9.601/98 tem por base a admissão de trabalhadores que representem acréscimo no número de empregados. Isso quer dizer que a empresa não poderá dispensar um trabalhador por tempo indeterminado para contratar outro para a mesma função por tempo determinado, salvo se for observada a média prevista no art. 3.° da Lei n.° 9.601/98. Na prática, isso é o que provavelmente irá acontecer, arcando a empresa com seu ato, pois a contratação feita nesse sentido será considerada nula, por não atender à parte final do art. 1.° da Lei n.° 9.601/98.

O parágrafo único, do art. 1.° do Decreto n.° 2.490/98 dispõe que é vedada a contratação de empregados por tempo determinado para substituição de pessoal regular e permanente contratado por tempo indeterminado. A determinação do regulamento é correta, porém não é prevista expressamente na lei. Se o art. 1.° da Lei n.° 9.601/98 dispõe que pode ser feita a contratação em qualquer atividade desenvolvida pela empresa ou estabelecimento, independentemente dos requisitos previstos no § 2.°, do art. 443 da CLT, a determinação do decreto é ilegal, pois vai além do disposto na lei. Assim, a contratação temporária poderá ser feita para substituição de pessoal regular e permanente contratado por tempo indeterminado, pois não há vedação na lei nesse sentido. Dentro da regra de que

o que não é proibido é permitido, pode ser realizada a contratação pela empresa de empregados por tempo determinado para substituir seu pessoal regular e permanente.

Pág. 118

O empregador apenas terá de observar os porcentuais descritos no art. 3.° da Lei n.° 9.601/98. Inobservados os porcentuais previstos no citado artigo e a necessidade de acréscimo no número de empregados, será ilegal a contratação de trabalhadores por tempo determinado para substituir o pessoal regular e permanente da empresa. Esta, porém, deverá tomar cuidado em relação ao procedimento de contratar pessoal com base na Lei n.° 9.601/98 para substituir seus funcionários permanentes, pois o entendimento da fiscalização será o contido no Decreto n.° 2.490/98, sendo que poderá ser autuada pelo inspetor do trabalho.

Na contratação feita por tempo determinado com base na Lei n.° 9.601/98, deverá o empregado ser registrado desde o primeiro dia do ajuste de vontades entre as partes, pois a lei não dispõe que o obreiro deixará de ser registrado. Aqui, a regra geral a ser aplicada é a do art. 29 da CLT, que determina que o empregador deve anotar a CTPS do empregado em 48 horas.

Correta a determinação do decreto de que o empregador deve anotar na CTPS do trabalhador a condição de contratado por tempo determinado, indicando a lei de regência (Lei n.° 9.601/98), discriminando sua remuneração separadamente na folha de pagamento dos empregados, porque os encargos serão diferenciados. A exigência da anotação da condição de contrato por tempo determinado é decorrente da parte final do art. 29 da CLT, que dispõe que as condições especiais devem ser anotadas na CTPS do obreiro. A condição especial seria justamente a contratação por tempo determinado.

Na ficha ou no livro de registro de empregados, também deverá constar a anotação de que o empregado está sendo contratado na forma da Lei n.° 9.601/98, para diferenciar que seu contrato de trabalho é feito por tempo determinado, regido por lei especial.

O contrato de trabalho por tempo determinado será feito por escrito, pois o inciso II, do art. 4.°, e o § 2.° do mesmo artigo mencionam que deverá haver o depósito do contrato no Ministério do Trabalho. Para que haja o depósito, o pacto só poderá ser escrito e não verbal. Nesse caso, não se aplicará o art. 443 da CLT, que permite a contratação verbal do trabalhador. O objetivo da contratação por escrito é evitar fraudes, tanto que a contratação deverá ser anotada na CTPS do empregado, inclusive indicando que foi feita sob a égide da Lei n.° 9.601/98 (art. 2.°, do Decreto n.° 2.490/98).

Não será necessário registrar o contrato por tempo determinado no sindicato, pois, embora o projeto inicial do governo o previsse no art. 4.°, a atual determinação da Lei n.° 9.601/98 nada dispõe sobre o tema. O objetivo do dispositivo inicial era de que o sindicato pudesse fiscalizar a contratação do trabalhador, mas o sindicato acaba fiscalizando a contratação do trabalhador em razão de ser necessário o estabelecimento de convenção ou acordo coletivo de trabalho, que naturalmente tem a participação da agremiação na elaboração do respectivo instrumento.

O empregado deverá ter pelo menos 16 anos, que é a idade necessária para poder trabalhar, segundo o inciso XXXIII, do art. 7.° da Constituição.

Os salários dos contratados por tempo determinado deverão ser iguais aos dos empregados contratados por tempo indeterminado que exerçam a mesma função.

Pág. 119

Se a diferença de tempo de função for superior a dois anos, poderá haver distinção no aspecto salarial (§ 1.°, do art. 461 da CLT). Fixando a norma

coletiva da empresa piso salarial, este deve ser observado em relação aos empregados contratados por tempo determinado. Caso o empregado receba salário profissional, fixado em lei, como médicos, engenheiros etc., a empresa deverá obedecer a norma legal para os empregados contratados por tempo determinado.

O número limite de empregados contratados será definido na convenção ou acordo coletivo, não podendo ultrapassar os porcentuais previstos no art. 3.° da Lei n.° 9.601/98. Este artigo remete o intérprete ao art. 1.° da mesma norma. Isso quer dizer que as porcentagens descritas no art. 3.° devem ser observadas em relação à empresa ou então a cada estabelecimento, se a empresa tem mais de um estabelecimento. A justificativa é de que o art. 1.° traz uma situação alternativa ao mencionar que em qualquer atividade desenvolvida pela empresa ou estabelecimento podem ser admitidos empregados sob a forma de contrato por tempo determinado. Assim, pode não haver a ampliação do número total de empregados em cada estabelecimento, mas apenas de um ou alguns dos estabelecimentos da empresa. No estabelecimento onde houve as contratações, haverá acréscimo e não diminuição de empregados.

O estabelecimento de porcentual sobre o quadro de pessoal, para a contratação por tempo determinado, tem por objetivo que o empregador não dispense todos os seus empregados por tempo indeterminado, contratando obreiros apenas por tempo determinado.

A inobservância dos requisitos previstos na Lei n.° 9.601/98 transforma automaticamente o contrato por tempo determinado em indeterminado, tendo o empregado todos os direitos pertinentes a esse último tipo de pacto, como aviso prévio, indenização de 40% do FGTS.

Existindo norma específica, não se aplica o contrato por tempo determinado instituído pela Lei n.° 9.601/98. Assim, a aprendizagem, o trabalho temporário (Lei n.° 6.019/74), o contrato de técnico estrangeiro (Decreto-lei n.° 691/69) regem-se pelas respectivas normas e suas características.

A empresa deverá discriminar separadamente a folha de pagamento dos empregados contratados por tempo determinado (art. 2.° do Decreto n.° 2.490/98).

Na hipótese de ficar frustrada a negociação coletiva ou as partes não quiserem resolver a questão por arbitragem, entendo que é perfeitamente cabível a apresentação de dissídio coletivo perante a Justiça do Trabalho, com fundamento nos parágrafos do art. 114 da Constituição. A condição da ação prevista na Lei Maior foi observada, autorizando a propositura do dissídio coletivo.

12.3.4 Empresas com até 20 empregados

O § 3.°, do art. 1.° da Lei n.° 9.601/98 tinha a seguinte redação: "As empresas com até vinte empregados, bem como aquelas nas localidades em que os trabalhadores não estejam representados por organizações sindicais de primeiro grau, poderão celebrar o contrato de trabalho previsto neste artigo, mediante acordo escrito entre empregado e empregador, observado o limite estabelecido no inciso I do art. 3.° desta lei."

Nota-se do § 3.°, do art. 1.° da Lei n.° 9.601/98, que foi vetado pelo Presidente da República, a regra de que nas empresas com até 20 empregados a negociação poderia ser individual, sem a participação dos sindicatos. Se entendermos que a matéria era de contratação individual, de contrato de trabalho, está incorreto o veto, independendo da participação do sindicato para a validade do pacto, pois a Constituição não exige para o caso que fosse coletiva a negociação, sendo válida a tratativa individual. Ao contrário, se a regra é de contratação coletiva, mediante convenção ou acordo coletivo, deveria evidentemente ter a participação do sindicato (art. 8.°, VI, da Constituição).

A regra determinada na Lei n.° 9.601/98 é da contratação de empregados mediante convenção ou acordo coletivo, como indica a interpretação sistemática do art. 1.°, do parágrafo único do art. 2.° do § 2.° do art. 4.°. Dispõe o art. 1.° da citada norma que o contrato de trabalho por tempo determinado será instituído mediante convenção ou acordo coletivo. Reza o art. 3.° que o número de empregados será especificado no instrumento decorrente da negociação coletiva.

Logo, a contratação, para ter validade, deve ter a participação do sindicato, só podendo ser coletiva. Inexistindo sindicato no local, a representação é da federação. Na falta desta, será da confederação. É a regra do § 2.°, do art. 611 da CLT.

Nas empresas com menos de 20 empregados, será necessária também a contratação coletiva. Se for contratado um único empregado de acordo com a Lei n.° 9.601/98, a contratação terá de ser feita com o sindicato. Isso na prática é inviável, pois os sindicatos não terão condições de atender a tantos pedidos de pequenas empresas. A lei cria, portanto, uma situação burocrática para a contratação de empregados nas pequenas empresas, que são a maioria. A pequena empresa, que geralmente não negocia coletivamente, não saberá como fazer para contratar com o sindicato, tendo provavelmente de se socorrer de um advogado, trazendo maiores custos nesta contratação. Para essas empresas, o ideal é que o acordo fosse escrito com os empregados e não coletivo, como é o procedimento na Argentina. O que poderá ocorrer é que as pequenas empresas contratarão os empregados conforme a Lei n.° 9.601/98, porém sem a participação do sindicato, o que tornará o pacto ilegal, sendo considerado por tempo indeterminado.

Assim, embora a determinação da lei seja na prática inadequada para as pequenas empresas, é constitucional o veto feito pelo Presidente da República. O veto mostra que os sindicatos conhecem a realidade de cada categoria, atendendo ao inciso VI do art. 8.° da Constituição.

12.3.5 Médias

Para a contratação de empregados com base na Lei n.° 9.601/98, deve-se observar o limite estabelecido no instrumento decorrente de negociação coletiva, não podendo ultrapassar os seguintes porcentuais, que serão aplicados cumulativamente:

a) 50% do número de trabalhadores, para a parcela inferior a 50 empregados;

b) 35% do número de trabalhadores, para a parcela entre 50 a 199 empregados;

c) 20% do número de trabalhadores, para a parcela acima de 200 empregados.

O estabelecimento de porcentual sobre o quadro de pessoal, para a contratação por tempo determinado, tem por objetivo que o empregador não dispense todos os seus empregados por tempo indeterminado, contratando obreiros apenas por tempo determinado.

Os porcentuais são cumulativos, devendo ser aplicados separadamente e depois somado o número obtido em cada um deles, para se saber o total de empregados que podem ser contratados.

Os porcentuais determinados no art. 3.° da Lei n.° 9.601/98 tomam por base o número de empregados admitidos por tempo indeterminado. Nesse contexto, não estarão inseridos empregados contratados por tempo determinado, contratos de experiência, obra certa, de aprendizagem etc.

O cálculo será feito de forma mensal, mediante a verificação da respectiva média aritmética. Observar-se-ão, para o cálculo, os seis meses anteriores aos

da publicação da Lei n.° 9.601/98. O art. 5.° do Decreto n.° 2.490/98 dispõe que a média abrangerá o período de 1.° de julho a 31 de dezembro de 1997.

Se a empresa tem mais de um estabelecimento, o cálculo será feito em relação a cada um dos estabelecimentos e não pelo total de empregados da empresa. A única hipótese em que o cálculo será feito em relação a todos os empregados da empresa será quando esta não tiver estabelecimentos.

Os estabelecimentos instalados ou os que não possuírem empregados contratados por tempo indeterminado a partir de 1.°-7-1997 terão sua média aritmética aferida contando-se o prazo de seis meses a começar do primeiro dia do mês subseqüente à data da primeira contratação por tempo indeterminado (§ 2.°, do art. 5.° do Decreto n.° 2.490/98).

12.3.6 Duração e prorrogação

O contrato por tempo determinado não poderá ser feito por mais de dois anos, pois o art. 445 da CLT é observado no caso presente, visto que a lei dispõe que apenas o art. 451 da CLT não deve ser aplicado.

No entanto, o contrato por tempo determinado poderá ser prorrogado mais de uma vez, sucessivamente, não sendo observado o art. 451 da CLT, que veda a prorrogação por mais de uma vez do contrato por tempo determinado; apenas deve haver a limitação do prazo máximo em dois anos. As empresas, portanto, poderão prorrogar o mesmo contrato de trabalho por tempo determinado quantas vezes quiserem, tendo de observar apenas o prazo máximo de dois anos para os contratos por tempo determinado, previsto no art. 445 da CLT. Tanto poderá haver uma única prorrogação, como mais de uma ou várias.

Seria possível a contratação do trabalhador por um período experimental para verificar se o empregado tem condições de trabalhar na empresa e depois haver sua prorrogação. Como o art. 1.° da Lei n.° 9.601/98 dispõe que o contrato por tempo determinado pode ser celebrado independentemente das condições do § 2.°, do art. 443 da CLT, importa dizer que seria possível fazer uma experiência com o empregado com a posterior prorrogação do contrato, pois não há proibição nesse sentido na citada lei.

Inicialmente, poderia ser feita a contratação para depois haver a prorrogação. Entendo que não deve ser observado o prazo de 90 dias para a experiência, pois a Lei n.° 9.601/98 dispõe que não se aplicam as condições do § 2.°, do art. 443 da CLT, sendo que entre elas se encontra o contrato de experiência. Se o contrato por tempo determinado não depende, para sua validade, do contrato de experiência, não é o caso de se observar o prazo de 90 dias contido no parágrafo único do art. 445 da CLT.

O prazo máximo de 18 meses contido no art. 2.° da Lei n.° 9.601/98 é apenas para a redução dos encargos sociais, não sendo o limite máximo para a contratação por tempo determinado, que fica sujeita à regra dos dois anos contida no art. 445 da CLT.

Apenas o art. 2.° da Lei n.° 9.601/98, que trata da redução dos encargos sociais, terá vigência de 18 meses. Os demais artigos terão vigência indeterminada.

Para a prorrogação do contrato por tempo determinado, o § 2.° do Decreto n.° 2.490/98 exige que haja o depósito do novo instrumento no órgão regional do Ministério do Trabalho. Essa exigência é ilegal, posto que não prevista em lei, além do que o termo de prorrogação pode estar no próprio contrato de prazo determinado como é comum encontrar nos impressos vendidos nas papelarias.

Será possível a sucessão de um contrato por tempo determinado por outro indeterminado (parágrafo único, do art. 3.° do Decreto n.° 2.490/98). Poderá acontecer que, se o empregado for bom funcionário, seu contrato seja

transformado por tempo determinado para indeterminado. Será possível também acontecer de, após a contratação por tempo determinado, haver acréscimo permanente de serviço na empresa, sendo necessária a contratação definitiva do obreiro.

O art. 452 da CLT será observado no contrato por tempo determinado.

Dispõe o citado artigo que "considera-se por prazo indeterminado todo contrato que suceder, dentro de 6 (seis) meses, a outro contrato por prazo determinado, salvo se a expiração deste depender da execução de serviços especializados ou da realização de certos acontecimentos".

Com base no art. 452 da CLT, é impossível fazer novo contrato de trabalho por tempo determinado com o mesmo empregado senão após seis meses da conclusão do pacto anterior, exceto se a expiração do pacto dependeu da execução de serviços especializados ou da realização de certos acontecimentos. Não trata o art. 452 da CLT de prorrogação de contratos que estão em vigor, que é permitida por uma vez, mas de sucessão de contratos, pois é celebrado um novo pacto laboral. A parte que trata da exceção repete o que está escrito no § 2.° do art. 443 da CLT. Realização de certos acontecimentos poderia ser a sucessividade de contratos por tempo determinado de safra, de obra certa, pois o empregado seria apenas contratado para esse fim, que tem uma previsão aproximada. Haveria a possibilidade da celebração de vários contratos seguidos por tempo determinado em função da safra ou de outra obra. Empregados de hotéis são necessários em maior número apenas em certas épocas do ano, como as de férias, feriados prolongados etc. Há, assim, a possibilidade da renovação sucessiva de tais pactos, pois dependem da realização de certos acontecimentos. Execução de serviços especializados poderia ocorrer na necessidade da montagem técnica de uma máquina ou de outro serviço, sendo preciso chamar um técnico altamente especializado.

Inexistiu a revogação do art. 452 da CLT pela Lei n.° 9.601/98. A lei especial revoga a geral, nem a modifica (§ 3.°, do art. 2.°, da LICC). A Lei n.° 9.601/98 não revogou expressamente o art. 452 da CLT, nem é com ele incompatível, pois não o exclui de sua aplicação, apenas o art. 451 da CLT.

Prorrogar é continuar o contrato que está em vigor. A Lei n.° 9.601/98 permite que o contrato por tempo determinado nela previsto seja prorrogado mais de uma vez, sem estar adstrito ao limite previsto no art. 451 da CLT. No caso do art. 452 da CLT, há novo contrato de trabalho com o mesmo empregado, observado um espaço de tempo, e não prorrogação. Há, portanto, outro contrato.

Dessa forma, será considerado por tempo indeterminado todo contrato feito com o mesmo empregado que suceder, dentro de seis meses, a outro contrato por tempo determinado, salvo se a expiração deste dependeu da execução de serviços especializados ou da realização de certos acontecimentos.

O art. 481 da CLT também pode ser aplicado ao contrato por tempo determinado da Lei n.° 9.601/98, pois esta não o exclui. Se houver cláusula assecuratória do direito recíproco de rescisão antes de expirado o termo ajustado, aplicam-se, caso seja exercido tal direito por qualquer das partes, os princípios que regem a rescisão dos contratos por tempo indeterminado, isto é, o pagamento de aviso prévio. A única hipótese em que não seria possível a existência da referida cláusula seria em relação a empregados detentores de garantia de emprego. Nem mesmo com o pagamento de indenização esses empregados poderão ser dispensados (§ 4.°, do art. 1.°, da Lei n.° 9.601/98).

12.3.7 Garantia de emprego

A redação do § 4.°, do art. 1.°, da Lei n° 9.601/98 não é bem clara. O que quer dizer é que os empregados que tiverem garantia de emprego (e não

"estabilidade provisória"), como da gestante, do dirigente sindical, do cipeiro, do empregado acidentado, não podem ser dispensados antes do termo final da contratação. Assim, o contrato de trabalho não poderá ser rescindido antes do tempo se o empregado gozar de garantia de emprego, mesmo com o pagamento da indenização prevista no inciso I, do § 1.°, do art. 1.°. Terminado o prazo do contrato, não há que se falar em garantia de emprego, pois as partes sabiam desde o início do pacto quando este iria terminar. Logo, depois da cessação do contrato por tempo determinado, o empregador não estará obrigado a manter no emprego o trabalhador portador de garantia de emprego. As partes sabiam desde o início que o contrato era por tempo determinado e que terminaria no último dia do prazo, inexistindo direito à garantia de emprego. A existência de garantia de emprego obtida no curso do contrato de trabalho não transforma o pacto em tempo indeterminado. Assim, se a empregada ficar grávida, se o empregado for eleito membro da Cipa, o pacto laboral terminará na data acordada, sem se falar em direito à garantia de emprego. É a orientação anterior à Lei n.° 9.601/98 de que nos contratos por tempo determinado não cabe garantia de emprego.

O empregador nem mesmo poderá pagar indenização ao empregado pela dispensa antes do término do contrato por tempo determinado, pois o § 4.° do art. 1.° da Lei n.° 9.601/98 veda a dispensa do trabalhador detentor de garantia de emprego durante a contratação por tempo determinado.

O empregado detentor de garantia de emprego poderá ser dispensado por falte grave, caso cometa um ato de justa causa previsto no art. 482 da CLT.

12.3.8 Indenização

O § 1.°, do art. 1.° da Lei n.° 9.601/98 é impositivo de que as partes "estabelecerão" na negociação coletiva a indenização pela ruptura antes do tempo do contrato por tempo determinado. Não se aplicam os arts. 479 e 480 da CLT ao contrato por tempo determinado, por expressa exclusão do inciso II, do § 1.°, do art. 1.°, da Lei n.° 9.601/98. Isso quer dizer que, se o empregador desejar rescindir o contrato por tempo determinado antes do tempo, não pagará a indenização de metade dos salários pelo tempo que faltar. Da mesma forma, o empregado não precisará pagar ao empregador a indenização dos prejuízos que lhe causar pela rescisão antecipada do pacto.

Entendo que o art. 479 da CLT foi revogado pela legislação do FGTS, pois este substitui o anterior sistema de estabilidade ou indenização equivalente existente até 4-10-1988.

A indenização será, porém, especificada na convenção ou acordo coletivo e não no contrato de trabalho. O § 1.°, do art. 1.°, dispõe expressamente que a contratação é feita mediante convenção ou acordo coletivo. Não usa a expressão acordo ou convenção coletiva, que poderia indicar que o acordo é individual. Nesse caso, o acordo é coletivo e não individual. É no acordo coletivo ou na convenção coletiva que será especificada a indenização.

Provavelmente, na contratação coletiva as partes pretenderão estabelecer uma indenização igual à prevista nos arts. 479 e 480 da CLT, que seria de metade dos salários devidos até o término do contrato. Nada impediria, contudo, o estabelecimento de indenização inferior a essa ou até superior, pois a autonomia privada coletiva nesse caso deverá ser observada. A lei não estabelece qualquer limite a essa indenização. Poderia ser estabelecida indenização de uma remuneração do empregado ou mais de uma, caso o empregador rescindisse antecipadamente o contrato, dependendo do número de meses ou dias em que a rescisão foi antecipada.

Não prevista a indenização na contratação coletiva, haverá nulidade da contratação por tempo determinado.

12.3.9 Aviso prévio e indenização de 40% do FGTS

No contrato de prazo determinado, as partes já sabem de antemão quando o pacto irá terminar. Desde o início da avença, já se tem conhecimento de quando será o termo final do pacto. Assim, inexiste necessidade de aviso prévio. O art. 487 da CLT é claro no sentido de que o aviso prévio só cabe no contrato de prazo indeterminado. Se há duração de prazo, é indevido o aviso prévio, pois as partes sabem quando o pacto laboral irá terminar.

A Lei n.° 9.601/98 não viola o inciso XXI, do art. 7.° da Constituição, que trata do aviso prévio. Este, por natureza, só é devido nos contratos de prazo indeterminado e não nos contratos de prazo determinado. A parte final do citado preceito constitucional também mostra que o aviso prévio é dependente de lei que trace suas características.

A indenização de 40% do FGTS também é indevida. Como não há dispensa na data da cessação do contrato (§ 1.° do art. 18 da Lei n.° 8.036/90), mas término do pacto laboral pelo decurso de prazo, é indevida a indenização de 40% do FGTS.

12.3.10 Depósito da norma coletiva

A convenção e o acordo coletivo deverão ser depositados na DRT, tendo validade três dias após o depósito (§ 1.° do art. 614 da CLT).

13. TRABALHO A TEMPO PARCIAL

13.1 Denominação

Na língua inglesa é encontrada a denominação part time, que significa parte do tempo a ser destinado ao trabalho.

Na Europa, é empregada a expressão trabalho just in time, ou seja, dentro de certo momento.

13.2 Conceito

Considera-se trabalho a tempo parcial aquele cuja duração não exceda 25 horas (art. 58-A da CLT).

A redação original do art. 1.° da Medida Provisória n.° 1.709, de 6 de agosto de 1998, fazia menção a jornada semanal não excedente a 25 horas. Havia impropriedade na expressão, ao ser feita referência a jornada semanal, pois a jornada é o que ocorre diariamente. A palavra jornada é originária do italiano giornata, que significa dia. O mais certo é se falar em módulo semanal ou duração do trabalho.

O trabalhador comum terá módulo semanal de 44 horas. O trabalhador a tempo parcial prestará serviços por no máximo 25 horas por semana. Isso corresponde a 5 horas por dia vezes 5 dias úteis, totalizando 25 horas por semana.

Não se confunde o trabalho a tempo parcial com certas categorias que têm jornada diferenciada, como médicos (4 horas), ascensoristas (6 horas) etc.

13.3 Direito internacional

A Convenção n.° 175 da OIT, de 1994, considera como trabalhador a tempo parcial o que, assalariado, tem atividade laboral com duração inferior à normal dos trabalhadores a tempo completo, calculada semanalmente, desde que este tenha a mesma atividade, efetuando o mesmo trabalho no mesmo estabelecimento (art. 1).

Essa norma internacional não foi ratificada pelo Brasil. Visa estabelecer proteção aos que escolherem o trabalho a tempo parcial e a possibilidade de criação de novos empregos. O salário do trabalhador será calculado proporcionalmente (por peça, tarefa, hora), de modo que não seja inferior ao salário básico do trabalho a tempo completo, calculado pela mesma maneira (art. 5).

Em Portugal, o Decreto-lei n.° 398, de 2 de novembro de 1983, institui o regime da suspensão do contrato de trabalho e da redução do período normal de trabalho. É permitida a redução temporária dos períodos normais de trabalho ou suspensão do contratos de trabalho desde que por razões conjunturais de mercado, motivos econômicos ou tecnológicos ou catástrofes ou outras ocorrências que tenham afetado gravemente a atividade normal da empresa, sendo indispensáveis para assegurar a sua viabilidade e a manutenção dos postos de trabalho (art. 5.°, 1). Os trabalhadores terão direito a retribuição mensal não inferior ao salário mínimo nacional garantido por lei para o setor (art. 6.°, 1, a). A redução por razões conjunturais de mercado, por motivos econômicos ou tecnológicos terá uma duração máxima não superior a seis meses (art. 16.°, 1). Em caso de catástrofe ou outra ocorrência que tenha afetado gravemente a atividade normal da empresa, o prazo é de no máximo um ano (art. 16.°, 2).

13.4 Finalidade

É bom o trabalho a tempo parcial para pessoas que não podem laborar a jornada completa, como estudantes, que precisam trabalhar e estudar, mulheres, que têm seus afazeres domésticos ou que cuidam de crianças; idosos, que têm algumas horas para trabalhar por dia e receber uma renda adicional etc. Essas pessoas precisam compatibilizar seus compromissos com o trabalho, podendo ocupar postos de trabalho e ter remuneração. Mesmo a tecnologia pode criar empregos a tempo parcial, dada a necessidade de um menor número de horas de trabalho por dia.

13.5 Legislação

A legislação brasileira não impedia a contratação por tempo parcial. O trabalho a tempo parcial já poderia ser feito anteriormente, mesmo sem a edição de medida provisória, pois o empregado pode ser contratado à base horária, como ocorre, por exemplo, na construção civil. O salário mínimo é fixado à base horária à razão do divisor 220 (§ 1.° do art. 6.° da Lei n.° 8.542/92), que corresponde ao número de horas mensais, observado o módulo semanal de 44 horas.

13.6 Transformação de contratos

Previa o art. 5.° da Medida Provisória n.° 1.709 que "a adoção do regime de tempo parcial será feita mediante opção dos atuais empregados, manifestada perante a empresa, ou contratação de novos empregados sob o regime previsto nesta Medida Provisória".

Para novos funcionários, nada impedia a adoção das regras do trabalho parcial. Entretanto, para os funcionários que estivessem na empresa, seria possível a manutenção do mesmo salário horário, para aqueles que ganham por hora. Para quem ganha por mês será vedada a redução do salário. A redução da jornada só poderia, contudo, ser feita por convenção ou acordo coletivo de

trabalho, segundo o inciso XIII do art. 7.° da Constituição e não por acordo individual, o que tornava a Medida Provisória inconstitucional.

Dispôs o § 2.° do art. 58-A da CLT que "para os atuais empregados, a adoção do regime de tempo parcial será feita mediante opção manifestada perante a empresa, na forma prevista em instrumento decorrente de negociação coletiva". Agora, a previsão legal é expressa no sentido de que a negociação será coletiva e não mediante opção individual, isto é, por meio de convenção ou acordo coletivo. Do contrário, não terá nenhuma validade.

Para a transformação de um contrato a tempo parcial para tempo integral não é preciso convenção ou acordo coletivo, pois, inclusive, não está sendo reduzido o salário do empregado, além do que, sob o ponto de vista da continuidade do pacto laboral, a situação é mais vantajosa ao empregado.

VERIFICAÇÃO DE APRENDIZAGEM

1. O que é contrato de trabalho?
2. Qual sua natureza jurídica?
3. Como podemos diferenciar o contrato de trabalho de outros contratos do Direito Civil?
4. Qual é o objeto do contrato de trabalho?
5. Quais são os requisitos do contrato de trabalho?
6. Quais são as características do contrato de trabalho?
7. Exige-se alguma forma para o contrato de trabalho?
8. Qual a duração do contrato de trabalho?
9. O que é contrato de equipe?
10. O que é contrato por tempo determinado?
11. O que é contrato de experiência?
12. Como se caracteriza o contrato de obra certa?

14

EMPREGADO

1. CONCEITO E REQUISITOS

Esclarece o art. 3.° da CLT que "considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário".

Da definição de empregado temos que analisar cinco requisitos: (a) pessoa física; (b) não-eventualidade na prestação de serviços; (c) dependência; (d) pagamento de salário; (e) prestação pessoal de serviços.

O primeiro requisito para ser empregado é ser pessoa física. Não é possível o empregado ser pessoa jurídica ou animal. A legislação trabalhista tutela a pessoa física do trabalhador. Os serviços prestados pela pessoa jurídica são regulados pelo Direito Civil.

O serviço prestado pelo empregado deve ser de caráter não eventual, e o trabalho deve ser de natureza contínua, não podendo ser episódico, ocasional. Um dos requisitos do contrato de trabalho é a continuidade na prestação de serviços, pois aquele pacto é um contrato de trato sucessivo, de duração, que não se exaure numa única prestação, como ocorre com a compra e venda, em que é pago o preço e entregue a coisa. No contrato de trabalho, há a habitualidade na prestação dos serviços, que na maioria das vezes é feita diariamente, mas poderia ser de outra forma, por exemplo: bastaria que o empregado trabalhasse uma vez ou duas por semana, toda vez no mesmo horário, para caracterizar a continuidade da prestação de serviços. Muitas vezes, é o que ocorre com advogados que são contratados como empregados para dar plantão em sindicatos duas ou três vezes por semana, em certo horário, em que a pessoa é obrigada a

estar naquele local nos períodos determinados. Às vezes, isso é o que ocorre com os médicos. A CLT não usa a expressão trabalho cotidiano, diário, mas contínuo, habitual.

O terceiro requisito é a dependência, que é a palavra empregada pelo art. 3.° da CLT. Na prática, entretanto, costuma-se empregar também a palavra subordinação, que é a mais exata. Subordinação vem do latim sub ordine, estar sob as ordens. Supondo-se que o contrato de trabalho fosse uma moeda. O empregado vê um lado da moeda como subordinação, enquanto o empregador enxerga o outro lado da moeda como poder de direção. A subordinação é o aspecto da relação de emprego visto pelo lado do empregado, enquanto o poder de direção é a mesma acepção vista pelo lado do empregador.

Isso quer dizer que o trabalhador empregado é dirigido por outrem: o empregador. Se o trabalhador não é dirigido pelo empregador, mas por ele próprio, não se pode falar em empregado, mas em autônomo ou outro tipo de trabalhador. A subordinação é o estado de sujeição em que se coloca o empregado em relação ao empregador, aguardando ou executando suas ordens.

Poder-se-ia dizer que a subordinação ou dependência estaria evidenciada de quatro maneiras: (a) econômica, pois o empregado dependeria economicamente do empregador. Contudo, essa orientação não é precisa, pois o filho depende economicamente do pai, porém, à primeira vista, não é empregado deste último. O empregado rico não dependeria economicamente do patrão; (b) técnica: no sentido de que o empregado dependeria tecnicamente do empregador. Entretanto, verificamos que os altos empregados, executivos, não dependem do empregador, mas este depende tecnicamente daqueles; (c) hierárquica: significando a situação do trabalhador por se achar inserido no âmbito da organização da empresa, recebendo ordens; (d) jurídica: em função da situação do contrato de trabalho, em que está sujeito a receber ordens, em decorrência do poder de direção do empregador, de seu poder de comando, que é a tese mais aceita. A subordinação ainda poderia ser: objetiva, em que se verificaria o modo da realização da prestação dos serviços, como ocorre quando alguém trabalha para outrem; subjetiva, em que o empregado está sujeito a ser dirigido pelo empregador. Este tem o direito de dirigir, comandar, fiscalizar. É também possível falar em subordinação direta, imediata, que se dá com o empregador. A subordinação indireta, ou mediata, é verificada com o tomador dos serviços.

O empregado é uma pessoa que recebe salários pela prestação de serviços ao empregador. É da natureza do contrato de trabalho ser este oneroso. Não existe contrato de trabalho gratuito.

Assim, o empregador recebe a prestação de serviços por parte do empregado. Em contrapartida, deve pagar um valor pelos serviços que recebeu daquela pessoa. Se a prestação de serviços for gratuita, como a do filho que lava o veículo do pai, não haverá a condição de empregado do primeiro. O padre não é empregado da Igreja, pois apesar de estar subordinado a uma hierarquia, não recebe nenhum valor da Igreja pelo trabalho que faz.

A prestação de serviços deve ser feita com pessoalidade. O contrato de trabalho é feito com certa pessoa, daí se dizer que é intuitu personae. O empregador conta com certa pessoa específica para lhe prestar serviços. Se o empregado faz-se substituir constantemente por outra pessoa, como por um parente, inexiste o elemento pessoalidade na referida relação. Esse elemento é encontrado na parte final da definição de empregador (art. 2.° da CLT).

Preferimos, assim, definir empregado como a pessoa física que presta serviços de natureza contínua a empregador, sob subordinação deste e mediante pagamento de salário.

A CLT não exige como requisito à configuração da relação de emprego que o empregado preste serviços no próprio estabelecimento do empregador, tanto que existe o empregado em domicílio, que presta serviços em sua própria residência.

Pág. 130

Esclarece o parágrafo único do art. 442 da CLT, de acordo com a redação da Lei n.° 8.949, de 9-12-94, que "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".

Na cooperativa, haverá, na verdade, sociedade entre as partes, com o objetivo de um empreendimento comum, ou da exploração de uma atividade. Inexistirá vínculo de emprego entre associados da cooperativa e esta, justamente em função da condição dos prestadores dos serviços, que são os associados da cooperativa além de inexistir subordinação.

Entretanto, se não houver esse interesse comum de sociedade entre as partes, mas, ao contrário, existir subordinação, e os demais elementos previstos no art. 3.° da CLT, existirá vínculo de emprego com a empresa tomadora dos serviços. Na prática, as empresas vão-se utilizar desse procedimento e serão criadas cooperativas com o objetivo de evitar a configuração da relação de emprego.

Por exemplo, um hospital pode reunir, irregularmente, vários médicos, denominando-os "cooperados"; ou os fazer constituir sociedade cooperativa, embora existindo subordinação, caso em que haverá vínculo de emprego dos cooperados com o hospital, principalmente se a situação for a mesma de qualquer outro empregado. Se há continuidade na prestação de serviços pela mesma pessoa e o serviço é por tempo indeterminado e permanente, pode-se configurar o vínculo de emprego, pois o certo seria haver rodízio dos cooperados na prestação dos serviços e não sempre as mesmas pessoas. Provada, todavia, a existência de fraude, o vínculo de emprego se formará normalmente, sendo aplicado o art. 9.° da CLT, que impede procedimentos escusos com vistas em burlar a configuração da relação de emprego ou em se preterir direitos trabalhistas dos empregados. Os abusos, assim, serão coibidos pela Justiça do Trabalho. Para que haja a real prestação de serviços por intermédio da sociedade cooperativa e não exista o vínculo de emprego, é mister que os serviços sejam geralmente de curta duração, de conhecimentos específicos. Quando a prestação dos serviços é feita por prazo indeterminado, deve haver um rodízio dos associados na prestação dos serviços, para não se discutir a existência do vínculo de emprego.

A sociedade cooperativa não pode revestir a condição de agenciadora ou de locadora de mão-de-obra, pois desvirtuaria plenamente seus objetivos, e tal procedimento contrariaria a Lei n.° 6.019/74, que tem por objetivo disciplinar o trabalho temporário.

2. EMPREGADO EM DOMICÍLIO

O trabalho em domicílio é originário do trabalho artesanal, da pequena indústria caseira. A confecção era feita em casa, por vários membros da família, sendo vendida ao consumidor final ou a intermediários que a revendiam.

A expressão trabalho em domicílio refere-se tanto ao trabalho realizado na casa do empregado, em sua habitação ou moradia, mas também domicílio legal. É o que ocorre, muitas vezes, com as costureiras, que trabalham em suas residências.

Pág. 131

O art. 83 da CLT usa a expressão oficina de família. Se o trabalho for realizado em oficina de família, também será considerado como domicílio do empregado.

O domicílio é o lugar escolhido pelo empregado para a prestação dos serviços ao empregador ou até na casa do intermediário. Poderia ser até o realizado no interior de um presídio. Desde que o trabalho seja devolvido fora da fiscalização imediata e direta do empregador, estará caracterizado o trabalho em domicílio.

O empregado tanto pode trabalhar na sede do empregador, como no seu próprio domicílio. É certo que em seu domicílio poderá fazer o horário que desejar, mostrando que a subordinação pode ser menos intensa.

Não distingue o art. 6.° da CLT entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador e o executado no domicílio do empregado, desde que esteja caracterizada a relação de emprego.

Para a caracterização do vínculo de emprego com o empregador, é preciso que o empregado em domicílio tenha subordinação, que poderá ser medida pelo controle do empregador sobre o trabalho do obreiro, como estabelecendo cota de produção, determinando dia e hora para a entrega do produto, qualidade da peça etc.

É comum as costureiras prestarem serviços em sua própria residência, indo buscar a costura na empresa ou recebendo as peças em sua própria casa. Não podendo a obreira vender as peças ou não ficando com o lucro da venda, será considerada empregada, desde que haja subordinação.

Distingue-se o empregado em domicílio do trabalhador autônomo, pois este, apesar também de poder trabalhar em casa, não tem subordinação, mas autonomia na prestação dos serviços. O trabalhador autônomo assume os riscos de sua atividade, enquanto os riscos do empreendimento são do empregador. Presta serviços o trabalhador autônomo por conta própria, enquanto o empregado trabalha por conta alheia, do empregador. Esses elementos poderão ajudar a verificar se o trabalhador em domicílio é ou não empregado.

É preciso verificar, também, quem determina onde o trabalho deve ser desenvolvido. Se é o empregador, há subordinação. Na hipótese de o trabalhador, espontaneamente, fizer o serviço em sua residência, talvez seja autônomo, desde que não estejam presentes os requisitos do art. 3.° da CLT.

O fato de o trabalhador ter uma pluralidade de atividades nada quer dizer, pois exclusivamente não é requisito do contrato de trabalho.

A forma de pagamento do trabalhador também é relativa, pois há empregados que ganham por peça ou tarefa, assim como o autônomo também pode receber dessa forma.

A pessoalidade também será necessária para a confirmação do contrato de trabalho, pois se o trabalhador é substituído por familiar na prestação de serviços, não há pacto laboral. Os familiares poderão colaborar, porém não de forma freqüente.

No direito italiano, descaracteriza-se o trabalho em domicílio se o trabalhador fornece a matéria-prima. Esse elemento é relativo, pois certos trabalhadores só prestam serviços com seu material: o pedreiro, com sua colher; o executivo, com sua caneta etc., mas mesmo assim podem ser subordinados, sendo considerados empregados.

Configurado o vínculo de emprego, dificilmente o empregado terá direito a horas extras, por trabalhar em sua própria casa e desde que não haja alguma forma de controle, pois se houver, haverá tal direito, salvo se determinada produção só puder ser alcançada com mais de oito horas diárias de serviço. Geralmente, a empregada em domicílio trabalha no horário que melhor lhe aprouver, combinando o serviço com seus afazeres domésticos.

Trabalhador em domicílio é o executado na habitação do empregado ou em oficina de família, por conta de empregador que o remunere (art. 83 da CLT).

Se houver piso salarial estabelecido em norma coletiva, deve-se assegurar essa remuneração ao empregado e não o salário mínimo.

Recebendo o empregado por peça ou tarefa, deverá fazer jus a pelo menos um salário mínimo, ainda que o valor relativo às peças ou tarefas produzidas não alcance a importância do salário mínimo.

Receberá o empregado em domicílio pelo menos um salário mínimo por mês (art. 83 da CLT).

3. EMPREGADO APRENDIZ

A Constituição proíbe o trabalho do menor de 16 anos (art. 7.°, XXXIII), salvo na condição de aprendiz, a partir de 14 anos. Logo, na condição de aprendiz o menor poderá ter menos de 16 anos.

O parágrafo único do art. 80 define aprendiz como o menor de 14 a 18 anos sujeito a formação profissional metódica do ofício em que exerça o seu trabalho. O menor aprendiz tem todos os direitos do trabalhador comum.

O inciso XXX do art. 7.° não permite qualquer discriminação de salários por motivo de idade, com o que não mais se pode admitir que o empregado aprendiz perceba menos de um salário mínimo, pois o art. 80 da CLT admitia que o aprendiz recebesse meio salário mínimo na primeira metade do contrato e 2/3 do salário mínimo, na segunda metade.

A aprendizagem não deixa, porém, de ser um contrato de trabalho, embora haja ao mesmo tempo caráter discente. Poderá a aprendizagem ser, porém, tanto industrial, como comercial ou rural.

4. EMPREGADO DOMÉSTICO

O trabalho doméstico não dispunha de regulamentação específica, aplicando-se certos preceitos do Código Civil, no que diz respeito à locação de serviços. O Decreto n.° 16.107, de 30-7-1923, regulamentou os serviços dos domésticos, especificando quais seriam esses trabalhadores.

O Decreto-lei n.° 3.078, de 27-11-1941, tratou do empregado doméstico, dizendo que este era o que prestava serviços em residências particulares mediante remuneração. Tinha direito a aviso prévio de oito dias, depois de um período de prova de seis meses. Poderia rescindir o contrato em caso de atentado à sua honra ou integridade física, mora salarial ou falta de cumprimento da obrigação do empregador de proporcionar-lhe ambiente higiênico de alimentação e habitação, tendo direito à indenização de oito dias.

Em 1943, a CLT especificou no art. 7.° que "os preceitos constantes da presente Consolidação, salvo quando for, em cada caso, expressamente determinado em contrário, não se aplicam: a) aos empregados domésticos, assim considerados os que prestam serviços de natureza não econômica à pessoa ou à família, no âmbito residencial destas", regra que continua em vigor.

A situação do empregado doméstico só foi efetivamente resolvida com a Lei n.° 5.859, de 11-12-72, que foi regulamentada pelo Decreto n.° 71.885, de 9-3-73.

O art. 1.° da Lei n.° 5.859/72 conceitua o empregado doméstico como "aquele que presta serviços de natureza contínua e de finalidade não lucrativa a pessoa ou a família, no âmbito residencial destas".

São exemplos de empregados domésticos o mordomo, a cozinheira, o jardineiro, o motorista, a copeira, a governanta, a arrumadeira etc.

O empregador doméstico não tem por intuito atividade econômica, não visando a atividade lucrativa, pois é uma pessoa ou família que recebe a prestação de serviços do trabalhador. Exercendo a pessoa ou família atividade

lucrativa, a empregada que lhe presta serviços passa a ser regida pela CLT, não sendo doméstica. Em caso de empregado que presta serviços para chácara, há necessidade de se verificar se a chácara tem finalidade lucrativa ou não. Se se destina apenas a lazer, o empregado será doméstico; se a chácara tem produção agropastoril que será comercializada, o empregado será rural.

Os empregados porteiros, zeladores, faxineiros e serventes de prédios de apartamentos residenciais são regidos pela CLT, desde que a serviço da administração do edifício e não de cada condômino em particular (art. 1.° da Lei n.° 2.757, de 23-4-56).

É imprescindível, porém, que o doméstico preste serviços a pessoa ou a família para o âmbito residencial destas, como entende Amauri Mascaro Nascimento (1992a:112). O serviço prestado não é apenas no interior da residência, mas pode ser feito externamente, como ocorre com o motorista, desde que, evidentemente, o seja para pessoa ou família. Daí, podermos dizer ser incorreto quando o art. 1.° da Lei n.° 5.859/72 determina que o serviço deve ser prestado no âmbito residencial, pois o motorista não presta serviços no âmbito residencial, mas externamente, para o âmbito residencial. Assim, deve-se empregar a expressão "para o âmbito residencial" para se verificar, também, a situação dos domésticos que prestam serviços externamente, como o motorista.

Se a empregada presta serviços contínuos a pessoa ou família, passando posteriormente a trabalhar para a empresa de seu patrão, pode deixar de ser doméstica para ser empregada, regida pela CLT.

O serviço a ser prestado pelo doméstico deve ser de natureza contínua. É justamente aqui que reside a controvérsia da interpretação se a faxineira presta ou não serviços de natureza contínua para o âmbito familiar.

Na Argentina, não se consideram domésticos os trabalhadores que prestem serviços por tempo inferior a um mês, os que laborem menos de quatro horas diárias ou que trabalhem menos de quatro dias na semana, para o mesmo empregador (art. 1.° do Decreto-lei n.° 326, de 14-1-56).

Ensina Octávio Bueno Magano (1992, v. 2:124) que "no Peru e na República Dominicana adota-se a mesma idéia, sob a expressão sintética, trabalho de forma habitual e contínua; no Chile, fala-se só em trabalho de forma contínua, mas acrescenta-se que precisa ser para um único patrão. No Paraguai usa-se também a locução habitual e contínua".

Na Alemanha, é considerado empregado doméstico, "em sentido amplo, aquele prestado à casa alheia e, em sentido estrito, o prestado por empregado admitido na comunidade familiar. Pelo primeiro, será doméstico não só o trabalhador admitido, isto é, incorporado na casa (residindo ou não), como aquele que lhe preste serviços em determinados dias da semana, contínua ou alternadamente, em horário reduzido ou integral. Na categoria destes trabalhadores aponta-se a doméstica a dia..." (Vilhena, 1975:287).

Nossa legislação emprega a palavra contínua para caracterizar a natureza da prestação de serviços do empregado doméstico (art. 1.° da Lei n.° 5.859/72).

A Lei n.° 5.859/72, contudo, não fixa um critério preciso para determinar o que é trabalho de natureza contínua, como menciona a lei argentina. Temos que interpretar a palavra contínua, empregada na lei, como não episódica, não eventual, não interrompida, seguida, sucessiva.

Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena (1975:288) pondera que a permanência é requisito do contrato de trabalho, mas a continuidade constitui-se exigência mais rigorosa, aplicável apenas ao trabalho do doméstico.

Não vemos como fazer a distinção entre continuidade, prevista no art. 1.° da Lei n.° 5.859/72 para caracterizar o empregado doméstico, e não-eventualidade, encontrada na definição de empregado do art. 3.° da CLT. O próprio professor Magano (1992, v. 2:49-50) entende que um dos requisitos do

contrato de trabalho é a continuidade, mostrando ser este pacto um contrato de trato sucessivo, de duração. Quanto aos domésticos, "os serviços podem ser prestados em forma contínua e ininterrupta ou em forma periódica; uma vez por semana, três vezes por semana, um vez a cada quinze dias etc.", não afetando a caracterização do trabalhador doméstico (Rodriguez, 1978:105).

Inexiste eventualidade na prestação de serviços de uma faxineira que vai toda semana, por longos anos, à residência da família, sempre nos mesmos dias da semana. Ao reverso, há continuidade na prestação de serviços, que são realizados no interesse do empregador, pois as atividades de limpeza e lavagem de roupas são necessidades normais e permanentes do empregador doméstico.

A faxineira será, porém, considerada trabalhadora autônoma se por acaso escolher os dias da semana em que pretende trabalhar, mudando-os constantemente, de modo a casar o horário das outras residências onde trabalhe, mas sempre sob sua orientação e determinação própria.

Nesse caso, ela trabalha por conta própria, explora economicamente, em proveito próprio, sua força de trabalho. A própria legislação previdenciária a considera trabalhadora autônoma, desde que preste serviços de natureza não contínua a pessoa ou família, no âmbito residencial desta, sem fins lucrativos (art. 10, IV, c, 6, do Decreto n.° 2.173/97).

O fato de a diarista prestar serviços uma vez por semana não quer dizer que inexista a relação de emprego. O advogado que presta serviços em sindicato, sob o sistema de plantões, uma vez por semana, atendendo exclusivamente aos interesses da agremiação, é considerado empregado e não autônomo. O importante, no caso, é a faxineira ter a obrigação de comparecer sempre em determinado dia da semana, v.g., segunda-feira, a partir das oito horas da manhã até as 16 horas, ficando evidenciada a subordinação pela existência de imposição patronal quanto ao dia e horário de trabalho.

Ao contrário, não se pode dizer que seja doméstica ou empregada a faxineira que faz limpeza em vários escritórios ao mesmo tempo, por exemplo, aos sábados, sem qualquer horário ou ordem na limpeza daqueles, começando por qualquer um, conforme o desejar, muitas vezes até não comparecendo para fazer o serviço, a seu bel-prazer.

Se a diarista não tem dia certo para trabalhar, ou quando é chamada para auxiliar em dias de festa ou efetuar faxina extraordinária na residência ou, ainda, para tomar conta esporadicamente dos filhos do casal, para fazer faxina uma vez por mês na casa de praia ou de campo, não há relação de emprego, pela falta do requisito continuidade.

Outros aspectos do contrato de trabalho devem ser analisados, no que diz respeito à diarista.

O contrato de trabalho do empregado comum, assim como do doméstico, não tem por requisito a exclusividade. O empregado pode prestar serviços a outras pessoas. Analisando sistematicamente a CLT, chegaremos à mesma conclusão. O art. 138 da CLT, ao tratar de férias, menciona que o empregado "não poderá prestar serviços a outro empregador, salvo se estiver obrigado a fazê-lo em virtude de contrato de trabalho mantido regularmente com aquele". O art. 414 da CLT, versando sobre o trabalho do menor, reza que se "o menor de 18 anos for empregado em mais de um estabelecimento, as horas de trabalho em cada um serão totalizadas".

Assim, não há óbice legal para que o doméstico tenha mais de um emprego, ou trabalhe em mais de uma residência, desde que exista compatibilidade de horários de trabalho.

O contrato de trabalho do empregado doméstico também é intuitu personae, ou seja, tem como requisito a pessoalidade na prestação de serviços. Se a doméstica faz-se substituir constantemente por filha ou outra pessoa, deixa de

existir a relação de emprego, pois a pessoalidade é traço necessário da relação de emprego, inclusive para o empregado doméstico.

É indiferente se o trabalho da diarista não é realizado em tempo integral, mas em determinado número de horas diárias ou semanais, porque o importante é a continuidade na prestação dos serviços.

O fato de a faxineira receber por dia, por semana ou quinzena não desnatura sua condição de empregada doméstica. O parágrafo único do art. 459 da CLT, de acordo com a redação determinada pela Lei n.º 7.855, embora não seja aplicável ao doméstico (art. 7.º, a, da CLT), prevê apenas pagamento salarial por mês, mas não veda outros períodos para pagamento de salário.

Pág. 136

Inexiste regra infalível ou fórmula matemática para se dizer se a diarista é ou não doméstica, pelo fato de prestar serviços em alguns dias da semana. Cada caso em concreto terá que ser examinado de acordo com as circunstâncias a ele inerentes.

Anteriormente à Constituição de 1988, o doméstico podia perceber menos de um salário mínimo (§ 1.º do art. 5.º da Lei n.º 5.859/72), não fazia jus a 13.º salário, aviso prévio e repouso semanal remunerado (art. 5.º, a, da Lei n.º 605/49). Agora, no entanto, tem esses direitos. De fato, são direitos do empregado doméstico, assegurados pelo parágrafo único do art. 7.º da Constituição: salário mínimo, irredutibilidade do salário, 13.º salário, repouso semanal remunerado, férias anuais mais um terço, licença à gestante, licença-paternidade, aviso prévio e aposentadoria. Não tem direito a empregada doméstica a horas extras, pois o inciso XIII do art. 7.º da Constituição não se lhe aplica, podendo trabalhar mais de 8 horas diárias e 44 semanais, devendo apenas ter um dia por semana de repouso remunerado.

A Lei n.º 5.859/72, determina a anotação na CTPS do doméstico de férias anuais de 20 dias úteis e previdência social.

Sobre o tema, ver nosso Manual do trabalho doméstico (Atlas, 1999).

5. EMPREGADO RURAL

A Convenção n.º 141 da OIT, de 1975, define trabalhador rural como toda pessoa que se dedica, em região rural, a tarefas agrícolas ou artesanais ou a serviços similares ou conexos, compreendendo não só os assalariados, mas também aquelas pessoas que trabalham por conta própria, como arrendatários, parceiros e pequenos proprietários.

No Brasil, a Lei n.º 4.214, de 2-3-63, tratava do tema. Era o chamado Estatuto do Trabalhador Rural, que estabelecia quase os mesmos direitos trabalhistas do trabalhador urbano. O trabalho rural era disciplinado pelo Estatuto da Terra (Lei n.º 4.504, de 30-11-64). Os avulsos, provisórios ou volantes, após um ano de serviço passavam a ser considerados empregados permanentes (art. 6.º da Lei n.º 4.214/63).

A norma que cuida atualmente do trabalhador rural é a Lei n.º 5.889, de 8-6-73, que revogou a Lei n.º 4.214/63 (art. 21). A referida regra foi regulamentada pelo Decreto n.º 73.626, de 12-2-74.

Não se aplica a CLT ao empregado rural, salvo se houver determinação em sentido contrário (art. 7.º, b, da CLT).

O empregado rural é a pessoa física que, em propriedade rural ou prédio rústico, presta serviços com continuidade a empregador rural, mediante dependência e salário (art. 2.º da Lei n.º 5.889/73). O empregador rural é a pessoa física ou jurídica, proprietária ou não, que explore atividade agroeconômica, em caráter permanente ou temporário, diretamente ou por meio de prepostos e com auxílio de empregados (art. 3.º da Lei n.º 5.889/73).

Como regra geral a Lei n.º 5.889/73 vai-se aplicar ao trabalhador subordinado.

Prédio rústico é o destinado à exploração agrícola, pecuária, extrativa ou agroindustrial. Pode até estar localizado no perímetro urbano, mas deve ser utilizado na atividade agroeconômica. Não é, portanto, a localização que irá indicar se o prédio é rústico ou urbano, mas se é destinado à atividade agroeconômica.

Na verdade, não é apenas quem presta serviços em prédio rústico ou propriedade rural que será considerado empregado rural. O empregado poderá prestar serviços no perímetro urbano da cidade e ser considerado trabalhador rural. O elemento preponderante, por conseguinte, é a atividade do empregador. Se o empregador exerce atividade agroeconômica com finalidade de lucro, o empregado será rural, mesmo que trabalhe no perímetro urbano da cidade.

O empregado rural tem que atender aos mesmos requisitos já mencionados quanto ao empregado urbano para ser considerado empregado: ser pessoa física, prestar serviços de natureza contínua, mediante subordinação, pessoalmente e com pagamento de salário.

Mesmo o empregado rural deverá trabalhar com continuidade. Se, na fazenda, for preciso uma pessoa para consertar um estábulo, que vai ao local apenas para realizar o referido serviço, não haverá vínculo de emprego, porque essa pessoa prestará um serviço eventual. É claro que será possível, porém, ser feito contrato por safra, que é o que tenha sua duração dependente de variações estacionais de atividade agrária (parágrafo único do art. 14 da Lei n.º 5.889/73).

Será empregado rural o que planta, aduba, ordenha e cuida do gado, o tratorista, o peão, o boiadeiro etc.

Os contratos rurais típicos, como o de parceria, meação, são regidos pelo Direito Civil. De acordo com o art. 17 da Lei n.º 5.889/73, a citada norma se aplica a qualquer trabalhador, mesmo que não seja empregado rural. As parcerias e meações fraudulentas que configurarem vínculo de emprego darão todos os direitos trabalhistas aos trabalhadores, que serão considerados empregados rurais.

A diferença entre o empregado urbano e o rural é que este trabalha no campo e a primeiro, no perímetro da cidade considerado urbano. A distinção entre o trabalhador rural e o doméstico reside em que este presta serviços, a pessoa ou família, que não têm finalidade de lucro, enquanto, em relação ao primeiro, a atividade rural deve ser lucrativa. Se há plantação no sítio, mas não há comercialização, o caseiro será empregado doméstico; porém, se houver venda de produtos, o mesmo caseiro será empregado rural.

A Constituição igualou de vez os direitos do trabalhador urbano e do rural no caput do art. 7.º. Assim, trabalhadores urbanos e rurais têm os mesmos direitos.

6. EMPREGADO PÚBLICO

O empregado público é o funcionário da União, Estados, municípios, suas autarquias e fundações que seja regido pela CLT, tendo todos os direitos igualados aos do empregado comum. Não é regido por estatuto do funcionário público.

No âmbito da União, foi instituído o regime jurídico único pela Lei n.º 8.112, de 11-12-90, de modo que todos os seus funcionários, a partir da data supra-indicada, passam a ser funcionários estatutários.

Entretanto, os Estados, municípios, suas autarquias e fundações costumam contratar empregados pelo regime da CLT, que não irão diferir do empregado comum. Muitos desses entes públicos ainda continuam utilizando-se do regime da CLT para a contratação de empregados, em vez da utilização do regime estatutário; ou o fazem contratando trabalhadores braçais ou outros funcionários menos qualificados sob o mencionado regime.

Os funcionários de empresas públicas, sociedades de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica sujeitam-se ao regime jurídico das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas (art. 173, § 1.°, II, da Constituição), mostrando que são verdadeiros empregados, com todos os direitos previstos na CLT.

7. DIRETOR DE SOCIEDADE

Discute-se qual a condição jurídica do diretor da sociedade: se ele é empregado ou prestador de serviços sem vínculo empregatício.

Em primeiro lugar, é mister analisar a condição jurídica do diretor no Direito Comercial, que pode trazer-nos subsídios para a configuração de sua situação jurídica em relação ao Direito do Trabalho.

As teorias que informam a condição jurídica do diretor, no âmbito do Direito Comercial, podem ser divididas em duas: teoria do mandato e teoria do órgão de sociedade.

A teoria tradicional é a que entende que o diretor age como mandatário da sociedade, sendo o mandato revogável a qualquer tempo. Notamos que o art. 295 do Código Comercial já dispunha que as sociedades anônimas seriam "administradas por mandatários revogáveis, sócios ou não sócios". A antiga Lei das Sociedades por Ações, Decreto-lei n.° 2.627/40, previa que a assembléia geral de acionistas poderia "nomear e destituir os membros da diretoria, do conselho fiscal ou de qualquer outro órgão criado pelos estatutos" (art. 87, a). Trajano de Miranda Valverde (1953, v. 2:278) entendia, na vigência da antiga lei das sociedades por ações, que o direto não era mandatário da sociedade, mas membro de um dos órgãos decorrentes "do aparelhamento da pessoa jurídica".

Preconiza a teoria contemporânea que o diretor não é mandatário da sociedade, mas um dos órgãos desta, agindo aquele em nome e como órgão da companhia, pois a representa e pratica os atos necessários a seu funcionamento regular, como menciona a atual Lei das Sociedades por Ações (Lei n.° 6.404/76, art. 144). A situação jurídica do diretor estaria totalmente divorciada da de empregado, inexistindo contrato de trabalho, pois o diretor integra um dos órgãos da sociedade, não podendo ser empregado e empregador ao mesmo tempo, visto que não se subordina a si próprio.

A Lei n.° 6.404/76 estabelece que o Conselho de Administração é um órgão intermediário entre a assembléia geral e a diretoria, sendo obrigatório nas sociedades de capital aberto e autorizado (§ 2.° do art. 138). Havendo Conselho de Administração na companhia, o diretor não responde diretamente perante a Assembléia Geral. Os membros do Conselho de Administração têm que ser necessariamente acionistas, enquanto os diretores podem ser acionistas ou não (art. 146). Ao Conselho de Administração compete eleger e destituir os diretores, fixando suas atribuições (art. 142, II). O mandato do diretor será de, no máximo, três anos (art. 143, III).

No Direito do Trabalho, podemos dizer que existem duas teorias para justificar a situação em que se encontra o diretor da empresa, embora sejam encontrados seus desdobramentos: a primeira considera o diretor um mandatário da sociedade, não gozando este de quaisquer direitos trabalhistas, mas de vantagens estatutárias; a segunda, em que o diretor é um verdadeiro empregado, subordinado

aos dirigentes máximos da empresa e até mesmo ao Conselho de Administração, nas sociedades que o possuem.

Não se pode dizer, porém, que os altos empregados prescindem de proteção da legislação trabalhista, pois o Direito do Trabalho protege o trabalhador subordinado independentemente de sua posição hierárquica na empresa.

Se o empregado for eleito diretor da empresa, são encontradas quatro orientações para justificar sua situação na sociedade: (a) há a extinção do contrato de trabalho; (b) há a suspensão do contrato de trabalho; (c) há a interrupção do contrato de trabalho; (d) não se altera a situação jurídica do empregado eleito para o cargo de diretor.

Mozart Victor Russomano (1990:17) ensina que se extingue o contrato de trabalho do empregado quando passa a exercer o cargo de diretor, ante a incompatibilidade da existência do pacto laboral e do mandato de diretor. Ocorre a renúncia por parte do trabalhador de sua condição de empregado. Terminado o mandato de diretor este não tem direito de ocupar o cargo que anteriormente ocupara na Empresa. Existiria, assim, uma contradição entre a condição de diretor e de empregado, entre a pessoa que dirige a sociedade e a pessoa subordinada à mesma sociedade.

Délio Maranhão e Luiz Inácio B. Carvalho (1992:58) sustentam a tese de que se dá a suspensão do contrato de trabalho quando o empregado é eleito diretor. Não seria computado o tempo de serviço em que o diretor laborou na sociedade, para efeito do contrato de trabalho, fazendo jus o diretor apenas a retornar ao statu quo ante, após terminado o mandato na companhia. Inexistiria, portanto, a rescisão do contrato de trabalho.

Evaristo de Moraes Filho (1976:180) defende a posição de que o contrato de trabalho fica interrompido, computando-se o tempo de serviço no cargo de diretor para todos os efeitos legais. Seria a hipótese de se aplicar o art. 499 da CLT, em que não há estabilidade no exercício de cargo de diretoria, "ressalvado o cômputo do tempo de serviço para todos os efeitos legais". O Supremo Tribunal Federal já adotou esse pensamento, ao decidir que "o período em que o trabalhador presta serviços como diretor computa-se como tempo de trabalho para todos os efeitos" (Al 71.057/MG - Ac. TP, j. 8-9-77, Rel. Min. Cordeiro Guerra, in LTr 42/65.)

Por último, J. Antero de Carvalho (LTr 41/205) entende que a eleição do empregado para ser diretor de sociedade não altera sua situação jurídica, que continua a ser a de empregado. Somente se o diretor for considerado dono do negócio ou acionista controlador é que não será empregado. A essa posição adere Octávio Bueno Magano (1992, v. 2:139-140).

A jurisprudência mais recente sufraga seis posições:

a) o exercício do cargo de diretor não importa a suspensão do contrato de trabalho;

b) persistindo a subordinação inerente à relação de emprego, o vínculo empregatício subsiste;

c) pode haver concomitância das duas funções, de diretor e de empregado, permanecendo inalteradas as atribuições anteriores;

d) o fato de o empregado ser eleito diretor faz com que o contrato de trabalho fique suspenso;

e) o diretor é subordinado ao conselho de administração das sociedades anônimas, configurando, dessa forma, o vínculo empregatício;

f) o diretor tem sua situação regida pela lei das sociedades anônimas, não sendo empregado.

Como vemos, a questão é controvertida, não disciplinando a lei a situação jurídica do diretor. A legislação apenas considera que diretor é o que exerce "cargo de administração previsto em lei, estatuto ou contrato social,

independentemente da denominação do cargo" (art. 16 da Lei n.º 8.036/90 que trata do FGTS).

O Código Civil italiano pelo menos dispõe que os dirigentes administrativos ou técnicos são trabalhadores subordinados (art. 2.095), não perdendo, assim, a condição de empregados.

O TST, porém, aprovou o Enunciado 269, esclarecendo que "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".

O verbete, contudo, não prevê outras hipóteses, como a de o diretor nunca ter sido empregado na empresa.

Certas disposições da lei das sociedades anônimas têm que ser trazidas à colação para melhor elucidar a questão.

À primeira vista, verificamos que os diretores podem ser destituídos ad nutum pelo Conselho de Administração (art. 143), o que importaria dizer que haveria subordinação do diretor ao conselho de administração, como órgão intermediário entre a assembléia geral e a diretoria, que exerce controle sobre os atos dos diretores.

Outra ponderação que deve ser analisada é a de que a alínea d do § 1.º do art. 157 da Lei n.º 6.404/76 mostra o dever de informar do administrador, que deve revelar "as condições dos contratos de trabalho que tenham sido firmados pela companhia com os diretores e empregados de alto nível".

Segundo Alessandro Borgioli (1975:144-145), "o diretor geral depende do Conselho de Administração; é colocado sob a sua imediata vigilância; esta relação de dependência ou subordinação não pode considerar-se senão como manifestação da existência de um contrato de trabalho subordinado".

O diretor apenas executaria as deliberações do Conselho de Administração, que tem o poder de o destituir.

A subordinação ao Conselho de Administração pode, todavia, até existir, mas não se deve considerar como regra, a ponto de se admitir que em todos os casos o diretor é empregado, principalmente nas sociedades nas quais não exista aquele órgão. Entretanto, existe decisão judicial observando que "se a subordinação administrativa da diretoria de uma sociedade anônima não é exclusivamente à assembléia geral de acionistas, mas a um órgão intermediário, a função de diretor é dependente, configurando a subordinação jurídica própria dos contratos de trabalho, e o detentor do cargo, por via de conseqüência, não é mandatário, mas empregado". (TRT da 12.ª R., Proc. RO 326/82, Rel. Juiz Umberto Grillo, DJ SC 10-9-82, p. 352.)

Algumas distinções devem ser feitas quanto ao diretor, inicialmente lembrando que "as pessoas jurídicas têm existência distinta da dos seus membros" (art. 20 do CC).

O empregado pode ser eleito diretor e passar a exercer o cargo de diretoria, podendo ser considerado diretor-empregado ou diretor-órgão, dependendo do caso. Pode existir outra situação de fato, quando a pessoa é contratada para ser diretor, por suas qualificações técnicas, o que vai depender do elemento subordinação para a configuração da relação de emprego.

Se o diretor é eleito para a Diretoria por ser detentor do capital, dono do negócio ou acionista controlador, não será empregado, mas será regido pela legislação comercial.

As empresas poderão equiparar seus diretores não empregados aos demais trabalhadores sujeitos ao regime do FGTS (art. 16 da Lei n.º 8.036/90). Ao término do mandato na sociedade, o diretor poderá levantar o FGTS. Deixando o diretor o cargo, por sua iniciativa, só sacará o FGTS nas hipóteses descritas no art. 4.º da Lei n.º 6.919/81.

Mais se aproxima o diretor da condição de empregado se verificado o requisito subordinação. É o caso de o diretor ter horário fixo para trabalhar, ser controlado pelo empregador por intermédio de cartão de ponto, livro de ponto ou folha de ponto.

Estando o "diretor" obrigado a cumprir ordens de serviço dos superiores, sofrendo fiscalização, penalidades e advertências, estará evidenciada a relação de emprego. O diretor subordinado à presidência, ou à vice-presidência ou a diretor superintendente da empresa, que praticamente decide tudo e a quem presta contas, não lhe dando margem a qualquer decisão, é um verdadeiro empregado. O mesmo ocorre se para admitir ou dispensar funcionários tenha o diretor que consultar superiores, mostrando que não tem nenhuma autonomia.

Quando o diretor é recrutado do quadro de funcionários da própria empresa, a relação de emprego torna-se mais aparente. Se antes a pessoa era empregada e continua a fazer o mesmo serviço como diretor, sem qualquer acréscimo de atribuições, em que não se verifica nenhuma mudança, será considerada empregado. Não tendo a diretoria eleita nenhuma autonomia, pois é apenas figurativa, sendo o diretor subordinado ao gerente-geral, nota-se também a existência do elemento subordinação.

É o caso de todas as decisões que envolvem grandes valores, como vendas e investimentos, ou quanto a aumentos de salário e outras decisões estratégicas, dependentes da decisão de uma pessoa na empresa, a quem cabe a palavra final sobre tais aspectos e a quem o diretor é subordinado.

Como os honorários do diretor são reajustados pela legislação salarial ou dissídio coletivo da categoria, pode haver um indício de sua condição de empregado, pelo pagamento de salário e não de honorários.

Há casos em que o diretor passa por várias empresas de um grupo econômico, tendo mantido em muitas delas contrato de trabalho, sendo admitido e readmitido em curtos períodos, o que pode mostrar fraude, inclusive se aplicando por analogia o Enunciado 20 do TST, pelo fato de o empregado permanecer "prestando serviços, ou tiver sido, em curto prazo, readmitido na empresa".

O volume de ações ou cotas da sociedade possuídas pelo diretor ou empregado nem sempre determinará a condição de dirigente. O diretor pode ter cotas ou ações da empresa como investimento. É o caso de se lembrar do caixa do banco que possui algumas ações do Banco do Brasil, não se querendo dizer com isso que seja dirigente do banco. Como leciona Amauri Mascaro Nascimento (1992:118), "não são incompatíveis as condições de empregado e acionista da sociedade anônima, desde que o número de ações não se eleve a ponto de transformar o empregado em subordinante e não em subordinado. Não há um critério exato para definir qual o número de ações que transformará a condição do empregado. Será um número que lhe dê condições de influir nos destinos da sociedade em dimensão expressiva".

O TST já decidiu que "o fato de o empregado ser elevado à condição de diretor, por eleição da assembléia geral da sociedade empregadora, não determina a perda daquela qualidade, a não ser que comprove que ele é proprietário de ações a tal ponto que configure vultoso capital, e a qualidade de proprietário das ações tenha sido o motivo primordial de sua investidura". (TST, Pleno, Ac. 2.294/78 - Proc. E-RR 662/76, j. 23-10-78, Rel. Min. Raymundo de Souza Moura, DJ 16-3-79, p. 1.846.)

Pode, assim, a pessoa ter influência nas decisões da sociedade como acionista ou cotista, tendo 51% das ações ou cotas, ou mesmo possuindo quantidade inferior, bastando que tenha o controle das deliberações da sociedade, pelo fato de a maioria das ações estar pulverizada entre várias pessoas. Seria o caso de ter, por exemplo, 10 ou 20% das ações ou cotas, estando

as demais ações ou cotas nas mãos de várias pessoas, que, isoladamente, nada representam.

Prestando o diretor serviços para uma sociedade por cotas de responsabilidade limitada, o vínculo de emprego pode existir entre as partes, mormente quando o diretor não tem qualquer cota da sociedade ou tem um número reduzido delas, que não implique possibilidade de influir nos destinos da empresa. Nesse sentido, o TST já decidiu que o "diretor da sociedade limitada, que não é sócio quotista, só pode ser empregado para todos os efeitos legais, ainda quando já tinha vínculo empregatício anterior com outra empresa do mesmo grupo. Decisão do TRT que não ofende o art. 13 do Decreto-lei 3.708/79". (TST, 3.ª T., Proc. RR 0186/86, Rel. Min. Guimarães Falcão, DJ 105/86.)

Mesmo quando o diretor possui procuração da empresa, podendo admitir e dispensar funcionários, tendo padrão mais elevado de vencimentos, mas ainda é subordinado a alguém na empresa, existe o vínculo empregatício. Apenas o empregado não teria direito a horas extras, caso as prestasse, segundo o inciso II, do art. 62 da CLT.

Assim, o nome dado ao cargo pouco importa. Se a empresa rotula o empregado de diretor, mas permanece algum elemento do contrato de trabalho, principalmente a subordinação, nada irá mudar sua situação de empregado.

Nos exemplos apontados, o suposto diretor mais se caracteriza como empregado de confiança do que como órgão da sociedade. Seria o caso de se aplicar o art. 499 da CLT que, em nosso modo de ver, refere-se ao diretor-empregado. Não haveria, assim, estabilidade no cargo de diretor, mas seria computado o tempo de serviço para todos os efeitos legais.

Muitas vezes, as fraudes são verificadas nas sociedades de capital e indústria, em que o sócio que empresta seu trabalho é subordinado, nada tendo de sócio, mas de verdadeiro empregado.

8. TRABALHADOR TEMPORÁRIO

A norma que cuida do trabalhador temporário é a Lei n.° 6.019, de 3-1-74, que foi regulamentada pelo Decreto n.° 73.841, de 13-3-74.

Difere o contrato de trabalho temporário do contrato de experiência. No primeiro, o trabalhador temporário é empregado da empresa de trabalho temporário, embora preste serviços no estabelecimento do tomador de serviços ou cliente. No contrato de experiência, o obreiro presta serviços nas próprias dependências do empregador. Enquanto o trabalho temporário é previsto em lei especial (Lei n.° 6.019/74), o contrato de experiência é previsto na CLT.

O trabalhador temporário é a pessoa física contratada "por empresa de trabalho temporário, para prestação de serviço destinado a atender à necessidade transitória de substituição de pessoal regular e permanente ou a acréscimo extraordinário de outras empresas" (art. 16 do Decreto n.° 73.841/74).

O art. 10 da Lei n.° 6.019/74 mostra indiretamente que o trabalhador temporário empregado, ao mencionar que a contratação com relação a um mesmo empregado não pode ser superior a três meses.

O trabalhador temporário não tem, porém, todos os direitos que são assegurados pela CLT, mas de acordo com a previsão da Lei n.° 6.019/74. Não deixa de ser, conseguinte, empregado, porém um empregado especial, com direitos limitados à legislação especial.

A empresa de trabalho temporário coloca-o para trabalhar por um prazo máximo de três meses (art. 10 da Lei n.° 6.019/74) na empresa tomadora de serviços ou cobrando um preço para tanto, que compreende os encargos sociais do trabalhador e sua remuneração pelo serviço. É o caso de o trabalhador temporário ir trabalhar numa empresa por motivo de férias de um empregado desta última, ou

por necessidade transitória de substituição de pessoal regular e permanente ou acréscimo extraordinário de tarefas da referida empresa. É o trabalhador temporário subordinado à empresa de trabalho temporário, embora preste serviços à empresa tomadora de serviços ou cliente, recebendo sua remuneração também da empresa de trabalho temporário.

Pág. 144

Não é, portanto, empregado da empresa tomadora dos serviços. Continuando, porém, a prestação de serviços do trabalhador para a empresa tomadora por mais de três meses, o vínculo de emprego forma-se diretamente com a última.

Gráfico

Trabalhador temporário
Empresa de trabalho temporário
Tomador ou cliente
Três meses

A empresa de trabalho temporário não poderá cobrar qualquer importância do trabalhador, mesmo a título de mediação, podendo apenas efetuar os descontos previstos em lei (art. 18 da Lei n.° 6.019/74).

Não se confunde o trabalhador temporário com o empregado contratado a prazo determinado, pois o primeiro é empregado da empresa de trabalho temporário, embora preste serviços nas dependências da empresa tomadora, por determinação da empresa de trabalho temporário; já o segundo é empregado da própria empresa onde presta serviços. A semelhança é que os dois contratos de trabalho são por prazo determinado, apenas.

A Lei Fundamental ressalva a igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso (art. 7.°, XXXIV); assegura ao trabalhador doméstico uma série de direitos previstos no art. 7.° (parágrafo único do art. 7.°); elenca vários direitos trabalhistas dos servidores públicos (§ 2.° do art. 39). Não menciona, contudo, nenhum direito ao trabalhador temporário, não excepcionando qualquer benefício a seu favor. Nada impede, entretanto, que a legislação ordinária venha a tratar do assunto, como o fez a Lei n.° 6.019/74, pois a Constituição apenas estabelece direitos mínimos dos trabalhadores, podendo a norma infraconstitucional prescrever outros direitos aos obreiros, inclusive aos trabalhadores temporários.

Não se argumente que o trabalhador temporário poderia estar enquadrado no conceito de trabalhador urbano. O trabalhador autônomo é geralmente um trabalhador urbano e não tem nenhum direito previsto na Norma Ápice, nem na CLT, pois não é empregado.

O art. 12 da Lei n.° 6.019/74 é que estabelece quais são as vantagens aplicáveis ao trabalhador temporário: (a) remuneração equivalente à percebida pelos empregados da categoria da empresa tomadora, calculada à base horária, garantido o pagamento do salário mínimo; (b) jornada de oito horas; (c) adicional de horas extraordinárias não excedentes de duas, com acréscimo de 50%; (d) férias proporcionais; de 1/12 por mês de serviço ou fração igual ou superior a 15 dias, exceto em caso de justa causa e pedido de demissão; (e) repouso semanal remunerado; (f) adicional por trabalho noturno; (g) seguro contra acidentes do trabalho; (h) proteção previdenciária.

Pág. 145

O trabalhador temporário somente passou a ter direito ao FGTS com a edição da Lei n.° 7.839, de 12-10-89, conforme art. 13 e seus §§ 1.° e 2.°. Com a promulgação da Lei n.° 8.036, de 11-5-90, que revogou a Lei n.° 7.839/89, ficou

mais clara a previsão legal do FGTS ao trabalhador temporário (art. 15 e seus §§ 1.º e 2.º), inclusive quanto à movimentação da conta vinculada na extinção normal do contrato de trabalho temporário (art. 20, IX). Com a edição da Lei n.º 7.839/89, o trabalhador temporário perdeu direito à indenização de que trata a alínea f do art. 12 da Lei n.º 6.019/74, pois o FGTS tem por objetivo substituir o pagamento de tal indenização, deixando de existir a partir de 5-10-88 o regime alternativo de estabilidade com indenização ou FGTS equivalente.

Havendo falência da empresa de trabalho temporário, a empresa tomadora é solidariamente responsável pelo pagamento da remuneração e da indenização devidas ao trabalhador temporário (art. 16 da Lei n.º 6.019/74).

9. TRABALHADOR AUTÔNOMO

A CLT não se aplica ao trabalhador autônomo, apenas a empregados. Desse modo, não vamos encontrar uma definição de trabalhador autônomo na norma consolidada.

A legislação previdenciária indica o conceito de trabalhador autônomo, pois este é considerado segurado de seu sistema. Verifica-se na alínea h, do inciso V, do art. 12 da Lei n.º 8.212/91 que trabalhador autônomo é "a pessoa física que exerce, por conta própria, atividade econômica de natureza urbana, com fins lucrativos ou não".

O trabalhador autônomo é, portanto, a pessoa física que presta serviços habitualmente por conta própria a uma ou mais de uma pessoa, assumindo os riscos de sua atividade econômica.

Necessariamente, o trabalhador autônomo é pessoa física. Não pode, portanto, o serviço ser desenvolvido por pessoa jurídica ou por animal.

Requisito fundamental para se verificar a condição de trabalhador autônomo é a habitualidade. A definição contida na Lei n.º 8.212 esqueceu desse elemento. O autônomo é a pessoa que trabalha com continuidade, com habitualidade e não uma vez ou outra para o mesmo tomador dos serviços.

O trabalhador autônomo não é subordinado como o empregado, não estando sujeito ao poder de direção do empregador, podendo exercer livremente sua atividade, no momento que o desejar, de acordo com sua conveniência.

Assume o autônomo os riscos de sua atividade, enquanto os riscos da atividade no contrato de trabalho ficam a cargo do empregador, como se verifica do art. 2.º da CLT, que não podem ser transferidos ao empregado.

É incorreta a definição da Lei n.º 8.212 quando menciona que o autônomo é apenas quem exerce atividade de natureza urbana, pois o engenheiro agrônomo ou o veterinário podem exercer suas atividades no âmbito rural, como geralmente ocorre, e nem por isso deixam de ser autônomos. Parece que a Lei n.º 8.212 quis diferenciar o autônomo do eventual com a especificação de que o primeiro exerce atividade urbana e o segundo desempenha tanto atividade urbana como rural. O autônomo, entretanto, também exerce atividade rural, como foi mencionado nos exemplos indicados. O significado almejado pela Lei n.º 8.212 talvez tenha sido de que o autônomo é um profissional que tem certa formação escolar, ao contrário do eventual, que não a possui. Por isso, teria indicado que o autônomo é quem exerce uma atividade urbana, quando, na verdade, pode exercer qualquer atividade, inclusive rural.

O § 15 do artigo 9.º do Regulamento da Previdência Social indica uma série de pessoas que são consideradas trabalhadores autônomos para os fins da Seguridade Social: o condutor autônomo de veículo rodoviário; o auxiliar do condutor autônomo de veículo rodoviário, regido pela Lei n.º 6.094/74; o trabalhador associado a cooperativa de trabalho; o membro do conselho fiscal da sociedade por ações; o ambulante; a faxineira ou diarista; o notário ou

tabelião; o feirante-comerciante; a pessoa física que edifica obra de construção civil. Outras pessoas poderiam ser indicadas como trabalhadores autônomos, como o piloto de aeronave, o corretor, o leiloeiro, o vendedor de bilhetes de loteria, o cabeleireiro, a manicure, o esteticista, o maquiador, o médico residente (Lei n.° 6.932/81), a pessoa física que vende livros religiosos etc.

Distingue-se o trabalhador autônomo do eventual, pois o primeiro presta serviços com habitualidade e o segundo, ocasionalmente, esporadicamente, apenas em determinada ocasião.

O empregado e o trabalhador autônomo prestam serviços com continuidade, com habitualidade ao tomador dos serviços. A diferença fundamental entre os referidos trabalhadores é a existência do elemento subordinação, o recebimento de ordens por parte do empregador, a direção por parte do último. O empregado trabalha por conta alheia, enquanto o autônomo presta serviços por conta própria.

Diferencia-se o trabalhador autônomo do trabalhador avulso. O primeiro não é arregimentado por sindicato ou órgão gestor de mão-de-obra, enquanto o segundo tem essa característica. O serviço do autônomo é feito de forma habitual para o mesmo tomador dos serviços. O trabalho do avulso nem sempre é feito para o mesmo tomador dos serviços.

Subordinação é o estado de sujeição em que se coloca o empregado em relação ao empregador, aguardando ou executando suas ordens. É o reverso do poder de direção do empregador. A subordinação é o aspecto da relação de emprego visto pelo lado do empregado, enquanto o poder de direção é a mesma acepção vista pelo lado do empregador. O poder de direção representa o aspecto ativo da relação de emprego, enquanto o aspecto passivo é a subordinação. O trabalhador empregado é dirigido por outrem: o empregador. Se o trabalhador não é dirigido pelo empregador, mas por ele próprio, não se pode falar em empregado, mas em autônomo ou outro tipo de trabalhador. O empregador comanda, determina, ordena, manda; o empregado obedece, ao executar as ordens que lhe são determinadas.

O art. 3.° da CLT usa a expressão dependência em vez de subordinação. A palavra subordinação indica, contudo, de forma mais precisa e técnica um dos elementos da relação de emprego.

Há, entretanto, dificuldades, em certos casos, em se verificar se existe ou não esse elemento para a definição da relação de emprego. Em outras oportunidades, é preciso analisar a quantidade de ordens a que está sujeito o trabalhador, para se notar se pode desenvolver normalmente seu mister sem qualquer ingerência do empregador. A questão, geralmente, é de fato. É preciso o estudo dos fatos inerentes à relação das partes para constatar se o trabalhador é empregado ou autônomo; daí por que dizer que o contrato de trabalho é um contrato-realidade.

Os casos mais comuns em que se discute a relação de emprego são os de vendedores ou dos representantes comerciais autônomos (Lei n.° 4.886/65). Se existir o elemento subordinação, surge a figura do empregado; caso contrário, será autônomo o trabalhador. O trabalhador autônomo irá trabalhar por conta própria, enquanto o empregado trabalhará por conta alheia (do empregador). O trabalhador autônomo é independente, enquanto o empregado é dependente do empregador, subordinado. Se os riscos de sua atividade são suportados pelo trabalhador, será autônomo; se os riscos são suportados por outra pessoa, o empregador, será considerado empregado. Muitas vezes, verifica-se quem é o possuidor das ferramentas de trabalho: se são do trabalhador, será considerado autônomo; se são da empresa, será considerado empregado. Este último fato não resolve a questão, pois o trabalhador poderá trabalhar com sua colher de pedreiro, sua caneta, ou sua máquina, e mesmo assim será considerado empregado,

assim como o eletricista poderá usar as ferramentas da empresa, por não as possuir, continuando a ser trabalhador autônomo.

A questão de o trabalhador prestar serviços externamente não irá dirimir a zona cinzenta que se revela entre a relação de emprego e o trabalho autônomo. O motorista trabalha externamente e é considerado empregado. Os vendedores, viajantes ou pracistas, se têm subordinação, são considerados empregados, regidos pela Lei n.° 3.207/57, embora prestem serviços externos.

Não se exige como requisito do trabalho autônomo o diploma de curso superior. Tanto é autônomo o advogado, o médico, o engenheiro, o contador, como o vendedor de tecidos, o representante comercial autônomo etc.

O fato de o trabalhador não ter exclusividade na prestação de serviços também é um elemento relativo para a análise do caso. O contrato de trabalho não tem por requisito a exclusividade na prestação dos serviços. O empregado pode prestar serviços a outras pessoas. Teoricamente, o empregado poderia ter mais de um emprego, desde que houvesse compatibilidade de horários. O art. 1.° da Lei n.° 4.886 mostra que o representante comercial autônomo presta serviços a "uma ou mais pessoas", denotando a inexistência de exclusividade na prestação dos serviços. A disposição da lei é alternativa. O trabalhador tanto pode prestar serviços a uma pessoa, como a mais de uma pessoa. Tanto num caso como no outro será considerado autônomo. A inexistência de exclusividade poderá, porém, indicar, dependendo do caso, que o trabalhador é autônomo, que não presta serviços pessoalmente ou que assume os riscos de sua atividade.

A prática de enviar empregados para a venda de produtos é muito antiga. Eles recolhiam os pedidos dos clientes que eram enviados à empresa. Os viajantes eram os empregados externos dos estabelecimentos. Eram chamados de "cometas" ou "viáticos", em razão de sua mobilidade. A Lei n.° 3.207, de 18-7-1957, regulamentou as atividades dos empregados vendedores, viajantes ou pracistas.

No Direito das Gentes, o instituto da representação comercial já era conhecido e utilizado. Somente a partir da Idade Média é que passou a ser regulado em lei.

A partir de 1850, quando foi editado o Código Comercial, como não havia lei específica para o representante comercial autônomo, utilizava-se da comissão mercantil para as questões sobre o tema, regulada nos arts. 165 a 190 do referido diploma legal.

O contrato de representação comercial é, hoje, previsto na Lei n.° 4.886, de 9-12-1965, com as alterações decorrentes da Lei n.° 8.420, de 8-5-1992.

De modo geral, qualquer contrato pode tanto ser escrito, como oral, salvo quando a lei dispõe em sentido contrário. O art. 443 da CLT permite que o contrato de trabalho seja acordado tanto oralmente, como por escrito. O mesmo pode ocorrer com o representante comercial autônomo.

O § 3.°, do art. 27 da Lei n.° 4.886 considera por prazo indeterminado todo contrato que suceder, dentro de seis meses, a outro contrato, com ou sem determinação de prazo. O art. 452 da CLT tem disposição semelhante.

O contrato de representação comercial pode ser acordado por prazo certo ou indeterminado (art. 27, c, da Lei n.° 4.886). O contrato de trabalho também pode ser celebrado tanto por prazo determinado como indeterminado (art. 443 da CLT).

A remuneração do empregado é o salário (art. 457 da CLT), que pode ser paga mediante comissão (§ 1.°, do art. 457 da CLT). A remuneração do representante comercial autônomo é feita por comissão.

A idéia da representação da existência de mandato não é inerente ao contrato de trabalho. Somente uns poucos empregados é que representam o empregador, como, por exemplo, os gerentes. Os demais empregados não têm poderes de representação em relação ao empregador. Entretanto, na representação

comercial o mandato é fundamental, pois o trabalhador representa os interesses do representado, geralmente para a venda de produtos ou até de serviços.

A prestação dos serviços do representante comercial pode ser feita tanto a pessoa jurídica como a pessoa física, como ocorre em relação ao empregado.

O representante comercial autônomo exerce sua atividade "em caráter não eventual" (art. 19 da Lei n.° 4.886). O mesmo ocorre com o empregado (art. 3.° da CLT).

Poderá ou não haver exclusividade na representação comercial autônoma (art. 27, i, da Lei n.° 4.886). Acontece o mesmo em relação ao empregado.

Será também possível existir a fixação de zona fechada para o representante comercial autônomo atuar, como se depreende das alíneas d e e, do art. 27 da Lei n.° 4.886. O vendedor, viajante ou pracista empregado também pode ter zona fechada para trabalhar, como se verifica do art. 2.° e seus parágrafos da Lei n.° 3.207/57.

No caso de ter sido reservada, expressamente, com exclusividade, uma zona de trabalho para o empregado, terá esse direito sobre as vendas ali realizadas diretamente pela empresa ou por um preposto desta (art. 2.° da Lei n.° 3.207). O art. 31 da Lei n.° 4.886 tem disposição semelhante: "prevendo o contrato de representação a exclusividade de zona ou zonas, ou quando este for omisso, fará jus o representante à comissão pelos negócios aí realizados, ainda que diretamente pelo representado ou por intermédio de terceiros".

O art. 35 da Lei n.° 4.886 trata de motivos justos para a rescisão do contrato de representação pelo representado: desídia, prática de atos que importem descrédito comercial do representado, falta de cumprimento das obrigações do contrato, condenação definitiva por crime considerado infamante, força maior. Algumas dessas hipóteses são casos de rescisão do contrato por justa causa em relação ao empregado (art. 482 da CLT). O art. 36 da Lei n.° 4.886 versa sobre justos motivos para a rescisão do contrato pelo representante: redução de esfera de atividade do representante em desacordo com as cláusulas do contrato, quebra direta ou indireta da exclusividade prevista no contrato, fixação abusiva de preços em relação à zona do representante, não-pagamento de sua retribuição na época devida, força maior. Os casos de rescisão indireta do contrato de trabalho, em razão de ato do empregador, são previstos no art. 483 da CLT.

Na rescisão do contrato, será devida indenização, não sendo inferior a 1/12 do total da retribuição auferida durante o tempo em que exerceu a representação (art. 27, j, da Lei n.° 4.886). Os arts. 477, 478 e 496 da CLT prevêem indenização pela ruptura do contrato de trabalho, caso o empregado não tenha seu tempo de serviço coberto pelo FGTS.

A função principal do representante comercial autônomo é fazer a mediação, aproximando o vendedor do comprador. O empregado nem sempre irá desempenhar função de mediação.

O mesmo art. 1.° da norma mencionada dispõe que o representante comercial pode tanto ser pessoa física, como jurídica, enquanto no contrato de trabalho o empregado só pode ser pessoa física (art. 3.° da CLT). Assim, se o trabalho é feito por intermédio de pessoa jurídica, inexistirá contrato de trabalho entre as partes, mas, provavelmente, representação comercial autônoma. Quando o trabalho é prestado por pessoa jurídica, pode não existir pessoalidade na prestação dos serviços, pois o serviço é prestado por qualquer representante da pessoa jurídica, o que não ocorre no contrato de trabalho.

O contrato de representação comercial é um pacto de resultado, pois a remuneração do representante depende do resultado que alcançar no negócio. O contrato de trabalho é um contrato de atividade, em que o elemento preponderante é a prestação dos serviços e não o resultado alcançado pelo empregado.

O representante comercial autônomo irá assumir os riscos de sua atividade, enquanto os riscos da atividade na relação de emprego são do empregador (art. 2.° da CLT). Assim, se o representante tem de pagar as despesas de viagem, de estada, alimentação e transporte, será considerado como autônomo.

Exerce o representante comercial autônomo uma atividade empresarial, ainda que seja realizada a representação por pessoa física. O empregado não tem por objetivo atividade empresarial, mas o recebimento de seu salário no final do mês, em razão dos serviços que prestou.

Entretanto, a atividade empresarial pode ficar mitigada, principalmente quando o trabalhador é pessoa física.

O fato de o representante ser ou não inscrito no Conselho de Registro de sua profissão ou na Prefeitura, pagando ou não Imposto sobre Serviços ou recolhendo como autônomo a contribuição da Seguridade Social, é elemento relativo, pois o que importa é a realidade dos fatos, que irá indicar se existe autonomia ou subordinação na prestação dos serviços. A inscrição não gera um efeito constitutivo de direito, mas apenas declaratório de quem fez o registro. Embora o art. 2.° da Lei n.° 4.886 disponha que é obrigatório o registro nos Conselhos Regionais dos representantes comerciais autônomos dos que exerçam a representação comercial autônoma, não é a inscrição no registro do comércio que irá configurar o fato de a pessoa ser ou não comerciante. O STF já decidiu que "a matrícula, vale dizer o registro por si só, não efetiva a qualidade de comerciante" (STF, RE n.° 37.099, in RTJ 5/122). Os Conselhos Regionais não verificam se a pessoa está efetivamente exercendo a profissão, mas apenas fiscalizam o exercício profissional.

O fato de ser constituída uma empresa ou microempresa pelo trabalhador também é um elemento relativo para se diferenciar se é empregado ou representante comercial autônomo. O importante é que a prestação de serviços seja efetivamente realizada pela empresa e não pela pessoa física. Ao contrário, se a empresa é aberta apenas com a finalidade de fraudar a aplicação da legislação trabalhista, pois, na verdade, o serviço é prestado pela pessoa física e não pela jurídica, pode existir o vínculo de emprego, desde que haja subordinação.

A inclusão de cláusula del credere no contrato entre as partes será elemento relativo para a configuração da relação entre os envolvidos. O significado da cláusula del credere é encontrado no art. 179 do Código Comercial: "A comissão del credere constitui o comissário garante solidário ao comitente da solvabilidade e pontualidade daqueles com quem tratar por conta deste, sem que possa ser ouvido com reclamação alguma. Se o del credere não houver sido ajustado por escrito, e todavia o comitente o tiver aceitado ou consentido, mas impugnar o quantitativo, será este regulado pelo estilo da praça onde residir o comissário, e na falta de estilo, por arbitradores".

A cláusula del credere é uma espécie de cláusula acessória ao contrato de comissão mercantil. Tem natureza de cláusula de garantia ou espécie de seguro. É a cláusula del credere incompatível com o contrato de trabalho, pois o empregado não pode ser solidário pelo inadimplemento do comprador, porém é cláusula que pode ser ajustada na representação comercial autônoma. Entretanto, caso esteja presente no contrato de trabalho, será considerada nula, pois os riscos do negócio são do empregador (art. 2.° c/c art. 9.° da CLT).

A característica fundamental do representante comercial autônomo é sua autonomia, tanto que o art. 1.° da Lei n.° 4.886 prevê que não há vínculo de emprego entre as partes. O representante comercial autônomo não é dirigido ou fiscalizado pelo tomador de serviços. Não tem obrigação de cumprir horário de trabalho, de produtividade mínima, de comparecer ao serviço etc. O trabalhador

autônomo não tem de obedecer a ordens, de ser submisso às determinações do empregador.

Pág. 151

Age com autonomia na prestação dos serviços. O representante comercial autônomo recebe apenas diretivas, orientações ou instruções de como deve desenvolver seu trabalho, não configurando imposição ou sujeição ao tomador dos serviços, mas apenas de como tem de desenvolver seu trabalho, caso queira vender os produtos do representado.

O art. 27 da Lei n.° 4.886 reza que no contrato de representação comercial constarão obrigatoriamente vários requisitos, entre os quais se destacam as obrigações e responsabilidades das partes contratantes (art. 27, h). O art. 28 da mesma norma indica que "o representante comercial fica obrigado a fornecer ao representado, segundo as disposições do contrato ou, sendo este omisso, quando lhe for solicitado, informações detalhadas sobre o andamento dos negócios a seu cargo, devendo dedicar-se à representação, de modo a expandir os negócios do representado e promover os seus produtos".

São motivos justos para a rescisão do contrato de representação comercial pelo representado a desídia do representante (art. 35, a, da Lei n.° 4.886) e a falta de cumprimento de quaisquer obrigações inerentes ao contrato de representação comercial (art., 35, c, da Lei n.° 4.886). Esses elementos poderiam indicar subordinação, porém o representante comercial autônomo será a pessoa que exerce suas atividades com liberdade e independência em seu mister, indicando autonomia. Será autônomo quem define seu próprio itinerário, o número de visitas aos clientes, que dispõe de seu tempo como entende melhor, sem estar subordinado a horário de trabalho. Ao contrário, se o trabalhador tem quota mínima de vendas, obrigação de comparecer a reuniões predeterminadas, horário de trabalho, determinação de horário de visita aos clientes e o número delas, exigência de contato mínimo diário com clientes, é punido por algum motivo, haverá vínculo de emprego, pois estará evidenciado o elemento subordinação.

O fato de o representante comercial autônomo ter de prestar contas não quer dizer que é empregado, mas é obrigação de uma pessoa diligente e proba em relação às vendas que fez para o representado, inclusive para serem calculadas as comissões pelas vendas realizadas. A alínea e do art. 19 da Lei n.° 4.886 dispõe que o representante comercial tem de prestar contas ao representado, constituindo falta no exercício da profissão se não o fizer.

A apresentação de relatórios não é um elemento exclusivo para a indicação da subordinação. Para prestar contas, o trabalhador poderá ter de emitir relatórios das vendas realizadas. Entretanto, se o trabalhador tem de emitir relatórios, mas também tem outros elementos caracterizadores da subordinação, como presença obrigatória em reuniões, horário de trabalho, será considerado empregado.

Se o trabalhador pode fixar o preço da venda da mercadoria, acrescentando uma margem de lucro, estabelecer desconto ou dilação de prazo, será autônomo e não empregado. O art. 29 da Lei n.° 4.886 indica que deve haver autorização expressa no contrato de representação para o representante conceder abatimentos, descontos ou dilações. O empregado, porém, não pode, de modo geral, estabelecer descontos, fixar preço da mercadoria etc., nem assume os riscos da atividade na venda da mercadoria.

Pág. 152

Cuidado maior deve-se ter quando a pessoa era empregado e posteriormente passa a ser representante comercial autônomo. É comum as empresas substituírem seus empregados vendedores pelas mesmas pessoas na condição de autônomos. Se o trabalhador continua a desempenhar as mesmas atividades que sempre fez na

empresa, em relação à época em que era empregado, não se pode dizer que passa a ser autônomo, principalmente se continua a trabalhar no mesmo espaço físico, ocupando o mesmo lugar e tendo subordinação.

Normalmente, é o requisito subordinação que irá dirimir a controvérsia entre ser o trabalhador autônomo ou empregado, verificando-se o número de ordens a que a pessoa está sujeita, para evidenciar ou não o vínculo de emprego.

Quanto maior a regulamentação feita pelo tomador dos serviços em relação ao prestador dos serviços, maior será a possibilidade da existência do elemento subordinação, caracterizando o contrato de trabalho.

10. TRABALHADOR EVENTUAL

A alínea g do inciso V do art. 12 da Lei n.° 8.212/91 indica o que vem a ser o trabalhador eventual: "aquele que presta serviço de natureza urbana ou rural em caráter eventual, a uma ou mais empresas, sem relação de emprego".

O eventual é a pessoa física contratada apenas para trabalhar em certa ocasião específica: trocar uma instalação elétrica, consertar o encanamento etc. Terminado o evento, o trabalhador não mais irá à empresa.

Ao se falar em eventualidade, ou em ausência de continuidade na prestação de serviços, já se verifica que inexiste relação de emprego, pois o traço marcante do contrato de trabalho é a continuidade. Havendo a prestação de serviços eventuais a uma ou mais empresas, o trabalhador será considerado eventual. Temos como exemplo o pedreiro, o pintor, que fazem serviços eventuais, indo uma ou outra vez à empresa para construir um muro, pintar uma parede etc.

O trabalho prestado em caráter eventual é o que é ocasional, fortuito, esporádico. Não podemos, contudo, considerar como eventual o fato de que o trabalho não se insere na vida normal da empresa. Existem trabalhadores que prestam serviços a empresa, embora não estejam incorporados a sua atividade normal. É o caso do eletricista que trabalha na indústria automobilística. Apesar de essa indústria não ter por atividade questões que envolvem eletricidade, mas a produção de veículos automotores, o trabalhador que presta serviços com habitualidade é considerado empregado. De outro modo, se o eletricista vai uma vez ou outra para reparar as instalações elétricas daquela empresa, aí, sim, estará caracterizada a eventualidade, pois o trabalhador foi contratado apenas para determinado evento na empresa, ou seja, reparar sua instalação elétrica.

O eventual vai ser aquela pessoa que trabalha de vez em quando, ao contrário do empregado que trabalha habitualmente. Há uma descontinuidade na prestação de serviços. É o que ocorre com os chapas que trabalham para várias empresas carregando e descarregando mercadorias. O mesmo acontece com o bóia-fria que um dia trabalha para uma fazenda, noutro dia presta serviços a outra, e assim por diante.

Não se fixa o eventual a nenhuma empresa, enquanto o empregado presta serviços numa única fonte de trabalho, como regra geral.

Distingue-se o trabalhador eventual do autônomo. O autônomo presta serviços com habitualidade ao mesmo tomador dos serviços. O eventual presta serviços ocasionalmente ao mesmo tomador.

11. TRABALHADOR AVULSO

Num sentido geral, avulso é o que pertence a uma coleção incompleta, que está desirmanado, solto, isolado.

Inicialmente, confundia-se o avulso com o trabalhador eventual. No entanto, a previdência social começou a preocupar-se com o referido trabalhador, passando a conceituá-lo.

A primeira definição de trabalhador avulso foi feita pela Portaria n.° 3.107, de 7-4-71: "entende-se como trabalhador avulso, no âmbito do sistema geral da previdência social, todo trabalhador sem vínculo empregatício que, sindicalizado ou não, tenha a concessão de direitos de natureza trabalhista executada por intermédio da respectiva entidade de classe".

Com a edição da Lei n.° 5.890/73 o trabalhador avulso foi integrado no sistema previdenciário na condição de autônomo. A CLPS (Decreto n.° 89.312/84), em seu art. 5.°, esclarece que avulso é "quem presta serviço a diversas empresas, pertencendo ou não a sindicato, inclusive o estivador, conferente ou semelhado".

A atual Lei de Custeio da Seguridade Social (Lei n.° 8.212/91) considera avulso "quem presta, a diversas empresas, sem vínculo empregatício, serviços de natureza urbana ou rural definidos no regulamento" (art. 12, VI). O regulamento (Decreto n.° 3.048/99) esclarece que o trabalhador avulso é "aquele que, sindicalizado ou não, presta serviços de natureza urbana ou rural, sem vínculo empregatício ou do órgão gestor de mão-de-obra, a diversas empresas, com intermediação obrigatória do sindicato da categoria ou do órgão gestor de mão-de-obra" (art. 9.°, VI).

O trabalhador avulso é, assim, a pessoa física que presta serviço sem vínculo empregatício, de natureza urbana ou rural, a diversas empresas, sendo sindicalizado ou não, com intermediação obrigatória do sindicato da categoria profissional ou do órgão gestor de mão-de-obra.

Gráfico (pirâmide)

Trabalho avulso
Sindicato ou O.G.M.O. Tomador

Pág. 154

Distingue-se, porém, o avulso do trabalhador eventual, pois o primeiro tem todos os direitos previstos na legislação trabalhista, enquanto o eventual só tem direito ao preço avençado no contrato e à multa pelo inadimplemento do pacto, quando for o caso. O avulso é arregimentado pelo sindicato, enquanto o eventual não tem essa característica.

Não é o trabalhador avulso subordinado nem à pessoa a quem presta serviços, muito menos ao sindicato, que apenas arregimenta a mão-de-obra e paga os prestadores de serviço, de acordo com o valor recebido das empresas.

O avulso não presta serviços com pessoalidade, pois o trabalhador pode ser substituído por outra pessoa. Ao tomador não interessa normalmente que o serviço seja feito por determinada e específica pessoa, mas que o trabalho seja realizado. Pouco importa quem irá fazer o trabalho. A relação, portanto, não é intuitu personae.

O exercício das atividades do órgão gestor de mão-de-obra, descritas nos arts. 18 e 19 da Lei n.° 8.630, de 26-2-93, não implica vínculo empregatício com o trabalhador portuário avulso (art. 20 da Lei n.° 8.630), desde que inexistam os elementos contidos nos arts. 2.° e 3.° da CLT.

São características do avulso: (a) a liberdade na prestação de serviços, pois não tem vínculo nem com o sindicato, muito menos com as empresas tomadoras de serviço; (b) há a possibilidade da prestação de serviços a mais de uma empresa, como na prática ocorre; (c) o sindicato ou o órgão gestor de mão-de-obra fazem a intermediação da mão-de-obra, colocando os trabalhadores onde é necessário o serviço, cobrando posteriormente um valor pelos serviços prestados, já incluindo os direitos trabalhistas e os encargos previdenciários e fiscais, e

fazendo o rateio entre as pessoas que participaram da prestação de serviços; (d) o curto período em que o serviço é prestado ao beneficiário.

São exemplos de trabalhadores avulsos o estivador, o conferente de carga e descarga, o amarrador da embarcação no porto etc. A Lei n.° 8.630/93 estabelece as regras do trabalho nos portos, mas não é apenas o portuário que é considerado avulso, pois também o são o classificador de frutas que trabalha no meio rural, o ensacador de café, cacau, sal etc.

O trabalhador avulso vinha conquistando uma série de direitos. A Lei n.° 5.480, de 10-8-68, determinava o pagamento do 13.° salário e FGTS; foi revogada pela Lei n.° 8.630/93. O art. 3.° da Lei n.° 605, de 5-1-49, estendeu-lhe o direito ao repouso semanal remunerado. O Decreto n.° 53.153, de 10-12-63, concedeu-lhe o salário-família. O Decreto n.° 61.851, de 6-12-67, outorgou-lhe o direito a férias. A Lei Complementar n.° 7, de 7-9-70, instituidora do PIS, considerou-o como beneficiário.

A Constituição estabeleceu igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso (art. 7.°, XXXIV).

A mão-de-obra do trabalho portuário avulso deverá ser requisitada ao órgão gestor de mão-de-obra (art. 1.° da Lei n.° 9.719/98).

Cabe ao operador portuário recolher ao órgão gestor de mão-de-obra os valores devidos pelos serviços executados, referentes à remuneração por navio, acrescidos dos porcentuais relativos a 13.° salário, férias, FGTS, encargos fiscais e previdenciários, no prazo de 24 horas da realização do serviço, para viabilizar o pagamento ao trabalhador portuário avulso.

O órgão gestor de mão-de-obra irá efetuar o pagamento da remuneração pelos serviços executados e das parcelas referentes a 13.° salário e férias, diretamente ao trabalhador portuário avulso (art. 2.° da Lei n.° 9.719/98). Depositará o órgão gestor de mão-de-obra as parcelas referentes às férias e ao 13.° salário, separada e respectivamente, em contas individuais vinculadas, a serem abertas e movimentadas às suas expensas, especialmente para este fim, em instituição bancária de sua livre escolha, sobre as quais deverão incidir rendimentos mensais com base nos parâmetros fixados para atualização dos saldos dos depósitos de poupança. Os depósitos serão efetuados no dia 2 do mês seguinte ao da prestação do serviço, prorrogado o prazo para o primeiro dia útil subseqüente se o vencimento cair em dia em que não haja expediente bancário.

A liberação das parcelas referentes a 13.° salário e férias, depositadas nas contas individuais vinculadas, e o recolhimento do FGTS e dos encargos fiscais e previdenciários serão efetuados conforme regulamentação do Poder Executivo.

O pagamento da remuneração pelos serviços executados será feito no prazo de 48 horas após o término do serviço.

Os prazos previstos anteriormente podem ser alterados mediante convenção coletiva firmada entre entidades sindicais representativas dos trabalhadores e operadores portuários, observado o prazo legal para recolhimento dos encargos fiscais, trabalhistas e previdenciários.

O operador portuário e o órgão gestor de mão-de-obra são solidariamente responsáveis pelo pagamento de encargos trabalhistas, vedada a invocação de benefício de ordem.

É vedado ao órgão gestor de mão-de-obra ceder trabalhador portuário avulso cadastrado a operador portuário, em caráter permanente.

A escalação do trabalhador portuário avulso, em sistema de rodízio, será feita pelo órgão gestor de mão-de-obra.

12. ESTAGIÁRIO

Anteriormente, não existia uma regra legal tratando do estágio, apenas a Portaria n.° 1.002, do Ministério do Trabalho, de 29-12-67, disciplinando a relação entre as empresas e os estagiários no que diz respeito a seus direitos e obrigações. O art. 3.° da citada portaria explicitava que inexistia relação de emprego entre as partes.

O Decreto n.° 66.546, de 11-5-70, teve a finalidade de permitir a implantação de programas de estágios "destinados a proporcionar a estudantes do sistema de ensino superior de áreas prioritárias, especialmente as de engenharia, tecnologia, economia e administração, a oportunidade de praticar em órgãos e entidades públicos e privados o exercício de atividades pertinentes às respectivas especialidades".

A Lei n.° 5.692, de 11-8-71, determinou regras sobre diretrizes e bases para o ensino de 1.° e 2.° graus, prevendo o estágio como forma de cooperação entre empresas e escola (art. 6.°). Essa lei foi revogada pela Lei n.° 9.394.

O Decreto n.° 75.778, de 26-5-75, disciplinou o estágio perante o serviço público federal.

O estágio foi regulado pela Lei n.° 6.494, de 7-12-77. Foi regulamentada a referida norma pelo Decreto n.° 84.497, de 18-8-82.

O estágio curricular envolve "as atividades de aprendizagem social, profissional e cultural, proporcionadas ao estudante pela participação em situações reais de vida e trabalho de seu meio, sendo realizada na comunidade em geral e junto a pessoas jurídicas de direito público ou privado, sob a responsabilidade e coordenação de instituição de ensino" (art. 2.° do Decreto n.° 87.497/82).

Esclarece o art. 3.° do Regulamento que o estágio curricular é um "procedimento didático-pedagógico", de competência da instituição de ensino a quem cabe a decisão sobre a matéria.

Distingue-se o estagiário do aprendiz. O estagiário não é empregado, desde que cumpridas as determinações da Lei n.° 6.494/77. O aprendiz sempre será empregado, tendo contrato de trabalho (art. 1.° do Decreto n.° 31.546/52). Trata-se de uma espécie de contrato de trabalho especial.

Diferencia-se também o estagiário do empregado em domicílio. Este executa o trabalho em sua própria habitação ou em oficina de família, por conta do empregador que o remunere (art. 83 da CLT). O trabalhador em domicílio é empregado, enquanto o estagiário não o é.

A diferença entre o estágio e o contrato de trabalho é que no primeiro o objetivo é a formação profissional do estagiário, tendo, portanto, finalidade pedagógica, embora haja pessoalidade, subordinação, continuidade e uma forma de contraprestação.

Diferencia-se o estágio da aprendizagem. Nesta a idade do aprendiz está entre 14 e 18 anos. O estagiário não tem idade especificada na lei, dependendo apenas de estar fazendo o curso.

Há vantagens para as partes envolvidas com o estágio: (a) a escola tem a possibilidade de dar ensino prático ao aluno, sem qualquer custo; (b) o estudante adquire experiência prática no campo de trabalho, mesmo ainda fazendo o curso; (c) a empresa passa a contar com pessoa que está qualificando-se profissionalmente, porém sem ter qualquer encargo social sobre os pagamentos feitos ao estagiário.

O art. 1.° da Lei n.° 6.494/77 estabelece que as pessoas jurídicas de direito privado, os órgãos da administração pública e as instituições de ensino é que concederão o estágio. Pela redação do referido preceito legal, não poderão ser concedentes do estágio os profissionais liberais, como advogados, médicos, contadores, engenheiros etc. Só se forem organizados sob a forma de pessoa jurídica. Eis um aspecto incorreto da lei, pois nestes escritórios ou

consultórios também poderia haver o estágio, proporcionando aprendizagem ao estagiário, como ocorre quando aquelas pessoas são organizadas sob a forma de pessoas jurídicas. A lei, entretanto, não admite o estágio realizado com pessoas físicas, apenas permite a concessão do estágio por pessoas jurídicas.

Os sujeitos concedentes serão, portanto, as pessoas jurídicas de direito privado, os órgãos da administração pública direta e indireta, incluindo fundações, autarquias, sociedades de economia mista, empresas públicas que explorem atividade econômica e as instituições de ensino.

As instituições de ensino poderão recorrer aos serviços de agentes de integração públicos e privados (art. 7.° do Decreto n.° 87.497/82). Podem, portanto, tais agentes ser públicos ou privados, o que é feito na maioria dos casos pelo Centro de Integração Empresa-Escola (CIEE), entidade de direito privado, de âmbito nacional e de utilidade pública. O agente de integração não participa, como regra, da relação entre estudante-escola e cedente. Funciona como intermediário entre as escolas e as entidades interessadas em conceder estágio e na colocação do estagiário.

Dá-se o estágio em relação a alunos regularmente matriculados que freqüentam efetivamente cursos vinculados à estrutura do ensino público e particular, nos níveis superior, ensino médio, de educação profissional de nível médio ou superior ou escolas de educação especial. A Lei n.° 8.859, de 23-3-94, estendeu aos alunos de escolas de educação especial o direito à participação em atividades de estágio, que poderiam ser consideradas as que fazem ensino com vistas ao exercício de uma profissão, como a do professor, por meio dos antigos cursos chamados de "normal", ou de escola que presta ensino a excepcionais. Os alunos que cursavam curso supletivo podiam ser estagiários. Com a modificação da redação do § 1.° do art. 1.° da Lei n.° 6.494/77 pela Lei n.° 8.859/94, o aluno que cursa supletivo já não pode ser estagiário. Neste ponto, encontra-se derrogado o art. 1.° do Decreto n.° 87.497/82, que ainda faz menção a supletivo. Tem razão a lei quanto a tal fato, pois o curso supletivo geralmente nada tem de profissionalizante. Também será impossível a realização de estágio no 1.° grau. Da mesma forma, se o 2.° grau não tiver curso profissionalizante, não poderá ser realizado estágio.

O estagiário irá, assim, trabalhar para aprender. É uma forma de dar ao estudante a experiência do cotidiano, da profissão, que só é adquirida com a prática.

O estágio pode ser tanto o curricular como o realizado na comunidade. O curricular é desenvolvido de forma a propiciar a complementação do ensino e da aprendizagem e ser planejado, executado, acompanhado e avaliado em conformidade com currículos, programas e calendários escolares (§ 1.° do art. 3.°, c/c § 3.° do art. 1.°, da Lei n.° 6.494/77).

O art. 2.° da Lei n.° 6.494/77 estabelece que o "estágio, independentemente do aspecto profissionalizante, direto e específico, poderá assumir a forma de atividades de extensão, mediante a participação do estudante em empreendimentos ou projetos de interesse social".

O estágio na comunidade é realizado em atividades comunitárias ou de fim social que proporcionam atividade prática profissional, como acontece na área de saúde, assistência social e educação. Poderá ser realizado em entidades privadas ou públicas.

Permite o art. 2.° da Lei n.° 6.494/77 o estágio em atividades de extensão, com participação do estudante em projetos de interesse social. O Decreto n.° 87.497/82 não regulamentou a lei nesse ponto, apenas o estágio curricular.

É realizado o estágio mediante compromisso celebrado entre o estudante e a parte concedente, com interveniência obrigatória da instituição de ensino. Será

o compromisso documento obrigatório para se verificar a inexistência do vínculo de emprego. Chama-se acordo de cooperação o celebrado entre a pessoa jurídica de direito público ou privado e a instituição de ensino a que pertence o estudante. A interveniência da instituição de ensino é requisito essencial à validade do ato jurídico.

Pág. 158

Este deve ater-se à forma prescrita em lei para ter validade, como se verifica dos arts. 82, 129 e 131 do Código Civil, tornando nula a relação que não observar a referida forma. Na maioria dos casos, esse requisito não é atendido, tornando o suposto estágio um verdadeiro contrato de trabalho.

Estão isentos da celebração do termo de compromisso os estágios realizados sob a forma de ação comunitária (§ 2.° do art. 3.° da Lei n.° 6.494/77).

O termo de compromisso entre o estudante e a parte concedente deverá mencionar necessariamente o instrumento jurídico realizado entre a instituição de ensino e a pessoa jurídica de direito público ou privado (§ 2.° do art. 6.° do Decreto n.° 87.497/82). Será o termo de compromisso um contrato derivado, que não se viabiliza sem que haja o contrato originário (contrato escrito entre a instituição de ensino e a pessoa jurídica). Depreende-se do § 1.° do art. 6.° do Decreto n.° 87.497/82 que o termo de compromisso necessariamente será feito por escrito. Se houver a prestação de trabalho pelo suposto estagiário sem que haja o contrato escrito, presume-se que o contrato seja de trabalho, diante do princípio da primazia da realidade. Quem terá de provar que o contrato é de estágio, e não de trabalho, é o sujeito cedente.

O § 2.° do art. 1.° da Lei n.° 6.494/77 determina que o estágio deve proporcionar experiência prática na linha de formação profissional do estagiário. Isto quer dizer que o estágio só poderá ser realizado em unidades que tenham condições de proporcionar experiência prática na linha de formação, devendo propiciar uma complementação do ensino e da aprendizagem, de maneira prática, no curso em que o estagiário estiver fazendo, devidamente planejado, executado, acompanhado e avaliado em conformidade com currículos, programas e calendários escolares. Assim, o estudante de Direito não poderá desenvolver tarefas rotineiras de uma entidade financeira, como de caixa ou escriturário, mas deverá trabalhar no Departamento Jurídico, um estudante de Medicina não poderá estagiar numa empresa de construção civil, salvo se for em seu Departamento Médico, caso este existir. O curso deve ser, portanto, compatível com a atividade desempenhada pelo estagiário na empresa, com as tarefas desenvolvidas, de modo a se fazer a complementação do ensino. O trabalho de office-boy não pode ser considerado como de estágio, pois não complementa o ensino e pode ser realizado por qualquer pessoa. A experiência prática na linha de formação deve ser ligada à complementação do ensino e da aprendizagem. Se houver experiência prática mas não for de complementação do ensino e da aprendizagem, inexistirá estágio. É, portanto, necessário que o estágio propicie, realmente, a complementação do ensino e da aprendizagem, sob pena de restar descaracterizado o referido contrato. Se o estagiário executar serviços não relacionados com os programas da escola, será empregado.

A prática da profissão só se adquire com o trabalho. Esta é a finalidade do estágio, a de proporcionar o trabalho para a complementação do ensino do curso que a pessoa está fazendo. Se realiza trabalho diverso do curso que freqüenta, não é estagiário, mas empregado. A alínea h, do inciso I, do art. 10 do Decreto n.° 2.173/97 considera empregado, como segurado obrigatório da Previdência Social, o bolsista e o estagiário que prestam serviços à empresa, em desacordo com os termos da Lei n.° 6.494/77.

Pág. 159

É preciso também que o aluno esteja regularmente matriculado na escola e tenha freqüência efetiva às aulas. Havendo irregularidades na matrícula ou freqüência eventual, estará descaracterizado o estágio. A pessoa continuará sendo estudante, mas não estagiário. Se o aluno não estiver freqüentando curso regular, deixará de existir o estágio, pois é requisito previsto no § 1.° do art. 1.° da Lei n.° 6.494/77. É o que acontece muitas vezes, porque o estagiário acaba cumprindo jornada excessiva de trabalho, sem que consiga freqüentar regularmente as aulas. A escola deveria, inclusive, comunicar à empresa proporcionadora do estágio que o aluno não está freqüentando as aulas. Não se poderá também exigir no estágio jornada incompatível com o horário das aulas. A pessoa concessora do estágio deverá verificar a regularidade do desenvolvimento do curso do estagiário, em função de conclusão, abandono, trancamento de matrícula etc.

Terminado o curso que o estagiário estava fazendo, já não se pode falar em estágio, pois este depende do curso. Se o curso terminou, não há que se falar em estágio. Muitas vezes, é isso que ocorre em casos principalmente de estagiários de Engenharia e de Direito, que, enquanto estão cursando, fazem o estágio e posteriormente continuam a desempenhar a mesma atividade anterior, mas já com o diploma, porém não são registrados.

No serviço público há um obstáculo para o reconhecimento da condição de empregado no estágio feito em desacordo com a lei, que é a existência de concurso público. Inexistindo este, não há que se falar na condição de empregado, conforme o inciso II do art. 37 da Constituição e o Enunciado 331, II, do TST.

O estagiário poderá receber uma bolsa, conforme o art. 4.° da Lei n.° 6.494/77, que, portanto, não é obrigatória. A retribuição será a que for combinada, podendo ser tanto o pagamento de um valor em dinheiro ou outra forma de contraprestação, como pagamento da escola etc. As partes é que irão acordar como será a bolsa. A finalidade da bolsa é permitir a cobertura parcial de despesas escolares e de outras decorrentes do estágio.

Não haverá incidência de contribuição previdenciária ou de FGTS sobre a bolsa. O imposto de renda incidirá no caso de ser excedido o limite de isenção.

O estagiário não é segurado obrigatório da previdência social, mas poderá inscrever-se facultativamente, justamente na condição de segurado facultativo, para que haja a contagem do tempo de serviço, conforme o art. 14 da Lei n.° 8.212/91, porém deverá ter pelo menos 16 anos. O inciso VII do art. 11 do Regulamento da Previdência Social permite explicitamente que o estagiário seja segurado facultativo.

Terá direito o estagiário, também, a seguro de acidentes pessoais, pois é obrigatório segundo o art. 4.° da Lei n.° 6.494/77. O art. 8.° do Decreto n.° 87.497/82 declara que o seguro contra acidentes pessoais será feito pela instituição de ensino, diretamente, ou por meio de atuação conjunta com os agentes de integração.

A duração do estágio não poderá ser inferior a um semestre letivo (art. 4.°, b, do Decreto n.° 87.497/82). A instituição de ensino é que disporá sobre a duração Do estágio curricular.

A jornada de atividade do estágio, a ser cumprida pelo estudante, deverá compatibilizar-se com seu horário escolar e com o período em que venha a ocorrer o estágio (art. 5.° da Lei n.° 6.494/77). Durante as férias escolares, a jornada de estágio será estabelecida de comum acordo entre o estagiário e a parte concedente do estágio, com a participação da instituição de ensino.

A Lei n.° 6.494/77 não determina a obrigatoriedade de anotação do estágio na CTPS, mas é recomendável para que se verifique a realidade do estágio, e não da relação de emprego. Não deve haver, porém, a anotação na CTPS na parte

referente ao contrato de trabalho. As anotações poderão ser sobre o curso freqüentado e o ano, o nome da escola, da empresa concedente e o início e término do estágio.

Terão estagiário Carteira Profissional de Estagiário expedida pelo Ministério do Trabalho (Portaria n.° 1.002, art. 6.°).

Ao adolescente empregado, aprendiz, em regime familiar de trabalho, aluno de escola técnica, assistido em entidade governamental ou não governamental, é vedado o trabalho em certas condições (art. 67 da Lei n.° 8.069/90). O adolescente é a pessoa que se encontra entre 12 e 18 anos (art. 2.° da Lei n.° 8.069/90). Pode o aluno de escola técnica ser estagiário. Por analogia com o art. 67 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.° 8.069/90), será vedado ao menor de 18 anos exercer trabalho noturno (inc. I), perigoso, insalubre ou penoso (inc. II) e realizado em horários e locais que não permitam a freqüência à escola (inc. IV).

O estágio que observa as determinações da Lei n.° 6.494/77 não cria vínculo de emprego.

A contratação de estagiário não deve ter por objetivo apenas o aproveitamento de mão-de-obra mais barata, sem pagamento de qualquer encargo social, mascarando a relação de emprego. Deve realmente proporcionar o aprendizado ao estagiário. Estando o estagiário em desacordo com as regras da Lei n.° 6.494/77, haverá vínculo entre as partes, atraindo a aplicação do art. 9.° da CLT.

13. TERCEIRIZAÇÃO

Vários nomes são utilizados para denominar a contratação de terceiros pela empresa para a prestação de serviços ligados a sua atividade-meio. Fala-se em terceirização, subcontratação, terciarização, filialização, reconcentração, desverticalização, exteriorização do emprego, localização, parceira etc.

Entende-se que terciarização é vocábulo não contido nos dicionários e que seria um neologismo. Terciariu seria originário do latim, proveniente do ordinal três.

Argumenta-se que o correto seria o termo terciarização, em função de que o setor terciário na atividade produtiva seria o setor de serviços, pois o primário corresponderia à agricultura e o secundário à indústria.

O uso da denominação terceirização poderia ser justificado como decorrente da palavra latina tertius, que seria o estranho a uma relação entre duas pessoas. No caso, a relação entre duas pessoas poderia ser entendida como a realizada entre o terceirizante e seu cliente, sendo que o terceirizado ficaria fora dessa relação, daí, portanto, ser terceiro. A terceirização, entretanto, não fica restrita a serviços, podendo ser feita também em relação a bens ou produtos.

Consiste a terceirização na possibilidade de contratar terceiro para a realização de atividades que não constituem o objeto principal da empresa. Essa contratação pode envolver tanto a produção de bens, como de serviços, como ocorre na necessidade de contratação de empresa de limpeza, de vigilância ou até para serviços temporários.

O TST tem alguns enunciados que tratam da possibilidade da terceirização. O En. 257 indica que o vigilante, contratado diretamente por banco ou por intermédio de empresas especializadas, não é bancário. Mostra o En. 331 várias hipóteses: (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.° 6.019/74); (II) a contratação irregular de trabalhador, por meio de empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os

órgãos da Administração Pública Direta, Indireta ou Funcional (art. 37, II da Constituição); (III) não forma vínculo com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei n.° 7.102/83), 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 a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que este tenha participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

Da forma como o En. 331 do TST está redigido, só se admite a terceirização da atividade-meio e não da atividade-fim. Entretanto, é possível a terceirização da atividade-fim da empresa, como ocorre na indústria automobilística, desde que não exista fraude.

VERIFICAÇÃO DE APRENDIZAGEM

1. O que é empregado?
2. Quais são suas características?
3. O que vem a ser subordinação e como ela pode ser explicada?
4. É possível o empregado trabalhar em sua residência?
5. O que é empregado aprendiz?
6. Qual o conceito de empregado doméstico?
7. O que vem a ser empregado rural?
8. O trabalhador temporário é considerado empregado? De quem?
9. Conceitue trabalhador eventual.
10. Conceitue o trabalhador avulso, exemplificando.
11. Quais os requisitos para a configuração do estágio?

15

EMPREGADOR

1. CONCEITO

Na prática, costuma-se chamar o empregador de patrão, empresário, dador do trabalho. O art. 2.° da CLT considera empregador "a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços". O § 1.° do mesmo artigo equipara a empregador, "para os efeitos da relação de emprego, os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos, que admitirem trabalhadores como empregados".

2. EMPRESA

A empresa tem característica eminentemente econômica e seu conceito é encontrado, principalmente, na Economia.

As atividades empresariais são voltadas para o interesse da produção, em oposição ao sistema anterior em que as atividades eram mais artesanais ou familiares.

Numa concepção econômica, a empresa é a combinação dos fatores da produção: terra, capital e trabalho. Hodiernamente, a empresa tem, portanto, suas atividades voltadas para o mercado.

Poderíamos também lembrar que a empresa é um centro de decisões, em que são adotadas as estratégias econômicas.

Na concepção jurídica, a empresa é a atividade exercida pelo empresário.

2.1 Conceito

Empresa é a atividade organizada para a produção de bens e serviços para o mercado, com fito de lucro.

O essencial em qualquer empresa, por natureza, é que ela é criada com a finalidade de se obter lucro na atividade. Normalmente, o empresário não tem por objetivo criar empresa que não tenha por finalidade o lucro. A exceção à regra são as associações beneficentes, as cooperativas, os clubes etc. Lógico também que a empresa pode ter por finalidade a obtenção de outros fins, mas o principal é o de alcançar o lucro; mas também é possível dizer que a finalidade principal da empresa não é o lucro, pois este constitui o resultado da atividade empresarial.

Antigamente, resolvia-se o estudo de um conceito sempre pela idéia da propriedade, do contrato, da sociedade etc. Hoje, temos que analisar ainda outros fatores. O Estado também se imiscui na empresa, retirando dela tributos. Os acionistas procuram conjugar seus esforços com seus empregados, daí surgindo a participação nos lucros e na gestão, propiciando a melhor interação das partes para que a empresa possa produzir. Mesmo a liberdade das condições de contratação no trabalho passa a ser ceifada pelo interesse de proteção do Estado.

A empresa também não deixa de ser explicada como uma abstração como entidade jurídica, entendendo-se que seria uma ficção legal.

A relação entre as pessoas e os meios para o exercício da empresa leva à abstração, em que a figura mais importante seria, na verdade, o empresário, em que o que prepondera é a organização do capital e do trabalho pelo último.

Do exercício da atividade produtiva somente se tem, portanto, uma idéia abstrata.

Enfim, o conceito de empresa não é essencial no Direito do Trabalho, nem é pacífico no âmbito dos doutrinadores, mas ajuda a desenvolver e estudar o conceito de empregador, que precisa ser analisado, pois há inclusive definição legal no art. 2.° da CLT, apesar de o Direito do Trabalho mais se preocupar com a organização do trabalho.

O certo é que o conceito de empresa é principalmente utilizado no Direito do Trabalho, Comercial, Tributário e Econômico. A empresa é de certa forma a principal arrecadadora de tributos. No Direito do Trabalho, a empresa normalmente é o empregador. A própria CLT define o empregador como a empresa (art. 2.°). No Direito Comercial, o centro de suas preocupações é a empresa, como ela nasce, vive e morre, inclusive de maneira anormal, como nas falências e concordatas. No Direito Econômico, também se estuda a empresa, pois esta é um dos principais pólos da atividade econômica.

2.2 Distinção

A empresa, entretanto, não se confunde com o estabelecimento, que é o lugar em que o empresário exerce suas atividades. O estabelecimento serve para explicar o lugar em que são formados os preços, a distribuição dos recursos, onde ficam os estoques. O estabelecimento ou fundo de comércio (azienda) é o conjunto de bens operados pelo comerciante, sendo uma universalidade de fato, ou seja, objeto e não sujeito de direitos. O estabelecimento compreende as coisas corpóreas existentes em determinado lugar da empresa, como instalações, máquinas, equipamentos, utensílios etc., e as incorpóreas, como a marca, as patentes, os sinais etc. Não se pode, porém, dizer que a empresa é a unidade econômica e o estabelecimento a unidade técnica, pois, nos casos em que a empresa possuísse um único estabelecimento, a unidade econômica se confundiria

com a técnica. De outro modo, há empresas que são móveis, como as teatrais, os circos etc.

Pág. 164

Distingue-se também a empresa da pessoa do proprietário, pois uma empresa bem gerida pode durar anos, enquanto o proprietário perece. É a idéia do conceito de instituição, em que instituição é o que perdura no tempo. O empresário é a pessoa que exercita profissionalmente a atividade economicamente organizada, visando à produção de bens ou serviços para o mercado. Nesse conceito, verifica-se que o empresário não é aquele que exerce sua atividade eventualmente, mas habitualmente, com características profissionais. Quem assume os riscos do empreendimento é o empresário, que se beneficia dos lucros e se expõe ao prejuízo. Algumas das regras do Direito Tutelar do Trabalho destinam-se, porém, ao estabelecimento, como as relativas à medicina e segurança do trabalho, sem se esquecer também de que no conceito de empresa devem ser analisados os grupos de empresas.

2.3 Natureza jurídica

Várias concepções da empresa podem ser estudadas. O aspecto subjetivo, que corresponderia ao sinônimo de empresário; o aspecto funcional, que compreende a atividade econômica organizada; o aspecto objetivo, em que se utiliza a expressão italiana azienda, que compreende o conjunto de bens patrimoniais destinados ao exercício da atividade empresarial; o corporativo ou institucional, que diz respeito à organização de pessoas, incluindo o empresário e seus auxiliares (Barreto Filho, LXXII/400). Essas teorias foram desenvolvidas pelo jurista italiano Asquini.

A posição subjetiva é a que considera a empresa como sujeito de direito, sendo decorrente da definição de empresário do art. 2.082 do Código Civil italiano. Antigamente, essa teoria via a empresa como o empresário, que é a idéia decorrente do direito italiano. Havia, porém, a necessidade de se distinguir o empresário da empresa, que não se confundem. Assim, a empresa é fonte de condições de trabalho e de organização e em decorrência traz conseqüências jurídicas.

A posição funcional compreende o desenvolvimento profissional de uma atividade e a organização dos meios para tanto, como da produção, visando à prestação de serviços ou à produção de bens. É a combinação do capital e do trabalho na produção. A atividade pressupõe continuidade, duração e, ao mesmo tempo, orientação, que tem por objetivo dirigir a produção para o mercado. Alguns autores costumam dizer que a empresa é o fundamento do comércio. O empresário seria, entretanto, o sujeito da empresa. Esta seria a atividade, e o estabelecimento o meio destinado à consecução dos objetivos da empresa. Assim, poderíamos dizer que a empresa se caracteriza como a atividade profissional do empresário, porém não de qualquer maneira, mas de forma organizada.

A posição objetiva entende que tanto a empresa como o estabelecimento constituem a finalidade do empresário. A empresa também poderia ser a forma do exercício do estabelecimento. O estabelecimento seria estático e a empresa seria compreendida num conceito dinâmico, correspondendo, portanto, a um bem imaterial. Seria possível ver a empresa não como pessoa jurídica, mas como objeto e não como sujeito de direito, porque a empresa é uma forma de atividade do empresário. O sujeito de direito, assim, seria o empresário. Se entendermos, porém, que a atividade pode constituir-se em objeto de direito sob certa tutela jurídica, a empresa pode ser considerada como objeto de direito.

Pág. 165

A teoria institucional é defendida por Maurice Hauriou e Rennard. A instituição seria uma coisa imóvel, que vai modificando-se em estágios sucessivos. Seria, portanto, a instituição o que perdura no tempo, tendo acepção de algo durável, contínuo. Seria, assim, o que surge para durar. Poderíamos lembrar a expressão popular: os homens passam, as instituições ficam. À medida que o conceito de empresa vai-se desenvolvendo é que ela vai adquirindo autonomia jurídica. Não se pode negar que uma empresa tem um aspecto real, de instituição, pois, mesmo que a lei dissesse que a empresa não seria empresa, ela continuaria existindo, ou as coisas continuariam existindo. A empresa desprende-se de seu criador e passa a ter uma realidade objetiva, cumprindo os fins que lhe são inerentes.

No âmbito do Direito do Trabalho, o predomínio da análise da empresa como instituição foi-se desenvolvendo a partir de vários estudos. A empresa seria, assim, uma instituição de direito privado, que tem por objetivo desenvolver uma função econômico-social, predominando sobre o interesse particular ou individual das partes. O que interessa é o social, o grupo (Mesquita, 1991:37).

O certo é que na economia moderna a empresa tem várias funções, em que são múltiplos os interesses a serem analisados: dos proprietários, dos administradores, dos empregados, da comunidade, do Estado etc. A empresa, portanto, não se subordina apenas aos interesses dos empresários. Uma das principais características desse desenvolvimento foi a dissociação entre a propriedade e o controle. Os proprietários que têm maioria na empresa é que detém seu controle; mas este pode ser, inclusive, exercido pela minoria. Pode acontecer de haver uma pulverização das ações ou cotas da empresa, em que ninguém, efetivamente, detenha seu controle; porém quem dirige a empresa é um gerente ou algo semelhante. Os próprios trabalhadores têm crescente participação na empresa, já se falando hoje em participação nos lucros e, inclusive, na gestão.

3. EMPREGADOR

A CLT diz que empregador é a empresa. Para uns, empresa é sujeito de direito, enquanto para outros é objeto de direito, analisada como um conjunto de bens, que não seria equiparável a sujeito de direito. Empregador deveria ser a pessoa física ou jurídica para aqueles que entendem que o empregador não é sujeito, mas objeto de direito. Não deixa de ser empregador aquela atividade organizada que vende bens ou serviços no mercado, mas que não tem finalidade de lucro, como as associações, as entidades de beneficência etc.

A equiparação do empregador à empresa tem por base a teoria institucionalista. A empresa é algo que perdura no tempo, feita para durar, duradoura.

Numa concepção mais objetiva, empregador é o ente destituído de personalidade jurídica. Não é requisito para ser empregador ter personalidade jurídica. Tanto é empregador a sociedade de fato, a sociedade irregular que ainda não tem seus atos constitutivos registrados na repartição competente, como a sociedade regularmente inscrita na Junta Comercial ou no Cartório de Registro de Títulos e Documentos. Será, também, considerado como empregador o condomínio de apartamentos, que não tem personalidade jurídica, mas emprega trabalhadores sob o regime da CLT (Lei n.° 2.757/56).

As entidades que não têm atividade econômica também assumem riscos, sendo consideradas empregadores. A CLT considera que essas pessoas são consideradas empregadoras por equiparação, como as entidades de beneficência ou as associações.

Outras pessoas também serão empregadores, como União, Estados-membros, municípios, autarquias, fundações, massa falida, espólio, microempresa. A empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica têm obrigações trabalhistas, sendo consideradas empregadoras (§ 1.° do art. 173 da CF).

A pessoa física, que, v.g., explora individualmente o comércio, também é considerada empregadora. É a chamada empresa individual. A microempresa também será considerada empregadora, apesar de ter tratamento diferenciado em relação à empresa comum quanto a certas obrigações trabalhistas.

Na Espanha, o Estatuto dos Trabalhadores esclarece que suas disposições se aplicam aos trabalhadores que voluntariamente prestem serviços retribuídos por conta alheia e no âmbito de organização e direção de outra pessoa física ou jurídica, chamada de empregador ou empresário (art. 1.1). Considera-se empresário a pessoa física ou jurídica ou a comunidade de bens que recebam a prestação de serviços dos trabalhadores (art. 1.2).

Na verdade, poderíamos concluir que é empregador aquele que tem empregado.

Muitas vezes, a condição de empregador fica dissimulada, não se sabendo se realmente aquela pessoa é empregador. Nessas ocasiões, há necessidade de desmascará-la para descobrir se efetivamente é empregador. Para tanto, utiliza-se da teoria da desconsideração da pessoa jurídica (disregard of legal entity) ou é preciso levantar o véu que encobre a corporação (to lift the corporate veil) para se verificar a existência da condição de empregador.

Uma das características do empregador é assumir os riscos de sua atividade, ou seja, tanto os resultados positivos como os negativos. Esses riscos da atividade econômica não podem ser transferidos para o empregado, como ocorre na falência, na concordata e quando da edição de planos econômicos governamentais.

O empregador admite o empregado, contrata-o para a prestação de serviços, pagando salários, ou seja, remunerando-o pelo trabalho prestado. Admitir do Latim admitio (ad + mitio, misi, missum) significando dar acesso, acolher, deixar entrar. O empregador admite, acolhe o empregado na empresa, dá acesso a ele na empresa. Há a direção do empregador em relação ao empregado, decorrente do poder de comando do primeiro, estabelecendo, inclusive, normas disciplinares no âmbito da empresa.

Não se exige o requisito pessoalidade do empregador. Esse requisito é essencial para o empregado, mas não para o empregador. O dono do empreendimento pode ser substituído, mas o empregado não pode se fazer substituir de forma permanente.

4. EMPRESA DE TRABALHO TEMPORÁRIO

A empresa de trabalho temporário é a pessoa física ou jurídica urbana, cuja atividade consiste em colocar à disposição de outras empresas, temporariamente, trabalhadores, devidamente qualificados, por elas remunerados e assistidos (art. 4.° da Lei n.° 6.019/74). O § 1.° do art. 15 da Lei n.° 8.036/90 considera empregador o fornecedor de mão-de-obra para os efeitos do FGTS, que é justamente a empresa de trabalho temporário.

A solidariedade existente entre a empresa de trabalho temporário e a tomadora dos serviços é parcial, pois se verifica apenas em caso da falência da primeira (art. 16 da Lei n.° 6.019/74) e para efeito de remuneração e indenização previstas na Lei n.° 6.019/74. Em outras hipóteses a responsabilidade seria subsidiária, desde que a empresa tomadora tenha participado do processo (En. 331, IV, do TST).

5. EMPREGADOR RURAL

Empregador rural é a pessoa física ou jurídica, proprietária ou não, que explore atividade agroeconômica, em caráter permanente ou temporário, diretamente ou por meio de prepostos e com auxílio de empregados (art. 3.° da Lei n.° 5.889/73).

Prédio rústico é o prédio ou a propriedade imobiliária situados no campo ou na cidade que se destine à exploração agroeconômica. É um prédio que não tem, por exemplo, água encanada, luz elétrica, gás - daí ser rústico.

Empregador rural não é apenas a pessoa que está na área rural. O sítio pode estar no âmbito urbano e o empregador ser rural. Logo, o importante é a atividade exercida pelo empregador, atividade agroeconômica, de agricultura ou pecuária.

É incluída na atividade econômica a exploração industrial em estabelecimento agrário não compreendido no âmbito da CLT.

Equipara-se ao empregador rural a pessoa física que, habitualmente, em caráter profissional, e por conta de terceiros, execute serviços de natureza agrária mediante utilização do trabalho de outrem (art. 4.° da Lei n.° 5.889/73).

Difere o empregador rural do urbano, pois o primeiro exerce sua atividade no campo, e o segundo, na cidade. Distingue-se o empregador rural do doméstico, pois este é a pessoa ou família que não tem atividade lucrativa, enquanto o primeiro tem atividade lucrativa.

6. EMPREGADOR DOMÉSTICO

O empregador doméstico é a pessoa ou família que, sem finalidade lucrativa, admite empregado doméstico para lhe prestar serviços de natureza contínua para seu âmbito residencial. Não pode, portanto, o empregador doméstico ser pessoa Jurídica.

7. GRUPO DE EMPRESAS

Na Alemanha, os grupos societários são chamados de Konzerns, evidenciando a concentração de empresas sob uma única direção econômica. Nos países anglo-saxônios, aparecem os trusts, as holdings. Outros países usam as denominações sociedades-mães e cappo-grupo (na Itália).

A Lei das Sociedades por Ações, Lei n.° 6.404/76, não define diretamente o grupo de sociedades, apenas menciona suas características no art. 265, estabelecendo que a sociedade controladora e suas controladas podem constituir grupo de sociedades, mediante convenção pela qual se obriguem a combinar recursos ou esforços para a realização dos respectivos objetos, ou a participar de atividades ou empreendimentos comuns.

Declara o art. 266 da mesma norma que as relações entre as sociedades, a estrutura administrativa do grupo e a coordenação ou subordinação dos administradores das sociedades filiadas serão estabelecidas na convenção do grupo. Deixa, porém, bem claro que "cada sociedade conservará personalidade e patrimônio distintos". A designação do grupo será feita pela expressão grupo de sociedades ou grupo (art. 267 da Lei n.° 6.404/76).

O consórcio é disciplinado nos arts. 278 e 279 da Lei n.° 6.404/76. O primeiro comando legal esclarece que as companhias e quaisquer outras sociedades, sob o mesmo controle ou não, podem constituir consórcio para executar determinado empreendimento; contudo, não têm personalidade jurídica e as consorciadas somente se obrigam nas condições previstas no respectivo contrato, respondendo cada uma por suas obrigações, sem presunção de solidariedade (§ 1.°).

O Direito do Trabalho vai verificar o grupo de empresas sob outro enfoque que não o do Direito Comercial, no sentido do grupo como empregador. A legislação trabalhista conceitua o grupo de empresas para os efeitos da relação de emprego, como se observa no § 2.° do art. 2.° da CLT, que tem a seguinte redação: "Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas personalidade jurídica própria, estiverem sob direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas."

Denota-se da orientação da CLT que o grupo econômico pressupõe a existência de pelo menos duas ou mais empresas que estejam sob comando único. De outro modo, segundo o art. 896 do Código Civil, só se pode falar em solidariedade se houver previsão em lei ou decorrer da vontade das partes. No caso da solidariedade para fins trabalhistas, há previsão expressa no § 2.° do art. 2.° da CLT.

É mister examinar se o grupo de empresas é o empregador único. A teoria da solidariedade passiva entende que não, pois existe apenas responsabilidade comum entre as empresas. A teoria da solidariedade ativa entende que o empregador é um só (o grupo), sendo que o empregado que trabalha para uma empresa presta serviços para o grupo todo. O grupo é credor do trabalho do empregado.

A relação que deve haver entre as empresas do grupo econômico é de dominação, mostrando a existência de uma empresa principal, que é a controladora, e as empresas controladas.

A dominação exterioriza-se pela direção, controle ou administração. O requisito principal é o controle de uma empresa sobre outra, que consiste na possibilidade de uma empresa exercer influência dominante sobre outra. Assim, o controle é exercido pelo fato de uma empresa deter a maioria das ações de outra, ou mesmo que tenha a minoria das ações, mas detendo o poder pelo fato de
Haver dispersão na titularidade das ações entre várias pessoas. A caracterização do controle pode ser evidenciada pelo fato de haver empregados comuns entre uma ou mais empresas, assim como acionistas comuns, mesmo que sejam de uma mesma família, e administradores ou diretores comuns, quando as empresas possuem o mesmo local ou a mesma finalidade econômica.

O controle é um dos fundamentos da direção, ou seja, é sua efetivação. Nem sempre a propriedade determinará a direção, pois muitas vezes nas empresas modernas há clara diferenciação entre a propriedade e o controle, pois acionistas minoritários podem dirigir a sociedade. Mesmo que se entendesse que a direção seria decorrente da teoria da instituição, que considera a empresa como verdadeira instituição, ainda assim iria verificar-se que a direção decorre dos órgãos que controlam a empresa. O poder de direção pode ser dividido em poder diretivo, de fiscalização e disciplinar, que iremos estudar mais adiante.

A administração decorre da organização do grupo, do poder de que uma empresa se investe em relação a outra, quanto à orientação e ingerência de seus órgãos. Dentro dessa concepção, se uma empresa é arrendada a outra, há possibilidade de se admitir a existência do grupo, pois ambas são administradas por uma só pessoa.

A existência do grupo de empresas é visualizada de forma melhor quando existem uma empresa-mãe e empresas-filhas, caracterizando o controle de uma sobre a outra, como ocorre com a holding.

O grupo de empresas deverá ter atividade industrial, comercial ou outra atividade qualquer, desde que seja econômica. Assim, o requisito básico é o de ter o grupo característica econômica. Assim, não pertencem ao grupo de empresas as associações de Direito Civil, os profissionais liberais, a administração pública. Embora os profissionais liberais exerçam atividade econômica e possam

ser agrupados, não se irá considerá-los para efeito trabalhista, como grupo econômico, porque assim não entendeu o legislador, visto que no § 1.° do art. 2.° da CLT equipara tais pessoas a empregador, o que mostra que não desejou considerá-los como grupo. O mesmo ocorre com as associações, entidades beneficentes e com os sindicatos, que não são considerados como grupo de empresas, pois não têm finalidade lucrativa e prestam serviços de natureza administrativa. A sociedade de economia mista, porém, poderá formar grupo de empresas, pois nesse caso ela está exercendo atividade privada, sujeita às regras do Direito Privado, inclusive do Direito do Trabalho (§ 1.° do art. 173 da Constituição). Não é necessário que entre as empresas haja controle acionário, nem que exista a empresa-mãe, a holding. O importante é que existam obrigações entre as empresas, determinadas por lei. É possível, também, a configuração do grupo de empresas quando o citado grupo seja dirigido por pessoas físicas com controle acionário majoritário de diversas empresas, havendo um controle comum, pois há unidade de comando, unidade de controle. A Lei n.° 6.404/76 estabelece que o grupo deve ser necessariamente de sociedades, mas no Direito do Trabalho o grupo é mais amplo, pois é grupo de empresas, dando margem à existência do grupo de fato ou do grupo formado por pessoas físicas.

Assim, as pessoas físicas de uma mesma família que controlam e administram várias empresas formarão o grupo econômico, pois comandam e dirigem o empreendimento, não importando que tipo de pessoa detenha a titularidade do controle, se pessoa física ou jurídica.

Cada empresa do grupo é autônoma em relação às demais, mas o empregador real é o próprio grupo. Mesmo que o grupo não tenha personalidade jurídica própria, não haverá sua descaracterização para os efeitos do Direito do Trabalho, pois é possível utilizar a teoria da desconsideração da personalidade jurídica (disregard of legal entity) ou levantar o véu que encobre a corporação (to lift the corporate veil).

Aparece também o grupo de empresas na atividade rural. Sempre que uma ou mais empresas, embora tendo cada uma delas personalidade jurídica própria, estiverem sob direção, controle ou administração de outra, ou ainda quando, mesmo guardando cada uma sua autonomia, integrem grupo econômico ou financeiro rural, serão responsáveis solidariamente nas obrigações decorrentes da relação de emprego (§ 2.° do art. 3.° da Lei n.° 5.889/73). Na Lei n.° 5.889/73, verifica-se que há a possibilidade de se estabelecer o grupo por coordenação e não apenas por subordinação, como ocorre com o § 2.° do art. 2.° da CLT. É o que se observa quando a Lei n.° 5.889/73 dispõe que as empresas podem guardar cada uma sua autonomia, ou seja, que as empresas não se submetem a controle de uma em relação a outra, mas há, entretanto, a direção única. É o que ocorre com empresas agroeconômicas que detêm a direção de outra em razão de participação acionária minoritária.

Embora cada empresa seja autônoma das demais, tendo personalidade jurídica própria (§ 2.° do art. 2.° da CLT), o empregador é uma só pessoa - o grupo -, pois o empregado pode ser transferido de uma empresa para outra do grupo. Pode ocorrer que determinada atividade seja transferida de uma para outra empresa do grupo econômico, o que também poderá acarretar a mudança do empregado para aquela empresa do grupo, sendo plenamente lícita essa transferência.

Será possível a soma do tempo de serviço prestado para as diversas empresas do grupo para efeito de férias, 13.° salário, estabilidade etc., o que se chama accessio temporis. Se o empregado foi transferido do exterior para trabalhar no Brasil, também será computado o tempo de serviço trabalhado no exterior para o mesmo grupo de empresas, para os efeitos do contrato de trabalho em nosso país.

Como existe responsabilidade solidária do grupo para os efeitos da relação de emprego, é porque o grupo é o empregador único, do contrário não haveria dívida.

A anotação na CTPS do empregado será feita na empresa em que o obreiro prestar os serviços. Nada impede, porém, que o empregado seja registrado no nome da holding, já que o empregador é o grupo. Na prática, o empregado normalmente é registrado na empresa em que presta serviços. Se o empregado for transferido de uma empresa para outra, deve-se fazer a anotação da transferência nas anotações gerais da CTPS do obreiro, de modo a indicar a referida condição. Nada impede também que a admissão seja feita no nome de uma empresa do grupo e a baixa em nome de outra, diante da colocação de que o empregador é o grupo.

O empregado, porém, não terá direito a mais de um salário se prestar serviços a mais de uma empresa do grupo econômico, mas apenas a um salário, pois empregador é o grupo.

Pág. 171

O Enunciado 129 do TST esclarece que "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".

Havendo, porém, ajuste em contrário, o empregado poderá ter mais de um contrato de trabalho e, portanto, mais de um salário. Mesmo que o empregado não tenha trabalhado para uma das empresas do grupo, esta será responsável pelas dívidas trabalhistas de outra ou outras empresas do grupo, pois o empregador é o grupo econômico. A solidariedade tanto é passiva como ativa, pois vale "para os efeitos da relação de emprego", visto que o empregador é o grupo.

Trabalhando o empregado para duas empresas, mediante um único contrato de trabalho, terá direito apenas a um único período de férias. Se trabalhar para mais de uma empresa do grupo econômico, por intermédio de dois ou mais contratos de trabalho, terá direito o obreiro a gozar férias em cada emprego.

O responsável solidário, para ser executado, deve ser parte no processo desde a fase de conhecimento. Não é possível executar uma das empresas do grupo econômico que não foi parte na fase processual de cognição, incluindo-a no pólo passivo da ação apenas a partir da fase da execução, quando já há coisa julgada. O Enunciado 205 do TST é claro no sentido de que "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".

Entretanto, o empregado pode escolher de quem quer receber a obrigação, considerando o grupo como se fosse um só devedor. O credor tem direito de exigir a dívida de um ou de qualquer dos outros devedores solidários. Assim, para que o empregado possa cobrar a dívida trabalhista de outras empresas do grupo terá de incluí-las no pólo passivo do processo desde o início do litígio.

Seria possível a reintegração de um empregado em uma empresa que não participou do processo, mas era do mesmo grupo econômico? Por questões processuais não. O grupo pode não estar formalizado, existindo sem a configuração de uma empresa "holding", mas controlado de fato pelas mesmas pessoas. Se uma empresa não participou da relação processual, não pode ser condenada a reintegrar empregado, ainda que pertencente ao mesmo grupo econômico.

8. DONO DE OBRA

Discute-se se o dono de obra que está construindo ou reformando sua residência é empregador da pessoa que lhe presta serviços de construção.

No Direito Civil, distingue-se a empreitada (locatio operis), em que se contrata uma obra, determinado resultado - a realização de certa obra - da locação de serviços (locatio operarum), em que prepondera a própria força de trabalho, não se contratando uma obra, mas a atividade da pessoa, por exemplo: a do advogado, do contador, do médico etc. O contrato de trabalho distancia-se da locação de serviços em função da subordinação existente entre empregado e empregador, ao passo que na locação de serviços há autonomia do prestador de serviços, que não é subordinado ao locador de serviços.

Pág. 172

O dono de obra não pode ser considerado empregador, pois não assume os riscos da atividade econômica, nem tem intuito de lucro na construção ou reforma de sua residência. O aumento de patrimônio, em função da construção realizada, não pode ser considerado risco da atividade econômica, nem se enquadra o dono da obra no conceito de empresa. Esta, do ponto de vista econômico, é a atividade organizada para a produção de bens e serviços para o mercado, com fito de lucro.

No caso, não estão sendo produzidos bens para o mercado com intuito lucrativo, visto que o dono da obra não exerce a atividade de construção civil. A necessidade de moradia não implica a assunção de riscos de atividade econômica, pois inexiste lei que determine a imprescindibilidade de se construir uma residência por intermédio de construtora. É plenamente lícito contratar um empreiteiro para a construção ou reforma da casa própria.

Não há equiparação do dono da obra com os profissionais liberais, instituições de beneficência, associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos (§ 1.° do art. 2.° da CLT), pois o dono da obra não se assemelha a tais pessoas.

O contrato entre o dono da obra e o prestador de serviços não é de trabalho doméstico. Na verdade, o empreiteiro não é subordinado ao dono da obra, pois assume os riscos de sua própria atividade, possui mais de uma obra em andamento, como pode ter várias pessoas que o auxiliam, além de os serviços prestados muitas vezes não serem contínuos, nem para o âmbito residencial, como o do motorista, jardineiro, mordomo, cozinheira etc.

Não se pode falar também em contrato de trabalho por prazo determinado para a construção da obra, porque os elementos subordinação e assunção dos riscos da atividade econômica não estão presentes.

No TST, encontramos acórdão entendendo pela inexistência da relação do emprego: "O dono da obra não pode ser considerado empregador porque não exerce, na construção, atividade econômica, sendo que na hipótese do § 1.° do art. 2.° da CLT não existe alusão ao mesmo. Revista conhecida e provida para julgar o reclamante carecedor da ação proposta." (TST, 1.ª T., Proc. RR 4672/84, Rel. Min. Fernando Franco, DJ 106/85.)

Se o dono da obra é uma construtora, que tem intuito de comercializar a moradia, ou se é uma imobiliária, que tem interesse em vendê-la ou alugá-la, aí, sim, pode haver a relação de emprego com o prestador dos serviços, pois tanto uma como outra exercem atividade econômica, assumindo os riscos do empreendimento, desde que, naturalmente, haja, também, subordinação.

9. EMPREGADOR POR EQUIPARAÇÃO

O § 1.° do art. 2.° da CLT equipara a empregador certas pessoas.

Assim procede a norma consolidada porque essas pessoas não podem ser enquadradas exatamente na definição de empregador como empresa.

Pág. 173

Dessa forma, embora não sejam "empresas" no sentido estrito da palavra O profissional autônomo, as instituições de beneficência, as associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos, como os sindicatos, se admitirem empregados, serão equiparados a empregador, exclusivamente para os efeitos da relação de emprego.

Logo, se o profissional autônomo ou o sindicato tiverem empregados, serão considerados empregadores, segundo a CLT, por equiparação.

Melhor seria se a definição da CLT dissesse que empregador é a pessoa física ou jurídica que tivesse empregados, pois acabaria com essa distinção em falar em empregador por equiparação.

O condomínio de apartamentos também pode ser considerado equiparado a empregador, desde que possua empregados. Os direitos dos empregados não são exercitados contra os moradores do condomínio em particular, mas contra a administração do edifício. Para que o condomínio seja considerado empregador, é preciso que seus empregados (porteiros, zeladores, faxineiras) estejam a serviço da administração do edifício e não de cada condômino em particular (art. 1.° da Lei n.° 2.757/56). Os condôminos responderão apenas proporcionalmente pelas obrigações previstas nas leis trabalhistas, inclusive as judiciais e extrajudiciais (art. 3.° da Lei n.° 2.757/56).

10. ALTERAÇÕES NA EMPRESA

A Lei n.° 62, de 5-6-1935, dispunha no seu art. 3.° que nas empresas de trabalho contínuo, a mudança de proprietário não rescinde o contrato de trabalho, conservando os empregados, para com o novo empregador, os direitos que tinham em relação ao antigo.

Estabelecia a Constituição de 1937 que "nas empresas de trabalho contínuo, a mudança de proprietário não rescinde o contrato de trabalho, conservando os empregados, para com o novo empregador, os direitos que tinham em relação ao antigo" (art. 137, g).

A alteração da empresa pode ser feita, assim, de dois modos: em sua estrutura jurídica ou na mudança de sua propriedade.

A CLT tem dois artigos que tratam do tema: o art. 10 estabelece que "qualquer alteração na estrutura jurídica da empresa não afetará os direitos adquiridos por seus empregados"; e o art. 448: "a mudança na propriedade ou na estrutura jurídica da empresa não afetará os contratos de trabalho dos respectivos empregados". O art. 10 da CLT diz respeito aos direitos do empregado, enquanto o art. 448 da CLT está ligado ao contrato de trabalho.

Ocorre mudança na estrutura jurídica da empresa na transformação da empresa individual para sociedade ou vice-versa; na alteração de sociedade anônima para limitada ou de uma para outra forma de sociedade. A mudança na propriedade da empresa diria respeito aos detentores do capital, do número de cotas ou ações. Tais alterações não poderiam, evidentemente, prejudicar o empregado. Por esse motivo, a lei faz expressa ressalva de que os direitos adquiridos dos empregados, ou o próprio contrato de trabalho, não poderão ser afetados.

Transformação é a operação pela qual a sociedade passa, independentemente de dissolução e liquidação, de um tipo para outro (art. 220 da Lei n.° 6.404/76). Incorporação é a operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações (art. 227 da Lei n.° 6.404). Fusão é a operação pela qual se unem duas ou mais sociedades para formar sociedade nova, que lhes sucederá em todos os direitos e obrigações (art. 228 da Lei n.° 6.404). Cisão é a operação pela qual a companhia transfere parcelas de seu patrimônio para uma ou mais sociedades, constituídas

para esse fim ou já existentes, extinguindo-se a companhia cindida, se houver versão de todo seu patrimônio, ou dividindo-se o seu capital, se parcial a versão (art. 229 da Lei n.° 6.404). Não se poderia falar, porém, em sucessão de empresas, mas em sucessão de empresários no comando da empresa, quando houvesse mudança em sua propriedade. Poderíamos aplicar por analogia os arts. 10 e 448 da CLT nos casos citados, pois o empregado não poderá ser prejudicado com as alterações na empresa.

Sucessão vem a ser a modificação do sujeito em dada relação jurídica. Assim, há necessidade de que exista a mesma relação jurídica, porém sujeitos diversos, que se sucedem.

Na transformação não existe sucessão, pois o empregador continua sendo o mesmo, apenas houve alteração na sua estrutura jurídica.

O empregado não tem um direito real, de crédito, contra o empregador, pois não grava determinado bem de seu patrão.

Só se poderia falar em sucessão de empregadores na hipótese de a empresa ter vários estabelecimentos e transferir um deles para terceiros, sem que houvesse solução de continuidade na prestação dos serviços. No caso, os empregados do estabelecimento transferido teriam novo empregador.

O empregado não poderá recusar-se a prestar serviços ao sucessor. O tempo de serviço será computado na mudança, inclusive para efeito de indenização e férias. Será desnecessária a elaboração de novo registro de empregado, exceto se houver alteração na razão social da empresa, quando será preciso fazer a anotação na CTPS do empregado e na ficha de registro da respectiva mudança.

A empresa sucessora assume as obrigações trabalhistas da empresa sucedida e a sua posição no processo. Podem os bens da sucessora ser penhorados no processo, pois o empregador é a empresa, independentemente da mudança na sua estrutura ou na sua propriedade.

Evaristo de Moraes Filho fala que não se trata de sucessão de empresa, mas sucessão de empregadores (Introdução ao Direito do Trabalho, São Paulo : LTr, p. 227, 1978).

O contrato de trabalho segue o estabelecimento, mesmo que este seja vendido a outra pessoa e não a empresa toda.

O sucessor fica responsável pelas obrigações do sucedido.

Na sucessão mudam-se os sujeitos da relação.

Na questão trabalhista não há essa mudança, pois o empregador continua sendo o mesmo, apenas há mudança na propriedade ou estrutura jurídica da empresa.

Não tem qualquer valor acordo ou convenção das partes de forma a elidir os direitos trabalhistas dos empregados, como de se colocar numa cláusula que o antigo proprietário é que deve pagar os débitos trabalhistas. Empregador é quem está atualmente dirigindo a empresa.

Se persiste a finalidade econômica do conjunto patrimonial e são mantidos os contratos de trabalho, empregador é quem continua nessa atividade.

Pode ocorrer entre arrendatários que se substituem na exploração: a - de mesmo serviço; b - entre pessoas de direito público e privado; c - na sucessão por fusão; d - é possível a sucessão num só estabelecimento da empresa desde que seja um núcleo diferenciado, capaz de sobrevivência autônoma juridicamente.

A mera substituição da pessoa jurídica na exploração de concessão de serviço público, não caracteriza sucessão de empresas. Se persiste o mesmo ponto, clientes, móveis, máquinas, organização e empregados, teremos sucessão.

É comum de os empregados de uma empresa concessionária serem mantidos prestando serviços ao mesmo concedente. Entretanto, com o término da concessão

são dispensados da empresa anterior, com o pagamento das verbas rescisórias e admitidos na outra empresa. Esta tem sede e bens completamente distintos da anterior.

Não existe responsabilidade solidária do sucessor e do sucedido, mas apenas responsabilidade do sucessor, que é o empregador.

O contrato de trabalho é personalíssimo em relação ao empregado (art. 2.° da CLT), mas não em relação ao empregador.

Para o Direito do Trabalho a sucessão tem um aspecto mais econômico do que Jurídico.

VERIFICAÇÃO DE APRENDIZAGEM

1. O que é empregador?
2. O que é empresa de trabalho temporário?
3. O que é empregador doméstico?
4. Como se caracteriza o grupo de empresas?
5. Podemos dizer que o grupo de empresas é o empregador único? Por quê?
6. Como se dá a solidariedade no grupo de empresas?
7. Existe grupo de empresas na atividade rural?
8. O dono de obra pode ser considerado empregador?

16

PODER DE DIREÇÃO DO EMPREGADOR

1. INTRODUÇÃO

Como o empregado é um trabalhador subordinado, está sujeito ao poder de direção do empregador.

O poder de direção é a forma como o empregador define como serão desenvolvidas as atividades do empregado decorrentes do contrato de trabalho.

O fundamento legal do poder de direção é encontrado no art. 2.° da CLT, na definição de empregador, pois este é quem dirige as atividades do empregado.

Várias seriam as teorias que procuram justificar o poder de direção do empregador. O empregador dirige o empregado, pois é proprietário da empresa.

A segunda teoria esclarece que o empregado está sob subordinação do empregador, ou seja, sujeita-se às ordens de trabalho. O reverso da subordinação seria o poder de direção do empregador, dirigindo a atividade do empregado. O poder de direção, assim como a subordinação, são decorrentes do contrato de trabalho.

A terceira teoria entende que a empresa é uma instituição. Considera-se instituição aquilo que perdura no tempo. O poder de direção seria decorrente do fato de o empregado estar inserido nessa instituição, devendo obedecer a suas regras.

Para alguns autores, o poder de direção seria um direito potestativo, ao qual o empregado não poderia opor-se. Esse poder, porém, não é ilimitado, pois a própria lei determina as limitações do poder de direção do empregador.

Decorre o poder de direção da lei (art. 2.° da CLT) e do contrato de trabalho.

Compreende o poder de direção não só o de organizar suas atividades, como também de controlar e disciplinar o trabalho, de acordo com os fins do empreendimento.

2. PODER DE ORGANIZAÇÃO

O empregador tem todo o direito de organizar seu empreendimento, decorrente até mesmo do direito de propriedade. O empregador estabelecerá qual a

atividade que será desenvolvida: agrícola, comercial, industrial, de serviços etc.

Pág. 177

A estrutura jurídica também será determinada pelo empregador, que estabelecerá ser melhor o desenvolvimento de suas atividades mediante empresa individual, sociedade por cotas de responsabilidade limitada, por ações etc.

O empregador determinará o número de funcionários de que precisa, os cargos, funções, local de trabalho etc.

Dentro do poder de organização, encontraremos a possibilidade de o empregador regulamentar o trabalho, elaborando o regulamento de empresa.

3. PODER DE CONTROLE

O empregador tem o direito de fiscalizar e controlar as atividades de seus empregados. Os empregados poderão ser revistados no final do expediente, porém não poderá ser a revista feita de maneira abusiva ou vexatória, ou seja, deverá ser moderada. Vedada será a revista que violar a intimidade do empregado (art. 5.°, X, da Constituição), além do que ninguém será submetido a tratamento desumano ou degradante (art. 5.°, III, da Lei Magna). A própria marcação do cartão de ponto é decorrente do poder de fiscalização do empregador sobre o empregado, de modo a verificar o correto horário de trabalho do obreiro, que inclusive tem amparo legal, pois nas empresas de mais de 10 empregados é obrigatória a anotação da hora de entrada e de saída, em registro manual, mecânico ou eletrônico, devendo haver a assinalação do período de repouso (§ 2.° do art. 74 da CLT).

4. PODER DISCIPLINAR

As teorias que fundamentam o poder disciplinar podem ser resumidas nas seguintes: (a) negativista; (b) civilista; (c) penalista; (d) administrativista.

A teoria negativista esclarece que o empregador não pode punir o empregado, pois o direito de punir é pertencente ao Estado, que detém o direito privativo inerente ao jus puniendi. Argumentam certos autores que, se não se admitisse o direito de punir como prerrogativa do Estado, o empregado também poderia punir o empregador. Pondera-se, ainda, que no direito moderno uma pessoa não pode exercer um poder coativo sobre outra. Na verdade, o Estado não possui todo o poder, ou seu monopólio, pois o poder disciplinar está num nível inferior ao poder do Estado, podendo o empregador estabelecer sanções, principalmente para manter a ordem e a disciplina na empresa. Lembre-se mesmo que o pai, no exercício do pátrio poder, pode punir seu filho, ou mesmo as agremiações podem determinar punições a seus associados, como acontece, inclusive, nos clubes.

A teoria civilista ou contratualista estabelece que o poder disciplinar decorre do contrato de trabalho. As sanções disciplinares estariam equiparadas às sanções civis, como se fossem cláusulas penais. Entretanto, as sanções civis dizem respeito a indenizar uma pessoa pelo prejuízo causado por outra, ou seja, restabelecer a situação patrimonial da pessoa atingida. O objetivo da sanção disciplinar é impor ordem e disciplina no ambiente de trabalho. As sanções disciplinares dizem respeito a qualquer falta ocorrida no âmbito da empresa, enquanto a sanção civil decorre quase exclusivamente do inadimplemento do contrato.

Pág. 178

A sanção civil tem por objeto recompor o dano causado ao patrimônio de uma pessoa por ato de outrem; a sanção disciplinar, porém, não tem esse objetivo, podendo ter um efeito meramente moral e pedagógico, como ocorre na advertência.

A teoria penalista informa que as penas têm o mesmo objetivo: assegurar a ordem na sociedade. A diferença seria que a pena prevista no Código Penal visa assegurar a repressão em relação a todo indivíduo que cometer um crime, enquanto a pena disciplinar está adstrita apenas aos empregados e no âmbito da empresa. A pena, entretanto, no Direito Penal deve estar prevista em lei (art. 5.°, XXXIX, da Constituição), enquanto necessariamente a sanção disciplinar não é prevista em lei. Nota-se, contudo, que o direito de punir deve ser exercido independentemente da vontade da pessoa que irá aplicar a lei, enquanto no poder disciplinar o empregador pode perdoar o empregado e não puni-lo. No âmbito do Direito Penal a pena é determinada pelo juiz, como órgão dotado de jurisdição, enquanto o poder disciplinar não é aplicado por um juiz, mas pelo empregador.

A teoria administrativista entende que o poder disciplinar decorre do poder de direção, de o empregador administrar a empresa de maneira que ela venha a funcionar adequadamente. Derivaria a teoria administrativista da idéia de que a empresa é uma instituição, equiparando-se ao ente público, podendo, assim, o empregador impor sanções disciplinares ao empregado, até mesmo porque é o dono do empreendimento, devendo manter a ordem e a disciplina no âmbito da empresa.

Não deixa de ser, portanto, o poder disciplinar um complemento do poder de direção, do poder de o empregador determinar ordens na empresa, que, se não cumpridas, podem gerar penalidades ao empregado, que deve ater-se à disciplina e respeito a seu patrão, por se encontrar sujeito a ordens de serviço, que devem ser cumpridas, salvo se ilegais ou imorais. Logo, o empregador pode estabelecer penalidades a seus empregados.

O empregado poderá ser advertido e suspenso. Não poderá ser multado, salvo o atleta profissional de futebol (art. 15 da Lei n.° 6.354/76). A advertência muitas vezes é feita verbalmente. Caso o empregado reitere o cometimento de uma falta, aí será advertido por escrito. Na próxima falta, deveria ser suspenso. O empregado não poderá, porém, ser suspenso por mais de 30 dias, o que importará a rescisão injusta do contrato de trabalho (art. 474 da CLT). Normalmente, o empregado é suspenso por um a cinco dias.

Não é necessário, contudo, que haja gradação nas punições do empregado. O empregado poderá ser dispensado diretamente, sem antes ter sido advertido ou suspenso, desde que a falta por ele cometida seja realmente grave. O melhor seria que na primeira falta o empregado fosse advertido verbalmente; na segunda, fosse advertido por escrito; na terceira, fosse suspenso; na quarta fosse demitido.

É claro que o Poder Judiciário poderá controlar a pena aplicada pelo empregador, como ocorreria se o empregado não tivesse cometido a falta ou a falta fosse inexistente. O mesmo pode-se dizer se o poder disciplinar for exercido ilicitamente ou arbitrariamente pelo empregador. Entende-se, entretanto, que o Poder Judiciário não poderá graduar a penalidade, que está adstrita ao empregador, pois, caso contrário, poderia, também, aumentar a pena imposta.

5. REGULAMENTO DE EMPRESA

5.1 Introdução

Nossa legislação não trata especificamente do regulamento de empresa, definindo-o ou explicitando seu contendo. As únicas disposições que encontramos em nosso direito positivo são bastante genéricas e inespecíficas. O parágrafo único do art. 391 da CLT menciona que é vedado o regulamento fazer qualquer

restrição quanto ao direito da mulher a seu emprego, por motivo de casamento ou de gravidez. O art. 144 da CLT esclarece que o abono de férias concedido em regulamento de empresa, desde que não excedente de 20 dias de salário, não integrará a remuneração do empregado para efeitos trabalhistas. Alguns enunciados do TST, porém, tratam do assunto, como os de números 72, 77, 84, 87, 92, 97, 186, 288, 313, 326 e 327.

Antes de analisarmos o regulamento de empresa no Brasil, mister se faz a verificação do que ocorre em outros países, mormente se existem normas legais sobre o tema.

5.2 Direito comparado

Em Portugal, o regulamento de empresa não é obrigatório. Nas empresas que o possuírem, há necessidade de que seja submetido à aprovação do Instituto Nacional do Trabalho e Previdência, devendo ser ouvidas as comissões corporativas. Se no prazo de 30 dias, a contar da entrada no serviço competente, não forem objeto de despacho, seja pelo deferimento ou indeferimento, serão considerados aprovados (art. 39.3 do Decreto-lei n.° 49.408/69). O Decreto-lei n.° 49.408 explicita, ainda, que na hipótese de a empresa ter regulamento interno, aprovado pela autoridade competente, o conteúdo do regulamento deve ser tornado público, sendo afixado na sede da empresa e nos locais de trabalho, de modo que os trabalhadores possam, a qualquer momento, ter conhecimento de seu conteúdo (art. 39.4).

Na França, o regulamento de empresa é chamado de règlement d'atélier. Por uma Ordenança de 1945, os regulamentos de empresa foram tornados quase obrigatórios e seu conteúdo às vezes imperativamente determinado. Atualmente, as empresas com mais de 20 empregados são obrigadas a possuir regulamento de empresa. O art. 22, a, do Livro I, do Código do Trabalho reza que o regulamento de empresa, para ser implantado numa empresa industrial ou comercial, deve ser submetido à apreciação do Comitê de Empresa, caso existente, ou, em sua falta, ao Juízo dos Delegados de Pessoal. O inspetor do trabalho também poderá examinar o conteúdo do regulamento, podendo exigir a supressão ou modificação das determinações que forem contrárias à legislação e seus regulamentos.

Na Itália, o regulamento de empresa (regolamento aziendale, regolamento di azienda, regolamento di fabrica) deve ser submetido à comissão interna da empresa, não sendo elaborado exclusivamente pelo empregador.

No México, a Lei Federal do Trabalho de 1970, no art. 474, I, determina que o regulamento interno de trabalho seja formulado por uma comissão mista de representantes aos trabalhadores e do patrão.

A doutrina mexicana entende que o regulamento é um ato legislativo (Guerreiro, 1977:326).

Na Alemanha, não há, propriamente, um regulamento de empresa. A lei de organização do estabelecimento (Betriebsverfassunsgesetz), de 15-1-1972, estabelece no § 77, I, 1, a celebração do acordo de empresa (Betriebsvereinbarung), mediante negociações entre o empregador e a representação do pessoal, desempenhada esta pelo conselho de estabelecimento (Betriebsrat), que analisa as proposições patronais (Schaub, 1987:1476).

A Áustria também não possui um regulamento de empresa. A lei de organização do trabalho (Arbeitsverfassungsgesetz), de 1974, no § 29, menciona o acordo de empresa, celebrado entre o empregador e o órgão de pessoal (Belegschaftsorgan). O órgão de pessoal pode ser o conselho de estabelecimento (Betriebsrat), que verificará a possibilidade de ser feito o acordo de empresa (Schwartz e Loschnigg, 1985:84).

Na Suíça, não existe também o regulamento de empresa, muito menos a representação de pessoal é regida por lei. O art. 37, 4, da lei do trabalho (Arbeitsgesetz), de 1966, estabelece que o acordo de empresa (Betriebs-vereinbarung) é observado por intermédio de ajuste entre o empregador e a representação dos trabalhadores, em que os obreiros é que livremente a elegem (Rehbinder, 1979:195).

5.3 Denominação

O regulamento de empresa pode ser encontrado sob várias denominações, como regulamento de comércio, regulamento de ordem, regulamento de ordem interior, regulamento de oficina. No Brasil, costuma-se utilizar as expressões regulamento interno, regulamento de trabalho, regulamento de fábrica ou regulamento de serviço. Normalmente, nos países de língua espanhola utiliza-se a denominação regulamento de taller. Preferimos utilizar a denominação regulamento de empresa, que é a mais corrente, dando a idéia de que ela se refere às regras internas a serem observadas no âmbito da empresa e não apenas no estabelecimento. Não se pode, porém, tentar distinguir a denominação sob o ramo de atividade, como regulamento de comércio, indústria etc. O mesmo se pode dizer ao usarmos as expressões regulamento de fábrica ou de serviços, que mostram o ramo de atividade da empresa. Da mesma forma, não se pode falar em regulamento de ordem ou de ordem interna, que não tem um significado preciso, nem demonstra a que se refere a ordem e em que âmbito.

5.4 Conceito

Regulamento de empresa é um conjunto sistemático de regras, escritas ou não, estabelecidas pelo empregador, com ou sem a participação dos trabalhadores, para tratar de questões de ordem técnica ou disciplinar no âmbito da empresa, organizando o trabalho e a produção.

O regulamento de empresa e um conjunto sistematizado de regras, o que exclui os avisos e circulares existentes na empresa. Trata-se de normas que se inter-relacionam, tendo em vista questões de ordem técnica ou disciplinar no âmbito da empresa.

Pode o regulamento de empresa ser escrito ou não, pois até mesmo o contrato de trabalho pode ser feito verbalmente (art. 443 da CLT), sendo que o mesmo pode ocorrer com o regulamento. De preferência, deveria ser feito por escrito.

Normalmente, o regulamento de empresa é imposto unilateralmente pelo empregador, mas nada impede que haja a participação dos trabalhadores em sua elaboração.

Observa-se pelo referido conceito que o regulamento de empresa decorre do poder de direção do empregador, não só de organizar a produção e o trabalho, mas também de estabelecer regras disciplinares dentro da empresa.

No Brasil, o regulamento de empresa independe de qualquer homologação por parte do Estado para que possa ter validade. Apenas o quadro organizado em carreira, que em muitos casos faz parte do regulamento, é que depende de homologação por parte do Ministério do Trabalho (En. 6 do TST) ou pelo antigo Conselho Nacional de Política Salarial (En. 231 do TST). Pode, contudo, a empresa ter quadro de carreira e não ter regulamento e vice-versa, porém o regulamento sempre será mais amplo do que o quadro de carreira; geralmente, este estará incluído naquele.

5.5 Distinção

Distingue-se o regulamento de empresa do contrato de trabalho. O contrato de trabalho existe entre as partes, mesmo sendo verbal o pacto. Certas empresas podem não ter regulamento de empresa. Geralmente o regulamento de empresa é imposto pelo empregador ao empregado, enquanto que no contrato de trabalho há um ajuste de vontades, ainda que tácito.

Não se confunde o regulamento de empresa com o quadro de carreira. Este apenas serve para verificar as promoções por antiguidade e merecimento. O regulamento de empresa pode conter o quadro de carreira. No regulamento de empresa também pode estar incluído o plano de cargos e salários, mas este, porém, não é obrigatório. Tanto no quadro de carreira como no plano de cargos e salários não estão incluídas certas normas inerentes apenas à empresa, como seu horário de funcionamento.

Difere o regulamento de empresa da convenção coletiva e do acordo coletivo de trabalho, apesar de tanto um como outro conterem condições de trabalho. No regulamento de empresa, essas condições podem ser impostas aos trabalhadores, enquanto naquelas normas sempre há um acordo de vontades. Entretanto, as regras estabelecidas no regulamento não poderão ser contrárias às daquelas normas coletivas, a não ser para fixar condições mais benéficas ao trabalhador.

5.6 Natureza jurídica

Há várias teorias que procuram justificar a natureza jurídica do regulamento de empresa, como as contratualistas, as institucionalistas e as mistas. A teoria contratualista esclarece que o regulamento de empresa tem natureza contratual, decorrente do contrato de trabalho.

Com base na teoria institucional, a empresa seria considerada uma instituição, tendo poderes normativos e disciplinares sobre seus funcionários; o empresário elaboraria uma lei dentro da empresa. Para a teoria mista, o regulamento tem características contratuais (fixação da jornada de trabalho, de salários etc.) e institucionais (decorrentes do poder de direção do empregador).

O regulamento de empresa não deixa de ser um contrato, ainda que sob a modalidade de contrato de adesão, ao qual o empregado adere quando inicia o trabalho na empresa. Mesmo que o regulamento seja elaborado apenas pelo empregador, a partir do momento em que o empregado toma conhecimento do regulamento, este adere a seu contrato de trabalho. Mais se justifica a natureza contratual do regulamento quando ele é elaborado em conjunto pelo empregador e pelo empregado, em função do ajuste feito entre as partes.

Não se pode dizer, contudo, que o regulamento seja uma lei material, pois decorre do contrato de trabalho, nem que o empregador passe a ser legislador. Podemos dizer que a norma legal independe da vontade da aceitação dos destinatários, visto que é compulsória, ou seja: não é facultativa. Mesmo que a pessoa não aceite a lei, ela deverá ser cumprida. Ao contrário, o regulamento da empresa somente tem validade com a aceitação dos empregados, ainda que tacitamente, quando da feitura do contrato de trabalho, pois este, segundo a CLT (art. 443), pode ser tácito ou expresso.

No entanto, verificamos na natureza jurídica do regulamento de empresa a predominância da teoria mista, pois há realmente tanto aspectos contratuais, em que as próprias partes podem fixar condições de trabalho (salários, férias, horário de trabalho etc.), como institucionais, decorrentes do poder de direção do empregador, de estabelecer regras no âmbito da empresa, de uma verdadeira lei interna do empregador.

5.7 Finalidade

A finalidade do regulamento de empresa é estabelecer normas disciplinares a respeito da organização do trabalho na empresa, especificando certas particularidades desta, além de fixar as condições técnicas em que o trabalho vai ser exercido no âmbito empresarial. De certa forma, podemos dizer que o regulamento vai uniformizar as questões de trabalho dentro da empresa, estabelecendo certos padrões que deverão ser seguidos pelo empregador e pelos empregados. Não se pode pretender, entretanto, que o regulamento de empresa vá regular todas as atividades desenvolvidas no seio da empresa, nem que vá tratar apenas das atividades do trabalhador; ao contrário, vai versar sobre direitos e deveres do empregador e do empregado.

5.8 Modalidades

Os regulamentos de empresa podem ser divididos em várias modalidades, quanto à forma, validade, natureza e obrigatoriedade:

a. Quanto à forma de elaboração, os regulamentos de empresa podem ser unilaterais ou bilaterais. Unilaterais, quando elaborados exclusivamente pelo empregador, sendo impostos aos trabalhadores.

Bilaterais, quando elaborados pelo empregador e os empregados ou com a participação do sindicato profissional ou comitê de empresa. Normalmente, os regulamentos de empresa são elaborados unilateralmente pelo empregador, embora a tendência moderna seja a participação dos trabalhadores em sua confecção, até mesmo para dar caráter democrático ao estabelecimento das regras a serem observadas dentro da empresa;

b. Quanto à validade, os regulamentos podem ser dependentes ou não de homologação por parte do Poder Público. No Brasil, o regulamento de empresa independe de homologação por qualquer órgão ou autoridade para que possa ter validade, muito menos há necessidade de que seja elaborado em conjunto com o sindicato ou com comitê de empresa ou órgão de representação dos trabalhadores;

c. Quanto à natureza, os regulamentos podem ser públicos ou privados. São públicos se emanados do Estado, como ocorre nos regimes totalitários. Privados ou particulares, quando se originam na empresa ou são elaborados pelo empregador em conjunto com os empregados;

d. Quanto à obrigatoriedade, os regulamentos podem ser obrigatórios ou facultativos. Obrigatórios, quando são impostos por lei. Facultativos, quando os próprios interessados verificam a conveniência de elaborar o regulamento. No Brasil, os regulamentos de empresa são facultativos, pois não há nenhuma lei que imponha sua observância.

5.9 Conteúdo

No regulamento de empresa, podem ser distinguidas algumas espécies de cláusulas: (a) contratuais, que irão estabelecer regras complementares ao contrato de trabalho, criando direitos em favor do empregado; (b) disciplinares, decorrentes do poder disciplinar do empregador, que irá estabelecer normas técnicas na empresa, determinando punições para quem descumprir as regras especificadas. Alguns autores afirmam, ainda, que haveria cláusulas de natureza mista, pertencentes ao mesmo tempo às duas espécies anteriormente enunciadas, e que, assim, com elas se confundiriam, como seria, por exemplo, o estabelecimento do horário de trabalho na empresa, que teria natureza contratual, num primeiro momento, e de disciplinar a produção, num segundo plano.

Nossa legislação não versa a respeito do assunto, porém certas propostas de modificação de nosso direito positivo do trabalho vieram a tratar do tema. O

Anteprojeto de Código do Trabalho, de Evaristo de Moraes Filho, em seu art. 520 arrolava o conteúdo do regulamento:

"I - nome da firma e denominação da empresa, dos estabelecimentos ou dos locais de trabalho aos quais se aplica; II - condições que regem o recrutamento do pessoal, aprendizagem e contrato de prova, quando for o caso; III - o horário de trabalho (diurno, noturno, misto, com revezamento), horas e locais de início e término da jornada de trabalho, horas extraordinárias, montantes de acréscimo salarial etc., IV - modos de cálculo (tempo, peça, tarefa, comissões etc.) e pagamento do salário (dia, hora e local);

V – critérios para cálculo e participação nos lucros; VI - disposições sobre higiene e segurança do trabalho, notadamente nas atividades perigosas ou insalubres; VII - trabalhos proibidos a mulheres e menores; VIII - o sistema de promoções quando houver, organizado em carreira; IX - precauções para evitar acidentes do trabalho e instruções concernentes aos socorros de urgência em caso de acidentes; X - datas e condições para prestações médicas a cargo do empregador ou medidas profiláticas, exames médicos etc.; XI - os princípios disciplinares do estabelecimento ou serviço; XII - os direitos e deveres do pessoal, de natureza técnica e moral; XIII - ordem hierárquica dos representantes do empregador, chefes de serviço, contramestres e demais encarregados da disciplina; XIV - menção dos cargos ou funções não efetivas e as de confiança."

No Anteprojeto de modificação da Consolidação das Leis do Trabalho, elaborado pela Comissão Interministerial instituída pela Portaria n.° 542, de 19-9-75, dos Ministros da Justiça e do Trabalho, apenas foi consignado que "do regulamento da empresa poderão constar, além das disposições sobre o contrato de trabalho, normas de natureza técnica inerentes à organização produtiva e à execução do trabalho" (art. 12).

Na prática, constam do regulamento de empresa, além das regras já referidas, não apenas direitos, mas também obrigações do empregado e do empregador, como estabelecimento de turnos de trabalho; horário dos turnos; horário de funcionamento da empresa; condições, local, natureza, qualidade, quantidade de serviços; adicional por tempo de serviço (adicional de antigüidade, prêmio por tempo de serviço); complementação de aposentadorias; aumentos de salários; planos de cargos e salários; uso de uniformes, vestimentas, EPIs; modo de o empregado se vestir ou se portar, proibindo cabelos longos ou trajes esportivos; gratificação de férias; licenças; concessão de aviso prévio superior ao normal; gratificações, gratificações de balanço, de resultado; prêmios de produção, de zelo, de assiduidade; revista do empregado; normas a respeito da disciplina no trabalho, órgãos de controle disciplinar que estabelecerão penalidades de acordo com certa graduação, inclusive assegurando direito de defesa ao empregado; condições gerais e especiais do trabalho; utilização de ferramentas e máquinas, vestiários, armários e serviço médico; proibição de jogos dentro da empresa, a não ser esportivos, de uso de bebida alcoólica ou de cigarro, de uso de impressos da empresa sem autorização e para fins particulares; normas a respeito de danos causados pelo empregado à empresa etc.

O regulamento de empresa pode, portanto, permitir melhores condições de trabalho na empresa do que aquelas previstas em lei ou normas coletivas, aderindo ao contrato de trabalho.

5.10 Validade

O requisito básico para a validade do regulamento de empresa é sua publicidade. Assim como a lei, para ter validade, deve ser publicada, o mesmo ocorre com o regulamento da empresa.

Pág. 185

Para que o regulamento de empresa se torne público, deve o empregador afixá-lo em local visível no estabelecimento, seja no quadro de avisos dos empregados, no grêmio dos trabalhadores, seja em qualquer outro lugar, de modo que os obreiros dele tomem conhecimento. É comum que o empregado, ao ser admitido, receba um exemplar do regulamento de empresa, assinando um recibo de que o recebeu, ou, se o regulamento é instituído no curso do contrato de trabalho, a empresa se encarrega de fornecer um exemplar para cada trabalhador. Assim, para que o regulamento de empresa possa ter validade, basta haver o conhecimento por parte do empregado.

5.11 Prazo de vigência

O prazo de vigência do regulamento de empresa pode ser por tempo indeterminado, mas, também, pode ser por prazo determinado, se assim for disposto. Normalmente, o regulamento de empresa tem sido elaborado para viger por prazo indeterminado, sendo que os trabalhadores que estão ingressando na empresa vão automaticamente aderindo a suas cláusulas, que passam a fazer parte integrante de seus contratos de trabalho. Assim, o regulamento de empresa passa a ter validade para o obreiro a partir da data de sua admissão na empresa, quando toma conhecimento do regulamento, até a data de sua dispensa.

5.12 Interpretação

O regulamento de empresa será interpretado como se interpretam as normas jurídicas em geral, podendo isso ser feito pelo juiz do trabalho, pelo jurista ou pela própria empresa que o editou, fazendo esta uma interpretação autêntica de seu conteúdo e fixando o exato sentido do regulamento. O empregador não poderá restringir a aplicação do regulamento a pretexto de interpretá-lo, de modo a alterar ou suprimir alguma vantagem já conquistada pelo trabalhador, ou contrariar a lei ou norma coletiva da categoria.

Deve o regulamento também ser interpretado restritivamente, de acordo com a vontade de quem se obrigou. Não se pode conceber que o regulamento seja interpretado de modo a ampliar seu conteúdo ou alcance, o que implicaria determinar questões que não estavam na vontade de quem o especificou, proporcionando encargos que não eram originariamente previstos. É a orientação que, em princípio, se infere do art. 85 do Código Civil: "nas declarações de vontade se atenderá mais à sua intenção que ao sentido literal da linguagem". Essa regra é completada, mais especificamente, pelo art. 1.090 do mesmo Codex. "os contratos benéficos interpretar-se-ão estritamente", ou mais particularizada em se tratando de fiança: "a fiança dar-se-á por escrito, e não admite interpretação extensiva" (art. 1.483 do CC). É o que também se verifica de maneira geral nos arts. 130 e 131 do Código Comercial.

5.13 Limites

A elaboração do regulamento de empresa vai ter como limites, em primeiro lugar, a Constituição e a lei. Reza o art. 444 da CLT que podem ser estipuladas quaisquer condições de trabalho, desde que não contrariem as normas legais de proteção ao trabalho.

Pág. 186

Em segundo lugar, o regulamento não vai poder contrariar as normas coletivas da categoria, nem as decisões das autoridades competentes, aplicando-se por analogia o mesmo comando legal. A única exceção à regra seria o fato de o regulamento estabelecer condições mais favoráveis ao empregado. As normas coletivas, quando estabelecerem condições mais favoráveis de trabalho, irão, porém, modificar as orientações contidas no regulamento de empresa. O regulamento, portanto, obrigará até onde não colida com a lei ou a norma coletiva.

Não se poderá também estabelecer regras no regulamento que venham contrariar a moral, os bons costumes e a ordem pública, nem que desrespeitem a dignidade do trabalhador como pessoa humana.

As cláusulas do regulamento que versem a respeito da punição do empregado não poderão ir além de advertência verbal e escrita, suspensão (que não poderá ser superior a 30 dias, sob pena de se considerar rescindido injustamente o contrato de trabalho, conforme o art. 474 da CLT) e dispensa. Em se tratando de atleta profissional de futebol, será possível também a imposição de multa (art. 15 da Lei n.° 6.354/76). Fora dessas penalidades o regulamento não poderá aplicar outras, por falta de previsão legal.

5.14 Campo de aplicação

Verificamos que o regulamento vai ter que ser observado não só pelo empregado, mas também pelo empregador, sendo que será aplicável a essas pessoas, mas também a todos os que estiverem no âmbito da empresa, como trabalhadores autônomos, avulsos, eventuais etc., mesmo que não façam parte do quadro efetivo da empresa, como os visitantes. O regulamento contém, de maneira geral, regras de organização aplicáveis às pessoas que se encontrarem na empresa, em caráter permanente ou transitório.

Como o próprio nome diz, ao falarmos em regulamento de empresa, estamos dizendo que ele será aplicado não apenas no estabelecimento, mas também em toda a empresa ou em relação ao grupo de empresas. Nada impede, entretanto, que cada empresa pertencente ao grupo tenha regulamento distinto. O empregado da empresa terá direito a reivindicar os direitos decorrentes do regulamento de sua empresa, que passarão a fazer parte integrante de seu contrato de trabalho, não podendo reivindicar direitos pertinentes a outro regulamento pertencente a determinada empresa do grupo. Não poderá o empregado também pretender aplicar a seu contrato de trabalho o regulamento da empresa que lhe for mais favorável, justamente porque o regulamento de empresa que adere a seu contrato de trabalho é o da empresa para a qual presta serviços, e não outro.

5.15 Alteração

As cláusulas do regulamento de empresa inserem-se no contrato de trabalho, sendo parte integrante deste último.

O empregado obriga-se a respeitar as normas do regulamento interno da empresa, quando é admitido. Por conseguinte, o regulamento passa a fazer parte integrante do contrato de trabalho.

As alterações unilaterais no regulamento da empresa ou mesmo que bilaterais, mas prejudiciais ao empregado, encontrarão obstáculo no art. 468 da CLT. O empregador poderá modificar as cláusulas do regulamento que digam respeito a questões técnicas da empresa. Contudo, as modificações de cláusulas que importem violar direitos dos trabalhadores deverão ser analisadas em consonância com o mencionado dispositivo legal.

O TST editou o Enunciado 51, que explicita que "as cláusulas regulamentares que revoguem ou alterem vantagens deferidas anteriormente só atingirão os trabalhadores admitidos após a revogação ou alteração do regulamento". Mesmo que o empregado concorde com a mudança do regulamento, mas lhe traga uma situação jurídica desfavorável, não terá nenhuma validade tal alteração. A alteração no regulamento apenas valerá para os empregados que forem admitidos após a referida modificação e não para os empregados mais antigos. Logo, qualquer alteração feita pelo empregador no regulamento, sem a concordância do empregado, ou mesmo que com sua concordância, mas prejudicial a seus direitos, será considerada como ilícita.

5.16 Controle externo

Será possível que sobre o regulamento haja um controle externo, que poderá ocorrer tanto pelo Poder Judiciário, como pelos sindicatos ou pela fiscalização trabalhista.

O Poder Judiciário, quando instado a manifestar-se num caso concreto, poderá verificar se existe ilegalidade de cláusula do regulamento da empresa, se foi suprimido ou preterido algum direito do trabalhador ou se o regulamento está colidindo frontalmente com a lei ou a norma coletiva da categoria. Os efeitos da sentença, porém, estarão adstritos apenas às partes no processo e não a outras pessoas. Não poderá, contudo, a Justiça do Trabalho decretar a nulidade genérica do regulamento, pois estaria interferindo diretamente no poder de comando da empresa, o que não se pode admitir.

O sindicato ou a fiscalização trabalhista também poderão exercer controle externo do regulamento de empresa, mormente se este contrariar normas legais ou coletivas da categoria ou, ainda, determinações administrativas do Ministério do Trabalho.

5.17 Considerações finais

No Brasil, os regulamentos de empresa são facultativos, privados, independem de homologação para ter validade, sendo geralmente unilaterais. O Enunciado 77 do TST mostra que o regulamento de empresa tem efeitos obrigatórios, pois, se o empregador se obriga a proceder de certa forma no regulamento, posteriormente não pode orientar-se de maneira contrária, olvidando-se do que fora estabelecido.

Não se poderá também pretender alterar posteriormente o regulamento, em prejuízo do trabalhador, por meio de preceito interpretativo.

Há a possibilidade de o regulamento conter direitos não conferidos por lei, mas que, se mais benéficos ao trabalhador, deverão ser observados, como ocorre em relação a melhores condições de trabalho por ele determinadas, que irão aderir ao contrato de trabalho dos empregados. Assim, o empregador deve evitar colocar direitos no regulamento de empresa que não possa cumprir ou que posteriormente pretenda modificar, como seria o caso de conceder estabilidade a seus funcionários, dependendo do atendimento de certos requisitos.

O regulamento de empresa não poderá conter discriminações de qualquer natureza, em função do princípio da igualdade, devendo observar os direitos já adquiridos pelos trabalhadores, que não poderão ser modificados pelo empregador a seu bel-prazer.

Do regulamento de empresa não deverão constar direitos previstos em lei, pois tais normas já devem ser observadas, sendo totalmente dispensável sua inclusão naquele.

Vantagens que o empregador entender de conferir aos empregados, mas que forem dependentes de regulamentação, não irão vincular o empregador enquanto não forem regulamentadas. Seria uma forma de aplicação do Enunciado 97 do TST.

A partir do momento em que o empregado não mais presta serviços à empresa, deixa de estar obrigado a cumprir o regulamento, que decorre do contrato de trabalho. O empregador, entretanto, não poderá deixar de cumprir aquelas regras a que se obrigou em relação ao empregado, durante a vigência de seu contrato de trabalho, por força da aplicação do regulamento da empresa.

VERIFICAÇÃO DE APRENDIZAGEM

1. O que vem a ser o poder de direção do empregador?
2. O que é poder disciplinar do empregador?
3. O que é poder de controle?
4. O que é poder de organização?
5. Qual o conceito de regulamento de empresa?
6. Qual sua natureza jurídica?
7. Qual seu conteúdo?
8. Pode o regulamento de empresa ser controlado pelo Poder Judiciário?

17

REMUNERAÇÃO

1. DENOMINAÇÂO

Vários nomes são empregados para se referir ao pagamento feito pelo que recebe a prestação de serviços e por aquele que os presta. Usa-se a palavra vencimentos para denominar a remuneração dos professores, magistrados e funcionários públicos; ultimamente, tem sido empregada a palavra subsídios para designar a remuneração dos magistrados (art. 95, III, da Constituição); honorários em relação aos profissionais liberais; soldo, para os militares; ordenado, quando prepondera o esforço intelectual do trabalhador em relação aos esforços físicos; salário, para os trabalhadores que não desenvolvem esforço intelectual, mas apenas físico. Proventos é a palavra empregada para estabelecer o recebimento dos aposentados ou de funcionários públicos aposentados. Algumas leis salariais se utilizaram da expressão estipêndio, que é derivada do latim stipendium (soldo, paga). Antigamente, era o pagamento feito a pessoa incorporada ao Exército, tendo significado equivalente ao de soldo. Mais tarde, veio a se generalizar, no sentido de que seria qualquer espécie de salário ou retribuição por serviços prestados.

Nossa lei (art. 457 da CLT) usa o termo remuneração, que se constitui num conjunto de vantagens, compreendendo o valor pago diretamente pelo empregador ao empregado, que é o salário, como o pagamento feito por terceiros, que corresponde às gorjetas.

Salário deriva do latim salarium. Esta palavra vem de sal, do latim salis; do grego, hals. Sal era a forma de pagamento das legiões romanas; posteriormente, foram sendo empregados outros meios de pagamento de salários, como óleo, animais, alimentos etc.

O salário surge como forma de transformação do regime de trabalho escravo para o regime de liberdade de trabalho.

2. CONCEITO

O art. 457 da CLT não define remuneração ou salário, apenas enuncia os elementos que o integram, pois utiliza a expressão "compreendem-se na remuneração do empregado...".

Remuneração é o conjunto de retribuições recebidas habitualmente pelo empregado pela prestação de serviços, seja em dinheiro ou em utilidades, provenientes do empregador ou de terceiros, mas decorrentes do contrato de trabalho, de modo a satisfazer suas necessidades básicas e de sua família.

Pág. 190

Caracteriza-se a remuneração como uma prestação obrigacional de dar. Não se trata de obrigação de fazer, mas de dar, em retribuição pelos serviços prestados pelo empregado ao empregador, revelando a existência do sinalagma que é encontrado no contrato de trabalho. Essa remuneração tanto pode ser em dinheiro como em utilidades, de maneira que o empregado não necessite comprá-las, fornecendo o empregador tais coisas. O art. 458 da CLT admite o pagamento do salário em utilidades. O Estatuto dos Trabalhadores da Espanha também admite o pagamento em utilidades (art. 26).

A remuneração tanto é a paga diretamente pelo empregador, que se constitui no salário, como é a feita por terceiro, em que o exemplo específico é a gorjeta, cobrada na nota de serviço ou fornecida espontaneamente pelo cliente. Assim, a remuneração é o conjunto de pagamentos provenientes do empregador ou de terceiro em decorrência da prestação dos serviços subordinados. O Estatuto dos Trabalhadores da Espanha esclarece que o salário compreende "a totalidade das percepções econômicas recebidas pelos trabalhadores"... (art. 26).

O objetivo da remuneração é que ela possa satisfazer as necessidades básicas do empregado e de sua família. Sabemos, entretanto, que, muitas vezes o salário mínimo não alcança essa finalidade, porém deveria fazê-lo, para que com ele o empregado pudesse comprar todas as coisas de que necessitasse para ter uma vida razoável juntamente com sua família. O inciso IV do art. 7.° da Constituição determina que o salário mínimo deve ser suficiente para atender às necessidades básicas e vitais do trabalhador e de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social.

De acordo com a redação do art. 457 da CLT, a remuneração é igual ao salário mais as gorjetas.

O salário correspondia ao valor econômico pago diretamente pelo empregador ao empregado em função da prestação de serviços do último, destinando-se a satisfazer suas necessidades pessoais e familiares. Dentro dessa concepção, verificamos que o salário corresponde ao pagamento feito pelo empregador e não por terceiros, ao contrário da remuneração, que engloba tanto o pagamento feito pelo empregador como o recebido de terceiros (a gorjeta). O salário é a importância paga pelo empregador ao obreiro em virtude de sua contraprestação dos serviços. Essa última colocação mostra a natureza jurídica do salário, que é a forma de remunerar a prestação de serviços feita pelo empregado ao empregador. Poder-se-ia discutir que o salário não remuneraria efetivamente a prestação dos serviços, pois quando o contrato de trabalho se encontra suspenso não há salário, ou quando o empregado estiver aguardando ordens, mas à disposição do empregador, em que não há prestação de trabalho, porém existe a obrigação do pagamento dos salários. É por isso que se costuma dizer que o salário seria uma forma de prestação daquilo que foi contratado, do contrato de trabalho, embora se possa dizer que o salário não remunere prestação por prestação, mas sim o conjunto do trabalho prestado, havendo exceções na lei que determinam que o empregador deva pagar o salário mesmo não havendo trabalho, pois, do contrário, o empregado não poderia subsistir. O salário não representa, portanto, uma contraprestação absoluta pelo trabalho prestado.

Pág. 191

A teoria do salário como contraprestação do trabalho entendia que inexistiria salário se não houvesse trabalho (kein Arbeit, kein Lohn). Essa teoria não explicava integralmente certas situações, como o fato de o empregado estar adoentado e o salário ser devido nos 15 primeiros dias, nas férias etc.

Surge a teoria da contraprestação da disponibilidade do trabalhador. Mario Deveali afirmava que o trabalhador põe sua energia à disposição do empregador. Se este não a utiliza, não desaparece a obrigação de pagar o salário. O art. 4.° e o parágrafo único do art. 492 da CLT determinaram que se considera tempo à disposição do empregador aquele em que o empregado fica aguardando ordens. Assim, mesmo no período em que o empregado não trabalha, mas está aguardando ordens, o salário será devido. O trabalhador fica inativo porque o empregador não determinou serviço ao obreiro. Isso mostra que não existe uma correspondência absoluta entre o trabalho prestado e o salário, pois mesmo quando o empregado não está trabalhando, mas está à disposição do empregador aguardando ordens, o salário é devido.

A teoria da contraprestação do contrato de trabalho mostra que o pagamento feito a título de salário é decorrente do contrato de trabalho. Em Portugal, qualquer pagamento feito como conseqüência do contrato de trabalho é salário (art. 82 do Decreto n.° 49.408/69). Critica-se tal teoria, pois nem tudo que é pago ou prestado pelo empregador é salário, como, por exemplo, a indenização pela dispensa.

A última teoria entende que o salário é o conjunto de percepções econômicas do trabalhador. Tal conceito é desvinculado do plano objetivo. O art. 26 do Estatuto dos Trabalhadores da Espanha de 1980 considera salário "a totalidade das percepções econômicas dos trabalhadores, em dinheiro ou espécie, pela prestação profissional dos serviços laborais por conta alheia, quer retribuam o trabalho efetivo, qualquer que seja a forma de remuneração, ou os períodos de descanso computáveis como de trabalho".

Tal teoria não considera, porém, as interrupções do contrato de trabalho.

Nota-se que, hoje, a natureza salarial do pagamento não ocorre apenas quando haja prestação de serviços, mas nos períodos em que o empregado está à disposição do empregador, durante os períodos de interrupção do contrato de trabalho ou outros que a lei indicar. Inexiste, portanto, rígida correlação entre o trabalho prestado e o salário pago.

Por isso, salário é o conjunto de prestações fornecidas diretamente ao trabalhador pelo empregador em decorrência do contrato de trabalho, seja em função da contraprestação do trabalho, da disponibilidade do trabalhador, das interrupções contratuais ou demais hipóteses previstas em lei.

Remuneração = salário + gorjetas
Remuneração (cjto), salário (diretamente), gorjetas (3.°)

3. DISTINÇÃO

A remuneração não se confunde com a indenização, que, no Direito Civil, decorre da reparação de um dano. A indenização não tem por objetivo retribuir o trabalho prestado ou a disponibilidade ao empregador.

Visa recompor o patrimônio ou bem jurídico da pessoa, enquanto o salário tem por objetivo o pagamento da prestação dos serviços do empregado. Geralmente, a indenização é paga uma única vez, enquanto o salário tem pagamento continuado. Difere a remuneração da complementação de aposentadoria, pois nesta o empregador ou empresa especializada paga a diferença entre o benefício previdenciário do INSS e o salário que o empregado receberia se estivesse trabalhando.

O salário não se confunde com os direitos autorais ou os direitos de invenção, que são aqueles em razão de um invento feito por determinada pessoa.

A Lei n.° 5.772, de 21-12-71, revogou tacitamente o art. 454 da CLT, que tratava dos inventos do empregado.

O inciso XXIX do art. 5.° da Constituição dispõe que a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do país.

A Lei n.° 9.279, de 14-5-96, revogou a Lei n.° 5.772/71 (art. 244). A invenção e o modelo de utilidade pertencem exclusivamente ao empregador quando decorrerem de contrato de trabalho cuja execução ocorra no Brasil e que tenha por objeto a pesquisa ou a atividade inventiva, ou resulte esta da natureza dos serviços para os quais foi o empregado contratado (art. 88). Salvo se houver expressa disposição contratual em contrário, a retribuição pelo trabalho limita-se ao salário ajustado.

A menos que haja prova em contrário, consideram-se desenvolvidos na vigência do contrato a invenção ou o modelo de utilidade cuja patente seja requerida pelo empregado até um ano após a extinção do vínculo empregatício.

O empregador, titular da patente, poderá conceder ao empregado autor de invento ou aperfeiçoamento participação nos ganhos econômicos resultantes da exploração da patente, mediante negociação com o interessado ou conforme disposto em norma da empresa. A participação a qualquer título não se incorpora ao salário do empregado (art. 89).

Pertencerá exclusivamente ao empregado a invenção ou o modelo de utilidade por ele desenvolvido desde que desvinculado do contrato de trabalho e não decorrente da utilização de recursos, meios, dados, materiais, instalações ou equipamentos do empregador (art. 90).

A propriedade de invenção ou de modelo de utilidade será comum, em partes iguais, quando resultar da contribuição pessoal do empregado e de recursos, dados, materiais, instalações ou equipamentos do empregador, ressalvada expressa disposição contratual em contrário. Sendo de mais de um empregado, a parte que lhes couber será dividida igualmente entre todos, salvo ajuste em contrário (art. 91). É garantido ao empregador o direito exclusivo de licença da exploração e assegurada ao empregado a justa remuneração. A exploração do objeto da patente, na falta de acordo, deverá ser iniciada pelo empregador dentro do prazo de um ano, contado da data de sua concessão, sob pena de passar à exclusiva propriedade do empregado a titularidade da patente, ressalvadas as hipóteses de falta de exploração por razões legítimas.

4. ELEMENTOS DA REMUNERAÇÃO

São elementos da remuneração: (a) habitualidade; (b) periodicidade; (c) quantificação; (d) essencialidade; (e) reciprocidade.

A habitualidade é o elemento preponderante para se saber se o pagamento feito pode ou não ser considerado como salário ou remuneração. O contrato de trabalho é um pacto de trato sucessivo, em que há a continuidade na prestação de serviços e, em conseqüência, o pagamento habitual dos salários.

O art. 458 da CLT realça que só se considera o salário in natura quando há habitualidade no fornecimento das utilidades. A jurisprudência mostra que um dos requisitos para se considerar se determinada verba tem ou não natureza salarial é a habitualidade. Em relação às horas extras, por exemplo, se forem habituais integram a indenização de antiguidade (En. 24 do TST), o 13.° salário (En. 45 do TST), o FGTS (En. 63 do TST), o aviso prévio indenizado (En. 94 do TST), as férias (En. 151 do TST) e o repouso semanal remunerado (En. 172 do TST). Quanto

aos adicionais de insalubridade (En. 139 do TST) e periculosidade (En. 132 do TST), se são habitualmente prestados, devem integrar o pagamento das demais verbas trabalhistas. O adicional noturno que é recebido com habitualidade deve integrar o salário (En. 60 do TST). O prêmio de produção pago com habitualidade não pode ser suprimido unilateralmente pelo empregador (Súm. 209 do STF). Os adicionais e as gratificações que tenham-se incorporado pela habitualidade no salário devem compor o cálculo da indenização (Súm. 459 do STF).

A remuneração deve ser quantificável. O empregado deve saber quanto ganha por mês, de acordo com certos padrões objetivos. O salário-base não pode ser pago mediante condição. O obreiro não pode ficar sujeito ao pagamento de seu salário de acordo com critérios aleatórios, à álea, ao azar, pois na contratação deve-se ter certeza do valor a ser pago mediante salário, ainda que sob a forma de peça ou tarefas. O risco do empreendimento deve ser do empregador, como se verifica do art. 2.° da CLT. O operário não poderia ficar na dependência de receber salários apenas se o empregador vendesse suas mercadorias ou obtivesse lucro na exploração de seu negócio. Entretanto, pode-se dizer que uma parte do que o empregado recebe pode decorrer de tais fatores, como ocorre com a participação nos lucros ou resultados, mas não sua totalidade.

Será vedado, porém, ao empregador fazer o pagamento do salário complessivo. Complessivo é o conjunto de uma ou mais coisas conexas. Salário complessivo ou complexo é o pagamento englobado, sem discriminação das verbas pagas, como de salário e horas extras. Pode dar ensejo à fraude.

A periodicidade do pagamento da remuneração irá depender de certos critérios objetivos previstos na lei, em certos prazos máximos que a norma legal fixa para seu vagamento. O pagamento do salário deverá ser feito após a prestação dos serviços.

A remuneração é elemento essencial da relação de emprego, pois o contrato de trabalho é oneroso, sendo de sua essencialidade a prestação da remuneração. Não haverá a existência da relação de emprego se não houver o pagamento de remuneração, pois verifica-se da definição de empregador que este é quem assalaria o empregado (art. 2.° da CLT). O empregado é aquele que presta serviços subordinados ao empregador mediante salários (art. 3.° da CLT). O trabalho gratuito não é característica do contrato de trabalho - mas pode qualificar outro tipo de relação -, pois necessariamente haverá pagamento de remuneração pelos serviços prestados pelo empregado ao empregador.

A reciprocidade é outro elemento da remuneração, caracterizando o caráter sinalagmático da relação de emprego, dos deveres e obrigações a que o empregado e o empregador estão sujeitos. O empregador tem de pagar salários em função dos serviços que foram prestados pelo empregado. O empregado tem a obrigação de prestar serviços para receber os salários correspondentes.

O salário não vai depender apenas da prestação de serviços, pois pode ocorrer de o empregado ter alguma falta considerada pela lei como justificada e irá receber seu salário, como o fato de ter de se alistar eleitor, ou nos 15 primeiros dias do afastamento por doença, hipóteses em que o empregador terá de pagar salários independentemente da prestação de serviços. De outro modo, o art. 4.° da CLT estabelece que o empregado está à disposição do empregador tanto no período em que executa suas ordens, como no período em que não está trabalhando, mas aguardando as determinações do empregador.

5. CLASSIFICAÇÃO DA REMUNERAÇÃO

É certo que a remuneração diz respeito ao pagamento feito pelo empregador ao empregado em decorrência do contrato de trabalho. Contudo, certas formas de pagamento também podem dizer respeito ao contrato de trabalho; é o que ocorre

com a comissão, que também mostra uma forma de participação do empregado no negócio realizado pelo empregador, ou na participação nos lucros, que é proveniente do contrato de sociedade, mas que pode ser oferecida ao trabalhador. O salário também pode ser pago por unidade de obra, que é o pagamento comum na empreitada, como acontece com aqueles que recebem por peça ou tarefa, não vindo a desnaturar a relação de emprego.

A remuneração poderia ser, assim, verificada sob o enfoque do modo de aferição (por unidade de tempo ou por unidade de obra) ou da natureza do pagamento (em dinheiro ou em utilidades).

Divide-se, ainda, o salário em: fixo, variável e misto.

Salário fixo é o estipulado em quantia certa, invariável. Fixo é o salário calculado com base na unidade de tempo, como hora, dia, mês etc. O salário fixo independe do número de horas trabalhadas pela pessoa, se foi fixada uma remuneração por hora, como, por exemplo, de RS 1,50 por hora trabalhada.

Salário variável é o estabelecido de acordo com a produção do empregado, podendo ser por peça, tarefa, comissão etc. Não tem o salário variável qualquer parte fixa.

Compreende o salário misto parte fixa e parte variável. É um salário composto.

5.1 Salário por unidade de tempo

O salário por unidade de tempo independe do serviço ou da obra realizada, mas depende do tempo gasto para sua consecução. Assim, seria a fixação do salário por hora, por dia, por semana, por quinzena ou por mês.

Lembre-se que o critério de remuneração por unidade de tempo não se confunde com os períodos de pagamento. O empregado horista pode ter como época de pagamento o final do mês, ou seja, receber mensalmente.

Américo Plá Rodriguez, citado por Amauri Mascaro Nascimento (1992A:298), aponta alguns inconvenientes no salário por unidade de tempo: (a) é impreciso, pois remunera igualmente o trabalho, independentemente de o trabalhador ser mais ativo, hábil; (b) é injusto, porque o trabalhador faz um esforço que beneficia o empregador, mas não rende ao obreiro nenhuma compensação; (c) o empregado não tem interesse no rendimento do trabalho, pois não lhe interessa o resultado.

O salário a ser pago aos empregados sob o regime de tempo parcial será proporcional à sua jornada, em relação aos empregados que cumprem, nas mesmas funções, tempo integral.

Isso quer dizer que o empregador deverá observar o salário mínimo horário, o piso salarial horário da categoria profissional ou, se for o caso, o salário profissional horário. Não será possível pagar salário inferior aos mencionados.

O salário dos empregados a tempo parcial será proporcional à sua jornada em relação aos que cumprem, nas mesmas funções, tempo integral. Isso quer significar que o empregado contratado a tempo parcial deve ganhar o mesmo salário horário que outro empregado exercente da mesma função. Não se aplica aqui a regra do art. 461 da CLT, que permite ao paradigma que tem mais de dois anos de tempo de serviço na função ou maior produtividade e perfeição técnica ganhar mais do que o equiparado. A lei, no caso, dispõe que o salário deve ser igual para o exercício da mesma função, calculado de forma horária.

5.2 Salário por unidade de obra

O salário por unidade de obra aproxima-se bastante da empreitada, em que se visa a um resultado, mas nada impede que no contrato de trabalho o empregado

perceba salário por essa forma. Normalmente, constitui-se num serviço de natureza preponderantemente manual.

No salário por unidade de obra, não se leva em consideração o tempo gasto na consecução do serviço, mas sim o próprio serviço realizado, independentemente do tempo despendido. A unidade de obra é que será levada em conta para o cálculo do salário e não o tempo que foi gasto para sua realização. O empregado, porém, para auferir rendimento maior, pode exaurir suas forças e não ganhar um valor suficiente para se manter.

A remuneração por unidade de obra verifica-se na própria CLT. A alínea g do art. 483 mostra que é possível o pagamento por peça, porém o empregador não poderá reduzir o trabalho do empregado, de forma a afetar sensivelmente a importância dos salários, o que acarreta a rescisão indireta do contrato de trabalho. Isso evidencia que o empregado pode suportar o risco de ganhar por aquilo que produz, mas o empregador não poderá diminuir o número de peças fornecidas ao obreiro com o objetivo de pagar um salário menor. O empregador também não poderá alterar unilateralmente o critério de remuneração do empregado, se já havia pactuado que o salário do obreiro seria por unidade de obra.

5.3 Salário por tarefa

O salário por tarefa é uma forma mista de salário, que fica entre o salário por unidade de tempo e de obra. O empregado deve realizar durante a jornada de trabalho certo serviço que lhe é determinado pelo empregador. Terminado o referido serviço, mesmo antes do fim do expediente, pode o empregado se retirar da empresa, pois já cumpriu suas obrigações diárias.

A CLT permite o salário por tarefa, como se observa do § 2.° do art. 142, que determina que se o salário for pago por tarefa, toma-se como base a média da produção do período aquisitivo, aplicando-se o valor da remuneração da tarefa na data da concessão das férias. A alínea g do art. 483 da CLT também evidencia que se o empregador reduzir o trabalho por tarefa, de modo a afetar sensivelmente o salário, estará configurada a rescisão indireta. A alínea c do art. 7.° da Lei n.° 605/49 estabelece que se o empregado trabalha por tarefa, o repouso semanal remunerado é considerado o equivalente ao salário correspondente às tarefas feitas durante a semana, no horário normal de trabalho, dividido pelos dias de serviços efetivamente prestados ao empregador.

Américo Plá Rodriguez (1956:105) denomina salário progressivo a combinação entre o salário-tarefa e o prêmio. O elemento básico seria o tempo ou as peças produzidas e o elemento suplementar seria o prêmio em razão da maior produção ou de certas normas. O prêmio seria a quantidade de obra produzida além da contida na tarefa.

5.4 Salário em dinheiro

O salário deve ser pago em dinheiro, em moeda de curso forçado (art. 463 da CLT). O art. 463 da CLT não deveria referir-se a prestação em espécie para significar o salário pago em moeda, pois nos países de língua espanhola se usa a palavra espécie para designar o salário pago em utilidades, que também é permitido em nosso país.

O objetivo principal do pagamento em dinheiro é evitar o truck system, ou seja, o pagamento em vales, cupons, bônus etc., e também o pagamento em moeda estrangeira. É de se ressaltar que o Decreto-lei n.° 857, de 11-9-69, estabelece que "são nulos de pleno direito os contratos, títulos e quaisquer documentos, bem como as obrigações que, exeqüíveis no Brasil, estipulem pagamento em ouro,

em moeda estrangeira, ou, por alguma forma, restrinjam ou recusem, nos seus efeitos, o curso legal do cruzeiro" (art. 1.°).

Entretanto, se a obrigação tiver que ser cumprida no exterior, não será vedado o pagamento do salário em moeda estrangeira. A conversão deverá ser feita tomando-se por base a taxa de câmbio vigente na data da contratação, aplicando-se daí em diante os reajustes legais ou convencionais. Caso assim não se procedesse, estaríamos negando vigência à legislação salarial e às normas coletivas da categoria, além de se estar dando validade à cláusula proibida pelo Decreto n.° 857/69.

No que diz respeito aos técnicos estrangeiros, "a taxa de conversão da moeda estrangeira será, para todos os efeitos, a da data do vencimento da obrigação" (art. 3.° do Decreto-lei n.° 691, de 18-7-69), não se observando as determinações do Decreto-lei n.° 857/69.

O salário-base do empregado contratado ou transferido para prestar serviços no exterior será obrigatoriamente estipulado em moeda nacional, mas a remuneração devida durante a transferência do empregado, computado o adicional de transferência, poderá, no todo ou em parte, ser paga no exterior, em moeda estrangeira. Por opção escrita do empregado, a parcela da remuneração a ser paga em moeda nacional poderá ser depositada em conta bancária. São asseguradas ao empregado, enquanto estiver prestando serviços no exterior, a conversão e a remessa dos correspondentes valores para o local de trabalho (art. 5.° da Lei n.° 7.064/82).

5.5 Salário em utilidades

São empregadas as expressões salário-utilidade ou salário in natura.

O salário-utilidade irá decorrer do contrato ou do costume.

O art. 458 da CLT permite o pagamento em utilidades, ou seja, além do pagamento em dinheiro, o empregador poderá fornecer utilidades ao empregado, como alimentação, habitação, vestuário ou outras prestações in natura. Hoje, já se verifica, em relação a altos executivos, que o salário destes é também pago pela empresa mediante utilização de cartão de crédito, pagamento de clube ou de escolas de seus filhos, fornecimento de passagens aéreas e outros salários indiretos, que serão considerados como salário-utilidade.

Para a configuração da utilidade dois critérios básicos são necessários: a) habitualidade, que inclusive está indicada no art. 458 da CLT. Se a utilidade for fornecida uma vez ou outra, eventualmente, não será considerada salário in natura; b) gratuidade. O salário-utilidade é uma prestação fornecida gratuitamente ao empregado. A utilidade não deixa de ter um aspecto de compensação econômica pelo trabalho prestado, ainda que seja fornecida gratuitamente. Havendo cobrança da utilidade pelo empregado, deixará de ter natureza salarial a prestação fornecida ao obreiro.

Se a utilidade não fosse fornecida, o empregado teria de comprá-la ou de despender numerário próprio para adquiri-la, mostrando que se trata realmente de um pagamento ou um ganho para o obreiro, uma vantagem econômica. Entretanto, o salário-utilidade deve ser fornecido gratuitamente ao empregado, pois se a utilidade for cobrada não haverá que se falar em salário.

Não representa salário-utilidade o fornecimento de bebidas alcoólicas ou drogas nocivas (parte final do art. 458 da CLT). Se a empresa fabrica cigarros, estes não serão considerados salário in natura, pois o cigarro não deixa de ser uma droga nociva à saúde do ser humano.

Os vestuários, equipamentos e outros acessórios fornecidos ao empregado e utilizados apenas no local de trabalho para a prestação de serviços não serão considerados salário (§ 2.° do art. 458 da CLT). Assim, se a vestimenta

(uniforme) não é usada apenas no emprego, ou o veículo é usado também nos finais de semana e férias do empregado, representando vantagem concedida pelo trabalho e não apenas para o trabalho, serão considerados como salário in natura. O equipamento de proteção individual do trabalhador, que lhe é fornecido gratuitamente pelo empregador (art. 166 da CLT), não é considerado salário-utilidade, pois destina-se a ser usado exclusivamente no local de trabalho para proteger o empregado durante a prestação de serviços.

Pág. 198

Pode-se estabelecer um critério para verificar se a prestação constitui ou não utilidade, tendo fundamento no § 2.° do art. 458 da CLT. Não serão considerados como salário os vestuários, equipamentos e outros acessórios fornecidos ao empregado, desde que utilizados no local de trabalho, para a prestação dos respectivos serviços (§ 2.° do art. 458 da CLT).

Com base no § 2.° do art. 458 da CLT é possível distinguir entre a prestação fornecida pela ou para a prestação dos serviços.

Se a utilidade é fornecida pela prestação dos serviços, terá natureza salarial. Decorre da contraprestação do trabalho desenvolvido pelo empregado, representando remuneração.

Ao contrário, se a utilidade for fornecida para a prestação de serviços, estará descaracterizada a natureza salarial, como ocorre com os equipamentos de proteção individual, que servem para ser utilizados apenas no serviço. Nesse caso, o equipamento serve como meio ou condição para o empregado poder trabalhar, sem que haja a contraprestação pelo serviço efetuado pelo obreiro. É nessa hipótese que se enquadra a moradia fornecida ao zelador ou ao caseiro, servindo para o desempenho do serviço, possibilitando que fiquem à disposição do condomínio ou do empregador quando for necessário. A moradia facilita o desempenho da função pelo empregado. É uma forma de o empregado poder realizar o trabalho. Seria uma espécie de ferramenta ou instrumento para que o zelador possa melhor desempenhar sua função. Tem a moradia a finalidade de viabilizar a prestação dos serviços, para que o zelador fique à disposição do condomínio no momento em que for necessário, em razão de problemas elétricos, hidráulicos etc. O não-fornecimento da habitação poderia, em princípio, inviabilizar a prestação laboral, dada a necessidade de residir no local de trabalho para atender prontamente o empregador em qualquer necessidade.

O mesmo raciocínio se aplica ao fornecimento de energia elétrica ou de água ao zelador para a prestação dos serviços, o que é feito juntamente com a moradia. Todas as referidas prestações não têm natureza salarial, porque visam à prestação dos serviços ao empregado.

O empregador poderia fornecer a moradia a zelador mediante contrato de comodato.

O comodato é o empréstimo gratuito de coisas infungíveis (art. 1.248 do Código Civil), isto é, de coisas que não podem ser substituídas por outras coisas da mesma espécie, qualidade e quantidade. Seria o contrato de comodato representado pelo empréstimo gratuito de um bem imóvel ao zelador.

Se a habitação é fornecida gratuitamente ao empregado, ainda que a título de contrato de comodato, irá ser investigada a realidade dos fatos. Vige no Direito do Trabalho o princípio da primazia da realidade dos fatos sobre a forma empregada. Sendo a moradia fornecida habitual e gratuitamente, o juiz pode entender que se trata de salário, ainda que haja contrato de comodato entre as partes, tendo existido um ajuste tácito da condição de trabalho.

Pág. 199

Sendo possível individualizar os dois contratos, o de comodato e o de trabalho, haveria uma pluralidade de contratos e entrelaçamento de relações jurídicas,

configurando contratos mistos. A utilização do contrato de comodato poderia dar margem à fraude, tendo o empregador o objetivo de mascarar o fornecimento da utilidade. Nesse caso, seria aplicável o art. 9.° da CLT, que entende que o desvirtuamento de determinada condição de trabalho com o objetivo de fraudar a legislação trabalhista implica sua descaracterização na forma como foi empregada pela empresa.

O salário é configurado pelo fornecimento gratuito da utilidade ao empregado. Se este tiver de pagar algo pela utilidade fornecida, deixará de ter natureza salarial.

O valor pago pelo empregado deverá ser algo razoável. Pode ser celebrado um contrato de locação entre empregador e empregado, distinto do contrato de trabalho. Entretanto, o empregador não poderá pretender cobrar um valor ínfimo pela locação do imóvel, sob pena de ficar descaracterizado o contrato celebrado entre as partes e dar origem a fraude, de o empregador querer mascarar a relação apenas para não ter conseqüências do fornecimento da habitação como salário-utilidade.

Não há negar que o salário tem aspectos econômicos e sociais. O fornecimento da moradia ao zelador também tem características econômicas, de o trabalhador não precisar pagar aluguel pela moradia, representando um ganho para o empregado, mas também social, no sentido da concessão da moradia pelo empregador. Entretanto, o fornecimento da moradia ao zelador tem de ser analisado sob prisma jurídico, em relação à determinação contida no art. 458 da CLT e no seu § 2.°. Decorre do fato de ser necessária à prestação dos serviços, sendo fornecida para o trabalho e não pelo trabalho desenvolvido pelo empregado.

O ideal seria que a utilidade fosse fornecida pelo empregador em qualquer caso. A lei não deveria determinar que se trata de salário, pois o empregador não irá fornecê-la se ela tiver natureza salarial ou se incidir o FGTS ou a contribuição previdenciária. Assim, deveria ser modificada a redação do art. 458 da CLT, desconsiderando-se a utilidade como salário, pois nesse caso o empregador iria passar a fornecer a utilidade ao empregado, sem se preocupar se a verba tem ou não natureza salarial. Iria também incentivar o empregador a concedê-la. Para o empregado também seria positiva a determinação, pois passaria a receber a utilidade num maior número de hipóteses do que as atuais.

O Programa de Alimentação do Trabalhador (PAT), criado pela Lei n.° 6.321, de 14-4-76, em que se fornece alimentação ao funcionário, não é considerado como salário-utilidade, pois, inclusive, a refeição é cobrada do empregado. Trata-se de favor fiscal. O art. 6.° do Decreto n.° 5, de 14-1-91, que regulamenta o PAT, determina que a alimentação fornecida de acordo com as determinações da Lei n.° 6.321/76 não se considera salário-utilidade, nem se incorpora à remuneração.

O Enunciado 241 do TST estabelece que o vale-refeição "fornecido por força do contrato de trabalho, tem caráter salarial, integrando a remuneração do empregado, para todos os efeitos legais".

Quando o transporte fornecido pelo empregador visa proporcionar um benefício ou economia de salário ao empregado, será considerado salário-utilidade. Entretanto, se o empregador cobra pelo transporte fornecido, ainda que um preço reduzido, não será tal pagamento salário-utilidade.

O vale-transporte não é, porém, considerado salário in natura, por força da alínea a do art. 2.° da Lei n.° 7.418/85.

A cesta básica, à primeira vista, não pode ser considerada como salário in natura, principalmente quando a determinação decorre de norma coletiva. Dependerá, também, daquilo que se estabelecer na norma coletiva a respeito da natureza do benefício, como ocorre com o tíquet-refeição. Se, porém, a cesta básica é fornecida ao empregado independentemente de haver obrigação nesse sentido pela norma coletiva, aí, sim, será considerada como salário, pois

representa um benefício ao empregado, que deixa de gastar numerário para adquirir gêneros alimentícios.

Os valores atribuídos à prestação in natura deverão ser justos e razoáveis, não podendo exceder, em cada caso, os dos porcentuais das parcelas componentes do salário mínimo.

O salário não pode ser pago apenas em utilidades, pois 30% do salário mínimo deverão ser pagos em dinheiro. Os restantes 70% poderão ser pagos em utilidades (parágrafo único do art. 82 da CLT). Por analogia, podemos dizer que 30%, no mínimo, do salário contratual necessariamente deverão ser pagos em dinheiro, sendo que os restantes 70% poderão ser pagos em utilidades.

O cálculo da parcela do salário paga em utilidades, ou o porcentual de desconto de utilidades do salário do empregado, quando percebe salário mínimo, é feito de acordo com os critérios definidos pela Portaria n.° 19, de 31-1-52, sendo que para o Estado de São Paulo é de 43% para alimentação; 33% para habitação; 14% para vestuário; 6% para higiene e 4% para transporte. Em se tratando de alimentação preparada pelo próprio empregador, o desconto não pode exceder a 25% do salário mínimo (art. 1.° da Lei n.° 3.030, de 19-12-56). O Enunciado 258 do TST estabeleceu o entendimento de que "os percentuais fixados em lei relativos ao salário in natura apenas pertinem às hipóteses em que o empregado percebe salário mínimo, apurando-se nas demais o real valor da utilidade".

Um importante empregado não tem o mesmo gasto de habitação que o empregado que efetivamente percebe salário mínimo.

A Lei n.° 8.860, de 24-3-94, veio acrescentar dois parágrafos ao art. 458 da CLT. O § 3.° estabelece que a habitação e a alimentação fornecidas como salário-utilidade deverão atender aos fins a que se destinam e não poderão exceder, respectivamente, a 25% e 20% do salário contratual. A hipótese refere-se ao empregado que percebe mais do que o salário mínimo. O § 4.° do art. 458 esclarece que, em se tratando de habitação coletiva, o valor do salário-utilidade a ela correspondente será obtido mediante a divisão do justo valor da habitação pelo número de co-ocupantes, vedada, em qualquer hipótese, a utilização da mesma unidade residencial por mais de uma família.

Em relação ao empregado rural, os descontos das prestações in natura são calculados apenas sobre o salário mínimo (art. 9.° da Lei n.° 5.889/73): (a) até o limite de 20% pela ocupação da moradia; (b) até 25% pelo fornecimento de alimentação sadia e farta, atendidos os preços vigentes na região; (c) adiantamentos em dinheiro (art. 9.° da Lei n.° 5.889/73). As deduções deverão ser previamente autorizadas, sem o que serão consideradas nulas.

Entende-se que o rurícola poderá receber 55% do salário mínimo em espécie, pois pode haver o desconto de 45% de utilidades. Outras prestações in natura não poderão ser descontadas do salário do empregado rural, como o fornecimento de água ou de luz. Com relação à moradia, se houver mais de um empregado residindo na mesma morada, o desconto será dividido proporcionalmente ao número de empregados (§ 2.° do art. 9.° da Lei n.° 5.889/73). Existindo plantação subsidiária ou intercalar (cultura secundária), esta não poderá compor a parte correspondente ao salário mínimo na remuneração geral do empregado, durante o ano agrícola (parágrafo único do art. 12 da Lei n.° 5.889/73).

A cessão, pelo empregador, de moradia e de sua infra-estrutura básica, assim como bens destinados à produção para sua subsistência e de sua família, não integra o salário do trabalhador rural desde que realizada em contrato escrito celebrado entre as partes, com testemunhas e notificação obrigatória ao respectivo sindicato de trabalhadores rurais. Infra-estrutura básica compreende luz, água, lenha. Bens destinados à produção são ferramentas, sementes, adubos. Há, portanto, dois requisitos para a não-configuração da moradia como salário in

natura: (1) deve haver acordo escrito, assinado por duas testemunhas; (2) o sindicato de trabalhadores rurais deve ser notificado. Não atendidos esses requisitos, considerar-se-á como salário in natura a prestação fornecida pelo empregador rural.

5.6 Remuneração variável

Seria possível o empregador instituir salário em favor do empregado exclusivamente vinculado a sua produção, isto é, o pagamento apenas de salário variável?

A Portaria n.° 328 do Ministério do Trabalho, de 15-7-1940, previa que se dois terços dos empregados conseguissem atingir níveis de produção prefixados pelo empregador, perderia o obreiro o direito à remuneração mínima, caso não a atingisse. O referido sistema era utilizado para a avaliação da remuneração do tarefeiro. O Ministro do Trabalho, em despacho publicado no Diário Oficial, de 10-8-1940, esclareceu que se o empregado não atingisse a média de produção alcançada por dois terços dos trabalhadores do estabelecimento seria porque ele próprio não tinha condições de ganhar o salário mínimo, facultando ao empregador um desconto "proporcional ao rendimento do serviço prestado".

Passou a dispor o art. 78 da CLT sobre a possibilidade de o empregador pagar ao empregado remuneração variável. Reza o referido comando legal que se o salário for ajustado por empreitada, ou convencionado por tarefa ou peça, será garantida ao trabalhador uma remuneração diária nunca inferior à do salário mínimo por dia normal. Quando o salário mensal do empregado por comissão, ou que tenha direito a porcentagem, for integrado por parte fixa e parte variável, ser-lhe-á sempre garantido o salário mínimo, vedado qualquer desconto em mês subseqüente a título de compensação.

Na Subcomissão dos Direitos dos Trabalhadores da Assembléia Nacional Constituinte, os textos foram os seguintes: "garantia de salário mínimo, quando a remuneração for variável"; e "garantia de salário fixo, nunca inferior ao salário mínimo quando a remuneração for variável". Na Comissão de Ordem Social, utilizou-se a expressão: "garantia de salário fixo nunca inferior ao salário mínimo, além da remuneração variável quando esta ocorrer".

No projeto pretendia-se assegurar uma remuneração fixa nunca inferior ao salário mínimo, independente da remuneração variável que pudesse ser acordada. Desde que o salário variável fosse superior ao mínimo, inexistiria necessidade de se assegurar um salário fixo ao empregado. Na Comissão de Sistematização, o texto foi o seguinte: "salário fixo, nunca inferior ao mínimo, sem prejuízo da remuneração variável, quando houver".

O inciso VII do art. 7.° da Constituição de 1988 elevou em âmbito constitucional a garantia de salário nunca inferior ao mínimo, pelo menos, para os que percebem remuneração variável. Nota-se que aqui a orientação é diversa, preconizando-se um salário mínimo, pelo menos para quem ganha remuneração variável e não para quem ganha salário fixo. A Lei Maior ainda faz referência a garantia de salário e não de remuneração, que compreende o salário mais as gorjetas, segundo o art. 457 da CLT. Se o constituinte tivesse usado a expressão "garantia de remuneração nunca inferior ao mínimo", as gorjetas estariam integradas nesse conceito, podendo o empregador fazer pagamentos ao empregado apenas por meio de gorjetas - inclusive para complementar o mínimo -, que não seriam pagamentos provenientes do empregador, mas de terceiros. O dispositivo constitucional é auto-aplicável, não necessitando de lei ordinária para complementá-lo, pois a Constituição não usa a expressão "nos termos da lei".

A Lei n.° 8.716, de 11-10-93, dispôs sobre a garantia de salário mínimo para quem percebe remuneração variável.

Na era da globalização, é claro que será de interesse do empregador instituir um sistema de remuneração pela produtividade do empregado, pois seria uma forma de haver maior produtividade para que a empresa pudesse concorrer com outras, de modo até mesmo a sobreviver no mercado. No Japão, 30% do salário é fixo e 70% é variável. Em alguns países, há pagamentos variáveis como bônus, participações do empregado etc. A parte variável leva em conta o desempenho do empregado e, às vezes, o da empresa.

Pergunta-se se está em vigor o art. 78 da CLT em função da edição da Lei n.° 8.716/93, que, praticamente, trata do mesmo tema.

Determina a Lei de Introdução ao Código Civil no § 1.° do art. 2.° que "a lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior".

A Lei n.° 8.716/93 não revogou expressamente o art. 78 da CLT, nem seu parágrafo único. Dessa forma, inexistiu revogação expressa da última norma. Temos que verificar, porém, se houve a revogação tácita ou indireta do segundo preceito legal.

À primeira vista, a Lei n.° 8.716/93 não é incompatível com o art. 78 da CLT, pois não dispõe de maneira contrária à CLT, mas há certa coincidência entre os textos e o campo de aplicação é o mesmo, ou seja, a garantia de salário mínimo para quem perceba remuneração variável.

Resta, portanto, constatar se a Lei n.° 8.716 regulou inteiramente a matéria.

Menciona o art. 78 da CLT a fixação de salário por empreitada, tarefa ou peça, garantindo uma remuneração nunca inferior ao salário mínimo horário. O art. 1.° da Lei n.° 8.716/93 usa a expressão "comissão, peça ou outras modalidades", garantindo-se o salário mínimo aos trabalhadores que recebam daquelas formas.

Embora o art. 78 da CLT faça menção a empreitada, o que não é feito na Lei n.° 8.716/93, e o primeiro dispositivo trate de garantir salário horário mínimo, o art. 1.° da Lei n.° 8.716/93 é mais abrangente, pois usa a expressão "outras modalidades de remuneração", que inclui o pagamento sob forma de empreitada ou resultado. O art. 1.° da Lei n.° 8.716/93 trata de salário mínimo genericamente, compreendendo o salário mínimo horário, que é uma das suas formas de cálculo, isto é, 1/220 do salário mínimo (§ 1.° do art. 6.° da Lei n.° 8.542). Assim, o art. 78 da CLT foi revogado pelo art. 1.° da Lei n.° 8.542/92.

Prevê o parágrafo único do art. 78 da CLT a estipulação do salário mínimo por comissão ou porcentagem com parte fixa e variável, garantindo um salário mínimo como remuneração, vedado qualquer desconto no mês subseqüente a título de compensação. O art. 1.° da Lei n.° 8.716/93 é mais preciso, pois inclui as mais comuns espécies de remuneração variável, como comissão, peça ou tarefa. O art. 2.° da mesma norma garante o salário mínimo para quem ganha salário misto, contendo parte fixa e parte variável, que já se encontra no parágrafo único do art. 78 da CLT. O art. 3.° da Lei n.° 8.716/93 impede também o empregador de fazer qualquer desconto no salário do empregado, em mês subseqüente, a título de compensação de eventuais complementações feitas em meses anteriores para atingir o mínimo, para quem percebe salário variável.

Logo, a Lei n.° 8.716/93 revogou o art. 78 da CLT, pois regulou inteiramente a matéria.

O salário mínimo é o pagamento mínimo que pode ser feito ao empregado. É uma proteção mínima, sendo impossível o empregador pagar ao empregado salário inferior ao mínimo. Os riscos do negócio são daquele, razão pela qual seria vedado o pagamento da totalidade do salário de forma variável, sujeito à sorte do empregado na produção, sem ser garantido, pelo menos, o salário mínimo.

Presume-se, também, que o salário mínimo é a importância mínima para que o trabalhador possa sobreviver.

Se o trabalhador não atinge uma produção mínima verificada por outros colegas, que sem maiores esforços produzem esse mínimo, pode ser dispensado pelo empregador por falta grave de desídia, pois não serve para o serviço, mas é impossível pagar ao empregado valor inferior ao salário mínimo.

Não é devido o salário mínimo apenas ao trabalhador produtivo, mas também ao improdutivo. O pagamento do salário mínimo não pode ficar adstrito ao fato de o empregado produzir o suficiente para ganhá-lo.

A gorjeta seria uma forma de remuneração pelo que o trabalhador produzisse, servindo o cliente. É uma espécie de remuneração variável. É impossível o empregado receber apenas gorjeta, pois esta é o pagamento feito pelo cliente, pelo terceiro, sendo o salário o pagamento feito diretamente ao empregado pelo empregador (art. 457 da CLT). O art. 76 da CLT define o salário mínimo como a contraprestação mínima devida e paga diretamente pelo empregador a todo trabalhador. O art. 6.° da Lei n.° 8.542/92 dispõe da mesma forma. Assim, como o salário mínimo é o pagamento feito diretamente pelo empregador ao empregado como remuneração mínima, é vedado à empresa pagar apenas gorjeta ao empregado, pois esta é saldada pelo cliente e não diretamente pelo empregador.

O ganho mínimo do empregado pode ser complementado por gratificações e prêmios, pois são pagamentos feitos diretamente pelo empregador ao empregado. O próprio § 1.° do art. 457 da CLT dispõe que as gratificações são consideradas salário.

É lícito o pagamento do salário exclusivamente à base de comissões e porcentagens, pois tais formas de remuneração são feitas diretamente pelo empregador e não por terceiros, como a gorjeta. Geralmente, quem recebe salário sob a forma de comissões e porcentagens são os empregados vendedores, viajantes ou pracistas e também os balconistas, corretores e propagandistas. Dificuldades nas vendas não poderão, porém, ser alegadas pelo empregador para o não-pagamento do salário, pois os riscos da atividade econômica são dele (art. 2.° da CLT). O empregador não pode transferir a obrigação do pagamento do salário mínimo a terceiros, decorrente dos riscos do seu negócio. Quando há retração do mercado e o empregado não atinge as comissões suficientes, tem direito o obreiro a, pelo menos, o mínimo como remuneração. Logo, nesse caso é possível o pagamento de salário exclusivamente variável, isto é, à base de comissões e porcentagens, desde que seja complementado para o mínimo se o empregado não atingir venda suficiente para alcançar tal valor.

Quando o empregado percebe salário misto, integrado por parte fixa e parte variável, normalmente a parte fixa é estipulada em um salário mínimo e o restante pode ser variável. É o que ocorre com garçons, que percebem geralmente um salário mínimo a título de fixo e o restante são gorjetas. O comissionista poderia, porém, ganhar apenas comissões, como de 2% sobre a venda que realizar.

Reduzindo o empregador o trabalho do empregado, sendo este por peça ou tarefa, de forma a afetar sensivelmente a importância dos salários, pode o obreiro considerar rescindido indiretamente o contrato de trabalho (art. 483, g, da CLT). É o que ocorre quando o empregador fornece quantidade menor de serviço ao empregado que recebe por seu rendimento. O obreiro poderia rescindir indiretamente o contrato de trabalho, pois o trabalho que normalmente lhe era garantido, de repente, é suprimido pelo empregador.

A Medida Provisória n.° 1.982, de participação nos lucros ou resultados da empresa, permite uma forma de remuneração variável. Para o empregador até seria interessante que houvesse apenas o pagamento de participação nos lucros ou resultados, sem qualquer pagamento de salário, pois inexistiria o recolhimento de encargos sociais sobre a referida verba (art. 3.° da Medida Provisória n.°

1.982). Entretanto, o empregado não pode receber pagamento exclusivamente a título de participação nos lucros ou resultados, pois a álea do negócio recairia sobre o empregado, o que é vedado pelo art. 2.° da CLT, que dispõe que os riscos da atividade econômica são do empregador. O mesmo se poderia dizer de o empregador pagar salários ao empregado se tiver lucro. Caso não o auferisse, não faria pagamentos ao empregado. Isso é impossível. De outro modo, a participação nos lucros é desvinculada da remuneração, não tendo natureza salarial (art. 3.° da Medida Provisória n.° 1.982). Assim, não poderia haver pagamento exclusivamente a título de participação nos lucros, mas há necessidade de se pagar ao empregado pelo menos um salário mínimo.

Em qualquer caso, o empregador não poderá fazer nenhum tipo de desconto no mês subseqüente a título de compensação de eventuais complementações para atingir o salário mínimo (art. 3.° da Lei n.° 8.716/93), pois este é a garantia mínima do trabalhador.

O empregador pode, portanto, pagar exclusivamente salário variável e vinculado à produção do empregado, com exceção apenas do pagamento de participação nos lucros e gorjetas, pois estas são pagas por terceiros e não pelo empregador. Deve a empresa, porém, respeitar o salário mínimo como remuneração mínima.

A garantia de um salário mínimo como remuneração é norma de ordem pública, que vem estabelecer uma regra tutelar em favor do empregado, que não pode ser desrespeitada pelo empregador, caso o empregado não atinja certa produção determinada pela empresa.

O art. 118 da CLT dispõe que o trabalhador a quem for pago salário inferior ao mínimo terá direito, inobstante qualquer contrato ou convenção em contrário, a reclamar do empregador o complemento de seu salário mínimo. Incorrerá na multa do art. 120 da CLT o empregador que deixar de pagar o salário mínimo ao empregado que perceba salário variável.

6. TIPOS ESPECIAIS DE SALÁRIO

6.1 Abonos

O abono consiste num adiantamento em dinheiro, numa antecipação salarial ou num valor a mais que é concedido ao empregado.

O Decreto-lei n.° 3.813/41 estabeleceu que "os aumentos de salários que, no prazo de seis meses contados da publicação deste Decreto-lei, forem, por iniciativa própria, concedidos pelos empregadores a seus empregados, serão considerados abonos, não se incorporando aos salários ou outras vantagens já percebidas".

Havia dúvidas sobre se os abonos deveriam ou não ser incluídos no salário. A Lei n.° 1.999/53 veio alterar a redação do § 1.° do art. 457 da CLT, estabelecendo que os abonos pagos pelo empregador se incluem nos salários.

O Decreto-lei n.° 1.535, de 13-4-77, deu nova redação a todo o capítulo de férias previsto na CLT. O art. 143 da CLT determinou que seria facultado ao empregado converter um terço de suas férias em abono pecuniário. O art. 144 esclareceu que o referido abono, concedido por força do contrato de trabalho, do regulamento de empresa, ou de convenção ou acordo coletivo, não integraria a remuneração do empregado para os efeitos da legislação do trabalho, desde que não excedesse de 20 dias do salário. Assim, se o abono fosse superior a 20 dias, haveria a integração na remuneração do empregado, tendo, portanto, natureza salarial.

As Medidas Provisórias n.°s 193, 199 e 211, de 1990, instituíram abonos que não integraram o salário. A Lei n.° 8.178, de 1.°-3-91, convalidou os

efeitos das referidas medidas provisórias. O art. 9.° da Lei n.° 8.178/91 concedeu vários abonos em abril, maio, julho e agosto de 1991, porém seu § 7.° estabelecia que não tinham natureza salarial, não se incorporando ao salário, nem sofriam incidência de nenhuma verba. A Lei n.° 8.238, de 4-10-91, veio determinar a incorporação aos salários do abono de agosto de 1991, do inciso III do art. 9.° da Lei n.° 8.178, e a Lei n.° 8.276, de 19-12-91, prescreveu o pagamento de um abono de Cr$ 21.000,00 exclusivamente no mês de dezembro de 1991.

O § 5.° do art. 1.° da Lei n.° 8.276/91 dizia que o referido abono e a parcela respectiva do 13.° salário dele decorrente não seriam incorporados aos salários a qualquer título.

6.2 Adicionais

O adicional tem sentido de alguma coisa que se acrescenta. Do ponto de vista trabalhista, é um acréscimo salarial decorrente da prestação de serviços do empregado em condições mais gravosas. Pode ser dividido em adicional de horas extras, noturno, de insalubridade, de periculosidade, de transferência.

6.2.1 Adicional de horas extras

O adicional de horas extras é devido pelo trabalho extraordinário à razão de pelo menos 50% sobre a hora normal (art. 7.°, XVI, da CF).

O advogado tem adicional de horas extras não inferior a 100% sobre o valor da hora normal, mesmo havendo contrato escrito (§ 2.° do art. 20 da Lei n.° 8.906/94).

Se as horas extras são pagas com habitualidade, integram o cálculo de outras verbas, como indenização (En. 24 do TST), 13.° salário (En. 45 do TST), FGTS (En. 63 do TST), aviso prévio indenizado (En. 94 do TST), gratificações semestrais (En. 115 do TST), férias (En. 151 do TST e § 5.° do art. 142 da CLT) e descanso semanal remunerado (En. 172 do TST e art. 7.° da Lei n.° 605/49). "O cálculo do valor das horas extras habituais, para efeito de reflexos em verbas trabalhistas, observará o número das horas efetivamente prestadas e sobre ele aplica-se o valor do salário-hora da época do pagamento daquelas verbas" (En. 347 do TST).

O balconista, sujeito a controle de horário, que recebe por comissão tem direito ao adicional de 50% pelo trabalho em horas extras, calculado sobre o valor das comissões referentes a tais horas (En. 340 do TST).

Tem o adicional de horas extras natureza salarial e não indenizatória, pois remunera o trabalho prestado após jornada normal.

A gratificação por tempo de serviço integrará as horas extras (En. 226 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 (En. 264 do TST).

Se o empregador suprime as horas extras, o empregado não tem mais o direito de incorporá-las a seu salário, como era previsto no En. 76 do TST. O En. 291 do TST esclarece que se houver a supressão do pagamento das horas extras habituais, feitas por mais de um ano, o empregado tem direito apenas a uma indenização de um mês das horas suprimidas para cada ano ou fração igual ou superior a seis meses de prestação de serviço acima da jornada normal. O cálculo será feito com base na média das horas suplementares efetivamente trabalhadas nos últimos 12 meses, multiplicada pelo valor da hora extra do dia da supressão.

As horas extras não sofrerão repercussão do adicional de insalubridade. O adicional de insalubridade é calculado sobre o salário mínimo (art. 192 da CLT) e o adicional de horas extras é calculado sobre a hora normal (§ 1.° do art. 59 da CLT). Nota-se, portanto, que as bases de cálculo são distintas. Entender de modo diverso seria calcular adicional sobre adicional, o que é vedado quanto ao adicional de periculosidade, como se verifica do Enunciado 191 do TST.

6.2.2 Adicional noturno

O adicional noturno é devido ao empregado urbano que trabalhar no período entre 22 horas e 5 horas. O trabalhador rural terá direito ao adicional no período de 21 horas de um dia às 5 horas do dia seguinte, na lavoura; entre as 20 horas de um dia às 4 horas do dia seguinte, na pecuária (art. 7.° da Lei n.° 5.889/73). O advogado terá direito ao adicional noturno no período das 20 horas às 5 horas (§ 3.° do art. 20 da Lei n.° 8.906/94).

O adicional será de 20% sobre a hora diurna para o empregado urbano (art. 73 da CLT) e de 25% sobre a remuneração normal para o empregado rural (parágrafo único do art. 7.° da Lei n.° 5.889/73). O adicional noturno do advogado é de 25% (§ 3.°do art. 20 da Lei n.° 8.906/94).

Se o adicional noturno for pago com habitualidade, integra o cálculo do salário do empregado para todos os efeitos (En. 60 do TST).

O regime de revezamento no trabalho não exclui o direito do empregado ao adicional noturno, em função da derrogação do art. 73 da CLT pelo inc. III do art. 157 da Constituição de 1946 (En. 130 do TST). O vigia noturno também tem direito ao adicional noturno (En. 140 do TST).

6.2.3 Adicional de insalubridade

Estabelecia o art. 6.° do Decreto-lei n.° 2.162, de 1.°-5-1940, que "para os trabalhadores ocupados em operações consideradas insalubres, conforme se trate dos graus máximo, médio e mínimo, o acréscimo de remuneração, respeitada a proporcionalidade com o salário mínimo que vigorar para o trabalhador adulto local, será de 40%, 20% ou 10% respectivamente".

O adicional de insalubridade é devido ao empregado que presta serviços em atividades insalubres, sendo calculado à razão de 10% (grau mínimo), 20% (grau médio) e 40% (grau máximo) sobre o salário mínimo (art. 192 da CLT) e não sobre o salário profissional. É, ainda, devido se o salário contratual do empregado for superior à soma do salário mínimo com o adicional de insalubridade (En. 137 do TST).

Declara o inciso IV do art. 7.° do Estatuto Supremo que é vedada a vinculação do salário mínimo para qualquer fim. Objetiva o constituinte que o salário mínimo não seja um indexador para reajustes de preços, de aluguéis etc. A vinculação do salário mínimo é apenas para alimentação, moradia, saúde, vestuário, educação, lazer, higiene, transporte e previdência social. Não pode, portanto, haver a vinculação do salário mínimo para qualquer outro fim, dos previstos na própria Lei Ápice.

Somente as aposentadorias é que ficaram vinculadas ao salário mínimo, enquanto não implantado o novo plano de custeio e benefícios, na forma do art. 58 do ADCT, assim como garantiu-se tal salário à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover a própria subsistência (art. 203, V, da Constituição). O STF entendeu que é vedada a vinculação do adicional de insalubridade ao salário mínimo:

"Adicional de insalubridade: vinculação ao salário mínimo, estabelecida pelas instâncias ordinárias, que contraria o disposto no art. 7.°, IV, da Constituição" (Ac. da 1.ª T. do STF RE 236.396-5 MG, j. 2-11-98, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU 1, 20-11-98, p. 24, in LTr62-12/1621).

Determinou o art. 5.° da Lei n.° 7.789, de 3-7-1989, que a partir da publicação daquela norma deixavam de existir o piso nacional de salários e o salário mínimo de referência, vigorando apenas o salário mínimo. Com isso, não se quer dizer que o cálculo do adicional de insalubridade voltou a ser feito com base no salário mínimo, em face da derrogação de parte do art. 192 da CLT pelo Decreto-lei n.° 2.351/87 e pelo inciso IV do art. 7.° da Lei Magna.

Não se pode entender, também, que deixou de existir base de cálculo para o adicional de insalubridade, pois o obreiro que presta serviços em atividade insalubre deve receber um valor correspondente para tanto. O valor a ser pago a título de adicional de insalubridade a partir de julho de 1989 deve ser o mesmo que vinha sendo pago ao obreiro, ou que deveria ser-lhe pago com base no último salário mínimo de referência, inclusive para aquelas pessoas que iniciaram a prestação de serviços a partir de 4-7-1989. Tal valor será pago até setembro de 1989, porque a Lei n.° 7.843 somente entrou em vigor em outubro de 1989.

Passou o art. 2.° da Lei n..° 7.843, de 18-10-1989, a prever que cada salário mínimo de referência representaria 40 BTN's, que é o cálculo a ser adotado para adicional de insalubridade a partir de outubro de 1989.

Com a extinção do BTN e a criação da taxa referencial pela Lei n.° 8.177/91, o BTN deve ser atualizado até 1.°-2-1991 (no valor de 126,8621) e depois corrigido pela TR mensalmente. Dessa forma, os 40 BTN's continuarão a servir de base de cálculo para o adicional de insalubridade, sendo corrigidos mensalmente pela taxa referencial.

O inciso XXIII do art. 7.° da Constituição não dispõe que o adicional de insalubridade é calculado sobre a remuneração, mas sim que se trata de um adicional "de remuneração". O adicional não será, portanto, calculado sobre a remuneração ou sobre o salário contratual do empregado. O cálculo do adicional de insalubridade continua a ser feito sobre um determinado valor previsto na legislação ordinária, mas não sobre a remuneração. Há que se entender que o sentido da palavra remuneração a que se refere a Lei Fundamental é o do verbo remunerar e não propriamente a remuneração de que trata o art. 457 da CLT.

É vedado o cálculo do adicional de insalubridade sobre o salário contratual, pois inexiste previsão legal nesse sentido.

O adicional de insalubridade não pode tomar por base o "piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho" (art. 7.°, V, da Constituição), em razão de que tal dispositivo não é auto-aplicável. Há necessidade de lei para explicitar seu conteúdo. O En. 17 do TST previa que "o adicional de insalubridade devido a empregado que percebe, por força de lei, convenção ou sentença normativa, salário profissional, será sobre este calculado", porém foi cancelado pela Resolução n.° 30 do TST, de 27-4-94, em razão do entendimento do En. 228 do TST, que indica que o cálculo deve ser sobre o salário mínimo.

Tem o adicional de insalubridade natureza salarial e não indenizatória. Visa remunerar o trabalho em circunstâncias insalubres. Tem por objetivo compensar o trabalho em condições gravosas à saúde do empregado.

Integrará a remuneração do empregado para o cálculo de outras verbas se for pago em caráter habitual, como das férias (art. 142, § 5.°, da CLT), 13.° salário, aviso prévio, FGTS, indenização (En. 139 do TST). Não integrará os dsr's, pois o adicional tem pagamento mensal, que já inclui o primeiro (§ 2.° do art. 7.° da Lei n.° 605/49).

O trabalho executado em caráter intermitente, em condições insalubres, não afasta, por essa circunstância, o pagamento do adicional de insalubridade (En. 47 do TST).

O simples fornecimento do aparelho de proteção pelo empregador não o exime do pagamento do adicional de insalubridade, devendo tomar as medidas que conduzam à diminuição ou eliminação da nocividade, entre as quais as relativas ao uso efetivo do EPI pelo empregado (En. 289 do TST).

O trabalhador rural tem direito ao adicional de insalubridade, devendo ser verificada a condição que lhe é prejudicial à saúde (En. 292 do TST).

A verificação por meio de perícia a respeito da prestação de serviços em condições nocivas à saúde do empregado, considerado agente insalubre diverso do apontado na inicial, não prejudica o pedido de adicional de insalubridade (En. 293 do TST), pois o empregado não tem condições de dizer qual é o elemento que lhe é prejudicial à saúde, que só pode ser verificado pelo perito.

O adicional de insalubridade, assim como o de periculosidade, é devido ao trabalhador temporário, pois a alínea a do art. 12 da Lei n.° 6.019/74 prevê "remuneração equivalente à percebida pelos empregados da mesma categoria da empresa tomadora ou cliente". Tendo os adicionais de insalubridade e periculosidade caráter salarial, podem ser enquadrados na referida alínea do art. 12 da Lei n.° 6.019/74, em equiparação aos trabalhadores permanentes da empresa tomadora de serviços. Seria absurdo o trabalhador temporário laborar em local perigoso ou insalubre e nada perceber a esse título.

6.2.4 Adicional de periculosidade

O adicional de periculosidade é devido ao empregado que presta serviços em contato permanente com elementos inflamáveis ou explosivos. O contato permanente tem sido entendido como diário. O adicional será de 30% sobre o salário do empregado, sem os acréscimos resultantes de gratificações, prêmios ou participações nos lucros da empresa (§ 1.° do art. 193 da CLT).

Os empregados que operam em bomba de gasolina têm direito ao adicional de periculosidade (En. 39 do TST).

Se o adicional for pago com habitualidade, integrará as férias (§ 5.° do art. 142 da CLT), o 13.° salário, o aviso prévio, o FGTS, a indenização (En. 132 do TST). Não haverá integração do adicional de periculosidade no dsr, pois se trata de um pagamento mensal, que já engloba o último (§ 2.° do art. 7.° da Lei n.° 605/49).

Incide o adicional de periculosidade apenas sobre o salário básico do empregado, e não sobre tal salário acrescido de outros adicionais (En. 191 do TST).

6.2.4.1 Adicional de periculosidade no setor de energia elétrica

O adicional de periculosidade para os empregados que trabalham no setor de energia elétrica foi criado pela Lei n.° 7.369, de 20-9-85.

Os trabalhadores somente passaram a ter direito ao referido adicional a partir do momento em que houve regulamentação da Lei n.° 7.369/85, pois havia necessidade de serem especificadas as atividades e os setores em que existem condições perigosas com eletricidade e seu campo de aplicação (art. 2.° da Lei n.° 7.369/85). Assim, antes da regulamentação da mencionada norma, não havia direito ao citado adicional.

Regulamentou o Decreto n.° 92.212, de 26-9-85, a Lei n.° 7.369/85, passando a ser devido o adicional de periculosidade a partir da vigência do

referido decreto, conforme seu art. 5.°, ou seja, de 1.°-1-86 em diante (art. 6.°).

O Decreto n.° 93.412, de 14-10-86, revogou o Decreto n.° 92.212/85, sendo o atual regulamento da Lei n.° 6.019/74, fazendo pequenas modificações no anexo de atividades e áreas de risco.

Não são apenas os funcionários de empresa que produz energia elétrica que têm direito ao adicional, mas os de todas as empresas em que existam condições que impliquem perigo de vida pelo contato com equipamentos energizados.

Na verdade, a Lei n.° 7.369/85 não fez nenhuma distinção entre empresas concessionárias de distribuição, transmissão ou geradoras de energia elétrica e empresas consumidoras de energia elétrica. O que importa é se o obreiro labora nas condições descritas no anexo ao Decreto n.° 93.412/86.

Dispõe o art. 2.° do Decreto n.° 93.412/86 que para a concessão do adicional devem-se observar as atividades constantes do quadro anexo à citada norma, "independentemente do cargo, categoria ou ramo da empresa". A lei não determina que o adicional somente é devido aos empregados de empresas produtoras de energia elétrica. Onde a lei não distingue não cabe ao intérprete fazê-lo. O que deve ser realçado é se o trabalhador presta serviços nas hipóteses previstas no anexo ao Decreto n.° 93.412/86.

Se o empregado trabalha com equipamentos ou instalações elétricas em situação de risco, com contato físico e exposição aos efeitos da eletricidade, possibilitando a "incapacitação, invalidez permanente ou morte" (§ 2.° do art. 2.° do Decreto n.° 93.412/86), não há como deixar de ser pago o adicional de periculosidade. Despiciendo, então, afirmar-se que o adicional de periculosidade só se aplica aos eletricitários. Deve ser pago, também, aos eletricistas, desde que exerçam suas atividades nas áreas de risco descritas no anexo ao Decreto n.° 93.412/86, até porque os equipamentos (v. g., sistema elétrico de potência) e as áreas descritas no mencionado anexo (v. g., cabine do sistema elétrico de potência) existem, também, nas empresas consumidoras de energia elétrica.

Reza a Lei n.° 7.369/85 que o empregado, ao exercer suas funções em condições de periculosidade, tem direito ao adicional de 30% sobre seu salário. O Decreto n.° 93.412/86 esclarece que se o trabalhador permanece habitualmente em área de risco terá direito ao adicional sobre o salário da jornada de trabalho integral (inc. I do art. 2.°), e que, se houver permanência intermitente, o adicional será proporcional ao tempo despendido na execução da atividade perigosa (inc. II do art. 2.°). Ressalte-se que essa restrição feita pelo inciso II do art. 2.° do Decreto n.° 93.412/86 não se encontrava no Decreto n.° 92.212/85. É, ainda, ilegal, pois não consta da Lei n.° 7.369/85, que não menciona nenhuma proporcionalidade no pagamento do adicional se o obreiro presta serviços em local perigoso de modo intermitente, exorbitando, portanto, o conteúdo da citada norma. Fere tal dispositivo o princípio da legalidade, consagrado no inciso II do art. 5.° da Constituição da República. É de se lembrar que "o trabalho executado, em caráter intermitente, em condições insalubres, não afasta, só por essa circunstância, o direito à percepção do adicional de insalubridade" (En. 47 do TST), o que, mutatis mutandis, se aplica ao adicional em comentário. Logo, é ilegal a determinação do regulamento de atribuir um adicional proporcional ao tempo de trabalho na atividade perigosa, devendo ser pago o referido acréscimo legal de maneira integral. Lembre-se, ainda, que o art. 2.° da Lei n.° 7.369/85 manda que o Poder Executivo regulamente apenas as atividades que se exercem em condições de periculosidade, e não se o empregado ingressa de modo intermitente e habitual em área de risco. De qualquer modo, o adicional é de 30%, independendo do tempo de exposição à energia elétrica (En. 361 do TST).

A disposição do § 1.° do art. 2.° do Decreto n.° 93.412/86 também não encontra respaldo na lei quando afirma que o ingresso ou permanência eventual em área de risco não gera o direito ao adicional de periculosidade. Ao contrário, se o risco existe, o empregado pode sofrer uma descarga elétrica e falecer, ou ter outras seqüelas do acidente (parte final do § 2.° do art. 2.° do Decreto n.° 93.412/86), embora fique poucos minutos em contato com as linhas de alta tensão. Daí por que a análise da expressão habitualmente (inc. I do art. 2.° do Decreto n.° 93.412/86) deve ser feita como diariamente, que é como a Seção de Dissídios Individuais (SDI) do TST vem interpretando a expressão permanente, contida no art. 193 da CLT (ERR 4.196/88.1, Rel. Min. Hélio Regato, j. 14-8-90, DJU I 19-10-90, p. 11.555). Dessa forma, a pericuosidade não pode ser restringida a determinados horários de trabalho, pelo fato de o risco envolver a atividade desenvolvida pelo trabalhador em sua totalidade. Mesmo o contato de pequena duração tem efeitos mortais no caso de uma descarga elétrica. A SDI do TST já entendeu que "o trabalho intermitente em atividade perigosa não afasta o direito ao adicional respectivo" (ERR 0829/84, Rel. Min. Guimarães Falcão, j. 23-8-89, DJU I 13-10-89, p. 15.800). Fazendo-se um paralelo com a insalubridade, nesta o fator insalubre vai agindo lentamente no organismo humano, ao passo que na periculosidade não é possível ser feita a medição do tempo de exposição do obreiro ao perigo, pois, por apenas um minuto de contato do trabalhador com a energia elétrica, pode este perder sua vida, ou ficar incapacitado permanentemente.

O intuito da Lei n.° 7.369/85 é o de proteger o empregado, não se podendo interpretar a lei desfavoravelmente ao obreiro, de modo a causar-lhe prejuízo.

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. O próprio § 3.° do art. 2.° do Decreto n.° 93.412/86 deixa bem claro que, enquanto não for eliminado o risco resultante da atividade do trabalhador em condições de periculosidade, o adicional é devido. O acréscimo legal só deixará de ser pago se houver a cessação do exercício da atividade, ou com a eliminação do risco (art. 4.° do Decreto n.° 93.412/86).

A atividade do trabalhador deve ser desenvolvida em área de risco, na forma do anexo ao Decreto n.° 93.412/86. Tal determinação decorre do art. 2.° da Lei n.° 7.369/85 ao preconizar que o Poder Executivo irá regulamentar as atividades em que o trabalhador preste serviços em condições perigosas. Logo, é necessário que a atividade esteja prevista no decreto regulamentar e seja realizada na área de risco nele prevista. O fato de haver uma linha de transmissão nas ruas, passando sobre árvores, não implica, só por si, o pagamento do adicional de periculosidade para os transeuntes que circulam no referido logradouro público. Se a atividade do empregado, apesar de ser tecnicamente perigosa, não estiver classificada como tal pelo anexo ao Decreto n.° 93.412/86, inexistirá o direito ao adicional de periculosidade (interpretação a contrario sensu do art. 2.° da Lei n.° 7.369/85 c/c art. 196 da CLT).

O eletricista que presta serviços com equipamentos desenergizados não faz jus ao adicional de periculosidade, a não ser que permaneça no local em que os equipamentos fiquem ligados.

O cálculo do adicional de periculosidade será feito sobre o salário-base, nele excluídos outros adicionais, como o de horas extras e o noturno (En. 191 do TST). Se for pago em caráter permanente integrará o cálculo da indenização (En. 132 dc TST).

Verificada a existência da periculosidade, em razão da Lei n.° 7.369/85, existirão reflexos do adicional nas férias (§ 5.° do art. 142 da CLT), no 13.°

salário, com incidência do FGTS sobre o principal e os acessórios. Não existirão, porém, reflexo sobre o dsr, visto que o adicional é mensal, considerando-se já remunerados os dia do repouso semanal do empregado, de acordo com o § 2.° do art. 7.° da Lei n.° 605/49. Se o aviso prévio for trabalhado, o adicional será pago à parte; mas se o aviso prévio for indenizado, o adicional de periculosidade deverá integrar o primeiro, havendo seu pagamento habitual.

6.2.5 Adicional de transferência

O adicional de transferência é devido ao empregado quando for transferido provisoriamente para outro local, desde que importe mudança de sua residência (art. 469, § 3.°, da CLT). Não é devido nas transferências definitivas. O porcentual é de 25% sobre o salário.

Pág. 213

6.2.6 Adicional por tempo de serviço

Na verdade, o adicional por tempo de serviço não pode ser chamado de adicional, pois não visa ao maior esforço do empregado ou é devido por este ter trabalhado em condições mais gravosas, mas representa salário, que muitas vezes é chamado de anuênio, qüinqüênio etc. O Enunciado 203 do TST estabelece que o adicional por tempo de serviço integra o salário para todos os efeitos legais. Entrará no cálculo do adicional de periculosidade, pois não se trata de gratificação, prêmio ou participação em lucros. O próprio Enunciado 226 do TST diz que a gratificação por tempo de serviço, isto é, o adicional por tempo de serviço, integra o cálculo das horas extras, justamente por se tratar de salário. O Enunciado 240 do TST esclarece que o adicional por tempo de serviço integra o cálculo da gratificação dos bancários.

6.2.7 Base de cãlculo dos adicionais

Existe controvérsia sobre a base a ser tomada para o cálculo de alguns adicionais previstos em lei.

Quanto ao adicional de insalubridade, o art. 192 da CLT reza que o porcentual (10, 20 ou 40%) deve ser utilizado sobre o "salário mínimo da região".

No que concerne ao adicional de periculosidade, o cálculo será de "30% sobre o salário sem os acréscimos resultantes de gratificações, prêmios ou participações nos lucros da empresa" (§ 1.° do art. 193 da CLT).

O adicional de transferência terá porcentual de 25%, calculado sobre o salário que o empregado percebia na localidade onde estava laborando (§ 3.° do art. 469 da CLT).

A respeito do adicional de horas extras e do adicional noturno é que lavra a discórdia. Entendem alguns autores que se toma como base de cálculo adicional sobre adicional, proporcionando-se o efeito em cascata. Outros doutrinadores posicionam-se no sentido de que o cálculo não é feito com adicional sobre adicional, mas, sim, sobre o salário fixo, corrente à qual nos filiamos.

Deve-se lembrar que o cálculo do adicional de horas extras ou noturno não é feito sobre a remuneração, que compreende o salário mais as gorjetas (art. 457 e seu § 3.° da CLT). Nem a Constituição de 1988 dá respaldo a esse entendimento, pois a remuneração tratada nos incs. IX (adicional noturno), XVI (serviço extraordinário) e XVII (férias) do art. 7.° refere-se a pagamento, e não tem o significado da remuneração versada no art. 457 do estatuto consolidado.

Examinando-se os dispositivos da CLT pertinentes à matéria notamos que: o adicional de horas extras será calculado sobre o salário da hora normal (§ 1.° do art. 59 e § 2.° do art. 61 da CLT); o adicional noturno terá por base o

salário da hora diurna (caput do art. 73 da CLT), não se observando a hora normal já acrescida do adicional de horas extras. Inexiste dúvida, então, para o cálculo dos adicionais mencionados. Não há que se indagar qual adicional será utilizado em primeiro lugar, porque o cálculo de cada adicional será feito em separado. Só o cálculo do adicional noturno é cumulado com o cômputo da hora noturna reduzida (§ 1.° do art. 73 da CLT), visto que "a duração legal da hora de serviço noturno (cinqüenta e dois minutos e trinta segundos) constitui vantagem suplementar, que não dispensa o salário adicional" (Súm. 214 do STF).

Pág. 214

Mais se justifica o nosso entendimento ao verificarmos a orientação jurisprudencial consubstanciada no verbete 191 do TST: "o adicional de periculosidade incide, apenas, sobre o salário básico e não sobre este acrescido de outros adicionais", o que, mutatis mutandis, se aplicaria aos adicionais de horas extras e noturno.

Conclui-se que não se pode cumular o cálculo de adicional sobre adicional para efeito de horas extras, e muito menos para efeito do adicional noturno.

Por fim, poder-se-ia dizer que há uma colisão entre o que está prescrito no Enunciado 191 do TST e o disposto no Enunciado 264 da mesma Corte. No entanto, 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 (Bernardes, 1989, v. 1:268). Assim, a "remuneração do serviço suplementar é composta do valor da hora normal, integrado por parcelas de natureza salarial" supracitadas, "e acrescido do adicional previsto em lei, contrato, acordo, convenção ou sentença normativa" (En. 264 do TST).

6.3 Ajuda de custo

A ajuda de custo tem origem no Direito Administrativo, sendo a importância paga ao funcionário pelos cofres públicos visando a cobrir as despesas de sua transferência para outra localidade. Verifica-se do conceito que a natureza do pagamento dessa verba é indenizatória, de compensar as despesas havidas pelo funcionário em função de sua mudança de um local para outro e as despesas de viagem. Era o que se observava no Código de Contabilidade Pública (arts. 364 ss.) e no antigo Estatuto dos Funcionários Públicos (art. 137). O art. 53 da Lei n.° 8.112/90, que trata do regime único dos servidores civis da União, esclarece que a ajuda de custo destina-se a compensar as despesas de instalação do servidor que é transferido com mudança de domicílio em caráter permanente. O § 1.° do mesmo artigo mostra que a ajuda de custo serve para pagar as despesas de transporte do servidor e de sua família, inclusive de bagagem e pessoais. O art. 54 declara que a ajuda de custo é calculada sobre a remuneração do servidor, sendo devida mesmo quando há a nomeação em cargo em comissão, porém decorrente de mudança de domicílio (art. 56).

Muitas vezes, a ajuda de custo pode ser eventual ou decorrente de um único pagamento; seriam despesas imprevistas e ocasionais, enquanto a diária, normalmente, é repetitiva. A diferença que se pode estabelecer entre as diárias e as ajudas de custo é que as primeiras são para as viagens, e as segundas, não. Nas diárias, existem, muitas vezes, sobras do numerário recebido, o que geralmente não ocorre na ajuda de custo, que também não tem por objetivo compensar o incômodo da viagem.

Num primeiro momento, a idéia da natureza da ajuda de custo era a de indenizar as despesas do empregado com locomoção: para local diverso daquele que era seu domicílio, que poderia enquadrar-se nas despesas resultantes da transferência do empregado, que ficam a cargo do empregador (art. 470 da CLT),

assim como as despesas de viagem e transporte dos empregados de empresas teatrais, como mencionava o art. 509 da CLT, que foi revogado pela Lei n.° 6.533, de 24-5-78, norma que regula as profissões de artista e de técnico em espetáculos de diversões.

Pág. 215

Verifica-se, entretanto, no § 2.° do art. 239, que o pessoal da equipagem de trens tem direito a ajuda de custo destinada a atender às despesas com alimentação, viagem e hospedagem no destino desde que a empresa não concedesse tais vantagens. Nessa hipótese, a ajuda de custo visa indenizar as despesas do empregado com aquelas contingências, e não as despesas de transferência do empregado, como no caso anteriormente mencionado. Parece que o sentido da expressão "ajuda de custo" deve ser o mais abrangente possível, incluindo as despesas de alimentação e de locomoção do empregado, como em relação aos empregados que prestam serviços externos (vendedores, motoristas, cobradores, propagandistas).

Assim, poder-se-ia dizer que a ajuda de custo é a importância paga pelo empregador ao empregado com o objetivo de proporcionar condições para a execução do serviço, não se tratando, porém, de valores pagos pela contraprestação dos serviços.

O § 1.° do art. 457 da CLT informa que integram o salário não só a importância fixa estipulada, mas também as comissões, percentagens, gratificações, diárias para viagens e abonos pagos pelo empregador, mas não se refere expressamente às ajudas de custo. Já se poderia concluir, por aí, que as ajudas de custo não integram o salário em hipótese nenhuma. O § 2.° do art. 457 da CLT vem a corroborar essa situação, ao mencionar que "não se incluem no salário as ajudas de custo".

A oração do referido parágrafo continua, porém passa a tratar das diárias que excedem ou não 50% do salário. Contudo, a frase, ao mencionar quando haja o excedimento ou não de 50%, refere-se exclusivamente às diárias, e não à ajuda de custo. Assim, podemos concluir que em hipótese nenhuma, excedendo ou não 50% do salário, as ajudas de custo integrarão o salário, pois têm natureza de reembolso de despesas. O TST já assim decidiu:

"Ajuda de custo. Caráter indenizatório. Ajuda de custo, qualquer que seja o seu valor, não integra o salário em face de sua natureza indenizatória. Embargos conhecidos e rejeitados" (Ac. TST Pleno, ERR 5.305/90, Rel. Min. Mendes Cavaleiro, DJU 15-8-86).

Entendemos que não há como se distinguir entre ajudas de custo próprias e impróprias, pois as ajudas de custo não integram o salário, correspondendo sempre a reembolso para cobrir as despesas do empregado com locomoção, transporte ou alimentação.

É claro que, se o empregador rotular falsamente o salário como ajuda de custo, considerar-se-á de natureza salarial a verba paga, principalmente se sua natureza não for indenizatória, mas retributiva, ou se o pagamento for feito a título de reembolso de despesas que o empregado não tem, ou por trabalhar internamente, como rotular impropriamente de ajuda de custo de despesas de transporte do obreiro de sua residência para o trabalho ou vice-versa, ou de suposta ajuda de custo de aluguel, sendo tais pagamentos, na verdade, salário-utilidade, se houver habitualidade no referido pagamento, por corresponderem a um plus salarial, e não reembolso de despesas ou indenização.

Pág. 216

É comum o empregador pagar ao empregado verbas de natureza indenizatória que realmente têm natureza de ajuda de custo, de indenizar as despesas feitas pelo

empregado, como ajuda para transporte, ajuda-quilometragem, ajuda-alimentação, como ocorre, quanto a essa última, principalmente em relação aos bancários.

Se o empregador pagar cumuladamente diárias e ajudas de custo, é preciso verificar a natureza indenizatória de cada parcela, para diferenciar a parte que é salário.

6.4 Comissões

A comissão integra o salário (§ 1.° do art. 457 da CLT). É uma modalidade de salário normalmente estipulada para os empregados no comércio, porém os representantes comerciais também podem perceber pagamento à base de comissão, assim como os bancários, pela venda de papéis do banco.

Não se confunde comissão com percentagem, pois, caso contrário, o legislador ordinário não as utilizaria em separado (§ 2.° do art. 142, § 1.° do art. 457 e art. 466 da CLT). Comissão é gênero. Percentagem é espécie de comissão. As comissões se referem a um valor determinado, como $10,00 por unidade vendida, e as percentagens, como o próprio nome indica, seriam um porcentual sobre as vendas (exemplo: 5% sobre as vendas), não tendo um valor determinado em numerário.

Os vendedores, pracistas ou viajantes, podem ter seus salários determinados à base de comissões, como geralmente acontece, sendo o regime de trabalho de tais pessoas regulado pela Lei n.° 3.207, de 18-7-57. O empregado vendedor tem direito à comissão avençada sobre as vendas realizadas. Se possui uma zona de trabalho fechada, onde atua com exclusividade, tem direito às comissões das vendas aí realizadas pela empresa ou por seu preposto (art. 2.°). Essa zona poderá ser ampliada ou restringida, de acordo com as necessidades da empresa. Sendo o empregado transferido de sua zona de trabalho, com redução de vantagens, terá direito à remuneração mínima de um salário correspondente à média dos 12 últimos meses anteriores à transferência. Considera-se aceita a transação se o empregador não a recusar por escrito, dentro do prazo de 10 dias, contados da data da proposta. Se a transação é feita com outro comerciante estabelecido em outro Estado ou no estrangeiro, o prazo para aceitação ou recusa da proposta de venda será de 90 dias, podendo, ainda, ser prorrogado, por tempo determinado, mediante comunicação escrita feita ao empregado (art. 3.°). Não se pode confundir o direito à comissão com a exigibilidade do seu pagamento, que ocorre 30 dias após ultimada a transação, ocasião em que a empresa deve expedir as cópias das faturas correspondentes aos negócios concluídos (art. 4.°). As partes, porém, poderão estabelecer outro prazo para o pagamento, que não poderá exceder de 90 dias, contados da aceitação do negócio (parágrafo único do art. 4.°). Nas prestações sucessivas, o pagamento das comissões e percentagens será exigível de acordo com a ordem de seu recebimento (art. 5.°). Rescindido o contrato de trabalho ou havendo inexecução voluntária do negócio pelo empregador, persiste o direito do empregado às comissões ou percentagens (art. 6.°). As comissões só poderão ser estornadas se houver insolvência do comprador (art. 7.°).

Se o empregado vendedor prestar serviços de inspeção e fiscalização ao empregador, ficará a empresa vendedora obrigada ao pagamento adicional de 1/10 (um décimo) da remuneração que lhe for atribuída (art. 8.°).

O STF não reconhecia ao vendedor-pracista, remunerado por comissão, o direito ao repouso semanal remunerado (Súm. 201). Entretanto, essa matéria hoje não é mais apreciada pelo Excelso Pretório, pois se trata de regra prevista em lei ordinária. Assim, prevalece a orientação do Enunciado 27 do TST, de que "é devida a remuneração do repouso semanal remunerado e dos dias feriados ao empregado comissionista, ainda que pracista".

O Enunciado 340 do TST esclarece que "o empregado, sujeito a controle de horário, remunerado à base de comissões, tem direito ao adicional de, no mínimo, 50% pelo trabalho em horas extras, calculado sobre o valor das comissões a elas referentes".

O Enunciado 93 do TST deixa claro que "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".

Percebendo o empregado apenas comissões, não tendo salário fixo, o empregador deve assegurar ao obreiro pelo menos um salário mínimo no mês em que as comissões não atingirem essa importância. Assim, se as comissões foram inferiores a um salário mínimo em certo mês, deve a empresa complementar tal valor até atingir um salário mínimo (parágrafo único do art. 78 da CLT e Lei n.° 8.716/93). Se a norma coletiva da categoria estabelecer piso salarial, este deve ser observado como mínimo a ser pago ao empregado, e mais as comissões.

6.5 Diárias

As diárias têm origem no Direito Administrativo, tendo caráter indenizatório. O Estado inicialmente as pagava em virtude de despesas feitas pelo funcionário que era transferido da sede. O art. 58 da Lei n.° 8.112/90 (Estatuto dos Funcionários Públicos da União) esclarece que as diárias são destinadas a cobrir despesas de pousada, alimentação e locomoção urbana, sendo decorrentes de deslocamento permanente. Inexistindo este, as diárias não são devidas.

Na prática, costuma-se falar em diárias, porém o termo correto é "diárias para viagem", como se observa dos §§ 1.° e 2.° do art. 457 da CLT, mas também emprega-se o termo viáticos como sinônimo, com o significado do pagamento feito pelo preponente aos caixeiros-viajantes ou cometas, com origem no Direito Comercial.

Podem ser conceituadas as diárias como o pagamento feito ao empregado para indenizar despesas com o deslocamento, hospedagem ou pousada e alimentação e sua manutenção quando precisa viajar para executar as determinações do empregador. São, portanto, pagamentos ligados diretamente à viagem feita pelo empregado para a prestação dos serviços ao empregador, decorrentes da mobilidade do empregado.

Distinguem-se as diárias das despesas de viagem ou reembolso de despesas. Nestas, o pagamento feito pelo empregador é, na verdade, o reembolso exato das despesas gastas pelo empregado na viagem, mediante prestação de contas. As diárias, porém, não ficam subordinadas à comprovação do valor gasto pelo empregado na viagem, recebendo o obreiro um valor estipulado pelo empregador, quer tenha desembolsado mais do que o recebido ou menos.

O empregado viajante, ao receber as diárias, procura economizar as despesas feitas para que haja sobra de uma importância para a complementação de seu salário, principalmente quando este é ínfimo, de modo a complementar o orçamento familiar. Diante dessa situação, não é possível dizer que parte do pagamento feito a título de diárias ou o porcentual que é considerado salário, já que uma parte corresponderia ao reembolso das despesas de viagem. Daí por que o objetivo foi o de que o empregador não pagasse o salário apenas sob o rótulo de diárias ou pagasse um salário ínfimo e grandes valores a título de diárias, para que não houvesse a integração em outras verbas ou a incidência de contribuições sociais, mas não se pode esquecer que há um caráter indenizatório, mas também compensatório, em função do desconforto do empregado pelas constantes

viagens realizadas. Assim, poderíamos falar em diárias próprias e impróprias, em que as primeiras têm por objetivo indenizar ao empregado as despesas incorridas, ou seja, ressarcimento de despesas, e as segundas têm caráter retributivo, sendo, portanto, salário.

O legislador estabeleceu, num primeiro plano, que integram o salário não só a importância fixa estipulada, mas também as diárias para viagens pagas pelo empregador (§ 1.° do art. 457 da CLT). Normalmente, as diárias são pagas aos empregados viajantes, mas nem sempre isso ocorre, podendo o pagamento referir-se a outro empregado que tenha que viajar ocasionalmente a serviço do empregador, como também aos propagandistas, aos cobradores ou àqueles que exercem serviços externos, como o motorista. Entretanto, o pagamento deve ser habitual para que as diárias se incluam no salário, e não eventual. Um dos requisitos para se considerar de natureza salarial o recebimento é a habitualidade em seu pagamento, como se observa, v. g., do art. 458 da CLT, que determina que, para haver a configuração do salário in natura, é preciso existir habitualidade em seu fornecimento.

Como não era possível estabelecer que parte das diárias seria salário e que parte seria indenização, o § 2.° do art. 457 da CLT determinou que, para haver a integração no salário, a diária teria que exceder de 50% de tal retribuição; e, ao contrário, não se incluiria no salário se chegasse até 50% do salário do empregado. Esse critério legal, pode, porém, ser, na prática, inadequado se efetivamente o empregado gasta como despesa de viagem mais de 50% de seu salário, quando o correto seria falar que se trata de indenização, e não de salário. Havia, também, dúvida sobre qual a parte que seria considerada salário caso se excedesse os 50%, apenas o excesso ou o total. O Enunciado 101 do TST orientou-se no sentido de que "integram o salário, pelo seu valor total e para efeitos indenizatórios, as diárias de viagem que excedam 50% do salário do empregado". Parece que apenas o excesso é que deveria ser considerado salário, pois até 50% dever-se-ia entender que tal parcela corresponderia a reembolso de despesas, e não salário; porém, não é essa a orientação do TST. A interpretação literal do § 2.° do art. 457 da CLT vai levar o intérprete à idéia de que é salário aquilo que exceda a 50% do salário; entretanto, o que não exceder, não o será. Logo, não se poderia entender que todo o pagamento é salário.

Há necessidade de se verificar, também, qual o critério para o cômputo dos 50%, se de acordo com o pagamento diário ou mensal das diárias. O TST orientou-se no seguinte sentido: "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" (En. 318 do TST).

As orientações mencionadas, contudo, não levam em conta a finalidade do pagamento, mas apenas o valor. O mais correto seria adotar o critério de se verificar a destinação do pagamento feito ao empregado. Se 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 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. Inexistindo viagem, não haverá que se falar em reembolso, sendo salário o pagamento feito ao empregado.

A Instrução Normativa n.° 8, de 1.°-11-91, do Secretário Nacional do Trabalho, faz a distinção se a diária é sujeita ou não a prestação de contas, critério, esse, não previsto na CLT, mas correto, do ponto de vista de que, se as diárias são sujeitas a prestação de contas, têm natureza de reembolso de

despesas, e não de salário. O art. 1.° da referida norma considera "como de natureza salarial as diárias de viagem quando, não sujeitas a prestação de contas, excederem a 50% do salário mensal do empregado, no mês em que forem pagas".

O parágrafo único do mesmo artigo mostra que "não serão consideradas de natureza salarial as diárias de viagem quando sujeitas a prestação de contas, mesmo se o total dos gastos efetivamente incorridos exceder a 50% do salário do empregado, no respectivo mês".

É claro que, se o empregado deixar de viajar, perderá o direito às diárias, pois a sua destinação decorre da existência de viagens, sendo que, nesse caso, o empregado não poderá alegar prejuízo. O mesmo raciocínio é feito em relação ao empregado que trabalhava durante o horário noturno e passa a trabalhar durante o dia, que perde o direito ao adicional noturno (En. 265 do TST).

Se as diárias e ajudas de custo forem contratadas, ainda que tacitamente, mesmo não tendo natureza salarial, integram as condições de trabalho e não podem ser alteradas ou suprimidas pelo empregador (art. 468 da CLT), se persistirem seus fatos geradores. Devem também ser reajustadas periodicamente, pois, do contrário, o empregado continuará desembolsando valores para atender aos pagamentos necessários, tendo redução indireta dos salários. Se tiverem efetivamente natureza salarial, mais se justifica o reajustamento, inclusive de acordo com os critérios legais ou convencionais, porém não terão direito a aumentos de produtividade, posto que não são decorrentes de tal fato.

6.6 Gorjeta

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; propina, no espanhol; pourboire, no francês; mancia, no italiano; e tip, em 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.

Gorjeta, segundo o § 3.° do art. 457 da CLT, é não só a importância espontaneamente dada pelo cliente ao empregado, como também aquela que for cobrada pela empresa ao cliente, como adicional nas contas, a qualquer título, sendo destinada a distribuição aos empregados. O pagamento da gorjeta é feito, assim, por um terceiro, o cliente, e não pelo próprio empregador, daí não ser considerada como salário, mas como remuneração, que corresponde aos salários mais as gorjetas (art. 457 da CLT).

Distingue-se a gorjeta do salário. Este é pago diretamente pelo empregador ao empregado, em função do contrato de trabalho. A gorjeta compõe a remuneração, não é contraprestação do trabalho, mas pagamento feito pelo terceiro, pelo cliente, sendo proveniente do contrato de trabalho.

A gorjeta diferencia-se da gratificação, pois a primeira é paga pelo cliente e a segunda pelo empregador.

Tem a gorjeta natureza trabalhista, sendo que remunera o trabalho decorrente do contrato laboral. No sistema brasileiro, a gorjeta tem natureza de doação, por não ser obrigatório ao cliente pagar gorjeta ao trabalhador. As gorjetas não poderão ser pagas pelo empregador. Se o forem, terão natureza de gratificação, sendo consideradas salário.

O pagamento da gorjeta pode ser decorrente de causa subjetiva, como o fato de o cliente ser bem servido, ou de causa objetiva, em decorrência do serviço prestado, mas sempre será proveniente da existência do contrato de trabalho entre o empregado e o empregador.

As gorjetas podem ser de duas espécies: as obrigatórias (sistema alemão - Serviersystem), fixadas na nota de despesa e destinadas a um fundo para

distribuição a todos os empregados; e as facultativas (sistema latino - Troncsystem), que são as espontâneas, ficando ao livre-arbítrio do cliente. No Brasil, adota-se o sistema facultativo, sendo que o cliente não é obrigado a pagar gorjeta, mesmo que ela venha incluída na conta. Pode a gorjeta tanto ser um valor fixo dado pelo cliente, como cobrada à razão de um porcentual sobre a nota de serviço, que geralmente é de 10%.

Gorjeta envolve pagamento em dinheiro e não em objetos. O § 3.° do art. 457 da CLT faz referência a "importância", que é a quantia paga em dinheiro.

Normalmente, as gorjetas são fixadas em tabelas dos sindicatos, de acordo com uma média durante o mês, pois muitas vezes é impossível saber quanto o empregado recebeu de gorjeta, uma vez que ela é paga diretamente ao obreiro e não passa pelo caixa do empregador.

É de se ressaltar que as gorjetas não poderão ser utilizadas para a complementação do salário mínimo, pois este último é pago diretamente pelo empregador (art. 76 da CLT) e a gorjeta deve ser paga por um terceiro: o cliente. Assim, o obreiro deverá receber o salário mínimo e mais as gorjetas que forem pagas pelo cliente. O TST esclarece por meio do Enunciado 290 que "as gorjetas, sejam cobradas pelo empregador ou oferecidas espontaneamente pelos clientes, integram a remuneração do empregado".

Integrarão, assim, a remuneração para todos os efeitos, como para o cálculo das férias, 13.° salário (§ 1.° do art. 1.° da Lei n.° 4.090/62), havendo incidência do FGTS. Não haverá integração: nos dsr's, pois se o pagamento é mensal já engloba aqueles valores (§ 2.° do art. 7.° da Lei n.° 605/49), além do que faz parte da remuneração e não é calculada sobre o salário; no aviso prévio, pois este é calculado sobre o salário do mês da rescisão e não sobre a remuneração. Também não integrará: o adicional noturno, que é calculado sobre a hora diurna; o adicional de insalubridade, que tem por base o salário mínimo; o adicional de periculosidade, que emprega o salário contratual do empregado em seu cômputo. O Enunciado 354 do TST esclareceu que 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.

6.7 Gratificações

A palavra gratificação deriva do latim gratificatio, gratificationem, do verbo gratificare, que tem o significado de dar graças, mostrar-se reconhecido. No Direito do Trabalho, muitas vezes, a gratificação tem o sentido de um pagamento feito por liberalidade pelo empregador, de forma espontânea.

As origens da gratificação são encontradas nos pagamentos de valores feitos por liberalidade do empregador. Seria uma forma de agradecimento ou de reconhecimento por parte do empregador em razão de serviços prestados.

A gratificação pode ter várias finalidades: (a) retributiva, de modo a remunerar o empregado pelo serviço prestado, seja de maneira expressa ou tácita; (b) premial, ou de recompensa pelos serviços extras prestados; (c) estimulante, de modo a fazer com o que o empregado produza mais ou melhore sua produção.

As gratificações podem ser divididas quanto: a - à obrigatoriedade, sendo compulsórias ou espontâneas; b - ao ajuste, sendo expressas (escrita ou verbal) e tácitas.

O § 1.° do art. 457 da CLT determina que a gratificação ajustada integra o salário, tendo, portanto, finalidade retributiva. O ajuste poderá ser expresso ou tácito.

Será liberal a gratificação não ajustada, não integrando o salário. Já as gratificações ajustadas (§ 1.° do art. 457 da CLT) serão consideradas salário.

Pouco importa se o empregador coloca no recibo de pagamento que a gratificação vem a ser uma liberalidade, pois pode ter decorrido de ajuste tácito (En. 152 do TST). A gratificação paga com habitualidade, porém irá configurar salário, implicando ajuste tácito entre as partes, por sua reiteração. É o que se observa da Súmula 207 do STF: "as gratificações habituais, inclusive a de Natal, consideram-se tacitamente convencionadas, integrando o salário". Assim, se a gratificação é habitual, deverá ser computada no salário pelo duodécimo, inclusive para efeito do 13.° salário (En. 78 do TST). A gratificação que se tiver incorporado ao salário integra a indenização (Súm. 459 do STF).

A gratificação não se confunde com o 13.° salário, pois este é compulsório, determinado por lei, enquanto a primeira é convencional.

Normalmente, são fixadas por período de seis meses ou de um ano, como ocorre com as gratificações de balanço.

Havendo, ao mesmo tempo, "gratificação por tempo de serviço outorgada pelo empregador e outra da mesma natureza prevista em acordo coletivo, convenção coletiva ou sentença normativa, o empregado tem direito a receber, exclusivamente, a que lhe seja mais benéfica" (En. 202 do TST).

As gratificações de produtividade e de tempo de serviço, pagas mensalmente, não repercutem no cálculo do repouso semanal remunerado (En. 225 do TST).

A gratificação semestral não repercute nos cálculos das horas extras, das férias e do aviso prévio, ainda que indenizados (En. 253 do TST).

A gratificação por tempo de serviço integra o salário para todos os efeitos legais (En. 203 do TST), inclusive para o cálculo das horas extras (En. 226 do TST).

6.8 Gratificação de função

A gratificação de função é devida em relação à maior responsabilidade que é atribuída ao empregado no desempenho de sua função. Normalmente, ocorre em relação a empregados que ocupam cargos de confiança.

A hipótese mais clara prevista na legislação refere-se ao bancário. O § 2.° do art. 224 da CLT estabelece que o bancário que desempenha função de direção, gerência, fiscalização, chefia e equivalentes tem direito a pelo menos 1/3 a mais de seu salário a título de gratificação. Nas normas coletivas das categorias, tem-se estipulado pelo menos 50% a mais.

O parágrafo único do art. 62 da CLT estabelece que não são abrangidos pelo capítulo da jornada de trabalho os gerentes ou as pessoas que exerçam cargos de gestão quando o salário do cargo de confiança, compreendendo a gratificação de função, se houver, for inferior ao valor do respectivo salário efetivo acrescido de 40%.

O Enunciado 109 do TST mostra que a gratificação de função prevista no § 2.° do art. 224 da CLT não é compensável com o valor da sétima e oitava horas de serviço do bancário.

O adicional por tempo de serviço integra o cálculo da gratificação de função prevista no § 2.° do art. 224 da CLT (En. 240 do TST).

6.9 Décimo terceiro salário

6.9.1 Generalidades

As empresas tinham por hábito o pagamento espontâneo de uma gratificação ao final de cada ano, para que os empregados pudessem fazer as compras de Natal. Era o que se chamava de gratificação natalina.

Atento a essa característica, o legislador resolveu estabelecer a gratificação natalina por meio de lei, acabando com a espontaneidade em seu pagamento.

Pág. 223

Assim, foi editada a Lei n.° 4.090, de 13-7-62, que instituiu a gratificação de Natal, também denominada 13.° salário, que passou a ser compulsória e não mais facultativa, como era o procedimento das empresas. A referida norma foi regulamentada pelo Decreto n.° 57.155, de 3-11-65.

Passou o 13.° salário a ser um pagamento obrigatório por parte das empresas, tendo, portanto, natureza salarial. O 13.° salário passa a ser devido a todo empregado (art. 1.° da Lei n.° 4.090/62).

A primeira Constituição que veio a tratar do tema foi a de 1988, no inc. VIII do art. 7.°: "décimo terceiro salário com base na remuneração integral ou no valor da aposentadoria". O 13.° salário é devido não só ao empregado urbano, mas também ao rural, segundo a Constituição, de acordo com o caput do art. 7.°, fato esse que já se observava no Enunciado 34 do TST. Segundo a Lei Maior, o 13.° salário passa a ser devido com base na remuneração integral do mês de dezembro, como já explicitava o § 1.° do art. 1.° da Lei n.° 4.090/62. Em se tratando de aposentadoria ou pensão é que o valor do benefício previdenciário passou a ser devido com base nos proventos do mês de dezembro de cada ano (§ 6.° do art. 201 da CF) e não com base na média dos proventos do ano, como era calculada anteriormente.

Outorga, ainda, o parágrafo único do art. 7.° da Lei Fundamental o direito ao 13.° salário em relação ao empregado doméstico.

Estabelece o inciso XXXIV do art. 7.° da Constituição que haverá igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso, o que mostra que o constituinte também assegurou ao avulso o direito ao 13.° salário, embora a Lei n.° 5.480/68 tenha sido revogada pela Lei n.° 8.630/93 (art. 76).

O trabalhador temporário tem direito ao 13.° salário, a despeito de a Lei n.° 6.019 nada mencionar sobre o tema. Poder-se-ia afirmar o direito do temporário ao 13.° salário com base na letra a do art. 12 da Lei n.° 6.019/74, pois o temporário deve perceber remuneração equivalente à do empregado da tomadora dos serviços. Ísis de Almeida (1977:93) afirma que a "remuneração compreende não apenas salário, mas várias outras parcelas, entre as quais se incluem, induvidosamente, as gratificações habituais, e, portanto, o 13.° salário".

O art. 1.° da Lei n.° 4.090 esclarece que o 13.° salário é devido a todo empregado. Como o trabalhador temporário não deixa de ser empregado da empresa de trabalho temporário, deve, também, ter direito ao 13.° salário.

Esclarece o Enunciado 50 do TST que "a gratificação natalina, instituída pela Lei n.° 4.090, de 1962, é devida pela empresa cessionária ao servidor público cedido, enquanto durar a cessão".

Se a Administração Estadual ou Municipal adota o regime da CLT para seus empregados, também terá de pagar-lhes o 13.° salário. O § 3.° do art. 39 da Constituição também assegura o 13.° salário aos servidores públicos.

O § 1.° do art. 1.° da Lei n.° 4.090/62 adota a idéia, prevista posteriormente na Constituição, de que o 13.° salário é calculado com base na remuneração, o que compreende o salário mais as gorjetas (art. 457 da CLT). A remuneração a ser observada é a do mês de dezembro do ano correspondente. O cálculo é de 1/12 por mês de serviço.

Pág. 224

Considera-se como mês a fração igual ou superior a 15 dias de trabalho. Assim, se o empregado trabalhou de agosto a dezembro de certo ano, terá direito a 5/12 de 13.° salário. Entendemos que o cálculo da fração deve ser feito em relação a cada mês, que foi o intuito do legislador, e não em função dos dias trabalhados em diversos meses.

Percebendo o empregado remuneração variável, o cálculo do 13.° salário deverá ser feito de acordo com a média dos valores recebidos nos meses trabalhados durante o ano.

Para os mensalistas e diaristas considera-se a remuneração de 30 dias. Para os horistas, o montante equivalente a 220 horas.

É claro que as faltas previstas em lei ou justificadas não serão deduzidas para efeito de se observar cada mês, inclusive em caso de acidente do trabalho (En. 46 do TST).

A Lei n.° 4.749, de 12-8-65, dividiu o pagamento do 13.° salário em duas parcelas. A primeira parcela deverá ser paga entre os meses de fevereiro e novembro (até 30/11) de cada ano, o que vem a ser um adiantamento, correspondendo à metade do salário recebido pelo empregado no mês anterior. Assim, se o empregador irá pagar o 13.° salário no mês de novembro, deverá fazê-lo com base em metade do salário do empregado no mês de outubro. Tratando-se de salário variável, o pagamento da 1.ª parcela do 13.° salário deverá ser feito com base na média dos valores pagos ao empregado até o mês anterior ao do pagamento, dividindo-se, então, por dois, para se obter a metade. Se o empregado percebe por peça ou tarefa, deve-se apurar a média mensal da quantidade de peças ou tarefas até o mês anterior ao do pagamento, calculando-as com base no valor da unidade do referido mês anterior ao do pagamento. O empregador não estará obrigado a pagar a 1.ª parcela a todos os seus empregados no mesmo mês (§ 1.° do art. 2.° da Lei n.° 4.749/65). Poderá, ainda, a primeira parcela ser paga na ocasião em que o empregado sair em férias, desde que este o requeira no mês de janeiro do correspondente ano (§ 2.° do art. 2.° da Lei n.° 4.749/65). Trata-se de uma faculdade outorgada ao empregado.

A segunda metade deverá ser saldada até o dia 20 de dezembro (art. 1.° da Lei n.° 4.749/65), compensando-se a importância paga a título de adiantamento, ou seja, a primeira parcela, sem nenhuma correção monetária.

Para os empregados que recebem salário variável, v. g., fixo mais comissões, o 13.° salário será calculado na base de 1/11 da soma das importâncias variáveis devidas nos meses trabalhados até novembro de cada ano. A essa gratificação se somará a que corresponder à parte do salário contratual fixo (art. 2.° do Decreto n.° 57.155/65). A primeira parcela será deduzida dessa segunda parcela. Até o dia 10 de janeiro de cada ano, computada a parcela do mês de dezembro, o cálculo da gratificação será revisto para 1/12 do total devido no ano anterior, processando-se a correção do valor da respectiva gratificação com o pagamento ou compensação das possíveis diferenças (parágrafo único do art. 2.° do Decreto n.° 57.155/65).

Vamos exemplificar com números para que o leitor entenda como deve ser pago o 13.° salário dos empregados que percebem salário fixo mais comissões.

O empregado tinha um salário fixo de $ 100,00 em outubro mais comissões. As comissões foram pagas da seguinte forma:

Janeiro 150,00
Fevereiro 250,00
Março 300,00
Abril 200,00
Maio 300,00
Junho 350,00
Julho 400,00

Agosto 350,00
Setembro 200,00
Outubro 400,00
Total:
2.900,00 dividido por 10 = 290,00

A primeira parcela deverá ser paga em 30 de novembro, tomando-se por base o salário do mês anterior, que é outubro ($ 100,00), observando-se o seguinte: 11/12 de $ 100,00 = $ 91,66. Pega-se a média da parte variável de $ 290,00 até outubro e multiplica-se por 11/12 (estamos calculando com base até o mês de novembro) = $ 265,83. Somam-se $ 91,66 (parte fixa) com $ 265,83 (parte variável), totalizando $ 357,49. O empregado tem direito de receber metade desse valor, isto é, $ 178,74, a título de primeira parcela do 13.° salário.

A segunda parcela será paga até 20 de dezembro. Supondo-se que o salário fixo em dezembro seja de $ 200,00, sendo que as comissões em novembro foram de $ 300,00. Soma-se tal valor a $ 2.900,00 = $ 3.200,00. Divide-se esse valor por 11 para obter a média de $ 290,90. Soma-se o salário fixo de $ 200,00 com a média das comissões de $ 290,90, totalizando $ 490,90. Desse total desconta-se o que foi recebido na primeira parcela, $ 178,74, tendo o empregado direito a receber $ 312,16.

Vamos ver o ajuste a ser feito em 10 de janeiro, tendo o empregado recebido comissões de $ 500,00, em dezembro, totalizando $ 3.700,00 durante todo o ano. Divide-se esse valor por 12, para se obter a média: $ 308,33. Soma-se esse valor ao salário fixo de $ 200,00 = $ 508,33. O empregado já recebeu $ 490,90, devendo a empresa pagar a diferença de $ 17,43.

Se o empregado percebe gratificações, deve-se apurar a média duodecimal dos valores pagos no ano. A gratificação periódica contratual integra o salário, por seu duodécimo, para todos os efeitos legais, inclusive o cálculo da gratificação natalina (En. 78 do TST).

Quando parte da remuneração for paga em utilidades, o valor da quantia efetivamente descontada e correspondente a elas será computado para fixação do 13.° salário (art. 5.° do Decreto n.° 57.155/65).

Havendo rescisão do contrato de trabalho sem justa causa (art. 3.° da Lei n.° 4.090) ou pedindo demissão o empregado (En. 157 do TST), este fará jus ao 13.° salário, de maneira proporcional ou integral, dependendo do caso, calculada sobre a remuneração devida no mês da rescisão.

Sendo o empregado demitido por justa causa, não fará jus ao 13.° salário (art. 3.° da Lei n.° 4.090/62, interpretado a contrario sensu). O mesmo ocorrerá havendo culpa recíproca de empregado e empregador (En. 14 do TST). A Lei n.° 9.011, de 30-3-95, acrescentou o § 3.° ao art. 1.° da Lei n.° 4.090/62, explicitando que a gratificação será proporcional: (a) na extinção dos contratos a prazo - entre estes incluídos os de safra, ainda que a relação se haja findada antes de dezembro (que é exatamente a orientação do En. 2 do TST); (b) na cessação da relação de emprego resultante da aposentadoria do trabalhador, ainda que verificada antes de dezembro (que corresponde à orientação do En. 3 do TST). Se entendermos que o contrato de trabalho temporário é um contrato a prazo, o trabalhador temporário também tem direito ao 13.° salário, que é a posição mais acertada.

Tendo o 13.° salário natureza salarial, é computável para efeito do cálculo da indenização do art. 477 da CLT (En. 148 da CLT). Se a empresa paga uma gratificação periódica contratual, há a integração no salário, dada a habitualidade, por seu duodécimo, inclusive para o cálculo do 13.° salário (En. 78 do TST). Havendo habitualidade no pagamento de horas extras, estas integrarão o 13.° salário (En. 45 do TST), sendo que o cálculo será feito com base na média

aritmética das horas prestadas no período, multiplicando-se a referida média pelo valor da hora normal. Verbas pagas com habitualidade também deverão integrar o 13.° salário, como: adicional noturno (En. 60 do TST), adicional de insalubridade ou periculosidade etc.

O En. 145 do TST previa a compensação da gratificação de Natal paga espontaneamente pelo empregador com a da Lei n.° 4.090, no caso de o empregador pagar ainda a primeira verba.

Ocorrendo a extinção do contrato de trabalho antes do pagamento da 2.ª parcela, mas já com o pagamento da 1.ª parcela do 13.° salário, poderá o empregador compensar esse último adiantamento com o que seria devido a título do 13.° salário, ou com outro crédito trabalhista que possua o empregado, como aviso prévio, férias etc. Não poderá, entretanto, o empregador pretender compensar o que pagou a mais de 13.° salário com dívida de natureza civil (En. 18 do TST). Se o empregado for dispensado com justa causa, poderá também a empresa compensar o adiantamento do 13.° salário pago indevidamente ao trabalhador com outra verba de natureza trabalhista, como saldo de salários e férias vencidas.

Estando o empregado a prestar o serviço militar obrigatório, não fará jus ao 13.° salário em relação ao período no qual esteve afastado. O tempo de afastamento é contado apenas para efeito de indenização e estabilidade e não para o cálculo do 13.° salário (art. 4.° da CLT).

Se o empregado ficou afastado durante o ano, gozando de benefício previdenciário, a empresa pagará o 13.° salário do período trabalhado, mais o referente aos 15 primeiros dias do afastamento. O restante será pago pela Previdência Social na forma de abono anual. Se o afastamento ocorreu por exigência do serviço militar, a empresa deverá pagar o 13.° salário apenas do período trabalhado pelo empregado. A partir do engajamento até a baixa e a apresentação na empresa não é devido o 13.° salário. Em caso de morte do empregado, o 13.° salário é devido de maneira proporcional, pois equipara-se a um pedido de demissão, porém será pago aos herdeiros.

O FGTS incide sobre a primeira e a segunda parcelas do 13.° salário (art. 15 da Lei n.° 8.036/90). O imposto de renda incide apenas quando do pagamento da segunda parcela, sendo a tributação feita exclusivamente na fonte e separadamente dos demais rendimentos. A contribuição previdenciária incide sobre o 13.° salário, que integra o salário-de-contribuição, porém será feita separadamente dos demais pagamentos, incidindo quando do crédito da última parcela.

6.9.2 Pagamento do 13.° salário com produtos

No final do ano, com a crise econômica, várias empresas não têm caixa para pagamento do 13.° salário. Pretendem pagar seus empregados com produtos que fabricam. Não há dúvida de que se trata de uma alternativa, evitando que o empregado fique sem receber. Para o empregador também representa uma vantagem, de poder se livrar de parte de seu estoque que se encontra encalhado na empresa. Entretanto, é preciso verificar se o procedimento é legal.

Declara o art. 463 da CLT que "a prestação, em espécie, do salário será paga em moeda corrente do País". O uso da expressão pagamento de salário em espécie causa certa confusão, pois no direito espanhol esse sistema representa o pagamento em utilidades. O legislador quer dizer que se o salário for pago em valor deverá ser feito em moeda corrente no país, em moeda de curso forçado, que hoje é o real. Não será possível o pagamento por vales, bônus, chapas, estampilhas, cupons como forma representativa do dinheiro.

A substituição do pagamento do salário em dinheiro por utilidades deve representar um benefício para o empregado, não se estabelecendo algo em seu prejuízo. O empregado recebe utilidades que vai consumir, deixando de ter o dinheiro que precisaria para comprá-las. O pagamento representa um ganho para o empregado, pois se tivesse de comprar a mercadoria precisaria de dinheiro.

Inexiste dúvida de que uma parte do salário pode ser paga com utilidades. Permite o parágrafo único do art. 82 da CLT que 30% do salário mínimo sejam pagos em dinheiro e, portanto, 70% em utilidades. Teoricamente o mesmo raciocínio pode ser utilizado para quem ganha mais de um salário mínimo, sendo 30% pagos em dinheiro e 70% em utilidades. Contudo, é possível afirmar que a empresa não poderá pagar mais de 70% do salário em utilidades.

Os sindicatos só admitem o pagamento de salários com produtos no caso de falência, pois do contrário o empregado acaba não recebendo nenhum valor pelo serviço prestado.

Não era, por conseguinte, o objetivo da lei permitir o pagamento do 13.° salário com produtos da empresa, pois do contrário o empregado não conseguirá fazer frente às despesas de final de ano.

Veda o § 2.° do art. 462 da CLT que a empresa venha a coagir ou induzir o empregado a adquirir bens em armazéns ou em serviços da própria empresa.

O trabalhador não tem como pagar suas contas com produtos fabricados pela empresa, pois a padaria ou o supermercado não vão aceitar panelas ou brinquedos como moeda em troca do que lhes é devido.

Admitir o pagamento do 13.° salário com produtos da empresa também implicaria maior inadimplência do comércio ou dos serviços, pois os empregados não teriam como saldar seus compromissos já assumidos.

O empregado também não consegue ou tem dificuldade em vender os produtos do empregador, de forma a converter o produto em numerário, em razão de que não tem experiência ou capacidade para vender produtos de sua empresa. Ressalte-se que, ainda que conseguisse vender o produto, não iria fazê-lo pelo preço de mercado, mas por um preço com deságio e, nesse caso, o trabalhador teria prejuízo, pois não receberia, em contrapartida, exatamente o mesmo valor que o empregador considerou para efeito do pagamento do 13.° salário. Se a própria empresa não consegue vender seus produtos com a crise econômica, utilizando de suas estratégias de vendas, nem mesmo o empregado irá conseguir fazê-lo.

O salário tem natureza alimentar e visa comprar os artigos de que o obreiro e sua família necessitam para sobreviver. Não pode, portanto, o trabalhador comer brinquedo ou panela, daí por que o 13.° salário deve ser pago em dinheiro e não em utilidades.

O risco do empreendimento econômico é do empregador (art. 2.° da CLT), que não pode ser transferido para o empregado. Pagar o 13.° salário em produtos, sem que a empresa nunca tenha procedido nesse sentido, é transferir os riscos do empreendimento para o empregado.

Tendo o empregado algum prejuízo direto ou indireto, ainda que tenha concordado com o pagamento do 13.° salário em produtos da empresa, incidirá esta na regra do art. 468 da CLT. Assim, o empregador que sempre pagou o salário e o 13.° salário em dinheiro, não poderá pretender modificar a situação com pagamento em produtos por ele fabricados, pois representará prejuízo ao empregado, que deixará de ter numerário para saldar seus compromissos, para contar com um produto que pode não ter o mesmo valor no mercado pelo qual o obreiro o recebeu. Não terá, portanto, nenhum valor legal o pagamento do 13.° salário com produtos da empresa.

Caso a empresa pague o empregado com produtos, o trabalhador irá aceitar enquanto estiver empregado. Posteriormente, quando for dispensado, vai ajuizar ação na Justiça do Trabalho para receber o 13.° salário pago incorretamente. É o

dito popular: "quem paga mal, paga duas vezes". O empregador que pagou incorretamente o 13.° salário irá pagá-lo novamente.

Logo, o empregador não deve pagar o 13.° salário com produtos que fabrica ou comercializa, pois poderá ainda ser autuado pela fiscalização, sendo devida multa administrativa, pelo pagamento incorreto daquela verba, no valor de 160 BTN's por empregado prejudicado (art. 3.°, da Lei n.° 7.855/89).

6.9.3 Redução do 13.° salário

Prevê o inciso VI do art. 7.° da Lei Maior que o salário pode ser reduzido, mediante convenção ou acordo coletivo, que importa a participação do sindicato.

Em nenhuma hipótese poder-se-ia admitir negociação individual para a redução do salário. O patrão poderia impor ao empregado a redução do salário ou do 13.° salário, como forma da manutenção do contrato de trabalho.

O 13.° salário é um direito mínimo do empregado assegurado na própria Constituição (art. 7.°, VIII). Segundo esse argumento, não poderia o 13.° salário ser reduzido nem mesmo por negociação coletiva. As exceções estariam nos incisos VI, XIII e XIV do art. 7.° da Constituição.

Não há dúvida de que o 13.° salário é um direito do trabalhador. Esse fato isoladamente não quer dizer nada para efeito da redução do 13.° salário. O inciso XXVI do art. 7.° da Lei Magna prevê o reconhecimento das convenções e dos acordos coletivos, podendo no seu conteúdo estar incluído o 13.° salário.

Seria possível fazer a afirmação de que salário é apenas o pagamento feito mensalmente ao empregado e não exatamente o 13.° salário. A Constituição menciona a irredutibilidade do salário no inciso VI do art. 7.°, mas não faz referência a redução do 13.° salário, que está no inciso VIII do mesmo artigo. Isso poderia significar que a redução do 13.° salário não seria permitida. De acordo com essa orientação, a palavra salário seria interpretada num sentido estrito, com o significado do valor que o empregado recebe todo mês e não o 13.° salário.

Estabelece ainda o inciso VIII do art. 7.° da Lei Magna que o "décimo terceiro salário será pago com base na remuneração integral". Esta expressão poderia querer dizer que o 13.° salário deveria ser pago com base na remuneração integral do empregado e não sobre o valor do salário reduzido. Entretanto, remuneração integral tem o significado de salário mais gorjetas e não apenas de salário, pois o art. 457 da CLT é claro no sentido de que a remuneração é composta pelo salário mais as gorjetas. O dispositivo constitucional é complementado pelo § 1.°, do art. 1.° da Lei n.° 4.090/62, ao estipular que o 13.° salário será pago com base na remuneração devida ao empregado no mês de dezembro. O mesmo se verifica em relação aos aposentados e pensionistas, cujas gratificações natalinas serão pagas com base no valor dos proventos do mês de dezembro de cada ano (§ 6.° do art. 201 da Constituição).

Outra corrente afirma que todo pagamento feito pelo empregador ao empregado tem natureza salarial ou é salário, como as férias (art. 142 da CLT) e o 13.° salário. De fato, este tem natureza salarial, tanto que é calculado sobre a remuneração do mês de dezembro do empregado (§ 1.° do art. 1.° da Lei n.° 4.090/62). Uma vez reduzido o salário, poderia ser reduzido também o 13.° salário. Se o salário de dezembro está reduzido, o cálculo do 13.° salário será feito com base nesse valor.

Entendendo-se que o 13.° salário tem natureza salarial, seria possível a sua redução mediante convenção ou acordo coletivo, pois estaria enquadrado no inciso VI do art. 7.° da Constituição. Essa parece ser a orientação mais acertada.

O 13.° salário é denominado de gratificação de Natal pela Lei n.° 4.090. As gratificações têm natureza salarial, como se verifica do § 1.° do art. 457 da CLT. Logo, a gratificação de Natal também tem natureza salarial.

A empresa paga um salário por mês, totalizando 12 salários no ano. Haveria o pagamento de mais um salário, que seria o 13.° salário no ano, como na prática é chamado. Tem, portanto, o 13.° salário natureza salarial.

Podem o salário, assim como o 13.° salário, ser reduzidos, mas é vedada a sua supressão ou eliminação. O 13.° salário não poderia ser suprimido ou cortado integralmente, apenas ser reduzido, pois a Constituição não o permite (art. 7.°, VI).

Dessa forma, é lícita a redução do 13.° salário, por ter natureza salarial, porém só pode ser feita por convenção ou acordo coletivo, isto é, mediante negociação com o sindicato.

Não será possível, porém, a alteração das datas de pagamento da primeira e da segunda parcelas do 13.° salário por convenção ou acordo coletivo, estabelecendo-se períodos mais longos do que os previstos na lei, pois a Constituição permite a redução do salário por negociação coletiva (art. 7.°, VI), mas não a alteração das datas de pagamento do 13.° salário. Seria uma situação em prejuízo do trabalhador e contrária à previsão legal. A empresa que não observar as datas de pagamento do 13.° salário incorrerá em multa administrativa. Seria lícita, contudo, a modificação das datas de pagamento do 13.° salário quando houvesse a antecipação do pagamento da primeira e da segunda parcelas, pois seriam situações mais favoráveis ao empregado.

Será vedado ao empregador, seja por negociação individual ou coletiva, dividir em mais de duas parcelas o pagamento do 13.° salário, como de instituir uma terceira, pois nesse caso representaria uma situação prejudicial ao trabalhador.

O não-pagamento do 13.° salário nas épocas próprias sujeita o empregador a multa administrativa de 160 BTN's, por trabalhador prejudicado (art. 3.°, I, da Lei n.° 7.855/89).

6.10 Prêmios

Os prêmios decorrem da produtividade do trabalhador, dizendo respeito a fatores de ordem pessoal deste, como a produção, a assiduidade. Não podem, porém, ser a única forma de pagamento do salário, por serem dependentes de uma condição, devendo o obreiro perceber pelo menos um salário fixo.

A natureza jurídica do prêmio decorre de fatores de ordem pessoal relativos ao trabalhador, ou seja, seria uma espécie de salário vinculado a certa condição. Havendo pagamento habitual, terá natureza salarial, integrando as demais verbas trabalhistas pela média. Se o pagamento é habitual e o empregado cumpre o implemento da condição, não poderá ser suprimido unilateralmente pelo empregador. Entretanto, se não for verificada a condição que dá ensejo ao pagamento, não será devido o prêmio.

Não se confunde o prêmio com a gratificação, pois esta independe de fatores ligados ao próprio empregado, mas da vontade do empregador. O prêmio depende do próprio esforço do empregado.

O prêmio de produção diz respeito à quantidade de peças que foram produzidas pelo empregado. O prêmio de qualidade pode ser conferido ao trabalhador em virtude da excelência da peça produzida. Há, também, o prêmio de assiduidade, pago ao empregado que não chegar atrasado ao emprego durante o mês ou que não tiver faltado no mesmo período. O prêmio de zelo é aquele em que o empregado cuida corretamente dos bens da empresa durante certo período, sem causar nenhum dano ao equipamento. É o que acontece com o motorista de ônibus

que não dá causa a nenhuma colisão do veículo durante o mês, podendo o obreiro receber o prêmio de zelo, se assim for ajustado com o empregador.

Pág. 231

O STF deixou claro que "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" (Súm. 209).

6.11 Quebra de caixa

A quebra de caixa normalmente é paga aos funcionários que fazem recebimentos pelo empregador, trabalhando diretamente no caixa da empresa.

O pagamento feito a título de quebra de caixa tem natureza de compensar os descontos feitos no salário do obreiro em virtude de erro de caixa, por ter recebido numerário a menor do que deveria receber. Assim, sua natureza é de verba compensatória, de indenização e não de contraprestação pelos serviços prestados pelo empregado. Possuindo natureza compensatória ou indenizatória e não salarial, não se integra no salário para nenhum efeito.

Na maioria das vezes, a quebra de caixa é estipulada em normas coletivas.

Se, porém, o valor é pago mensalmente sem que haja dano causado pelo empregado ou nexo de causalidade, ou ainda pelo fato de o valor pago a título de quebra de caixa ser maior do que a perda, tem caráter salarial. O Enunciado 247 do TST entende que "a parcela paga aos bancários sob a denominação quebra de caixa possui natureza salarial, integrando o salário do prestador dos serviços, para todos os efeitos legais".

Se a verba de quebra de caixa é paga apenas quando haja perda, terá, então, caráter de ressarcimento e não de salário.

6.12 Salário-família

O salário-família é uma prestação previdenciária devida ao empregado. O inciso XII do art. 7.° da Lei Maior assegura o salário-família aos dependentes do empregado urbano e do rural de baixa renda. Atualmente, os arts. 65 a 70 da Lei n.° 8.213/91 tratam do benefício em comentário.

O valor da cota do salário-família é fixo, reajustado toda vez que o salário mínimo é alterado. É devido ao segurado que tiver filho menor de 14 anos ou inválido. O empregado doméstico não tem direito ao salário-família. O empregado deverá apresentar a certidão de nascimento de seu filho, a carteira de vacinação, que foi substituída pelo "Cartão da Criança" e prova de freqüência à escola. Quem paga o salário-família é o empregador, ficando a Previdência Social responsável pelo reembolso das prestações pagas a tal título, mediante abatimento na guia de recolhimento das contribuições previdenciárias.

Pág. 232

O Enunciado 344 do TST estabeleceu que o salário-família é devido aos trabalhadores rurais somente após a vigência da Lei n.° 8.213/91, pois, a partir da edição da referida norma, pode-se dizer que há custeio para tal benefício (§ 5.° do art. 195 da Constituição).

6.13 Salário-maternidade

A Convenção n.° 103 da OIT, de 1952, entrou em vigor no plano internacional em 7-6-58. O Brasil a aprovou pelo Decreto Legislativo n.° 20, de 30-4-65. Foi promulgada pelo Decreto n.° 58.821, de 14-7-66. Dispõe a referida

norma que "em caso algum o empregador deverá ficar pessoalmente responsável pelo custo das prestações devidas à mulher que emprega". Somente com a edição da Lei n.° 6.136, de 7-11-74, é que o salário-maternidade passou a ser uma prestação previdencíária, não mais tendo o empregador que pagar o salário da empregada que vai dar à luz.

O salário-maternidade era devido à empregada no período de 84 dias, 28 dias antes (quatro semanas) e 56 dias depois do parto (oito semanas), totalizando os 84 dias.

A Constituição de 1988 determinou que a gestante terá 120 dias de repouso sem prejuízo do emprego e do salário (art. 7.°, XVIII). O art. 71 da Lei n.° 8.213/91 especificou que a segurada empregada, a trabalhadora avulsa, a empregada doméstica e a segurada especial terão direito à licença de 28 dias antes e 92 dias depois do parto, totalizando os 120 dias (aproximadamente, 17 semanas).

Consiste o salário-maternidade numa renda mensal igual à remuneração integral da segurada, sendo pago pelo INSS. O salário-maternidade só será devido enquanto houver a relação de emprego. Cessando a relação de emprego com dispensa imotivada, a empresa arcará com o pagamento do salário-maternidade.

O salário-maternidade da empregada doméstica será pago diretamente pela Previdência Social, ou seja, não será pago pelo empregador doméstico, em valor correspondente ao de seu último salário-de-contribuição. A Previdência Social também pagará diretamente o salário-maternidade da segurada especial, no valor de um salário mínimo.

6.14 Participação nos lucros

6.14.1 Origens

A primeira notícia que se tem da participação nos lucros corresponde a 1794, quando Albert Gallatin, secretário do Tesouro de Jefferson, distribuiu aos empregados parte dos lucros nas indústrias de vidro.

Em 1812, Napoleão Bonaparte, por meio de um decreto, concedeu a participação nos lucros aos artistas da Comédie Française, que, além do ordenado fixo, teriam uma participação na receita (feux). A participação era feita com base no lucro líquido, calculada no final do ano, levando-se em conta a idade e antiguidade dos artistas.

Monsieur Léclaire, em 1842, proprietário de pequeno atélier de pintura em Paris, ao encerrar seu balanço e apurar lucro, resolveu entregar a seus empregados, sem nenhuma explicação, considerável parcela do resultado obtido na exploração de seu negócio. Léclaire, entretanto, foi chamado pelas autoridades policiais, pois fora apontado como elemento nocivo à coletividade da época, por ser perigoso à ordem social, sendo considerado um revolucionário que estava ultrapassando os limites dos costumes e das tradições da sociedade de então, pois seu sistema lesava o empregado ao impedi-lo de acertar seu salário com o empregador.

Dizem também que Robert Owen, na Escócia, no princípio do século XX, também teria feito uma experiência no sentido de distribuir lucros a seus empregados.

Em 1917, a participação nos lucros foi prevista na Constituição do México, determinando sua compulsoriedade nas empresas agrícolas, industriais, comerciais e de mineração, que, porém, só foi regulamentada muitos anos depois (art. 123, VI e IX). O que se verificava nesse momento histórico é que estava havendo uma forma de transição entre o sistema capitalista e o regime socialista, de maneira a haver uma participação social do trabalhador na empresa, de cooperação entre o

trabalhador e o empregador, de se associar o capital ao trabalho. Era o aparecimento do socialismo, como forma de transição política.

Houve também uma influência da religião católica para a concessão da participação nos lucros aos empregados. Os estudos sociais do Cardeal Mercier chegaram a ser acolhidos pelo Papa Leão XIII na Encíclica Rerum Novarum, preconizando também a participação nos lucros.

6.14.2 Direito comparado e internacional

Na Itália, afirma-se a natureza salarial da participação nos lucros. O art. 2.099 do Código Civil dispõe que o empregado pode ser pago, no todo ou em parte, mediante participação nos lucros. O art. 2.102 do Código Civil determina que se as normas coletivas não dispuserem de maneira contrária, a participação nos lucros será feita com base no lucro líquido. A participação nos lucros tem natureza salarial, segundo Giuliano Mazzoni (1977, v. 1:557).

Na França, a Lei n.° 65.566, de 12-7-65, estabeleceu formas concretas de participação nos lucros. A Lei de 22-6-67 veio a efetivar a participação dos empregados nos lucros das empresas, que se fez por meio de ordenanças. A Ordenança n.° 67.693, de 1967, determinou que a distribuição dos lucros era obrigatória nas empresas com mais de 100 empregados. A Lei n.° 73-4, de 2-1-73, elaborou o Código do Trabalho, em que, nos arts. L-442-1 até L-443-10 e R-442, foram especificadas regras sobre participação nos lucros, esclarecendo que seria feita em relação às empresas que tivessem durante o ano 100 empregados, em média, a seu serviço; tendo a empresa número de empregados inferior, não seria concedida a participação nos lucros; eram concedidos benefícios fiscais em razão da outorga da participação nos lucros. Há, também, decisão da Cour de Cassation no sentido de que a participação nos lucros tem natureza de salário, sendo computada nos cálculos de indenização de dispensa, para efeito de pagamento de benefícios acidentários etc. (Brun e Galland, 1978, t. 1:318). Para que haja a participação, o empregado deve ter pelo menos um ano de serviços prestados à empresa.

A participação nos lucros é imposta na Bolívia, no Chile, no Equador, no México, no Peru e na Venezuela.

Pela pesquisa feita pela OIT, na maioria dos países, não há obrigatoriedade da participação nos lucros, sendo que normalmente é concedida mediante negociação coletiva ou por meio de decisão do Conselho de Administração da empresa (OIT, 1986:281 ss).

6.14.3 Evolução na legislação brasileira

A primeira tentativa de se instituir a participação nos lucros no Brasil data de 1919, por intermédio do Deputado Deodato Maia, que, porém, não teve sucesso.

A participação nos lucros foi prevista efetivamente pela primeira vez no inciso IV do art. 157 da Constituição de 1946: "participação obrigatória e direta do trabalhador nos lucros da empresa, nos termos e pela forma que a lei determinar". Como se verifica, a participação nos lucros por parte do trabalhador não era facultativa, mas obrigatória e direta, porém remetia o intérprete à lei ordinária, que iria definir os termos e a forma dessa participação. Na lei ordinária, deveriam ser definidas várias questões, como: o que seria lucro; a forma de repartição, se dependeria de certo número de anos do trabalhador na empresa, sua produção, assiduidade; quem teria direito; o valor do pagamento; a possibilidade de dedução pela empresa como despesa operacional. Sem a lei ordinária, não haveria como se implementar a participação nos lucros.

A Constituição de 1967, no inciso V do art. 158, assegurava: "integração do trabalhador na vida e no desenvolvimento da empresa, com participação nos lucros e, excepcionalmente, na gestão, nos casos e condições que forem estabelecidos".

Não mais se falava em participação obrigatória dos trabalhadores nos lucros das empresas, admitindo-se, porém, a participação na gestão das empresas, de maneira excepcional. Essas disposições, contudo, continuavam dependendo de lei que iria estabelecer os casos e condições para tanto.

O inciso V do art. 165 da EC n.° 1, de 1969, mudou um pouco a redação do direito à participação nos lucros previsto na Lei Magna anterior: "integração na vida e no desenvolvimento da empresa, com participação nos lucros e, excepcionalmente, na gestão, segundo for estabelecido em lei". A participação nos lucros poderia também ser entendida como uma forma de integração na vida e no desenvolvimento da empresa, admitindo-se a participação na gestão de maneira excepcional, porém havia, ainda, a dependência de lei ordinária para regular tais direitos. Uma forma de tentar a participação nos lucros foi a instituição do PIS pela Lei Complementar n.° 7, de 7-9-70, que tinha por objetivo promover a integração do empregado na vida e no desenvolvimento das empresas, porém mais se aproximava de uma participação dos trabalhadores na renda nacional, pois independia do lucro das empresas, mas, sim, de seu faturamento.

No âmbito da legislação ordinária, a CLT tem alguns preceitos genéricos. O art. 621 estabelece apenas a possibilidade de que as convenções ou os acordos coletivos venham a incluir em suas cláusulas disposições sobre participação nos lucros. O art. 63 esclarece que a participação nos lucros não importará na exclusão do empregado do regime da duração do trabalho, o que importa dizer que mesmo havendo o direito à participação nos lucros o empregado também terá direito a horas extras.

O § 1.° do art. 193 da CLT determina que o pagamento do adicional de periculosidade deve ser calculado sobre o salário, excluindo-se as participações nos lucros da empresa.

Pondera-se que um dos fatores impeditivos da participação nos lucros seria a forma direta, que excluiria a participação indireta, que seria mais facilmente implementada. Outro argumento seria o de que os Tribunais Trabalhistas vinham entendendo que a participação tinha natureza salarial, criando óbice ao empregador de ter de suportar a incidência de encargos sociais sobre a referida participação. Na prática, poucas empresas privadas concederam a participação nos lucros, que apenas foi aplicada em certas empresas estatais.

Apesar da falta de previsão legal, algumas empresas vinham pagando a participação nos lucros a seus empregados, todos os anos, adquirindo, portanto, habitualidade nesse tipo de pagamento. Tal fato importa considerar o referido pagamento como remuneração, pois seria um pagamento feito sob forma de porcentagem ou uma forma imprópria de gratificação (art. 457, § 1.°, da CLT). Foi observando essa situação que o Enunciado 251 do TST veio a informar que "a participação nos lucros da empresa, habitualmente paga, tem natureza salarial, para todos os efeitos legais". Observa-se aqui que o requisito para considerar a participação nos lucros como de natureza salarial era a habitualidade em seu pagamento. Não havendo habitualidade, mas pagamento esporádico da participação nos lucros, não se poderia considerá-la como salário. O STF também entendeu que as gratificações de balanço pagas com habitualidade integram a remuneração do empregado, havendo incidência do FGTS (Ac. da 1.ª T., v. u., RE 100.086-PE, Rel. Min. Soares Munhoz, j. 18-6-84, RTJ 110/1.144) e da contribuição previdenciária (Ac. 2.ª, T., v. u., RE 77.036-4/SP, Rel. Min. Aldir Passarinho, j. 19-11-82, LTr 47-6/669).

Por fim, o inciso XI do art. 7.° da Constituição de 1988, estabelece: "participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, na gestão da empresa, conforme definido em lei". Nota-se que o citado inciso não é uma norma constitucional de eficácia imediata, mas continua dependendo da lei para que possa ser instituída a referida participação, norma essa que até o momento inexiste. O § 4.° do art. 218 da Lei Magna assegura também que "a lei apoiará e estimulará as empresas (...) que pratiquem sistemas de remuneração que assegurem ao empregado, desvinculada do salário, participação nos ganhos econômicos resultantes da produtividade de seu trabalho".

O Governo pretendeu regular a participação nos lucros editando várias medidas provisórias. A Medida Provisória n.° 794, de 29-12-94, foi a primeira a tratar do tema. Atualmente, a Medida Provisória n.° 1.982 versa sobre o assunto.

6.14.4 Denominação

São encontrados vários nomes para denominar a participação nos lucros. Emprega-se o termo distribuição de lucros, que está ligado ao Direito Comercial e à legislação do imposto de renda, dizendo respeito à distribuição dos lucros aos acionistas ou sócios, mas não aos empregados.

Também são empregadas as expressões gratificação de lucros, gratificação de balanço, que é utilizada impropriamente para designar a participação nos lucros, e gratificação de fim de ano, que pode confundir-se com o 13.° salário ou até com o 14.° salário, que é pago por algumas empresas e que nada tem que ver com o lucro da empresa, mas se constitui numa liberalidade do empregador.

Preferimos a expressão participação nos lucros, que se refere à participação dos empregados no resultado positivo da empresa, e não de qualquer outra pessoa, como os sócios ou acionistas.

6.14.5 Conceito

A participação nos lucros é o pagamento feito pelo empregador ao empregado, em decorrência do contrato de trabalho, referente à distribuição do resultado positivo obtido pela empresa, o qual o obreiro ajudou a conseguir.

Verifica-se do conceito que a participação nos lucros é o pagamento feito pelo empregador ao empregado em decorrência do contrato de trabalho. Um pagamento feito a título de repartição de lucros que não seja decorrente do contrato de trabalho poderá confundir-se com o pagamento feito aos sócios de uma sociedade pelo resultado positivo obtido pela empresa no final do exercício. O lucro, porém, a ser distribuído é o resultado positivo, não o negativo, pois, por definição, empregador é aquele que assume os riscos de sua atividade econômica, que não pode ser transferida ao operário.

6.14.6 Distinção

Há necessidade de se distinguir a participação nos lucros da gratificação, pois em muitos casos as empresas usam o último nome, empregando a expressão gratificação de balanço.

A palavra gratificação deriva do latim gratificare, que tem o significado de dar graças, mostrar-se reconhecido. No Direito do Trabalho, muitas vezes, a gratificação tem o sentido de pagamento feito como liberalidade pelo empregador; porém, se esse pagamento é feito com habitualidade, passa a integrar a remuneração do empregado, convertendo-se numa obrigação contratual, tacitamente ajustada pelo reiterado pagamento (Súm. 207 do STF).

A gratificação, entretanto, não se confunde com a participação nos lucros, porque não exige a existência de lucro no final do exercício para seu pagamento, podendo ser mera liberalidade da empresa, que se mostra satisfeita com os serviços prestados pelos obreiros, pretendendo, assim, recompensá-los. Já na participação nos lucros, havendo prejuízo na empresa, não se poderá pretender distribuir algo que inexistiu - os lucros -, o que mostra que para a distribuição de lucros é preciso que estes tenham existido, caso contrário não poderá haver a referida participação.

Quando a empresa se utiliza impropriamente da expressão gratificação de balanço, e esta é dependente dos lucros existentes em certo período (anual ou semestral), trata-se, na verdade, de participação nos lucros. Assim, a suposta gratificação que estiver subordinada à existência de lucros nada mais é do que participação nos lucros.

Pág. 237

Não se confunde a participação nos lucros com o prêmio. Este é outorgado unilateralmente pelo empregador, constituindo-se numa liberalidade sua, enquanto a participação nos lucros pode decorrer de previsão legal, de acordo ou convenção coletiva, de regulamento de empresa ou até do contrato de trabalho. A participação nos lucros necessariamente deverá decorrer da existência de lucros, enquanto o prêmio é proveniente de uma liberalidade do empregador em razão de um esforço feito pelo empregado. A participação nos lucros é calculada de acordo com um porcentual sobre os lucros e o prêmio normalmente é pago num valor fixo.

Distingue-se, também, a participação nos lucros dos incentivos para aumento de produção, pois, nesse caso, o objetivo apenas é estabelecer uma fórmula no sentido de que haja um pagamento ao empregado em decorrência do aumento de produção. A participação nos lucros, em si, não seria um incentivo para o aumento de produção, pois o empregado que se esmerar ou não no sentido de aumentar a produção terá direito à participação nos lucros, sendo que no caso do incentivo, aquele que não se esforçar não terá direito ao referido pagamento.

A participação nos lucros também não se confunde com o pagamento feito a título de assiduidade, pois a participação depende da existência de lucros, posto que, havendo prejuízo, o empregado nada receberá a tal título. Já um pagamento feito a título de assiduidade do empregado dependeria da freqüência do empregado ao serviço ou de não chegar atrasado no emprego, que é coisa diversa e independe do resultado obtido pela empresa.

A participação nos lucros também distancia-se do PIS, pois este é um fundo gerido pelo Governo. A participação é calculada sobre os lucros, enquanto o PIS é calculado sobre o faturamento. Isso mostra a distinção entre ambos.

6.14.7 Fundamentos

Não deixa de ser a participação nos lucros uma forma moderna, decorrente do capitalismo, de integração do trabalhador na empresa, por meio da divisão dos resultados obtidos pelo empregador com a colaboração do empregado. O fundamento da participação nos lucros está em que o empregador e o empregado contribuíram diretamente para que se alcançasse o lucro na empresa, ou seja, o capital e o trabalho participaram diretamente na obtenção do lucro. É uma forma de o trabalhador passar a participar da vida e do desenvolvimento da empresa, de maneira a cooperar com o empregador no desenvolvimento da atividade deste.

A participação nos lucros induz um sistema de flexibilização de direitos, pois o próprio art. 621 da CLT permite que seja estabelecida por acordo ou convenção coletiva, que proporciona melhor adaptação às peculiaridades de cada empresa.

6.14.8 Fontes de participação nos lucros

A participação nos lucros pode ser decorrente de lei, do contrato de trabalho, do regulamento da empresa, de acordos ou convenções coletivas ou outras determinações da empresa. Não poderá, entretanto, a participação nos lucros ser imposta mediante dissídio coletivo, por falta de norma autorizadora nesse sentido à Justiça do Trabalho, além do que há necessidade de lei ordinária para regular a mencionada participação.

Pág. 238

6.14.9 Facultatividade

Depreende-se do inciso XI do art. 7.° da Lei Maior que a participação nos lucros é facultativa, isto é, não é obrigatória, como mencionava a Constituição de 1946, estando tal dispositivo no aguardo da lei ordinária que irá definir a forma da participação nos lucros. Só haverá obrigatoriedade na participação nos lucros nos termos em que a lei ordinária a estabelecer. Enquanto isso, as empresas podem ou não concedê-la.

6.14.10 Lucros

O conceito de lucro diz respeito ao resultado da atividade econômica da empresa, abstraídas as despesas do empreendimento. Verifica-se que o conceito de lucro é de natureza econômica, decorrente da atividade econômica da empresa, de produzir bens e serviços para o mercado. Havendo sobras do exercício da atividade econômica por parte da empresa é que se poderá falar em lucros.

O lucro a que se refere a Constituição deve ser o lucro líquido, ou seja, o lucro existente após deduzidas todas as despesas da receita obtida pela empresa. Não se trata do lucro bruto, que pode ser considerado a diferença entre o valor da compra da mercadoria ou do preço de custo do serviço e a importância apurada na venda da mercadoria ou do serviço, sem a dedução das despesas operacionais da empresa.

A lei que vier a instituir a participação nos lucros poderá dizer qual lucro será considerado para efeito da referida participação, o lucro previsto na Lei do imposto de Renda, o lucro decorrente da Lei das Sociedades Anônimas (Lei n.° 6.404/76) ou um terceiro critério, em que a própria lei irá definir o que vem a ser lucro para efeito da distribuição aos empregados.

6.14.11 Resultados

A Norma Ápice declara, ainda, que não se trata de participação apenas nos lucros, mas nos resultados.

O resultado, em sentido genérico, pode ser entendido como o produto de uma operação. De um ponto de vista secundário, pode ser compreendido como lucro, provento, aquilo que resultou ou resulta de algo, ou seja, sua conseqüência, derivação, produto, efeito. Na acepção contábil, podemos dizer que se trata da conclusão a que se chegou no final do exercício da empresa. Assim, o resultado pode ser positivo ou negativo, ou seja: a empresa pode ter tanto lucro como prejuízo.

Não se confunde o resultado com o lucro bruto. Antes, há necessidade de se verificar o que vem a ser a receita bruta, que consiste no resultado obtido pela empresa com a venda de bens ou dos serviços prestados (art. 279 do Decreto n.° 3.000, de 26-3-99). A receita líquida compreende a receita bruta diminuída das vendas canceladas, dos descontos concedidos incondicionalmente e dos impostos incidentes sobre vendas (art. 280 do Decreto n.° 3.000/99).

Pág. 239

Já o lucro bruto consiste na diferença entre a receita líquida e o custo dos bens e serviços vendidos (parágrafo único do art. 278 do Decreto n.° 3.000/99). O lucro líquido diz respeito à soma algébrica do lucro operacional, dos resultados não operacionais, do saldo da conta de correção monetária e das participações (art. 248 do Decreto n.° 3.000/99).

Da forma como o inciso XI do art. 7.° da Lei Maior está redigido, depreende-se que o trabalhador terá direito de participar inclusive no resultado negativo da empresa, o que é absurdo, pois, pela definição de empregador, este é quem assume os riscos da atividade econômica, que não podem ser transferidos para o empregado, pessoa hipossuficiente, que depende de seus salários para sobreviver. Logo, a interpretação do referido mandamento legal não pode levar a uma concepção absurda, havendo necessidade de se chegar a outra conclusão.

Resultado não se confunde, porém, com faturamento ou com receita operacional. O faturamento ocorre em primeiro lugar. É todo o montante recebido pela empresa a título de venda de bens, serviços ou da combinação de ambos. O resultado, entretanto, só acontece ao final, quando são verificadas as receitas e despesas, ou seja, a diferença entre o que se arrecadou e o que se gastou na empresa. A receita operacional pode ser entendida como o somatório das receitas que dão origem ao lucro operacional (§ 2.° do art. 1.° do Decreto-lei n.° 2.445/88), em que este último vem a ser o resultado das atividades, principais ou acessórias, que constituam objeto da pessoa jurídica (art. 277 do Decreto n.° 3.000/99).

Talvez o constituinte quisesse referir-se a resultado como forma de participação do trabalhador na produtividade, como mencionou no § 4.° do art. 218 da Lei Maior, ou no faturamento da empresa; contudo, empregou a expressão errada para o significado que pretendia. O certo é que lucro não se confunde com resultado, até porque, em Direito, cada elemento constante da regra jurídica possui significado próprio (ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit). Pode-se entender, também, que o uso da expressão resultados seja decorrente de estabelecer uma forma de participação do trabalhador no resultado positivo obtido por empresas que não tenham por objeto o lucro, como instituições de beneficência, associações recreativas, sindicatos, hospitais etc., de maneira a que o trabalhador tenha uma participação financeira sobre a produtividade que alcançou para a referida empresa.

O conceito de resultado há de ser necessariamente especificado na lei ordinária que determinar a participação nos lucros, visando dirimir qualquer dúvida sobre o assunto.

6.14.12 Desvinculação da remuneração

Fazendo-se uma interpretação histórica da Constituição, podemos verificar que houve várias redações que foram oferecidas ao que culminou no inciso XI do art. 7.° da Lei Maior. Na Subcomissão dos Direitos dos Trabalhadores, encontramos a expressão "participação direta nos lucros ou no faturamento da empresa". Na Comissão da Ordem Social, verifica-se "participação nos lucros ou nas ações, desvinculada da remuneração, conforme definido em lei ou em negociação coletiva". Na Comissão de Sistematização, nota-se a expressão "participação nos lucros, desvinculada da remuneração, e na gestão da empresa, conforme definido em lei ou em negociação coletiva". Por fim, temos o atual texto do inciso XI do art. 7.°: "participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei". Eliminou-se, portanto, a expressão "negociação coletiva".

A Constituição de 1988 eliminou o caráter salarial da participação nos lucros, determinando que tal prestação vem a ser totalmente desvinculada da remuneração. O objetivo foi realmente este, de possibilitar que o empregador concedesse a participação nos lucros a seus empregados, mas, em contrapartida não tivesse nenhum encargo a mais com tal ato. O empregador não tinha interesse em conceder um benefício gratuitamente e ainda suportar os encargos sociais sobre tal valor. Foi uma forma de estimular o empregador a conceder a participação nos lucros, pois, se utilizássemos a orientação do antigo Enunciado 251 do TST, que considerava de natureza salarial a referida participação, o empregador não a iria conceder, porque haveria de pagar outros encargos sobre ela, como FGTS, previdência social etc. Assim, o constituinte entendeu por bem continuar a conferir a participação nos lucros aos empregados, porém desvinculada da remuneração, como forma de estimular o empregador a concedê-la, já que não mais teria nenhum encargo incidente sobre tal parcela: ou seja, não haveria incidência de FGTS, nem da contribuição previdenciária. É a interpretação teleológica da norma e também histórica dos debates constituintes, pois a viabilidade da concessão da participação nos lucros dependeria de sua desvinculação da remuneração.

6.14.13 Auto-aplicabilidade

Alguns autores entendem que na parte do dispositivo constitucional em que foi definida a natureza do benefício, que é desvinculado da remuneração, já há eficácia plena do referido mandamento. Os empregadores que concedem espontaneamente o benefício já poderiam considerá-lo de natureza não salarial, segundo essa orientação, não tendo nenhuma repercussão em outras verbas trabalhistas, muito menos incidência de outras contribuições. É o entendimento de Arion Sayão Romita (1991:77), Amauri Mascaro Nascimento (1989:147), Arnaldo Süssekind et al. (1990, v. 397:398).

Podemos dizer que o inciso XI do art. 7.° da Constituição tem vigência a partir de 5-10-88, tendo também eficácia. O que se precisa verificar é se há necessidade de a norma constitucional ser complementada pela lei ordinária para poder ter eficácia plena e o dispositivo constitucional poder ser executado, assim como se o pagamento da participação nos lucros já seria totalmente desvinculado da remuneração, mesmo antes da edição da lei ordinária sobre o assunto.

É preciso ser feita, portanto, a interpretação do inciso XI do art. 7.° da Lei Maior, sendo desaconselhável sua interpretação literal, pois poderá conduzir o intérprete a erros.

Devemos fazer, portanto, uma interpretação até mesmo sistemática da Constituição, que deve ser avalisada na íntegra, sendo analisada em seu conjunto. É preciso contemplar o dispositivo constitucional em análise com outros semelhantes, que formam o mesmo instituto, ou estão dentro do mesmo título ou capítulo, examinando também a matéria em relação aos princípios gerais; em suma: todo o sistema em vigor.

Pág. 241

É necessário lembrar que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo a não ser em virtude de lei: o consagrado princípio da legalidade (art. 5.°, II, da Lei Fundamental). Não se pode dizer que o dispositivo atinente à participação nos lucros é auto-aplicável, pois depende da lei, que virá fixar a forma dessa participação nos lucros. Inexistindo lei ordinária, não há como se falar que a desvinculação da remuneração já possa ser aplicada. Quando a lei instituir a forma de participação nos lucros, aí, sim, esta será desvinculada da remuneração, de maneira a não atribuir mais encargos ao empregador. Como esclarece Pinto Ferreira (1989, v. 1:233) o inciso XI do art. 7.° da Lei Maior

"é um princípio programático, dependente de lei". Ensina Celso Ribeiro Bastos (1989, v. 2:444) que a participação nos lucros "continua, sem dúvida, na dependência de lei regulamentadora, inclusive por expressa remissão que a ela faz o inciso ora comentado". José Afonso da Silva (1989:263) leciona que o inciso XI do art. 7.° da Lei Fundamental continua a depender de lei, quanto a sua eficácia e aplicabilidade, tratando-se, portanto, de promessa constitucional, ou seja, de norma de caráter programático. A Lei n.° 2.004, de 1953, é a única que no momento trata da participação nos lucros para os empregados da Petrobrás. O TST entendeu constitucional o § 2.° do art. 9.° do Decreto-lei n.° 1.971/82, com a redação dada pelo Decreto-lei n.° 2.100/83 (En. 336), que estabelece que "aos servidores ou empregados admitidos, até a vigência deste Decreto-lei, nas entidades cujos estatutos prevejam a participação nos lucros, fica assegurada essa participação, sendo vedado, porém, considerar para esse efeito a parcela resultante do saldo credor da conta de correção monetária, de que tratam os arts. 185 da Lei n.° 6.404, de 15-12-76, e 39 do Decreto-lei n.° 1.598, de 26-12-77".

À primeira vista, pode-se entender que a expressão "conforme definido em lei", na parte final do inciso XI do art. 7.° da Lei Maior, se refere ao que vem antes na oração: "participação na gestão da empresa". É possível, todavia, dizer que a expressão "conforme definido em lei" diz respeito a todo o inciso em comentário, e não só à participação na gestão da empresa. O "conforme definido em lei" refere-se também, à "participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração", que é parte do citado inciso. Mesmo nas Constituições anteriores, a expressão "nos termos da lei" se referia a todo o inciso, seja à participação nos lucros ou à participação na gestão, como se nota no inciso V do art. 158 da Constituição de 1967 e no inciso V do art. 165 da EC n.° 1, de 1969.

O inciso XI do art. 7.° da Lei Fundamental é, portanto, uma norma dirigida ao legislador ordinário, pois quando o constituinte quis que a matéria constitucional fosse complementada pela lei ordinária, foi expresso ao utilizar as expressões "na forma da lei", "nos termos da lei" etc., como ocorre no caso presente. O constituinte apenas determinou ao legislador ordinário que a participação nos lucros seria desvinculada da remuneração. O referido dispositivo constitucional, contudo, não contém os elementos necessários mínimos e indispensáveis para sua aplicabilidade imediata. Verificamos, por exemplo, que o art. 7.° da Lei Fundamental estabelece direitos aos trabalhadores urbanos e rurais, porém o seguro-desemprego (inc. II) e o FGTS (inc. III) não são direitos que poderiam ser exigidos de imediato (caso não houvesse lei ordinária tratando do tema), apesar de não haver nenhuma expressão adicionada nos referidos incisos como "nos termos da lei", sendo necessário lei ordinária para estabelecer as regras gerais a serem aplicadas aos referidos incisos. O mesmo ocorre quanto à participação nos lucros, pois o inciso XI do art. 7.° da Lei Maior é expresso em determinar ao legislador ordinário que regule o citado direito.

Não se sabe, por exemplo, como vai ser apurado o lucro, como será distribuído esse lucro: de maneira igual para todos os empregados, ou os cargos superiores terão participação maior?

Não se diga que o § 1.° do art. 5.° do Estatuto Supremo, ao mencionar que "as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata", autorizaria a aplicabilidade imediata do inciso XI do art. 7.° da Constituição, principalmente no que diz respeito ao fato de que a participação nos lucros é desvinculada da remuneração, quando, na verdade, tal preceito não é uma norma bastante em si. Outros direitos são previstos no art. 7.° da Constituição, contudo, não têm aplicabilidade imediata, como o piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho (inc. V).

Entendemos, entretanto, que todo o inciso XI do art. 7.° da Constituição depende de regulamentação infraconstitucional, e não apenas parte dele. Assim, se a empresa conceder a participação nos lucros a seus empregados, deve-se aplicar a regra do antigo Enunciado 251 do TST: tendo o pagamento da participação nos lucros habitualidade, integrará o salário para todos os efeitos, inclusive com incidências de FGTS e da contribuição previdenciária. Caso assim não se entenda, e não havendo regulamentação infraconstitucional, poder-se-ia dar ensejo à fraude, pois o empregador poderia instituir pagamentos mascarados com o rótulo de participação nos lucros apenas para não ter natureza salarial e não pagar encargos sociais sobre o referido pagamento.

A Lei n.° 8.212, na alínea] do § 9.° do art. 28, especifica que "a participação nos lucros ou resultados da empresa, quando paga ou creditada de acordo com lei específica" - que não é o art. 190 da Lei n.° 6.404/76 - não integra o salário-de-contribuição, pois a referida lei até o momento não existe. Assim, somente quando houver a lei específica sobre participação nos lucros é que não haverá a incidência da contribuição previdenciária sobre a citada participação. Enquanto inexistir a referida lei, se houver habitualidade no pagamento da participação nos lucros, haverá incidência da contribuição previdenciária. Esclarece Octávio Bueno Magano (1993a:125) que "a participação em lucros e resultados, tal como prevista na Constituição, não possui eficácia plena, dependendo de lei, a fim de que possa ser exigida. Enquanto essa não sobrevier, qualquer benefício concedido sob a rubrica de participação nos lucros fica sujeito à incidência de contribuições sociais".

Wladimir Novaes Martinez (1993:168) leciona que "a letra j do § 9.° fala em participação nos lucros quando paga de acordo com a lei específica. A despeito do rol das alíneas a-j, do PCPS estar subordinado ao comando do § 9.°(`Não integram o salário-de-contribuição...'), inexistente o diploma legal referido in fine, a redação conduz a dúvidas quanto à sua eficácia no tocante à inexigibilidade. Ausente a norma legal reverenciada, a regra vigente é a anterior, isto é, pela incidência da contribuição".

Não se pode, portanto, dizer que a letra j do § 9.° do art. 28 da Lei n.° 8.212/91 seja inconstitucional, pois apenas interpreta fielmente o que está disposto no inciso XI do art. 7.° da Norma Ápice, ou seja, que o referido dispositivo não é auto-aplicável, dependendo de lei ordinária para torná-lo de eficácia plena.

É ineficaz, portanto, a Instrução Normativa n.° 1 do SNT, de 19-6-92, ao dizer que não integra a remuneração para efeito do depósito do FGTS a participação nos lucros, pois contraria a Constituição e a Lei n.° 8.036/90, visto que, enquanto inexistir a lei sobre participação nos lucros, o pagamento feito a esse título continua sendo considerado como remuneração.

6.14.14 Forma

A forma da participação nos lucros pode ser imediata, quando for apurado o lucro da empresa, ou pode ser feita de outra maneira, utilizando-se, v. g., de um porcentual sobre o faturamento como forma de antecipação de eventual lucro apurado. O inconveniente nesse sistema é que, se, ao final do período, não existir lucro, mas prejuízo, não estaremos falando em participação nos lucros, porém em participação no faturamento.

É possível também que se levem em conta características pessoais dos empregados, como antiguidade na empresa, cargo, assiduidade, grau de produtividade, remuneração, condições do trabalhador, que possui um número maior ou menor de filhos, ou também um critério igualitário de distribuição entre cada empregado, verificando-se, porém, as características de cada empresa. A lei também poderia adotar um critério misto, envolvendo todos os elementos

anteriormente mencionados ou até mesmo outros. Na França, o empregado tem de ter pelo menos um ano na empresa para receber a participação nos lucros.

A participação nos lucros também poderá ser feita mediante uma participação geral dos trabalhadores nos lucros, relativa a toda a empresa, ou parcial, em que se verificam os lucros por setores ou seções das empresas.

O porcentual dos lucros a ser distribuído aos empregados deveria, porém, depender de acordo coletivo, que iria verificar as condições peculiares de cada empresa.

6.14.15 Natureza jurídica

As teorias que informam a respeito da natureza jurídica da participação nos lucros podem ser enumeradas em três. A primeira é a que considera a participação nos lucros como salário. A segunda entende que sua natureza jurídica decorre do contrato de sociedade. A terceira assevera que seria uma espécie de contrato sui generis, que configuraria uma forma de transição entre o contrato de trabalho e o contrato de sociedade.

O fundamento para considerar a participação nos lucros como salário está estampado no § 1.° e no caput do art. 457 da CLT. Primeiro, porque é uma contraprestação paga pelo empregador ao empregado, tendo caráter de retribuição. Segundo, pelo fato de que poderia confundir-se com a gratificação ou uma forma de percentagem. Havendo o requisito habitualidade, somado aos anteriormente mencionados, considera-se que a participação nos lucros tem natureza salarial. Poder-se-ia dizer que tudo aquilo que excedesse as disposições do ajuste contratual entre empregado e empregador teria natureza de salário, desde que habitual seu pagamento, tendo reflexos em outras verbas. Ao se analisar o art. 63 da CLT, que estabelece que a condição de interessado (quando o trabalhador tem participação nos lucros) não vai excluir a condição de empregado, já se pode entender, a contrario sensu, que o pagamento da participação nos lucros só pode ter natureza de salário (Maranhão e Carvalho 1992:167).

Decorrendo do contrato de trabalho, o pagamento feito pelo empregador ao empregado a título de participação nos lucros só poderia ter natureza de salário (Catharino 1994:330), seria uma cláusula de índole salarial incluída no contrato de trabalho, daí sua natureza salarial (Süssekind 1964:361), principalmente porque não deixa de ser, de certa forma, um complemento da remuneração. Nada impediria que, em razão da habitualidade, se considerasse tacitamente ajustado, com base na orientação analógica do Enunciado 152 do TST. Não se trata, portanto, de mera liberalidade. Muitas vezes, o que se observa é que o empregador poderia pretender estabelecer a participação nos lucros por meio de acordo ou convenção coletiva, tendo por idéia que, expirado seu termo, haveria necessidade de outras negociações, que novamente poderiam incluir ou não a participação nos lucros nas reivindicações. Entretanto, essa orientação pode ser questionada sob o aspecto de que o § 1.° do art. 1.° da Lei n.° 8.542/92 determinava a incorporação das cláusulas dos acordos, convenções e contratos coletivos de trabalho, só podendo ser modificado pelos mesmos tipos de normas que forem editadas posteriormente.

A Resolução n.° 33, de 27-4-94, do TST, cancelou o Enunciado 251 daquela Corte. O cancelamento do referido verbete deu-se tendo em vista o disposto no inciso XII do art. 7.° da Constituição Federal de 1988, que desvincula da remuneração a participação nos lucros da empresa. A partir de agora, há dúvida a respeito do pagamento que o empregador fizer ao empregado a título de participação nos lucros, se vai realmente se tratar de salário ou não. Pode ser que o TST tenha o entendimento de que a norma é auto-aplicável, sendo que, a

partir de agora, a participação nos lucros que for paga ao empregado estará desvinculada da remuneração, embora não seja esse nosso pensamento.

Quando da edição da lei ordinária sobre participação nos lucros, sua natureza jurídica não será mais de salário, como admitia a jurisprudência (En. 251 do TST), com base no § 1.° do art. 457 da CLT, pois a referida participação será desvinculada da remuneração, de acordo com o que especifica o inciso XI do art. 7.° da Lei Maior. É claro que seria muito melhor para o empregador que ele pudesse pagar apenas participação nos lucros a seus empregados, sendo que, em contrapartida, poderia atribuir um salário muito menor. De outro modo, a maior parte do que o empregador fosse saldar ao empregado não iria ter a incidência do FGTS ou da contribuição previdenciária, pois, a partir da existência da lei ordinária específica, a participação nos lucros estaria desvinculada da remuneração.

A tese de que a participação nos lucros seria uma forma decorrente do contrato de sociedade deixou de subsistir. A referida orientação diria respeito a que a participação nos lucros decorre do contrato de sociedade, da affectio societatis, de que os sócios têm um objetivo comum: conseguir lucros por meio do empreendimento que pretendem realizar. Assim, se a participação nos lucros fosse conferida ao empregado, teria a característica de contrato de sociedade. Ocorre, contudo, que nem todo pagamento feito ao empregado é salário, como as gorjetas que são pagas por terceiros (clientes); nem todo pagamento decorre apenas do trabalho do empregado, mas pode decorrer de um esforço indireto do empregado de produzir bens e serviços para a empresa, que resulta, ao final, num benefício, que seria a participação nos lucros que ajudou a conseguir para o empregador.

Esclarece Amauri Mascaro Nascimento (1989:150) que "a tese da participação nos lucros como contrato sui generis parte do pressuposto de que a sua instituição indica o início da sonhada fase de transição entre o regime do salário e o regime da sociedade, situando-se o sistema de participação exatamente como a ponte através da qual serão percorridos os caminhos que permitirão, ao trabalhador, afastar-se da sua condição desfavorável, como segmento social, para situar-se em posição melhor, ao lado do capital e usufruindo das vantagens dele. Aceita essa tese, a participação nos lucros não é salário, mas também não faz do assalariado um sócio do empregador. Não fica descaracterizada a relação de emprego, idéia melhor do que a anterior".

Não vem a ser a participação nos lucros uma forma de indenização, pois esta pressupõe a ocorrência de um dano.

A participação nos lucros não se constitui num contrato de sociedade, pois o empregado continua não assumindo os riscos da atividade econômica da empresa, nem normalmente tem qualquer cota ou ação do capital da empresa. A participação nos lucros não implica, portanto, participação nas perdas, nem observância da affectio societatis, isto é, a existência de comunhão de direitos e obrigações entre empregado e empregador, de cooperação, visando atender os interesses empresariais do último. Mesmo havendo participação nos lucros em relação aos empregados, o contrato de trabalho continua em vigor, o que mostra que o empregado não passa a ser sócio de seu empregador, a não ser que detenha cotas ou ações em montante suficiente a influir nos destinos da empresa.

Quando o empregado participa dos lucros, costuma-se chamá-lo de interessado. Nessa condição de interessado, o art. 63 da CLT é claro ao dizer que o fato de haver participação nos lucros não o impedirá de receber horas extras, caso as preste.

Pode-se dizer que, a partir da edição da lei ordinária sobre participação nos lucros, a referida participação será uma forma de complementação do salário. Sendo uma forma de participação, não é salário. Trata-se de um pagamento condicionado, ou seja, o pagamento só será feito na ocorrência de lucros, o que

mostra que, existindo prejuízo, não haverá pagamento. Na verdade, a participação nos lucros é uma forma de participação do empregado na empresa, mediante a distribuição dos lucros desta, os quais o trabalhador ajudou a conseguir. O empregado não se torna sócio do empregador, nem fica descaracterizado o contrato de trabalho, evidenciando que a natureza jurídica da participação nos lucros seria uma forma de transição entre o contrato de trabalho e o contrato de sociedade, ou seja, poderíamos dizer que teria uma natureza mista ou sui generis, uma prestação aleatória, dependente da existência de lucro.

6.14.16 Beneficiários

Os beneficiários da participação nos lucros são os trabalhadores urbanos e rurais, como se depreende do caput do art. 7.° da Constituição. Os trabalhadores alvulsos também terão direito ao benefício, pois o inciso XXXIV do art. 7.° da Constituição outorga a "igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso". O trabalhador temporário não tem direito à participação nos lucros, pois a Lei n.° 6.019/74 não trata do tema; além disso seria difícil sua instituição, pois o empregado só presta serviços por no máximo três meses para a empresa.

A lei ordinária é que deveria tratar do tema, pois tal pessoa não deixa de ser um trabalhador.

Os empregados domésticos foram excluídos do direito à participação nos lucros, pois o parágrafo único do art. 7.° da Constituição não faz remissão ao inciso XI do mesmo artigo. Os servidores públicos também não terão direito ao citado benefício, visto que o § 3.° do art. 39 da Lei Maior não faz referência ao inciso XI do art. 7.° da mesma norma.

Algumas empresas também poderiam ficar excluídas da distribuição de lucros, como as microempresas e empresas de pequeno porte, pois a lei poderia instituir tratamento diferenciado a elas, com vistas a incentivá-las, pela simplificação de obrigações tributárias, previdenciárias e trabalhistas, como explicita o art. 179 da Constituição. Assim, as microempresas poderiam não distribuir lucros a seus empregados, ou se poderia adotar um critério como o do legislador francês, que prevê o referido pagamento apenas para empresas com mais de 100 empregados.

Seria possível também adotar o critério de que o lucro ficaria nas mãos do empregador por opção do próprio trabalhador, como procede a lei francesa, que proporciona, em contrapartida, uma possibilidade de estímulo ao reinvestimento, visando gerar novos empregos. Quando, eventualmente, o lucro fosse distribuído, a alíquota do imposto de renda seria consideravelmente menor do que a normal, ou seja, haveria uma forma de incentivo fiscal se assim se procedesse.

Alguns países costumam distribuir ações das empresas aos empregados como um sistema alternativo de participação nos lucros; porém, normalmente, os empresários não têm esse interesse, pois pensam que poderão perder o controle sobre a empresa.

É certo que a lei poderá especificar critérios para os trabalhadores verificarem a exatidão dos lucros apurados, seja por meio de auditoria, de uma comissão ou até por intermédio do sindicato. Todavia, essa concepção deve ser cuidadosamente pensada, pois poderão ser divulgadas informações confidenciais da empresa para os concorrentes, prejudicando o desempenho da própria empresa. Poder-se-ia também atribuir uma sanção para os que divulgassem os segredos das empresas, punindo, talvez, até mesmo como crime.

6.14.17 Regras gerais

O § 1.° do art. 2.° da Medida Provisória n.° 1.982 menciona que "dos instrumentos decorrentes da negociação deverão constar regras claras e objetivas quanto à fixação dos direitos substantivos da participação e das regras adjetivas, inclusive mecanismos de aferição das informações pertinentes ao cumprimento do acordado, periodicidade da distribuição, período de vigência e prazos para revisão do acordo". Dessa forma, qualquer meio de aferição das informações será considerado válido.

A medida provisória estabelece, assim, que toda empresa estará obrigada a convencionar com seus empregados a participação nos lucros. Não se equipara a empresa: (a) a pessoa física; (b) a entidade sem fins lucrativos que, cumulativamente: (1) não distribua resultados, a qualquer título, ainda que indiretamente, a dirigentes, administradores ou empresas vinculadas; (2) aplique integralmente seus recursos em sua atividade institucional e no País; (3) destine seu patrimônio a entidades congêneres ou ao poder público, em caso de encerramento de suas atividades; (4) mantenha escrituração contábil capaz de comprovar a observância dos demais requisitos desta alínea, e das normas fiscais, comerciais e de direito econômico que lhe sejam aplicáveis.

Não há, porém, nenhuma sanção ou penalidade pelo descumprimento das questões relativas à participação nos lucros, ao contrário do que se verifica ao final de cada capítulo da CLT, em que se encontram as penalidades pela não-observância de seus dispositivos.

Previa o art. 2.° da Medida Provisória n.° 794 que toda empresa deveria convencionar com seus empregados, mediante negociação coletiva, a forma de participação dos trabalhadores em lucros ou resultados, ou seja, com a participação dos sindicatos, por meio de negociação coletiva.

Dispunha o art. 2.° da Medida Provisória n.° 1.136 que a participação nos lucros ou resultados será objeto de negociação entre a empresa e seus empregados, mediante comissão por estes escolhida, integrada, ainda, por um representante indicado pelo sindicato da respectiva categoria. Já não mais se fala em negociação coletiva. Agora, a forma final do ajuste não poderá ser denominada de acordo coletivo, pois este necessita da participação do sindicato, mas de acordo individual. O STF, porém, suspendeu a expressão "por meio de comissão por eles escolhida" contida no art. 2.° da Medida Provisória n.° 1.136 (ADIn 1.13161-1, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJU 17-2-96, p. 1.711). Por despacho foi estendido o efeito para o mesmo dispositivo da Medida Provisória n.° 1.397. Isso dá a entender que o STF pensa que a negociação deva ser feita com o sindicato e não com a comissão, conforme o inciso VI do art. 8.° da Constituição. O instrumento de acordo celebrado será arquivado na entidade sindical dos trabalhadores.

Determina o art. 2.° da Medida Provisória n.° 1.982 que a participação nos lucros ou resultados será objeto de negociação entre a empresa e seus empregados, mediante um dos procedimentos escolhidos pelas partes de comum acordo: (a) comissão escolhida pelas partes, integrada, também, por um representante indicado pelo sindicato da respectiva categoria; (b) convenção ou acordo coletivo.

As medidas provisórias não trataram do conceito de lucro, que continua indeterminado. Os "resultados" podem ser entendidos como o atingimento de metas pela empresa, os decorrentes da melhoria da produtividade, qualidade, lucratividade ou programas de metas, de redução de custos.

O próprio inciso II do § 1.° do art. 2.° menciona programas de metas, resultados e prazos, que deveriam ser pactuados previamente, como um dos critérios de distribuição a serem previstos nos sistemas de negociação. Outros critérios, porém, podem ser utilizados, pois o § 1.° do art. 2.° usa a expressão

"entre outros", denotando ser exemplificativa a enumeração que faz, e não taxativa.

A participação nos lucros ou resultados não poderá ser feita em período inferior a um semestre civil ou mais de duas vezes no mesmo ano civil.

Todos os pagamentos efetuados em decorrência de planos de participação nos lucros ou resultados, mantidos espontaneamente pela empresa, poderão ser compensados com as obrigações decorrentes de acordos ou convenções coletivas de trabalho atinentes à participação nos lucros ou resultados.

Pág. 248

A partir da vigência da norma legal, a participação nos lucros paga ao empregado está desvinculada da remuneração, não substituindo ou complementando a remuneração. Nem se lhe aplica o princípio da habitualidade para a caracterização de verba de natureza salarial. Não haverá, portanto, encargos sociais, como FGTS e contribuição previdenciária (art. 20 da Lei n.° 9.711/98) sobre seu pagamento. Também inexistirão reflexos da participação nos lucros em férias, 13.°s salários, repouso semanal remunerado, aviso prévio etc. Não será, também, computada para o cálculo de qualquer adicional, indenização etc.

Haverá, porém, a incidência do imposto de renda na fonte, pois se trata de renda do trabalhador, desde que o pagamento atinja os patamares sujeitos àquele imposto, sendo feita a tributação em separado dos demais rendimentos auferidos no mês.

De outro modo, a participação nos lucros paga aos empregados poderá ser deduzida como despesa operacional da empresa, inclusive no próprio exercício de sua constituição.

Caso a negociação que visa à participação nos lucros ou resultados da empresa resulte em impasse, as partes poderão utilizar-se dos seguintes mecanismos de solução do litígio: (1) mediação; (2) arbitragem de ofertas finais.

O mediador ou árbitro será escolhido de comum acordo entre as partes. Firmado o compromisso arbitral, não será admitida a desistência unilateral de qualquer das partes. O laudo arbitral terá força normativa, independentemente de homologação judicial.

O Decreto n.° 1.572, de 28-7-95, estabeleceu regras sobre a mediação na negociação coletiva de natureza trabalhista.

Na arbitragem de ofertas finais, o árbitro deve restringir-se a optar por uma das propostas apresentadas pelas partes, em caráter definitivo.

Adota-se a expressão utilizada nos Estados Unidos, final offer selection arbitration, em que o árbitro terá que selecionar (to select) uma das propostas das partes, indicando a que achar mais conveniente, segundo seu convencimento. Nesse caso, não poderá o árbitro adotar uma decisão própria, mas apenas escolher uma das duas propostas das partes.

Reza o art. 5.° da Medida Provisória n.° 1.982 que a participação nos lucros dos trabalhadores em empresas estatais observará diretrizes específicas fixadas pelo Poder Executivo. O parágrafo único do art. 5.° das referidas normas considera empresas estatais as empresas públicas, as sociedades de economia mista, suas subsidiárias e controladas e demais empresas em que a União, direta ou indiretamente detenha a maioria do capital social com direito a voto. Nesse ponto, a referida norma pelo menos esclarece o que se considera empresa estatal, o que já ajuda em certo aspecto.

Para melhores esclarecimentos consulte o nosso Participação dos empregados nos lucros das empresas (São Paulo: Malheiros Editores, 1996).

Pág. 249

6.15 PIS-Pasep

O PIS (Programa de Integração Social) foi criado pela Lei Complementar n.° 7, de 7-9-70, e o Pasep (Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público) foi instituído pela Lei Complementar n.° 8, de 3-9-70. Pela Lei Complementar n.° 26, de 11-9-75, houve uma unificação dos dois fundos, com sua regulamentação feita pelo Decreto n° 78.276, de 17-8-76.

O PIS-Pasep tinha por objetivo implementar uma forma de participação do trabalhador na renda nacional, sem se olvidar da participação dos empregados nos lucros das empresas. Alguns autores chegavam até mesmo a dizer que o PIS-Pasep era uma forma oficial de participação dos trabalhadores nos lucros das empresas.

Trata-se, na verdade, de um fundo de participação, gerido pelo Governo Federal. Ressalte-se que a participação nos lucros é calculada sobre o lucro, e o PIS sobre o faturamento, o que mostra a distinção entre ambos.

Contribuintes do PIS são as pessoas jurídicas de direito privado e a elas equiparadas pela legislação do imposto de renda, tenham ou não finalidade lucrativa. Participantes do PIS são todos os empregados definidos na legislação trabalhista, assim como os trabalhadores avulsos.

Os participantes do Pasep são os funcionários públicos ou titulares de empregos regidos pela legislação trabalhista.

Discutia-se a competência para julgar as reclamações dos empregados quanto ao não-cadastramento destes no PIS. O STF firmou o entendimento de que a competência seria da Justiça do Trabalho. Nesse ponto, o TST editou o Enunciado 300, dizendo que "compete à Justiça do Trabalho processar e julgar ações de empregados contra empregadores, relativas ao cadastramento no Plano de Integração Social (PIS)". Logo, a Justiça do Trabalho tem competência para resolver as questões quanto ao cadastramento do empregado no PIS e à indenização compensatória no caso da não-inscrição do obreiro no referido Fundo, posto que causa prejuízos ao trabalhador. Essa orientação ainda é válida nos dias atuais.

Os levantamentos do PIS-Pasep eram permitidos nos casos de: (a) aposentadoria; (b) casamento; (c) morte; (d) transferência para a reserva remunerada, reforma ou invalidez (art. 4.° da Lei Complementar n.° 26). Os trabalhadores que eram cadastrados há pelo menos cinco anos e recebiam salário mensal igual ou inferior a cinco salários mínimos teriam direito a um abono de um salário mínimo.

O art. 239 da Constituição estabeleceu que a partir de 5-10-88 o PIS e o Pasep iriam financiar, nos termos da lei, o programa de seguro-desemprego e o abono do PIS. O seguro-desemprego foi regulado por meio da Lei n.° 8.019, de 11-4-90. O § 2.° do art. 239 da Lei Maior especificou que haveria uma preservação dos patrimônios do PIS e do Pasep, mantendo-se os critérios de saque de acordo com os casos previstos na lei, eliminando-se a hipótese de saque por motivo de casamento. Ficou vedada, também, a distribuição de arrecadação do PIS-Pasep para depósito nas contas individuais dos participantes, ou seja: houve a cessação dos depósitos nas contas individuais dos trabalhadores. Foram mantidos, porém, os patrimônios acumulados até 4-10-88.

Declara o § 3.° do art. 239 da Lei Magna que aos empregados que percebam até dois salários mínimos de remuneração mensal é assegurado o pagamento de um salário mínimo anual, já computado nesse valor o rendimento das contas individuais, no caso daqueles que participavam anteriormente do sistema até a data da promulgação da Norma Ápice. Ainda se exige como requisito o fato de que o trabalhador esteja cadastrado há pelo menos cinco anos no PIS ou no Cadastro Nacional do Trabalhador para o recebimento do referido benefício.

O art. 9.° do Decreto-lei n.° 2.445/88 previa que "o participante que não se encontre em atividade e tenha atingido a idade para se aposentar por velhice poderá utilizar o saldo de sua conta vinculada" do PIS. A Resolução n.° 49 do

Senado Federal, de 9-10-95, suspendeu a execução do citado Decreto-lei. Assim, o saque de cotas por motivo de idade só pode ser feito se for concedido o benefício previdenciário de aposentadoria por idade. De outra forma, não mais poderá haver o saque.

Aqueles trabalhadores que tinham direito ao saque dos rendimentos, continuam podendo fazê-lo. O saldo total poderá ser sacado em caso de: (a) aposentadoria; (b) invalidez permanente; (c) reforma militar; (d) transferência para a reforma remunerada; (e) morte do participante.

O art. 9.° da Lei n.° 7.998/90 estabeleceu o abono salarial do PIS, que está regulado na Constituição. O abono, no valor de um salário mínimo vigente na data do respectivo pagamento, é assegurado aos empregados que: (a) tenham percebido, de empregadores que contribuem para o PIS ou para o Pasep, até dois salários mínimos médios de remuneração mensal no período trabalhado, e que tenham exercido atividade remunerada, pelo menos, durante 30 dias no ano-base. Os domésticos não receberão o abono, pois o empregador não contribui para o sistema; (b) estejam cadastrados há pelo menos cinco anos no Fundo de Participação do PIS-Pasep ou no Cadastro Nacional do Trabalho. No caso de beneficiários integrantes do Fundo de Participação PIS-Pasep, serão computados no valor do abono salarial os rendimentos proporcionados pelas respectivas contas individuais.

Os valores não recebidos em vida pelo empregado serão pagos aos dependentes habilitados perante a Previdência Social e, em sua falta, aos sucessores previstos na lei civil, indicados em alvará judicial, independentemente de inventário ou de arrolamento (art. 1.° da Lei n.° 6.858, de 24-11-80). As quotas atribuídas a menores ficarão depositadas em caderneta de poupança, rendendo juros e correção monetária, e só serão disponíveis após o menor completar 18 anos, salvo autorização judicial para compra de imóvel destinado à residência do menor e de sua família (§ 1.° do art. 1.° da Lei n.° 6.858/80).

O empregado rural não tinha acesso ao PIS até 4-10-88. Se o trabalhador já havia sido cadastrado em outra empresa que não rural, a inscrição seria válida. O empregador rural, pessoa física, porém, não contribui para o PIS, mas tem a obrigação de inscrever seus empregados. No entanto, o empregado rural de pessoa física não tem direito ao abono do PIS, pois só pode receber os benefícios se seu empregador tiver contribuído para o sistema (§ 3.° do art. 239 da Constituição). Como o empregador rural pessoa física não contribui para o sistema, seus empregados não fazem jus ao abono do PIS.

O art. 10 da Lei Complementar n.° 7 dispõe que as obrigações das empresas, decorrentes do PIS, são de caráter exclusivamente fiscal, não gerando direitos de natureza trabalhista nem incidência de qualquer contribuição previdenciária.

6.16 Verba de representação

A verba de representação tem por objetivo indenizar ou reembolsar as despesas na promoção de negócios ou para captação de clientes para o empregador. Há necessidade de que sejam demonstradas as despesas realizadas para a não-caracterização como salário.

7. PROTEÇÃO AO SALÁRIO

O salário deve ser protegido em função do caráter alimentar que possui.

A Convenção n.° 95 da OIT, de 1949, que foi aprovada pelo Decreto Legislativo n.° 24, de 29-5-56, e promulgada pelo Decreto n.° 41.721, de 25-6-57, trata da proteção ao salário. O salário deve ser pago em moeda de curso

legal (art. 3.1). É proibido o pagamento do salário sob a forma de bônus, cupons ou outra forma que se suponha representar a moeda de curso legal (art. 3.1). Poderá ser permitido pagamento por meio de cheque ou vale postal (art. 3.2). O salário será pago diretamente ao empregado (art. 5). O empregador fica proibido de restringir a liberdade do trabalhador de dispor de seu salário da maneira que lhe aprouver (art. 6). É vedado o truck system (art. 7). Os descontos dependerão da lei ou da norma coletiva (art. 8). O salário é impenhorável (art. 10.1). Deve o salário ter preferência ao pagamento de falência ou de liquidação judiciária (art. 11). O pagamento do salário será feito em intervalos regulares (art. 12.1), sendo realizado em dias úteis e no local de trabalho ou nas proximidades (art. 13.1).

O inciso X do art. 7.° da Constituição menciona a proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa. A lei que define o crime ainda não foi editada, mas as regras da CLT e da legislação ordinária já servem para a proteção ao salário. A Constituição também não esclarece se a retenção é total ou parcial ou se é feita uma vez ou várias vezes, que são questões a serem decididas pela lei ordinária. O crime só irá ocorrer com a retenção dolosa, quando houver vontade de reter e não na retenção culposa. A norma constitucional é de eficácia limitada.

A proteção refere-se ao salário, incluindo verbas de natureza salarial. Não menciona a Constituição que se trata de proteção da remuneração mas do salário. Logo, não estão incluídas nesse conceito as gorjetas, que são remuneração, mas não são salário.

Prevê o art. 4.° do Decreto-lei n.° 368/68 que os diretores, sócios, gerentes, membros de órgãos fiscais ou consultivos, titulares de firma individual ou quaisquer outros dirigentes de empresa que estiver em débito salarial com seus empregados e distribuir lucros, bonificações e dividendos aos seus dirigentes, ficam passíveis de pena de detenção de um mês a um ano.

Mario de La Cueva (1954:I/697) faz interessante divisão da proteção ao salário, que passaremos a adotar: (a) defesa do salário em face do empregador; (b) defesa do salário em face dos credores do empregado; (c) defesa do salário em face dos credores do empregador; (d) defesa do salário em razão dos interesses da família do empregado.

7.1 Defesa do salário em face do empregador

O salário deve ser pago ao próprio empregado (pessoalidade no pagamento), sob pena de não ser considerado realizado tal pagamento, salvo se houver prova no sentido de que o salário efetivamente reverteu ao obreiro ou se procurador devidamente habilitado o receber. A Convenção n.° 95 da OIT, ratificada pelo Brasil, prevê que o salário será pago diretamente ao empregado (art. 5).

O menor de 18 anos poderá firmar recibo de pagamento de salários, porém na rescisão do contrato de trabalho deverá estar assistido por seus pais (art. 439 da CLT).

O pagamento será feito mediante recibo (art. 464 da CLT). Não se admite a prova do pagamento de salário por meio de testemunhas, pois pode dar ensejo a fraudes; contudo, se o empregado confessar que recebeu o salário, estará suprida a falta de recibo. Em relação ao empregado doméstico, será possível ser utilizado qualquer meio de prova para demonstrar o pagamento do salário, em função de o art. 464 da CLT não lhe ser aplicável (art. 7.°, a, da CLT), além de se presumir que o pagamento do último salário importou pagamento dos anteriores (art. 943 do Código Civil). Se o empregado for analfabeto ou estiver impossibilitado de assinar, deverá ser colhida sua impressão digital ou, não sendo possível, alguém irá assinar por ele, na presença de testemunhas.

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. Em primeiro lugar, a abertura de conta bancária em nome do trabalhador deve ter o consentimento do empregado para que possa haver o depósito do salário nessa conta. Em segundo lugar, não poderá ser em qualquer estabelecimento de crédito, mas sim próximo ao local de trabalho. A lei não dispõe que o estabelecimento de crédito é o mais perto do local de trabalho, mas sim que deve ser próximo ao local de trabalho, nada impedindo que tal estabelecimento seja escolhido pelo próprio empregador. Não poderá ser feita uma conta bancária coletiva, mas as contas deverão ser individuais, em nome de cada empregado. O recibo de depósito em conta bancária faz prova do pagamento do salário e também das próprias verbas rescisórias, quando, por exemplo, se discute o atraso em tal pagamento.

Vigora em matéria de salário o princípio da irredutibilidade salarial, previsto no inciso VI do art. 7.° da Lei Maior. Em casos excepcionais, o salário poderá ser reduzido, porém dependendo de acordo ou convenção coletiva. O art. 503 da CLT foi revogado pela Lei Magna, pois permitia a redução do salário em casos de força maior, sendo que atualmente só se permite a redução de salários mediante convenção ou acordo coletivo.

O art. 2.° da Lei n.° 4.923, de 23-12-65, não contraria o inciso VI do art. 7.° da Constituição, pois tal norma trata de redução da jornada em relação a empresas que, em face de conjuntura econômica, devidamente comprovada, necessitarem reduzir a jornada de trabalho e os salários dos empregados. Tal redução é feita mediante acordo com o sindicato, depositado na DRT. A Lei n.° 4.923 encontra-se derrogada pela Constituição na parte que previu o prazo de três meses de redução, limite de 25% da redução, proibição de retirada de gratificações, de admissão de novos empregados por seis meses e de prestação de horas extras. Todas essas condições podem ser negociadas em acordo ou convenção coletiva, que pode prever outras situações, prazos maiores ou menores etc., dependendo do que for pactuado.

O salário deverá ser pago em moeda de curso forçado no país, entendendo-se como não realizado se for inobservada essa forma (art. 463 da CLT). Não é possível que o pagamento do salário seja feito em vales ou cupons ou em moeda estrangeira. Quando o pagamento é feito em moeda estrangeira, deve haver a conversão para nossa moeda pelo câmbio da data da celebração do contrato, aplicando-se sobre o referido salário os reajustes legais ou da categoria. Entretanto, é possível o pagamento em utilidades e mediante cheque. Para que o pagamento do salário ou de férias possa ser feito por meio de cheque é preciso que a empresa esteja situada no perímetro urbano e o empregador proporcione ao empregado: (a) horário que permita o desconto imediato do cheque; (b) o pagamento de qualquer despesa para o recebimento do salário, inclusive de transporte; (c) tempo suficiente para o recebimento do salário; (d) condição que impeça qualquer atraso no recebimento do salário ou das férias (art. 2.° da Portaria n.° 3.281, de 7-12-84). Para o recebimento do salário ou férias por meio de conta bancária é necessário que a empresa esteja situada no perímetro urbano, devendo a conta ser aberta em nome de cada empregado e com o consentimento deste, em estabelecimento de crédito próximo ao local de trabalho (art. 1.° da Portaria n.° 3.281/84). Se o trabalhador for analfabeto, o salário somente poderá ser pago em dinheiro (art. 1.° da Portaria n.° 3.281).

O pagamento deverá ser feito em dia útil e no local de trabalho, dentro do horário de serviço ou imediatamente após o encerramento deste (art. 465 da CLT), salvo quando efetuado por depósito em conta bancária, observado o disposto no parágrafo único do art. 464. A parte final do art. 465 da CLT permite que o salário seja pago mediante depósito em conta bancária, isto é, não precisará ser

feito no próprio local de trabalho, nem no horário de serviço ou imediatamente após o encerramento deste. Basta que seja feito mediante depósito em conta bancária, que também provará o pagamento. Agora, a lei dispõe que não só o recibo de pagamento, mas também o depósito em conta bancária, são provas do pagamento do salário.

Qualquer que seja a modalidade do trabalho, o pagamento do salário não pode ser estipulado por período superior a um mês, salvo quanto às comissões, percentagens ou gratificações (art. 459 da CLT). O salário, portanto, deve ser pago com pontualidade, mais precisamente até o 5.° dia útil do mês seguinte ao vencido (parágrafo único do art. 459 da CLT). As comissões, entretanto, deverão ser pagas mensalmente, à medida que haja a conclusão dos negócios (art. 4.° da Lei n.° 3.207/57). O prazo de pagamento de comissões pode ser dilatado para três meses, mediante acordo das partes (parágrafo único do art. 4.° da Lei n.° 3.207/57). A empresa que estiver em débito salarial com seus empregados não poderá: (a) pagar honorários, gratificações, pro labore ou qualquer outro tipo de retribuição ou retirada a seus diretores, sócios, gerentes ou titulares de firma individual; (b) distribuir lucros, bonificações, dividendos ou interesses a seus sócios, titulares, acionistas ou membros de órgãos dirigentes, fiscais ou consultivos; (c) ser dissolvida (art. 1.° do Decreto-lei n.° 368, de 19-12-68).

O sábado será considerado dia útil para efeito de pagamento de salário e da contagem dos cinco dias anteriormente mencionados, excluindo-se o domingo e feriado, inclusive o municipal (art. 1.°, I, da Instrução Normativa n.° 1, de 7-11-89, do Secretário de Relações de Trabalho). Dia útil é, portanto, o que pode ser dedicado ao trabalho, implicando a exclusão do domingo e do feriado. Mesmo para efeito dos depósitos bancários na conta do empregado, deve-se observar que o numerário deverá estar à disposição do empregado, o mais tardar até o quinto dia útil. Se o pagamento for feito por quinzena ou semana, deve ser efetuado até o quinto dia após o vencimento (inc. V do art. 1.° da Instrução Normativa n.° 1). As gratificações poderão ser pagas por mês, por semestre ou por ano, de acordo com a forma como foram ajustadas.

Observa-se no Direito do Trabalho o princípio da intangibilidade salarial, pois os descontos que podem ser feitos no salário do obreiro são apenas os previstos em lei, norma coletiva ou decorrentes de adiantamentos (art. 462 da CLT). Iremos tratar do tema com mais propriedade quando falarmos sobre os descontos no salário do empregado.

Havendo rescisão do contrato de trabalho, seja por parte do empregado ou do empregador, este deverá pagar os salários incontroversos na primeira audiência a que comparecer na Justiça do Trabalho, sob pena de pagá-los em dobro (art. 467 da CLT). O Enunciado 69 do TST esclarece que se o empregador é revel e confesso quanto à matéria de fato, havendo rescisão do contrato de trabalho, deve aquele ser condenado ao pagamento em dobro dos salários incontroversos. Quando houver dúvida a respeito da existência da relação de emprego, não é possível aplicar o art. 467 da CLT. Havendo falência, o síndico não tem obrigação de pagar os salários na primeira audiência, pois os pagamentos restam suspensos, posto que subordinados ao juízo universal falimentar.

O pagamento em dobro refere-se apenas a salários incontroversos, como saldo de salários, e não a férias indenizadas ou aviso prévio indenizado.

7.2 Defesa do salário em face dos credores do empregado

Os salários são empenhoráveis, salvo para efeito de pagamento de prestação alimentícia (art. 649, IV, do CPC). Justifica-se essa regra pois o salário é o meio de subsistência do empregado comum. As gorjetas não estão incluídas nessa

regra, pois não se trata de salário, mas de remuneração, podendo, portanto, ser penhoradas.

7.3 Defesa do salário em face dos credores do empregador

O Brasil aprovou a Convenção n.° 95 da OIT pelo Decreto-legislativo n.° 24, de 26-5-56, e foi promulgada pelo Decreto n.° 41.721, de 25-6-57. Estabelece-se que em caso de falência ou de liquidação judiciária de uma empresa, os empregados serão credores privilegiados dos salários e outras verbas definidas na legislação nacional.

O salário será pago integralmente antes dos demais credores. A ordem de prioridade será determinada na legislação nacional (art. 11).

Os direitos oriundos do contrato de trabalho subsistem em caso de falência, concordata ou dissolução da empresa (art. 449 da CLT).

A concordata não impede o empregado de ajuizar a reclamação trabalhista, nem a execução do crédito trabalhista, pois o empregador ainda tem a possibilidade de comerciar, tendo disponibilidade sobre seus bens (Súm. 227 do STF).

Na falência e na concordata, constituíam créditos privilegiados a totalidade dos salários devidos ao empregado e apenas um terço das indenizações a que tiver direito, sendo crédito quirografário os restantes dois terços (§ 1.° do art. 449 da CLT). Foi dada nova redação a esse dispositivo legal pela Lei n.° 6.449, 14-10-77, determinando que "na falência, constituirão créditos privilegiados a totalidade dos salários devidos ao empregado e a totalidade das indenizações a que tiver direito".

O art. 148 da CLT estabelece também que a remuneração das férias, ainda quando devida após a cessação do contrato de trabalho, tem natureza salarial, para os efeitos do art. 449 da CLT. Os créditos trabalhistas, contudo, preferem na falência até mesmo os créditos tributários (art. 186 do CTN).

Havendo concordata na falência, será facultado aos contratantes tornar sem efeito a rescisão do contrato de trabalho e conseqüente indenização, desde que o empregador pague, no mínimo, a metade dos salários que seriam devidos ao empregado durante o interregno (§ 2.° do art. 449 da CLT).

O primeiro requisito é que haja concordata na falência. O segundo é que tenha havido a rescisão do contrato de trabalho e tenha ela se tornado sem efeito, pois, se persistir a rescisão, não haverá direito à metade dos salários.

Na liquidação extrajudicial, não há nenhum privilégio para o crédito do empregado, nem se trata de procedimento judicial, mas administrativo, razão pela qual a reclamação trabalhista é processada normalmente, sem necessidade de habilitação.

7.4 Defesa do salário em função dos interesses da família do empregado

Determina o art. 5.° da Convenção n.° 95 da OIT que o salário será pago diretamente ao empregado.

A legislação brasileira não trata do tema. Se o empregador pagar o salário à mulher ou ao marido de seu empregado ou empregada, deverá provar que o pagamento reverteu em benefício do obreiro, sob pena de pagar novamente, pois quem paga mal, paga duas vezes.

8. DESCONTOS NO SALÁRIO DO EMPREGADO

O Direito do Trabalho tem como um de seus postulados fundamentais o princípio da intangibilidade salarial. O mencionado princípio mostra a natureza

alimentar do salário, ao evidenciar a proteção jurídica dispensada àquele, de modo a limitar a possibilidade de descontos abusivos feitos pelo empregador. É o previsto no art. 462 da CLT, ao dispor que "ao empregador é vedado efetuar qualquer desconto nos salários do empregado, salvo quando este resultar de adiantamentos, de dispositivo de lei ou de contrato coletivo".

Pág. 256

Havendo dano causado pelo empregado, o desconto será, contudo, permitido, "desde que esta possibilidade tenha sido acordada ou na ocorrência de dolo do empregado" (§ 1.° do art. 462 da CLT).

Adiantamentos são importâncias normalmente oferecidas pelo empregador ao empregado, como acontece com os vales tirados pelo segundo no decorrer do mês. Logo, há a possibilidade do desconto no salário de tais adiantamentos, desde que tenham sido realmente recebidos pelo obreiro.

Dívida civil ou comercial não poderá ser descontada do salário do empregado. As dívidas que podem ser descontadas são as trabalhistas. Se o empregador fizer um empréstimo ao empregado, não poderá descontá-lo do salário do obreiro, salvo se este concordar com o desconto.

Os descontos autorizados por lei são, entre outros, da contribuição sindical (art. 582 da CLT), do pagamento de prestação alimentícia prevista em ordem judicial, do pagamento de pena criminal pecuniária, de custas judiciais, de dívidas contraídas para a aquisição da casa própria pelo Sistema Financeiro de Habitação (Lei n.° 5.725/71), da retenção do saldo salarial quando o empregado pede demissão e não dá aviso prévio ao empregador (§ 2.° do art. 487 da CLT), da mensalidade devida pelo empregado sindicalizado (art. 548, b, c/c art. 545 da CLT), da multa em relação ao jogador de futebol (§ 1.° do art. 15 da Lei n.° 6.334/76), da contribuição previdenciária (Lei n.° 8.212/91), do imposto de renda na fonte (Lei n.° 7.713), do vale-transporte até 6% do salário do empregado (art. 9.°, I, do Decreto n.° 95.247/67) e até 20% do custo direto da refeição (art. 2.°, I, do Decreto n.° 5/91).

Os descontos de imposto de renda na fonte e previdência são válidos, mesmo que não haja previsão na sentença que resolva o conflito trabalhista, por serem provenientes de normas de ordem pública, devendo ser pago ao empregado o valor líquido da condenação, como ocorreria se a importância a ele devida fosse normalmente satisfeita dentro dos prazos legais.

O art. 462 da CLT fala em descontos previstos em contratos coletivos; contudo, temos que entender que se trata de descontos provenientes de acordos ou convenções coletivas. Os descontos autorizados em normas coletivas geralmente dizem respeito à contribuição assistencial (art. 513, e, da CLT). Outros descontos fixados em norma coletiva são expressamente permitidos.

O art. 462 da CLT não prevê o desconto no salário do empregado a título de multa. Deve haver uma interpretação restritiva do referido preceito. Se não há previsão para o desconto de multa, é sinal que ela não é permitida. Mesmo que a multa tenha sido acordada no contrato de trabalho, não será possível haver desconto no salário, por falta de previsão legal expressa. Ao contrário, se a multa for prevista na norma coletiva, poderá haver desconto, pois o caput do art. 462 da CLT dispõe sobre a possibilidade de descontos previstos em norma coletiva.

O § 1.° do art. 462 da CLT elenca outra hipótese de desconto no salário do trabalhador, mas há necessidade da ocorrência de dolo por parte do operário ao causar prejuízo a seu patrão. Em caso de culpa, o desconto só será admitido se houver sido estipulado no contrato de trabalho, além da necessidade da demonstração do prejuízo do empregador, pelo ato praticado pelo empregado.

Pág. 257

Não será possível o desconto no salário de importância superior ao ordenado, considerando-se o excedente como dívida civil.

São permitidos também descontos de prestações in natura, como alimentação, habitação, vestuário etc., não podendo o desconto superar 70% do salário mínimo, ou seja, 30% do salário mínimo terão que ser pagos em dinheiro (parágrafo único do art. 82 da CLT). Os porcentuais para desconto no salário do obreiro são determinados por região, como define a Portaria n.° 19, do Ministério do Trabalho, de 31-1-52. Para a região do Estado de São Paulo temos os seguintes porcentuais calculados sobre o salário mínimo: 43% para alimentação, 33% para habitação, 14% para vestuário, 6% para higiene e 4% para transporte. O art. 1.° da Lei n.° 3.030, de 19-12-56, determina que os descontos por fornecimento de alimentação, quando preparada pelo próprio empregador, não poderão exceder a 25% do salário mínimo. Seria possível aplicar, por analogia, esses mesmos porcentuais para quem perceba mais do que um salário mínimo por mês.

Esclarece o § 3.° do art. 458 da CLT que a habitação e a alimentação fornecidas como salário-utilidade deverão atender aos fins a que se destinam e não poderão exceder, respectivamente, a 25% e 20% do salário contratual.

Do empregado rural é possível descontar: (a) até o limite de 20% do salário mínimo pela ocupação da moradia; (b) até 25% do salário mínimo pelo fornecimento de alimentação sadia e farta, atendidos os preços vigentes na região; (c) adiantamentos em dinheiro.

Determinando o empregador que o uniforme é de uso obrigatório no trabalho, não poderá descontá-lo do salário do empregado, pois deverá ser fornecido gratuitamente, nem será considerado como salário in natura, desde que seja utilizado apenas no trabalho (§ 2.° do art. 458 da CLT).

O Equipamento de Proteção Individual (EPI) deverá ser fornecido gratuitamente ao empregado (art. 166 da CLT). Não poderá o empregador descontar do salário do empregado o referido equipamento.

Cheques de clientes sem a necessária provisão de fundos não poderão ser descontados do salário do obreiro, porque o risco do empreendimento não se transfere ao empregado (art. 2.° da CLT). O mesmo pode-se dizer em relação a anúncios e telefonemas feitos pelo empregado para o regular desenvolvimento de seus serviços na empresa.

Outros descontos poderão ser realizados no salário do trabalhador, desde que haja algum benefício para o operário ou sua família com o referido desconto, embora essa orientação não seja pacífica na jurisprudência. É o que ocorre com descontos a título de aluguel, desde que o empregado os autorize.

O convênio médico é um desconto que pode ser feito no salário do empregado, desde que haja autorização dele por escrito, visto que proporciona um benefício não só ao trabalhador, como também a sua família, que poderão, por um preço módico em relação ao de mercado, fazer consultas e exames médicos. Tal benefício, na verdade, corresponde a uma necessidade de todas as pessoas, porque os exames e consultas médicas são muito caros, principalmente para o trabalhador de baixa renda, que não tem condições de levar seus filhos ao médico, se não lhe for proporcionada essa vantagem pela empresa. O mesmo se pode dizer de descontos a título de farmácia ou medicamentos, desde que efetivamente utilizados pelo empregado ou sua família, mormente quando os valores descontados são inferiores aos de mercado.

Descontos de clube recreativo ou colônia de férias podem ser tolerados se houver anuência expressa do empregado, e desde que este tenha-se utilizado dessas vantagens, pois não se pode dizer que sejam necessidades fundamentais do trabalhador, ao contrário do convênio médico.

Descontos efetuados a título de cartão de compras ou de cooperativas para os trabalhadores, que proporcionem a compra do bem por valor mais baixo do que o

real (§ 3.° do art. 462 da CLT), poderão ser feitos no salário do obreiro, desde que não impostos pelo empregador, pois é nítida a vantagem auferida pelo trabalhador, que inclusive ficou na posse da coisa comprada. De modo diverso, se o empregador mantiver armazém para a venda de mercadorias, não poderá coagir ou induzir o empregado a dele se utilizar para a compra de tais coisas (§ 2.° do art. 462 da CLT). É a vedação ao truck system, não se permitindo também o pagamento mediante vales, fichas, bônus, chapas ou outros símbolos que representem a moeda. Não poderá também o empregador coagir o empregado a se utilizar do armazém da empresa. Poderão ser vendidas mercadorias ou prestados serviços a preços razoáveis, sem intuito de lucro e sempre em benefício dos empregados.

Há empregadores que criam empresas de previdência privada para proporcionar vantagens a seus funcionários, geralmente complementação de aposentadoria, mediante descontos mensais no salário do obreiro. O desconto efetuado deverá ter necessariamente a concordância do empregado, sendo que no contrato que autorize os descontos deverá haver a previsão da garantia da devolução das quantias vertidas pelo trabalhador caso deseje retirar-se do plano (Decreto n.° 81.240, de 20-10-78, art. 20, V). No caso de a contribuição vertida pelo empregado no decorrer do contrato de trabalho não ser devolvida por essa entidade quando de seu desligamento da empresa, poderá o trabalhador reclamar na Justiça do Trabalho, que será competente para examinar a hipótese em comentário, pois se trata de controvérsia oriunda da relação de emprego. Deverá a empresa devolver a importância descontada, pois quando o empregado retirar-se do serviço, não mais poderá beneficiar-se da complementação da aposentadoria.

Algumas entidades, principalmente financeiras, costumam proporcionar empréstimos ao empregado, mediante a concessão de valores a taxas de juros subsidiadas, o que vem a proporcionar benefício ao empregado; mas para o desconto é necessária a autorização deste.

Por último, resta examinar o desconto a título de seguro de vida. Quanto ao seguro contra acidentes do trabalho, este ficará a cargo do empregador (art. 7.°, XXVIII, da CF).

O desconto de seguro de vida em grupo não é autorizado por lei ou norma coletiva, nem decorre de adiantamento (art. 462 da CLT). Ao contrário, algumas normas coletivas são expressas no sentido de que o seguro fique a cargo do empregador. Certas normas legais determinam que o seguro seja feito pelo próprio empregador, como ocorre em relação ao seguro de vida em grupo para os vigilantes (art. 19, IV, da Lei n.° 7.102).

Pensamos que não há nenhum benefício ao empregado com o seguro de vida. Este não passa de mera expectativa. O evento só ocorre com o falecimento do trabalhador. Falta o efetivo benefício ao empregado, que disporá do numerário quando não mais estiver entre nós.

Não se pode falar aqui em benefício potencial, que inexiste. Há necessidade de um benefício real. Ressalte-se que, quando o empregado é dispensado, perde automaticamente a condição de associado e de beneficiário do seguro de vida, mostrando que o seguro não enseja nenhuma vantagem ao operário.

O contrato de seguro é um pacto de adesão, de natureza civil, realizado entre seguradora e segurado. Geralmente, não há a livre manifestação da vontade do empregado, pois a anuência é feita na admissão, o que pode implicar imposição dissimulada, por parte do empregador, pela hipossuficiência do trabalhador, que necessita do emprego e tudo faz para ser admitido.

Não se pode dizer que o desconto autorizado geraria condição contratual legítima, nem que após tantos anos de desconto haveria ajuste tácito (art. 443 da CLT). Ocorre que o empregado não se opõe ao desconto durante a relação de emprego por uma simples razão: quer preservar seu posto de trabalho.

Para aqueles empregadores que fazem o seguro com empresa seguradora do mesmo grupo econômico, aplicamos por analogia o § 2.° do art. 462 da CLT, o que mostra a vontade do empregador de fazer o obreiro adquirir produtos seus. Normalmente, nesses casos, não se conhece uma exceção de pessoa que tivesse pedido a cessação do desconto do seguro ou que não concordasse com este quando da admissão.

De outro modo, é vedado às empresas limitar, por qualquer forma, a liberdade dos empregados de dispor de seus salários (§ 4.° do art. 462 da CLT), pois o desconto do seguro é uma forma de não permitir que o obreiro livremente disponha de sua remuneração mensal.

O princípio da intangibilidade visa, principalmente, proteger o salário do empregado contra descontos abusivos efetuados pelo empregador. Na verdade, o que o empregado quer é receber seu salário no final do mês.

Qual a proteção que pode mais interessar ou favorecer o trabalhador? Em nosso modo de ver, é o pagamento integral do salário: o dinheiro no bolso do obreiro, que pode dispor do numerário recebido como lhe aprouver, coibindo-se descontos não autorizados, por menores que sejam.

O Enunciado 342 do TST veio a dirimir as dúvidas a respeito de certos descontos feitos no salário do empregado, tendo a seguinte redação: "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 de 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".

Agora, há uma orientação segura no sentido de só se considerar lícitos os descontos mencionados se houver autorização prévia e por escrito do empregado, pois caso não exista a autorização anterior e por escrito o desconto não será válido. Assim, é possível entender que o desconto não poderá ser feito tacitamente, mas somente por escrito e com antecedência. De outro modo, caberá ao empregado provar o vício de consentimento quanto à autorização que concedeu ao empregador, ou seja, a existência de erro, dolo, coação, simulação ou fraude (arts. 86 a 113 do Código Civil).

Não provada a existência do vício, e havendo autorização prévia e por escrito, o desconto será considerado válido.

Quaisquer formas que vierem a reduzir o salário do trabalhador ou a violar o princípio da integralidade do salário serão defesas ao empregador, a não ser se proporcionarem alguma vantagem ao operário, como as que foram anteriormente indicadas.

VERIFICAÇÃO DE APRENDIZAGEM

1. O que é remuneração?
2. O que é salário?
3. O que é gorjeta?
4. O que são adicionais?
5. O que são abonos?
6. A participação nos lucros já é desvinculada da remuneração?
7. O que é PIS e como funciona?
8. É devido adicional de periculosidade aos profissionais de energia elétrica? Como se dá?
9. Como se conceitua o princípio da intangibilidade salarial?

18

EQUIPARAÇÃO SALARIAL

1. INTRODUÇÃO

O princípio de que todos devem ter salário igual, para trabalho igual, sem distinção de sexo, nasce com o art. 427 do Tratado de Versalhes, no qual se estabeleceu "salário igual, sem distinção de sexo, para trabalho igual em quantidade e qualidade".

A Convenção n.° 100 da OIT, aprovada peto Decreto Legislativo n.° 24, de 29-5-56, e promulgada pelo Decreto n.° 41.721, de 25-6-57, prevê igualdade de remuneração entre homens e mulheres. Essa regra é complementada pela Recomendação n.° 90, de 1951, prevendo igualdade de remuneração entre homens e mulheres. Estabelece a Convenção n.° 111 da OIT, aprovada pelo Decreto Legislativo n.° 104, de 24-11-64, e promulgada pelo Decreto n.° 62.150, de 19-1-68, regras vedando a discriminação no emprego, vedando qualquer distinção, exclusão ou preferência, baseada em sexo, que tenha por efeito anular ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento no emprego ou na ocupação (art. 1, a). O art. XIV da Convenção n.° 117, aprovada pelo Decreto Legislativo n.° 65, de 30-11-66, e promulgada pelo Decreto n.° 66.496, de 27-4-70, estabelece que um dos fins da política social será o de suprimir qualquer discriminação entre trabalhadores por motivo de raça, cor, sexo, crença, filiação a uma tribo ou a um sindicato, no que diz respeito ao contrato de trabalho, inclusive quanto a remuneração.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, no art. 23, n.° 2, também esclarece que "toda pessoa tem direito, sem nenhuma discriminação, a um salário igual para um trabalho igual". O Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, estabelece em seu art. 7.° que os trabalhadores têm o direito a um salário eqüitativo e igual por trabalho de igual valor, sem nenhuma distinção, inclusive quanto ao trabalho da mulher em relação ao do homem.

A idéia da igualdade salarial para trabalho de igual valor foi erigida a princípio constitucional. A Constituição de 1934, no art. 121, § 1.°, a, estabelecia "proibição de diferença de salário para um mesmo trabalho, por motivo de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil", o que mostra que se tratava apenas de matéria salarial. A Constituição de 1946, no art. 157, II, repete a Constituição de 1934. O art. 158, III, da Constituição de 1967 muda um pouco a questão, ao dizer sobre a "proibição de diferença de salários e de critério de admissão por motivo de sexo, cor e estado civil"; verifica-se que foi acrescentada a expressão "critério de admissão", porém se excluiu a nacionalidade quanto ao aspecto da discriminação.

A EC n.° 1, de 1969, no art. 165, III, não difere da Constituição de 1967. A Constituição de 1988, no inciso XXX do art. 7.°, consagrou que a igualdade deve existir não só em razão dos salários, mas quanto a funções e critérios da admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil, mais se aproximando da orientação da Convenção n.° 111 da OIT.

2. REQUISITOS

Na CLT, encontramos no art. 5.° que "a todo o trabalho de igual valor corresponderá salário igual, sem distinção de sexo". A especificação de igualdade salarial vem disciplinada no art. 461 da CLT.

Faz referência o art. 461 da CLT a salário igual e não a igual remuneração. Se o empregado ganha gorjeta, que é paga pelo cliente, não pode ser equiparado a outra pessoa. Não há direito a equiparação à remuneração, mas ao salário. Este envolve o pagamento direto pelo empregador ao empregado pela prestação dos serviços. Como o empregado não pode receber apenas gorjeta, que é paga pelo terceiro, em relação à parte fixa do salário, pode haver equiparação salarial.

Indivíduos que têm forma de salário diferente não podem ser equiparados, como um horista e o outro tarefeiro, pois suas formas de remuneração são diversas. Determinar a equiparação seria alterar a forma de contratação.

Mesmo que um empregado trabalhe no turno diurno e o outro no turno noturno, devem receber o mesmo salário-base. A diferença pode estar em um receber adicional noturno e o outro não.

Assim, para a configuração da equiparação salarial mister se faz o atendimento dos seguintes requisitos: (a) identidade de funções; (b) trabalho de igual valor; (c) mesma localidade; (d) mesmo empregador; (e) simultaneidade na prestação do serviço; (f) inexistência de quadro organizado em carreira.

3. IDENTIDADE DE FUNÇÕES

No Direito do Trabalho, não existe uma distinção precisa entre cargo e função, como no Direito Administrativo. Cargo é o gênero e função a espécie. Envolve o cargo a denominação das atribuições da pessoa. Função é a atividade efetivamente desempenhada pelo empregado. Cargo seria o de motorista. Função seria a de motorista de caminhão, de ônibus, de perua etc. Não interessa efetivamente a denominação dada pelo empregador, mas a realidade dos fatos, a atividade desempenhada pelos empregados. Pouco importa que duas pessoas tenham cargos diversos, se, na prática, tenham iguais atribuições. A CLT não usa a palavra cargo, mas função.

Deverá o empregador pagar o mesmo salário ao empregado quando existir prestação de serviços na mesma função. É irrelevante, porém, o nome dado à função pelo empregador. O importante é que, na prática, equiparando e paradigma exerçam as mesmas atividades.

Somente na existência de quadro organizado em carreira é que a distinção entre cargo e função ganha relevância.

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. Motorista de caminhão e motorista de veículo de passageiros, v. g., apesar de serem motoristas, exercem misteres diferentes: um dirige caminhão e outro dirige veículo de passageiros. Não há como se equiparar o salário. O motorista de caminhão, para dirigi-lo, deve ter maior experiência, que é adquirida no manuseio de veículo de menor porte.

A lei não exige grau de escolaridade entre as pessoas para efeito de equiparação salarial. O fato de o reclamante ser menos letrado do que o modelo não obsta a equiparação salarial. Ao contrário, se a equiparação salarial ocorre entre professores, há necessidade de terem as mesmas especialidades, pois, ao reverso, terão os mesmos cargos e não as mesmas funções. Tais fatos corroboram a assertiva de que é possível a equiparação salarial em trabalho intelectual, como de advogados, contadores, engenheiros etc., ainda que seja difícil aferir os requisitos básicos para a isonomia salarial, bastando que exerçam as mesmas

funções e atendam aos ditames da norma legal. O art. 461 da CLT não discrimina na equiparação salarial a atividade intelectual. Logo, nessa atividade também é permitida a identidade de salários (TST, AGE-RR 197.754/95.1, Ac SBDI 1 5422/97, j 17-11-97, Rel. Min. Milton Moura França, in LTr. 62-04/488). O TST também já decidiu sobre a possibilidade da equiparação salarial em trabalho intelectual ou artístico de repórter fotográfico (Ac. da SDI E-RR 2.176/86-5, Rel. Min. Norberto Silveira de Sousa, DJU I 15-9-89, p. 14.571).

4. TRABALHO DE IGUAL VALOR

A CLT considera trabalho de igual valor "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 dois anos" (§ 1.° do art. 461 da CLT).

A jurisprudência do STF firmou-se no sentido de que a contagem do tempo de serviço é feita na função e não no emprego (Súm. 202). O TST abraçou a mesma tese (En. 135 do TST).

Os dois anos de tempo de serviço na função serão contados na mesma empresa e não em outra empresa. Não se toma o tempo de serviço do empregado exercido na mesma função em relação ao trabalho realizado em outra empresa, mas no próprio empregador em que o empregado está trabalhando.

É de ressaltar que se o empregado é aposentado e logo em seguida é readmitido, possuindo mais de dois anos na função, não há direito a equiparação salarial.

Se o paradigma exerceu a função em várias oportunidades, haverá a soma de todos os períodos para a contagem dos dois anos.

A contagem do tempo de serviço é observada mesmo quando haja mudança na propriedade ou na estrutura jurídica da empresa.

O trabalho de igual valor é medido pela identidade quantitativa, no sentido de se verificar quem detém maior produtividade entre modelo e equiparando. Produtividade envolve relação da produção com a mesma unidade de tempo. Todas as circunstâncias que possam influir no resultado da produção devem ser verificadas. O fato de o equiparando ser menos assíduo que o paradigma não descaracteriza a equiparação salarial, pois a produtividade deve ser medida no período de tempo em que cada um trabalha.

Outro requisito para a ocorrência de equiparação salarial é a identidade qualitativa, consistente na verificação da perfeição técnica, reveladora do trabalho idêntico entre reclamante e paradigma. São obras bem acabadas, feitas com esmero, ou com qualidades inerentes ao ofício da pessoa.

A melhor formação técnica do paradigma ou sua melhor escolaridade não são fatores a impedir a equiparação salarial, em razão de que a lei não faz distinção nesse sentido.

A maior experiência não importa necessariamente em maior produtividade e melhor perfeição técnica, que devem ser provadas.

Tanto a perfeição técnica como a maior produtividade do paradigma devem ser provadas pela empresa, pois são fatos modificativos ou extintivos do direito à isonomia salarial (art. 333, II, do CPC, e En. 68 do TST). Mesmo que reclamante e paradigma trabalhem em turnos diferentes, há a possibilidade da equiparação salarial, pois existe condição de se aferir a mesma produtividade e perfeição técnica pelos controles realizados pelo empregador. Deve, assim, o empregador ter um controle de produtividade individual de cada funcionário ou máquina e, também, um controle de qualidade para se verificar se um empregado tem desempenho diferente do outro, até mesmo para efeito de prova em juízo.

É possível a equiparação salarial entre pessoas que exercem cargo de confiança, pois a lei não veda tal hipótese. Se o reclamante e o paradigma

exercem a mesma função, devem perceber o mesmo salário, mesmo que ocupem cargos de confiança.

5. MESMO EMPREGADOR

O trabalho realizado pelo equiparando e pelo paradigma deve ser prestado ao mesmo empregador

É certo que se o equiparando labora para a empresa de trabalho temporário e o modelo presta serviços para a empresa tomadora de serviços, não se pode falar em equiparação salarial, pois o serviço é prestado a empregadores distintos. Nesse caso, a norma que regula o trabalho temporário (Lei n.° 6.019/79) assegura ao trabalhador temporário remuneração equivalente à percebida pelos empregados da tomadora de serviços, calculada à base horária (art. 12, a).

Na hipótese do trabalho prestado ao mesmo grupo econômico, este é considerado como o verdadeiro empregador (§ 2.° do art. 2.° da CLT). Há a possibilidade de obreiro ser transferido de uma empresa para outra do grupo, no qual é contado o tempo de serviço para todos os efeitos (férias, 13.° salário, indenização etc.), implicando dizer que o verdadeiro empregador é o grupo.

É possível, dessa forma, a equiparação salarial dentro do grupo econômico. Assim, as empresas do grupo serão consideradas uma única, para efeitos de equiparação salarial. O pleno do TST já decidiu da mesma maneira: "comprovadas a existência de grupo econômico e a identidade das funções e da produtividade, a disparidade salarial ofende o art. 461 da CLT" (E-RR 3.055/76, Rel. Min. Alves Almeida, j. 30-8-78, DJU 1.°-9-78, p. 6.495). Mais se justifica a equiparação salarial quando o trabalho prestado pelo equiparando aproveita a todas as empresas do grupo. A única restrição que fazemos é o fato de haver diferença de categorias dentro do grupo, por exemplo: um empregado é bancário e o outro é securitário, quando a diferença decorre inclusive da jornada de trabalho prevista pela lei (seis horas para o primeiro, oito horas para o segundo), além de cada um ser vinculado a sindicato diverso. É preciso, portanto, que o empregado e paradigma prestem serviços a empresas que tenham a mesma atividade econômica para haver a possibilidade de equiparação, isto é, tenham o mesmo enquadramento sindical. Atendidos também os demais requisitos do art. 461 da CLT, a equiparação salarial será devida.

Havendo fusão entre empresas ou incorporação de uma empresa por outra, é possível a equiparação salarial, pois o empregador passa a ser o mesmo, desde que não exista diferença de tempo de serviço superior a dois anos entre modelo e equiparando.

O § 1.° do art. 39 da Constituição dispõe que a lei promoverá a isonomia. Não pode, portanto, ser estabelecida pelo Poder Judiciário.

O inciso XIII do art. 37 da Lei Magna veda a vinculação ou equiparação de vencimentos para a Administração Pública direta, indireta ou fundacional.

É impossível a equiparação salarial entre servidores regidos por regimes diversos, um pelo sistema estatutário e o outro pelo regime celetista.

Os empregados de empresas concessionárias de serviços públicos federais, estaduais e municipais, que, por força de encampação ou transferência desses serviços, tenham, a qualquer tempo, sido absorvidas por empresa pública ou sociedade de economia mista, constituirão quadro especial, que será extinto à medida que se vagarem os cargos ou funções. Tais empregados não servirão de paradigma para aplicação do art. 461 da CLT (art. 2.° do Decreto-lei n.° 855/69). A vedação é em relação a empregado de empresa concessionária absorvida para efeito de servir de paradigma. Pode, porém, o empregado de concessionária pedir equiparação a outro funcionário, inclusive que tenha vindo para a nova empresa.

A cessão de empregados não exclui a equiparação salarial, embora exercida a função em órgão governamental estranho à cedente, se esta responde pelos salários do paradigma e do reclamante (En. 111 do TST).

6. MESMA LOCALIDADE

O trabalho deve ser prestado na mesma localidade para efeito da equiparação salarial. Roberto Barreto Prado (1971, v. 1:314) entende que mesma localidade significa mesmo estabelecimento. Contudo, há possibilidade da equiparação salarial entre duas pessoas que trabalhem para a mesma empresa, embora em estabelecimentos distintos (uma trabalha na Lapa, outra labora na Penha), pois o trabalho é prestado ao mesmo empregador, na mesma localidade (São Paulo).

Arnaldo Süssekind (1964, v. 3: 390) sustenta, com acerto, que as disparidades salariais são justificadas em razão dos diferentes índices de custo de vida, concluindo no sentido de que a interpretação da palavra localidade deve ser no sentido de município. Os tribunais trabalhistas passaram a decidir que mesma localidade tem significado de mesmo município, mesma cidade (Ac. da SDI do TST, m.v., E-RR 1.675/85-9, Rel. designado Min. Orlando Teixeira da Costa, j. 9-8-89, DJU I 3-8-90, p. 7.298), não podendo ser entendida como região geoeconômica (Ac. da SDI do TST, E-RR 8.635/85-5, Rel. designado Min. Orlando Teixeira da Costa, j. 9-8-89, DJU I 6-10-89, p. 15.562), em que pode haver padrões e condições de vida diversas; nem que o equiparando trabalhe na capital do Estado e o paradigma em município do interior (Ac. da SDI do TST, E-RR 4.407/84, Rel. Min. Orlando Teixeira da Costa, j. 22-8-89, DJU I 13-10-89, p. 15.801), mesmo que a empresa adote critério salarial único.

Preconizo que, futuramente, a lei dissesse que a equiparação salarial poderia se dar numa mesma região geoeconômica ou até na empresa, em se tratando de empregador que possui filiais em Estados diversos.

7. SIMULTANEIDADE NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS

É mister que haja simultaneidade na prestação de serviços entre equiparando e paradigma. Assim, essas pessoas devem ter trabalhado juntas em alguma oportunidade. O TST decidiu que "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" (En. 22).

Inexistindo simultaneidade na prestação de serviços, mas sucessividade, ou seja, o empregado vem a suceder outra pessoa que deixou a empresa, não é o caso de equiparação salarial. Pondera Fernando Damasceno (1980:111) que "na sucessividade vigora a livre estipulação salarial, podendo o empregador fixar o salário que melhor lhe aprouver. Assim é que, vago um cargo, seja pela rescisão contratual ou promoção do empregado que o ocupava, o empregador poderá contratar remuneração menor com o novo ocupante, sem violar o princípio isonômico".

8. QUADRO ORGANIZADO EM CARREIRA

Há causas que impedem a equiparação salarial. A primeira delas é a adoção pelo empregador do quadro organizado em carreira, em que as promoções devem ser feitas por antiguidade e merecimento (§§ 2.° e 3.° do art. 461 da CLT). As determinações previstas nos §§ 2.° e 3.° do art. 461 da CLT não são incompatíveis com a Constituição, como já decidiu o STF (Ac. un. da 2.ª T do STF, RE 116.565-1-MG, Rel. Min. Carlos Mario Velloso, j. 2-10-90, DJU I 9-11-90,

p. 12.730). Embora a lei não o diga, a jurisprudência firmou-se no sentido de que o quadro de carreira deva ser homologado pelo Ministério do Trabalho (En. 6 do TST) ou pelo Conselho Nacional de Política Salarial (En. 231 do TST).

Pág. 267

No entanto, a mera existência do quadro organizado em carreira não exclui o direito da equiparação salarial, pois é preciso que as promoções na empresa sejam feitas por merecimento e antiguidade. A Justiça do Trabalho será competente para apreciar reclamação do empregado que tenha por objeto direito fundado no quadro de carreira (En. 19 do TST). É claro que o quadro de pessoal organizado em carreira que for aprovado pelo órgão competente não obstará à reclamação trabalhista fundada em preterição, enquadramento ou reclassificação no referido quadro (En. 127 do TST).

A segunda causa excludente do direito de equiparação salarial é a hipótese de o paradigma se encontrar em regime de readaptação em nova função por motivo de deficiência física ou mental declarada pela Previdência Social (§ 4.° do art. 461 da CLT). Trata-se da regra de que os desiguais devem ser tratados desigualmente, à medida que se desigualam.

Vantagens incorporadas ao patrimônio do paradigma, de caráter pessoal, não poderão ser objeto de extensão, pois as especificidades não se comunicarão para efeito da isonomia salarial. É o que ocorre, v. g., com horas extras, adicionais etc.

É irrelevante, porém, a circunstância de o desnível salarial ser decorrente da decisão judicial que tenha beneficiado o paradigma, desde que atendidos os pressupostos do art. 461 da CLT (En. 120 do TST).

Plano de cargos e salários não equivale, porém, a quadro organizado em carreira, mesmo se homologado em acordo em dissídio coletivo, justamente porque não é igual ao quadro.

9. NÚMERO DE PARADIGMAS

O reclamante não poderá indicar mais de um paradigma para efeito de equiparação salarial. Caso o faça, é impossível que se determine a equiparação salarial com uma pessoa em um mês e com outra no mês subseqüente, de maneira simultânea. Nessa hipótese, ou todos os paradigmas percebem salário igual, bastando a indicação de apenas um, ou todos percebem salários diferentes, preferindo o autor indicar o paradigma de maior salário para efeito da equiparação salarial. O juiz não tem como saber o que pretende o empregado, se este não o indica na inicial.

10. EQUIVALÊNCIA SALARIAL

A regra inserta no art. 460 da CLT não é de equiparação salarial, mas de equivalência salarial. Para a caracterização da equivalência salarial é mister que não haja sido estipulado salário, nem exista prova sobre a importância ajustada, ocasião em que o salário deva ser pago em razão do serviço equivalente, ou do que for habitualmente pago por serviço semelhante. É o que ocorre quando o ajuste das condições de trabalho é tácito, em que há a prestação dos serviços do empregado, sem oposição do empregador, mas nada foi contratado expressamente. Assim, são dois os requisitos a serem observados: (a) que não haja estipulação de salário quando do início da contratação; (b) que não exista prova sobre a importância ajustada.

Pág. 268

A equivalência salarial, porém, não é feita em relação ao mesmo estabelecimento, mas na própria empresa, ou seja, em função do mesmo empregador, excluindo também o critério localidade, que encontramos na equiparação salarial.

Não se pode entender que o art. 460 da CLT deva ser aplicado pelo fato de dois empregados perceberem salários diferentes, não sendo, porém, atendidos os requisitos do art. 461 da CLT, se a pessoa exerce a mesma função, embora não esteja registrada como tal. Nesse caso, o operário teve fixado seu salário quando do início de seu trabalho, estando desobrigado o empregador de lhe pagar salário superior. Trata-se, na verdade, de hipótese de desvio de função e não da observância do art. 460 da CLT.

11. SALÁRIO-SUBSTITUIÇÃO

O empregado que substitui outra pessoa na empresa tem direito a receber o salário do substituído, desde que atendidas certas condições.

Encontramos a origem da idéia no art. 450 da CLT, quando estabelece que "ao empregado chamado a ocupar, em comissão, interinamente, ou em substituição eventual ou temporária, cargo diverso do que exercer na empresa serão garantidas a contagem do tempo naquele serviço bem como a volta ao cargo anterior".

Assim, o substituto irá ocupar precariamente o posto titular.

É claro que o empregador poderá mudar o trabalho do empregado, de maneira temporária, que passará a exercer as funções de outra pessoa.

Com base nessas orientações, o TST editou o Enunciado 159 dizendo que "enquanto perdurar a substituição que não tenha caráter meramente eventual, o empregado substituto fará jus ao salário contratual do substituído".

Entende-se como substituição eventual a que tenha ocorrido uma ou outra vez, em determinado período, quando o substituído teve que se ausentar momentaneamente.

A substituição não eventual ocorre quando o substituto passa a ocupar o cargo do substituído por ocasião de férias, pois há um fato previsível, compulsório e periódico; na doença prolongada, licença-maternidade etc.

A pessoa que passa a ocupar o lugar de outra na empresa, que vem a se desligar desta ou é transferida de local ou de função, não é substituto, mas sucessor. Na substituição, ocorre que ambas as pessoas ainda se encontram na empresa. Há, portanto, simultaneidade.

A substituição que era provisória e passa a ser definitiva não dá direito ao salário do substituído, pois o que na verdade ocorreu foi a sucessão no cargo ou na função. Se uma pessoa vem a ocupar o cargo de outra que veio a ser desligada da empresa, inexiste substituição, pois a substituição tem por pressuposto a contemporaneidade das pessoas na empresa. Quando alguém não mais trabalha na empresa não há substituição, mas sim uma pessoa sucede à outra no posto de trabalho. Na verdade, houve uma vacância do cargo. Assim, a pessoa que ocupa o posto daquele que saiu da empresa não faz jus aos mesmos salários.

Entretanto, se o titular está afastado do cargo por um impedimento temporário, o substituto terá direito de perceber o mesmo salário que o substituído, desde que a substituição não venha a ocorrer de maneira meramente eventual. A lei não diz qual seria esse prazo, que deve ser analisado de acordo com o princípio da razoabilidade, como em caso de férias, doença etc.

VERIFICAÇÃO DE APRENDIZAGEM

1. Quando se dá o pagamento do salário-substituição?
2. O que se entende por mesma localidade para efeito de equiparação salarial?

3. Como se considera o tempo de serviço do empregado? No emprego ou na função?
4. O que é equivalência salarial?
5. Há necessidade de homologação do quadro organizado em carreira?
6. O que é trabalho de igual valor?

19

POLÍTICA SALARIAL

1. INTRODUÇÃO

Política diz respeito à seleção de meios para a consecução de certos objetivos. A política salarial vai estabelecer um sistema de proteção ao salário do trabalhador, de distribuição de riqueza, de combate ao desemprego e à inflação, assim como vem a ser uma forma de serem evitados conflitos de natureza salarial, justamente para delimitação da forma como os salários irão ser corrigidos no passar do tempo.

Dentro do capítulo da política salarial, iremos estudar alguns conceitos necessários para seu entendimento, como o de salário mínimo, salário profissional e piso salarial.

2. SALÁRIO MÍNIMO

O Tratado de Versalhes estabeleceu como um de seus princípios a existência de um salário mínimo visando atender às necessidades básicas e vitais do trabalhador. Essa idéia posteriormente foi reiterada em várias convenções e recomendações da OIT, como a Convenção n.° 26 e a Recomendação n.° 30, de 1928; a Convenção n.° 99 e a Recomendação n.° 89, de 1951; a Convenção n.° 131 e a Recomendação n.° 135, de 1970. A Recomendação n.° 135 mais especificava sobre o salário profissional.

A Convenção n.° 26, de 1929, ratificada pelo Brasil em 1957, dispõe sobre métodos de fixação do salário mínimo, de acordo com as necessidades de cada país, de forma que o país não possuidor de um sistema de contratos coletivos fixe um salário mínimo, com a participação de empregados e empregadores. A Convenção n.° 99, de 1951, ratificada pelo Brasil em 1957, e a Recomendação n.° 89, trataram dos métodos de fixação do salário mínimo na agricultura, permitindo o pagamento de parte do salário em utilidades.

A Convenção n.° 131 da OIT, de 1970, determina regras para fixação do salário mínimo, especialmente nos países em vias de desenvolvimento. Foi promulgada pelo Decreto n.° 89.686/84. Dispõe que o país compromete-se a adotar, no plano nacional, mecanismos vocacionados a operar reajustamentos periódicos necessários à preservação do valor real do salário mínimo (art. 3.°).

O salário mínimo foi criado em 1930 pelo Decreto-lei n.° 388, em que era fixado por comissões regionais paritárias, compostas por empregados e empregadores e presididas por técnicos em assuntos socioeconômicos.

Nas Constituições brasileiras, a primeira a tratar do tema foi a Lei Maior de 1934, assegurando "salário mínimo, capaz de satisfazer, conforme as condições de cada região, às necessidades normais do trabalhador" (art. 121, § 1.°, b). A Norma Ápice de 1937 muda um pouco a redação anteriormente citada: "salário mínimo, capaz de satisfazer, de acordo com as condições de cada região, as necessidades normais do trabalhador" (art. 137, h). Nas Constituições de 1934 e 1937, o salário mínimo atendia às necessidades normais do trabalhador e, portanto, individuais. A Lei Magna de 1946 acrescenta que o salário mínimo não

serve apenas para atender às necessidades do trabalhador, mas também às de sua família: "salário mínimo capaz de satisfazer, conforme as condições de cada região, as necessidades normais do trabalhador e de sua família" (art. 157, I). A partir da Lei Maior de 1946, o salário mínimo passou não só a atender às necessidades normais do trabalhador, mas também às de sua família. O art. 158, I, da Constituição de 1967 repete a mesma redação da Lei Maior de 1946. O inciso I do art. 165 da EC n.° 1, de 1969, reitera a mesma disposição.

O salário mínimo era fixado por região, pois entendia-se que os valores das utilidades que o integravam variavam de forma diversa em cada região do país, envolvendo diversos aspectos de custo de vida, que não eram uniformes.

A primeira lei sobre o salário foi a Lei n.° 185, de 14-1-36. Em seu art. 1.° dispunha que o salário mínimo tinha por objetivo atender, em determinada região do país, às necessidades normais de alimentação, habitação, vestuário, higiene e transporte. Posteriormente, foram instituídas as Comissões de salário mínimo. O país foi dividido em 22 regiões, cada uma com uma comissão. O Decreto-lei n.° 399, de 30-4-38, aprovou o regulamento da Lei n.° 185. O Decreto-lei n.° 2.162, de 1.°-5-40, fixou, pela primeira vez, o valor do salário mínimo. As comissões foram extintas com a Lei n.° 4.589, de 1964. A Lei n.° 6.205, de 29-4-75, descaracterizou o salário mínimo como fator de correção monetária. A Lei n.° 6.708/79 estabeleceu que houvesse gradativa redução das regiões subdivididas no território nacional, visando à unificação do salário mínimo no país, o que foi feito com o Decreto n.° 89.589/84.

O art. 76 da CLT esclarece que salário mínimo é a contraprestação mínima devida e paga diretamente pelo empregador ao trabalhador, inclusive ao trabalhador rural, por dia normal de serviço. Não poderia haver distinção de sexo. Deveria o salário satisfazer às necessidades normais do trabalhador com alimentação, habitação, vestuário, higiene e transporte. O salário mínimo era fixado por região, normalmente por decretos ou até portarias.

A Constituição de 1988 modifica o que vinha sendo inscrito nas Constituições anteriores. O inciso IV do art. 7.° estabelece "salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades básicas e as de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes salariais que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim".

A primeira orientação encontrada na atual Constituição é a de que o salário mínimo só pode ser fixado por lei. Não há mais a possibilidade de se estabelecer o salário mínimo mediante decretos ou portarias, como vinha sendo feito até então, encontrando-se revogado o art. 116 da CLT, que permitia a fixação do salário mínimo por decreto.

A segunda disposição refere-se a que o salário mínimo deve ser nacionalmente unificado, ou seja: o salário mínimo vale para todo o país. Com isso acabou o salário mínimo regionalizado, por região, como se fazia antigamente, estando revogados os arts. 84 e 86 da CLT, que falavam sobre salário mínimo regional. A existência de salário mínimo por região proporcionava a migração de trabalhadores para áreas onde o salário mínimo era maior. O objetivo do constituinte foi evitar esse fato, determinando, assim, que o salário mínimo passasse a ser nacional e que todos os trabalhadores tivessem um mesmo salário mínimo, fossem eles do norte ou do sul do país.

Verifica-se também que o salário mínimo deveria atender às necessidades básicas não só do trabalhador, mas também de sua família.

A terceira observação a ser feita diz respeito às necessidades básicas que serão atendidas por meio do salário mínimo. No art. 76 da CLT, verificava-se que as referidas necessidades eram apenas cinco: alimentação, habitação, vestuário,

higiene e transporte. Nota-se, agora, que as necessidades são nove. Mantém-se a alimentação, vestuário, higiene e transporte, mudando-se o nome de moradia para habitação, o que não tem nenhuma diferença, mas acrescentam-se outros quatro requisitos, como: educação, saúde, lazer e previdência social. O que se pretende mesmo é que o salário mínimo possa proporcionar a sobrevivência do trabalhador e de sua família. Na prática, sabemos que o salário mínimo tem sido insuficiente para esse fim, pois se encontra muito defasado.

Entende-se como lazer o descanso, divertimento, participação social, liberando a pessoa de suas obrigações normais, sejam profissionais ou sociais. É o direito ao não-trabalho, direito ao ócio; seria a total ausência do trabalho. O lazer elimina a fadiga psicológica.

A quarta ponderação que deve ser feita é a que se refere à vinculação do salário mínimo para qualquer fim. Não há, segundo a determinação da Constituição, nenhuma exceção. Visa-se principalmente com tal dispositivo que o salário mínimo não seja uma forma de correção de honorários profissionais, prestações, preços ou outras formas de atualização de valores. Tem-se por objetivo evitar quaisquer efeitos inflacionários decorrentes do atrelamento de outros valores ao salário mínimo, como na prática se fazia e ainda se continua fazendo.

O art. 7.°, IV, da Constituição, não usa a expressão remuneração mínima mas salário mínimo. Se o somatório de valores for inferior ao mínimo, este é o devido.

Atualmente, o salário mínimo pode ser conceituado como a contraprestação mínima devida e paga diretamente ao trabalhador para satisfazer suas necessidades básicas e de sua família. A gorjeta não se inclui no salário mínimo, pois não é paga pelo próprio empregador, mas por terceiros.

Assegura-se, ainda, a garantia de salário, nunca inferior ao mínimo, para os que percebem remuneração variável (inc. VII do art. 7.° da CF). A garantia do salário nunca inferior ao mínimo (art. 7.°, da Constituição) diz respeito apenas ao salário, e não à remuneração. Aqueles que percebem salários à base de comissão ou por peça ou tarefa devem ter pelo menos assegurado um salário mínimo por mês a título de remuneração pelos serviços prestados. Se perceberem valor inferior a um salário mínimo a título de comissões, peça ou tarefa, deverá o empregador pagar a diferença até se atingir o salário mínimo.

O art. 78 da CLT já determinava que quando o salário fosse ajustado por empreitada, ou convencionado por tarefa ou peça, seria garantida ao trabalhador uma remuneração diária nunca inferior à do salário mínimo diário. O parágrafo único do mesmo art. 78 também dispõe que aqueles que percebem salário por comissão ou porcentagem, em que há uma parte fixa e outra variável do salário, devem ter assegurado um salário mínimo como remuneração mínima mensal se perceberem comissões ou porcentagens em valores inferiores. Atualmente, o art. 1.° da Lei n.° 8.716, de 11-10-93, declara que "aos trabalhadores que perceberem remuneração variável, fixada por comissão, peça, tarefa ou outras modalidades, será garantido um salário mensal nunca inferior ao salário mínimo".

Declara o art. 2.° da Lei n.° 8.716/93 que àqueles que percebem salário misto, em que há uma parte fixa e outra variável, também será assegurado um salário mínimo por mês. O empregador não poderá fazer nenhum desconto no salário do obreiro, no mês subseqüente, a título de compensação de eventuais complementações feitas em meses anteriores, para cumprimento do que foi anteriormente dito (art. 3.° da Lei n.° 8.716/93).

O art. 80 da CLT reza que o menor aprendiz terá direito a meio salário mínimo na primeira metade de aprendizagem e 2/3 do salário mínimo na segunda metade. Entendemos que essa disposição se encontra revogada pelo fato de que não é possível nenhuma discriminação de salários quanto à idade, como se observa no

inciso XXX do art. 7.° da Lei Fundamental. Ao menor não aprendiz é devido o salário mínimo integral (En. 134 do TST).

O salário mínimo pago em dinheiro não poderá ser inferior a 30% do salário mínimo, permitindo-se que 70% do salário possam ser pagos em utilidades.

O trabalhador em domicílio, como qualquer trabalhador, tem direito ao salário mínimo (art. 83 da CLT), mesmo desenvolvendo suas atividades em sua residência.

Não terá nenhuma validade o contrato de trabalho que estipule valor inferior ao salário mínimo (art. 117 da CLT), permitindo-se ao trabalhador reclamar a diferença (art. 118 da CLT).

Atualmente esclarece o art. 6.° da Lei n.° 8.542/92 que o salário mínimo é a contraprestação mínima devida e paga diretamente pelo empregador a todo trabalhador. Isso quer dizer, como já se verificava no art. 76 da CLT, que o salário mínimo é aquele pago diretamente pelo empregador, não estando incluído no salário as gorjetas, que são pagas por terceiros, distintos do empregador. O salário mínimo corresponde a uma jornada normal de trabalho de 8 horas diárias e 44 horas semanais (art. 7.°, XIII, da CF). O § 1.° do art. 6.° da Lei n.° 8.542/92 estabelece que o salário mínimo diário corresponde a 1/30, e o salário mínimo horário a 1/220 do salário mínimo mensal.

O art. 29 da Lei n.° 8.880/94 estabeleceu que o salário mínimo seria reajustado, a partir de 1996, nos meses de maio de cada ano. Tal artigo foi revogado pelo art. 32 da Lei n.° 9.711/98.

Não temos uma legislação sobre política salarial no momento. O art. 10 da Medida Provisória n.° 1.875 estabelece que os salários e as demais condições referentes ao trabalho continuam a ser fixados e revistos, na respectiva data-base anual, por intermédio da livre negociação coletiva.

3. SALÁRIO PROFISSIONAL

O inciso V do art. 7.° da Lei Maior determina o "piso salarial proporcional à extenção e à complexidade do trabalho". Não se confunde este com o salário normativo, que é estabelecido em sentença normativa, em convenções ou acordos coletivos. O piso salarial diz respeito ao valor mínimo que pode ser recebido por certo trabalhador pertencente a determinada categoria profissional. Com base na Constituição anterior, o STF entendia que o piso salarial só poderia ser fixado mediante lei e não por decisão normativa (RE 101.697-DF, Rel. Min. Octávio Gallotti, in RTJ 115/1.320), sendo que hoje não mais prevalece essa orientação em face do inciso V do art. 7.° da CF. O salário profissional é o mínimo que uma pessoa pode perceber a título de salário em determinada profissão, como ocorre com os técnicos em radiologia (Lei n.° 7.394/85), os engenheiros (Lei n.° 4.950-A/66), os médicos e dentistas (Lei n.° 3.999/61) etc., sendo fixado em lei.

O salário profissional não se confunde com o salário mínimo, pois este é geral, para qualquer trabalhador, enquanto salário profissional se refere ao salário de certa profissão ou categoria de trabalhadores. O salário mínimo visa atender às necessidades básicas do trabalhador, enquanto salário profissional também tem esse objetivo, mas em relação à profissão.

O § 1.° do art. 1.° da Lei n.° 8.419 estabeleceu pela primeira vez que os pisos salariais proporcionais à extensão e à complexidade do trabalho serão fixados em contrato, convenção ou acordo coletivo de trabalho, laudo arbitral ou sentença normativa, observadas a produtividade e a lucratividade do setor ou da empresa. A mesma disposição encontra-se no § 2.° do art. 1.° da Lei n.° 8.542/92 (lei salarial). O § 1.° do art. 1.° da Lei n.° 8.542/92 foi revogado pela Medida Provisória n.° 1.875 (art. 19). Assim, inexiste previsão na lei sobre fixação dos pisos salariais.

4. POLÍTICA SALARIAL

Até 1964, não tínhamos uma política salarial definida, pois os sindicatos e empresas negociavam livremente sobre salários.

O Governo vinha editando uma série de leis salariais, instituindo uma política rígida nesse sentido, além de haver a correção periódica dos salários. A partir da Lei n.° 8.030/90, surgiu a livre negociação de salários entre as partes. A Lei n.° 8.542, de 23-12-92, funda-se, ainda, na livre negociação, porém são estabelecidos reajustes quadrimestrais e antecipações bimestrais. A Lei n.° 8.880, de 1994, continuou assegurando a livre negociação entre as partes.

O art. 10 da Medida Provisória n.° 1.875 dispõe que os salários e as demais condições referentes ao trabalho continuam a ser fixados e revistos, na respectiva data-base anual, por intermédio da livre negociação coletiva. O art. 13 da mesma norma reza que nos acordos, nas convenções ou nos dissídios coletivos é vedada a estipulação ou fixação de cláusula de reajuste salarial automática vinculada a índice de preços. Nas revisões salariais na data-base anual, serão deduzidas as antecipações concedidas no período anterior à revisão. Qualquer concessão de aumento salarial a título de produtividade deverá estar amparada em indicadores objetivos.

5. DIREITO ADQUIRIDO E IRREDUTIBILIDADE SALARIAL

A idéia do conceito de direito adquirido é baseada, na maioria das vezes, nos ensinamentos de Gabba (1891, v. 1:191), que esclarece que "é adquirido todo direito que: (a) é conseqüência de um fato idôneo a produzi-lo, em virtude da lei do tempo no qual o fato se viu realizado, embora a ocasião de fazê-lo valer não se tenha apresentado antes da atuação de uma lei nova a respeito do mesmo, e que (b) nos termos da lei sob o império da qual se verificou o fato de onde se origina, entrou imediatamente a fazer parte do patrimônio de quem o adquiriu". Rubens Limongi França (1982:208) propõe um conceito mais sintético de direito adquirido: "é a conseqüência de uma lei, por via direta ou por intermédio de fato idôneo; conseqüência que, tendo passado a integrar o patrimônio material ou moral do sujeito, não se faz valer antes da vigência de lei nova sobre o mesmo objeto".

O § 2.° do art. 6.° da LICC (Decreto-lei n.° 4.657, de 4-9-42) determina o que é direito adquirido: "Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo prefixo, ou condição preestabelecida inalterável a arbítrio de outrem."

Ensina o prof. José Afonso da Silva (1990:375) que "não corre direito adquirido contra o interesse coletivo, porque aquele é manifestação do interesse particular que não pode prevalecer sobre o interesse geral".

Esclarecem Eduardo Espínola e Eduardo Espínola Filho (1939, v. 2: n.° 59) que "não podem os indivíduos pretender o respeito da sua situação de direito público, em face de uma lei de ordem pública que reja, na sua objetividade, aquela situação: aquela determinada situação jurídica, aquele dado direito público subjetivo, se mantém como tal, enquanto vige a norma que lhe imprime semelhante caráter. Abolida a norma, é impossível que o direito público subjetivo permaneça como adquirido como elemento do patrimônio do cidadão, se não é conservado pela nova lei".

A lei nova, instituidora de novas condições salariais, vale para a frente, tendo que respeitar os reajustes já efetuados no salário. É o que acontece no caso de reajustes salariais que já foram pagos aos empregados. Quanto aos

reajustes que ainda não foram feitos, há apenas mera expectativa de direito, e não direito adquirido. Com a superveniência da lei nova salarial não há direito adquirido. Ensina Agostinho Alvim (1968, v. 1:40) que, "quando o efeito com que se conta, ou se espera, não entrou ainda para o patrimônio do titular, diz-se que há expectativa. Nesse caso, a lei nova poderá impedir os efeitos que se aguardam. Assim, por exemplo, alguém espera aposentar-se com trinta anos de serviço, e conta já com vinte e nove. Sobrevém uma lei segundo a qual são necessários trinta e cinco anos para a aposentadoria. Esta lei atingirá aqueles funcionários que contavam vinte e nove anos de serviço, porque eles ainda não haviam adquirido o direito de aposentar-se. Tinham uma espectativa".

É de se lembrar que o direito ao reajuste de salário somente se considera adquirido pelos empregados quando do pagamento de seus proventos no quinto dia útil do mês seguinte ao vencido (§ 1.° do art. 459 da CLT). Esse seria considerado o momento de adquirir o direito, que é o lapso de tempo em que o trabalhador, após a prestação regular de seu serviço, obtém o direito à remuneração prevista no contrato ou na lei.

A condição para o ato se verificar é o último dia para o pagamento de salários. Enquanto não advier o último dia para o pagamento de salários, a condição não se realizou, nem foi adquirido o direito (art. 118 do CC).

No caso do reajuste do IPC de março de 1990 (84,32%), o STF entendeu que não houve direito adquirido ao citado reajuste, mas mera expectativa de direito (MS 21.216-1-DF, ac. TP, j. 5-12-90, Rel. Min. Octávio Gallotti, LTr 55-10/1.211). A mesma orientação teve o TST (En. 315).

Nas hipóteses dos reajustes de gatilho de junho 1987 (26,06%) e da URP de fevereiro de 1989 (26,05%), o STF entendeu que não houve direito adquirido a tais reajustes, mas mera expectativa de direito, sendo que o TST cancelou os Ens. n.°s 316 e 317 com base na orientação do Pretório Excelso.

O inciso VI do art. 7.° da Constituição garante a irredutibilidade nominal dos salários, de se reajustar os salários de acordo com a lei, e não irredutibilidade real, que depende de negociações coletivas. Assim, os aumentos reais ou econômicos devem ser objeto de negociação coletiva entre as partes. Essa é também uma das finalidades do dissídio coletivo. O princípio da irredutibilidade salarial depende da lei salarial vigente, ou seja: remete à lei, pois ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo a não ser em virtude de lei (art. 5.°, II, da Norma Ápice). Recebe, também, o art. 468 da CLT, que garante a irredutibilidade salarial de forma genérica.

Por questões históricas advindas da criação do salário mínimo por Getúlio Vargas, pretendia-se a preservação do salário nominal, ao se dar um salário considerado mínimo para o trabalhador. O aumento real, ao contrário, deveria ser negociado com o empregador. A Constituição continua, porém, garantindo o salário mínima (art. 7.°, IV).

O aumento nominal deve ser assegurado por lei, de modo a preservar o poder aquisitivo da moeda, para que o trabalhador tenha condições de satisfazer suas necessidades básicas.

Se o salário contratual foi respeitado pelo empregador, não houve redução da remuneração (art. 468 da CLT).

O inciso X do art. 7.° da Lei Fundamental garante, ainda, a proteção do salário na forma da lei. Inexistindo lei que assegure um mecanismo de aumentos para repor o poder aquisitivo da remuneração, não há como proteger o salário da espiral inflacionária.

VERIFICAÇÃO DE APRENDIZAGEM

1. O que é política salarial?

2. A que deve atender o salário mínimo?
3. O que é salário profissional?
4. Qual a atual lei salarial? Quais os reajustes por ela preconizados?
5. O que se considera direito adquirido em matéria de salário?
6. O que se entende por irredutibilidade salarial?

20

ALTERAÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO

1. PRINCÍPIO DA IMODIFICABILIDADE

Alteração vem do latim alteratio, provindo de alter, outro. Tem o significado de mudança, modificação, transformação.

Na verdade, não é o contrato de trabalho que se altera, mas suas condições, suas cláusulas.

A regra é de que o contrato de trabalho não pode ser modificado unilateralmente pelo empregador. Vige assim, a regra de imodificabilidade ou inalterabilidade do contrato de trabalho. Essa regra é observada no art. 468 da 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 dessa garantia".

O princípio da imodificabilidade do contrato de trabalho reflete uma forte intervenção do Estado na relação entre empregado e empregador, de modo a que o primeiro, por ser o pólo mais fraco dessa relação, não venha a ser prejudicado com imposições feitas pelo segundo e decorrentes de seu poder de direção. Daí a necessidade da interferência do Estado, evitando que o empregador altere unilateralmente as regras do pacto laboral. Trata-se, portanto, de uma norma de ordem pública, que restringe a autonomia da vontade das partes contratantes.

É possível a alteração das condições do contrato de trabalho: (a) por mútuo consentimento; (b) desde que não haja prejuízos ao empregado. A alteração do contrato de trabalho só será lícita, portanto, desde que haja mútuo consentimento entre as partes. Não havendo mútuo consentimento, a modificação não será possível, como ocorre numa alteração feita unilateralmente pelo empregador. Se, porém, o empregado aceita a mudança e a ela não se opõe, presume-se que tal modificação foi tacitamente convencionada. Mesmo havendo mútuo consentimento, não poderá ser feita modificação no contrato de trabalho que, direta ou indiretamente, cause prejuízos ao empregado. Alteração nesse sentido não terá nenhuma validade, podendo o trabalhador reclamar na Justiça do Trabalho o restabelecimento da cláusula que lhe era mais benéfica.

O empregado que, por exemplo, sempre recebeu salário em dinheiro não pode, por ato unilateral do empregador, passar a receber salário misto, sendo parte em dinheiro e parte em utilidades.

O fundamento do art. 468 da CLT é o de que o trabalhador não poderia aceitar uma condição do trabalho pior do que a anterior; além disso, o obreiro poderia ser induzido em erro pelo empregador, ou por não ter condições de discernir o ato praticado pelo empregador que lhe é prejudicial - ou até mesmo sofrer coação patronal.

O inciso VI do art. 7.º da Constituição de certa forma prestigiou o princípio previsto no art. 468 da CLT, ao estabelecer que os salários não poderão ser reduzidos, salvo se houver negociação com o sindicato profissional, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho. Nesse aspecto, o art. 503 da CLT foi revogado, pois permitia a redução de salários, quando agora isso só é

possível por meio de acordo ou convenção coletiva de trabalho. Está em vigor, contudo, o art. 2.° da Lei n.° 4.923/65, que permite a redução da jornada e dos salários, em face da conjuntura econômica, mediante acordo coletivo. A referida alteração pode ser feita tanto em relação ao salário, como quanto à jornada, com a participação do sindicato, por meio de acordo coletivo, prestigiando as determinações dos incisos VI e XIII do art. 7.° da Constituição. Entretanto, em hipótese nenhuma a redução do salário poderá determinar o pagamento de valor inferior ao salário mínimo, que é a importância mínima que deve ser paga ao trabalhador (art. 7.°, IV, da Constituição).

2. IUS VARIANDI

O empregador poderá fazer, unilateralmente, ou em certos casos especiais, pequenas modificações no contrato de trabalho que não venham a alterar significativamente o pacto laboral, nem importem prejuízo ao operário. É o ius variandi, que decorre do poder de direção do empregador.

Como exemplos, poderíamos oferecer a alteração da função do empregado, seu horário de trabalho, o local de prestação de serviços. O empregado de confiança, por exemplo, pode retornar, por determinação do empregador, ao exercício do cargo que anteriormente ocupara antes do exercício do cargo de confiança. A própria CLT não considera tal alteração unilateral (parágrafo único do art. 468). O art. 450 da CLT revela a mesma regra: "ao empregado chamado a ocupar, em comissão, interinamente, ou em substituição eventual ou temporária, cargo diverso do que exercer na empresa serão garantidas a contagem do tempo naquele serviço, bem como a volta ao cargo anterior".

A alteração do horário de trabalho pode acontecer, como no fato de o trabalhador que prestava serviços à noite passar a trabalhar durante o dia, o que é admitido implicitamente na orientação do En. 265 do TST. Por ato unilateral do empregador é possível a prorrogação da jornada de trabalho para recuperação de paralisações, conforme § 3.° do art. 61 da CLT. O empregado que tem deficiência física ou mental atestada pelo INSS pode ser readaptado em nova função (§ 4.° do art. 461 da CLT). O empregador poderá, também, alterar o local da prestação de serviços, transferindo o empregado, como ocorre nas hipóteses do art. 469 da CLT, que iremos analisar no tópico seguinte.

O empregado poderá também opor-se a certas modificações que lhe causem prejuízos ou sejam ilegais, que é o que se chama de ius resistentiae, inclusive pleiteando a rescisão indireta do contrato de trabalho (art. 483 da CLT).

3. TRANSFERÊNCIA DE EMPREGADOS

3.1 Introdução

A transferência do empregado decorre do jus variandi do empregador, consistente no poder que este tem de fazer pequenas modificações no contrato de trabalho, em razão de suas peculiaridades. Assim, pode o empregador transferir o operário, se atendidas certas condições previstas em lei.

A rigor, transferência poderia ser conceituada como o ato do empregador de modificar o local de trabalho do empregado, mudando-o de setor, de seção, de filial etc.; porém, não é esse o conceito da lei.

3.2 Lei n.° 6.203/75

A Lei n.° 6.203, de 17-4-75, deu nova redação aos arts. 469 e 470 da CLT, que tratam das condições para a transferência do obreiro. Acrescentou também o inciso IX ao art. 659 da CLT, que versa sobre a medida liminar que pode ser

concedida pelo juiz do trabalho, até decisão final em reclamação trabalhista, visando impedir a transferência abusiva do trabalhador.

De acordo com as novas disposições determinadas pela Lei n° 6.203/75, podemos dividir as modalidades de transferência da seguinte forma: (a) a que não acarretar necessariamente a mudança de domicílio do empregado; (b) de empregado de confiança; (c) em decorrência de cláusula contratual explícita; (d) em virtude de cláusula contratual implícita; (e) em função da extinção do estabelecimento em que trabalha o empregado; (f) provisória.

3.3 Mudança de domicílio

Declara a parte final do art. 469 da CLT que não se considera transferência a que não acarretar necessariamente a mudança de domicílio do obreiro.

Inicialmente, poderíamos dizer que há um erro técnico na redação do dispositivo supramencionado, pois mesmo inexistindo mudança de domicílio, há transferência do empregado, principalmente se este for trabalhar em local mais distante de onde laborava, ainda que na mesma cidade.

O art. 31 do Código Civil define domicílio como lugar onde a pessoa "estabelece a sua residência com ânimo definitivo". Domicílio é, portanto, um conceito jurídico que não se confunde com residência. Esta é o lugar de fato em que a pessoa habita.

Anteriormente à edição da Lei n.° 6.203/75, a expressão domicílio já vinha sendo interpretada pela jurisprudência com o significado de residência, pois é onde o trabalhador tem sua moradia, onde mantém sua família, esposa e filhos, onde estes estudam e onde têm suas relações sociais. Esta é a interpretação a ser dada à palavra domicílio, que tem o sentido de residência para os efeitos do caput do art. 469 da CLT.

Não haverá transferência se o empregado continuar residindo no mesmo local, embora trabalhando em município diferente. Inexistirá também tranferência se o empregado permanecer trabalhando no mesmo município, embora em outro bairro deste.

Se o empregado passa a trabalhar na mesma região metropolitana - v. g., saindo de São Paulo para prestar serviços para a empresa em São Bernardo do Campo -, não haverá transferência, desde que não haja mudança do local onde o obreiro resida.

Se o empregado é deslocado para plataformas de perfuração de petróleo não há pagamento de adicional de transferência, pois inexiste mudança de residência.

3.4 Cargo de confiança

Os empregados que exerçam o cargo de confiança podem ser transferidos pelo empregador.

Exemplos de cargo de confiança são os de gerente ou diretor, desde que o investimento de mandato, podendo o empregado representar o empregador, inclusive detendo poderes de gestão na empresa. Não têm cargo de confiança, para os efeitos do § 1.° do art. 469 da CLT, os chefes de seção, comandantes de aeronaves e os empregados que exercem função de fiscalização na empresa, porque não possuem os requisitos anteriormente mencionados.

Para a transferência de empregado que exerça cargo de confiança não se exige como requisito a "real necessidade de serviço", de que trata a parte final do § 1.° do art. 469 da CLT.

A interpretação histórica do projeto que deu origem à Lei n.° 6.203/75 revela que o legislador teve o intuito de excluir a necessidade de serviço para

a transferência do empregado detentor do cargo de confiança, pois a jurisprudência já vinha interpretando com rigor a caracterização dos cargos de confiança; além disso, existem certas peculiaridades que cercam o desempenho dessas funções, sendo prescindível a necessidade de serviço. Segundo entendemos, a expressão "real necessidade de serviço", prevista no § 1.° do art. 469 da CLT, refere-se apenas aos empregados que tenham contratos com condição implícita ou explícita de transferência, e não ao empregado que ocupa cargo de confiança.

O fato de o empregado exercer o cargo de confiança legitima a transferência, não eximindo o empregador, porém, de pagar o adicional de transferência, caso esta seja provisória.

3.5 Cláusula explícita

Os empregados poderão ser transferidos se houver cláusula explícita nesse sentido em seus contratos de trabalho.

O sentido da expressão "cláusula explícita" deve ser entendido como expressa, escrita, não sendo verbal. Poderá também haver previsão no regulamento interno da empresa quanto à transferência, principalmente quando o contrato de trabalho faz remissão ao regulamento da empresa, que passa a fazer parte do pacto laboral, entendendo, assim, que há cláusula explícita para a transferência.

Há, porém, a decorrência de que a transferência precisa ser proveniente de "real necessidade de serviço" por parte do empregador. A "real necessidade de serviço" deve ser entendida no sentido de necessidade objetiva e insofismável do serviço, em que a empresa, para desenvolver normalmente suas atividades, não poderá prescindir do empregado, pois no local para onde será transferido o trabalhador não existe mão-de-obra especializada.

Se inexistir necessidade de serviço, o empregado não poderá ser transferido, mesmo que haja cláusula explícita no contrato de trabalho. Adota-se aqui a orientação do Enunciado 43 do TST: "presume-se abusiva a transferência de que trata o § 1.° do art. 469 da CLT, sem a comprovação da necessidade de serviço".

3.6 Cláusula implícita

Poderá haver transferência do obreiro se o contrato de trabalho contiver cláusula implícita quanto a tal fato, ou seja: a condição implícita é a que estiver subentendida no pacto laboral. Para se identificar essa situação pode-se considerar a atividade da empresa, a natureza do serviço desempenhado pelo empregado ou sua atividade, ou então a conjugação dessas situações.

Os exemplos mais comuns de empregados que têm cláusula implícita de transferência em seus contratos de trabalho são: o aeronauta, o ferroviário, o motorista rodoviário, o vendedor viajante, o marítimo, o atleta profissional, o artista de teatro, e até mesmo o trabalhador da construção civil, pois é inerente à atividade empresarial, em função da construção de várias obras em locais diversos.

No que diz respeito à transferência do empregado bancário, pode-se entender que na maioria dos casos a cláusula é explícita no contrato de trabalho ou decorre do regulamento da empresa, mas também entende-se que a cláusula estaria implícita em função da natureza e peculiaridade da organização bancária.

Para a transferência de empregado que tenha cláusula implícita quanto a este aspecto, em seu contrato de trabalho, é mister a prova de real necessidade de serviço, como ocorre no caso da transferência decorrente de cláusula contratual explícita.

3.7 Extinção do estabelecimento

Será considerada lícita a transferência quando houver extinção do estabelecimento em que trabalhar o empregado (§ 2.° do art. 469 da CLT).

Há expressa autorização na lei quanto à transferência do empregado em virtude de extinção do estabelecimento. Nesse caso, não há que se falar em necessidade de serviço, em função de não mais existir o estabelecimento, configurando até, a transferência, um ato do empregador de preservar o emprego do operário que vai ser transferido. Nessa hipótese também inexiste necessidade de anuência do empregado para a transferência, pois há a presunção legal de que a transferência é lícita, havendo extinção do estabelecimento.

Não se distingue entre extinção e transferência do estabelecimento. Mesmo sendo o estabelecimento transferido de uma para outra cidade, estará ele sendo extinto na primeira localidade, por não mais existir naquele lugar.

A jurisprudência entende que o empregado estável não pode ser transferido. Não aceitando o obreiro a transferência, há rescisão do contrato de trabalho. Da mesma forma, o dirigente sindical ou de associação profissional, ou candidato a esses cargos, não poderá ser transferido, pois o objetivo é preservar o poder do referido dirigente de representar a categoria na localidade, sendo devidos os salários enquanto perdurar a garantia de emprego. Se o dirigente sindical aceitar a transferência ou a requerer, perderá o mandato (§ 1.° do art. 543 da CLT).

Quanto à transferência do empregado estável, não optante do FGTS, o STF, quando julgava matéria trabalhista, prevista na legislação ordinária, tinha entendimento de que "a transferência do estabelecimento, ou a sua extinção parcial, por motivo que não seja de força maior, não justifica a transferência de empregado estável" (Súm. 221).

Equipara-se a extinção do estabelecimento do empregador o término da obra de construção civil, tornando lícita a transferência do empregado para outra obra da empresa, havendo, assim, transferência definitiva.

3.8 Transferência provisória

A transferência provisória do empregado é permitida, desde que atendidos os requisitos do § 3.° do art. 469 da CLT.

Entende-se como transferência provisória a do empregado que vai montar uma máquina em outra cidade, podendo essa transferência persistir até o término do serviço naquela localidade.

É imprescindível que o serviço a ser executado seja necessário, ou seja, que o trabalho do operário não possa ser executado por outro empregado da localidade.

O § 3.° do art. 469 da CLT determina a transferência provisória independentemente da vontade do empregado, sendo, portanto, uma posição unilateral do empregador permitida pela lei. O requisito exigido é apenas o de ser necessário o serviço, visando coibir as transferências determinadas por motivos pessoais, de perseguição ao empregado, sem nenhuma justificativa ou causadoras de danos morais ao obreiro.

Não fixa a lei o prazo da transferência provisória. Dessa forma, cada caso concreto terá que ser verificado para que se possa analisar se a transferência é realmente provisória ou definitiva.

A Lei n.° 7.183, de 5-4-84, que regula o exercício da profissão do aeronauta, dispõe sobre a transferência provisória e a permanente, dirimindo dúvida que a CLT não esclarece. O art. 51 da Lei n.° 7.183/84 considera

localidade o lugar em que o aeronauta está obrigado a prestar serviços. Entende-se por transferência provisória o deslocamento do aeronauta de sua base, por período mínimo de 30 dias e não superior a 120 dias, para prestação de serviços temporários, sem mudança de domicílio, à qual retorna tão logo cesse a incumbência que lhe foi cometida.

Pág. 283

Transferência permanente é o deslocamento do aeronauta de sua base por período superior a 120 dias, com mudança de domicílio. Após cada transferência provisória, o aeronauta deverá permanecer em sua base pelo menos 180 dias. O interstício entre as transferências permanentes será de dois anos. Deverá o aeronauta ser notificado pelo empregador com antecedência mínima de 60 dias na transferência permanente e 15 dias na provisória.

3.9 Adicional de transferência

O adicional de transferência só será devido na transferência provisória e não na definitiva. Chega-se a essa conclusão porque os outros dispositivos do art. 469 da CLT não tratam do adicional quando da transferência definitiva. O § 3.° do art. 469 da CLT só prevê o adicional na hipótese de transferência provisória, utilizando-se do termo "enquanto perdurar essa situação". Na transferência definitiva, ao contrário, o empregado não está fora do seu local de trabalho (habitat), não necessitando do adicional. O TST tem entendido que o adicional de transferência só é devido na transferência provisória.

Se a transferência decorre de acordo entre as partes, não é devido o adicional, pois nesse caso há interesse do empregado, além de a transferência ser definitiva.

Sendo promovido o empregado, com aumento de salário e com a sua própria anuência, não há na transferência direito ao adicional, pois se trata de transferência definitiva e não provisória.

O adicional de transferência vai ser mantido "enquanto durar essa situação". Logo, não é definitivo, não se incorporando ao salário do empregado, podendo ser suprimido quando do término da transferência.

O empregado que exerce cargo de confiança e aqueles que têm cláusula explícita ou implícita em seus contratos de trabalho, quanto à transferência, também têm direito ao adicional, se a transferência for provisória. Se for definitiva, não o terão.

Não há possibilidade de pagamento de adicionais cumulativos. O adicional é devido enquanto perdurar a transferência ou transferências. Não se pode falar em pagamento cumulativo a cada transferência, de modo a gerar o pagamento de parcelas em cascata, pois não existe previsão legal quanto a tal fato.

O adicional de transferência será de 25% sobre o salário que o empregado percebia na localidade.

3.10 Transferência no grupo de empresas

Em função de o grupo de empresas ser considerado o verdadeiro empregador do trabalhador (§ 2.° do art. 2.° da CLT), o empregado pode ser transferido de uma para outra empresa no grupo.

Pág. 284

Pode ocorrer que determinada atividade seja transferida de uma para outra empresa do grupo econômico, o que também poderá acarretar a mudança do empregado para aquela empresa do grupo, sendo plenamente lícita. Não havendo mudança de

residência do empregado, não existirá o direito ao adicional, mesmo em se tratando de transferência dentro do próprio grupo.

3.11 Despesas da transferência

As despesas de transporte, em virtude da transferência, não têm natureza de salário, mas de reembolso de despesas, embora o Enunciado 29 do TST dê a entender que se trate de salário, por força da expressão "suplemento salarial".

Serão pagas as despesas de transferência pelo empregador tanto na transferência definitiva como na provisória, pois acarretam desembolsos por parte do trabalhador. Deverá o empregador pagar as despesas resultantes da transferência, como de mudança, de transporte, inclusive dos familiares do trabalhador, de aluguel, pagamento de multa contratual em caso de rescisão abrupta do contrato de locação do empregado no local em que residia etc.

Mesmo quando o empregado é transferido para local mais distante de sua residência, tem o obreiro direito às despesas de transferência incorridas (En. 29 do TST).

Voltando o empregado ao lugar de origem, pela rescisão do contrato de trabalho, as despesas de retorno não ficarão ao cargo do empregador, pois só são devidas as despesas da transferência, inexistindo previsão legal de pagamento das despesas de retorno.

3.12 Transferência para o exterior

A Lei n.° 7.064, de 6-12-82, regula a situação de trabalhadores contratados no Brasil, ou transferidos por empresas prestadoras de serviços de Engenharia, inclusive consultoria, projetos e obras, montagens, gerenciamento e congêneres, para prestar serviços no exterior.

Essa lei não se aplica ao empregado designado para prestar serviços de natureza transitória, por período não superior a 90 dias, desde que tenha ciência expressa dessa transitoriedade e 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.

A legislação a ser aplicável ao referido empregado será a legislação brasileira de proteção ao trabalho, naquilo que não for incompatível com o disposto na Lei n.° 7.064/82, quando mais favorável do que a legislação do local da transferência, no conjunto de normas e em relação a cada matéria (art. 3.°, II, da Lei n.° 7.064). Assim, a regra é a aplicação da norma mais benéfica em seu conjunto e em relação a cada matéria.

Considera-se transferência: (a) a remoção para o exterior do empregado cujo contrato estava sendo executado no território brasileiro; (b) a do empregado cedido à empresa sediada no estrangeiro, para trabalhar no exterior, desde que mantido o vínculo empregatício com o empregador brasileiro; (c) a do empregado contratado por empresa sediada no Brasil para trabalhar a seu serviço no exterior (art. 2.° da Lei n.° 7.064/82).

O empregado transferido terá direito a: (a) FGTS; (b) previdência social; (c) PIS/Pasep; (d) reajustes de acordo com a política salarial; (e) após dois anos de permanência no exterior, será facultado ao empregado gozar anualmente férias no Brasil, correndo por conta da empresa empregadora, ou para a qual tenha sido cedido, o custeio da viagem, compreendendo o cônjuge e demais dependentes do empregado com ele residentes. No caso, o direito de férias no Brasil só ocorre após dois anos de permanência no exterior. A partir desses dois anos é que passa a ter direito de gozar férias anualmente no Brasil; (f) custeio de seu retorno; (g) cômputo do período de duração da transferência no tempo do

serviço para todos os efeitos da legislação brasileira, ainda que a lei local de prestação de serviço considere essa prestação como resultante de contrato autônomo e determine a liquidação dos direitos oriundos da respectiva cessação; (h) seguro de vida e acidentes pessoais; (i) assistência médica e social; (j) adicional de transferência.

A contratação de empregado por empresa estrangeira, para trabalhar no exterior, está condicionada à prévia autorização do Ministério do Trabalho.

A permanência do trabalhador no exterior não poderá ser ajustada por período superior a três anos, salvo quando for assegurado a ele e a seus dependentes o direito de gozar férias anuais no Brasil, com despesas de viagem pagas pela empresa estrangeira.

Por meio de contratação escrita, empregador e empregado fixarão valores do salário-base e do adicional de transferência. O valor do salário-base não poderá ser inferior ao mínimo estabelecido para categoria profissional de empregado. Os reajustes e aumentos compulsórios incidirão exclusivamente sobre os valores ajustados em moeda nacional.

O retorno do empregado ao Brasil poderá ser determinado pela empresa quando: (a) não se tornar mais necessário ou conveniente o serviço do empregado no exterior; (b) der o empregado justa causa para rescisão do contrato.

Fica assegurado ao empregado seu retorno ao Brasil, ao término do prazo de transferência ou antes deste: (a) após três anos de trabalho contínuo; (b) para atender à necessidade grave de natureza familiar, devidamente comprovada; (c) por motivo de saúde, conforme recomendação constante de laudo médico; (d) quando der o empregador justa causa para a rescisão do contrato; (e) quando não for mais necessário seu serviço no exterior.

Quando o retorno se verificar por iniciativa do empregado, ou quando der justa causa para a rescisão do contrato, ficará ele obrigado ao reembolso das respectivas despesas, ressalvados os casos descritos nas letras a e e do parágrafo anterior.

O adicional de transferência, as prestações in natura, bem como quaisquer outras vantagens a que fizer jus o empregado em função de sua permanência no exterior não serão devidas após seu retorno ao Brasil.

O aliciamento de trabalhador domiciliado no Brasil para trabalhar no exterior fora das hipóteses previstas na Lei n.° 7.064/82 configurará crime de aliciamento para fins de emigração, contido no art. 206 do Código Penal (art. 20 da Lei n.° 7.064/82).

VERIFICAÇÃO DE APRENDIZAGEM

1. Em que casos o empregador pode transferir o empregado?
2. O que é transferência em que há cláusula implícita e quando ocorre?
3. O adicional de transferência é devido na transferência definitiva?
4. O que se entende por mudança de domicílio?
5. O que é transferência provisória?
6. O que é mesma localidade?
7. É possível a transferência do empregado dentro do grupo de empresas?
8. Quem paga as despesas de transferência?
9. O que é jus variandi?
10. O que é jus resistentiae?
11. No que consiste o princípio da imodificabilidade?
12. Como se dá a transferência do empregado para o exterior? Quais os direitos que possui?

SUSPENSÃO E INTERRUPÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO

1. DENOMINAÇÃO

Alguns autores entendem que as expressões suspensão e interrupção do contrato de trabalho não são apropriadas. Orlando Gomes e Elson Gottschalk afirmam que a terminologia empregada "é ineficaz para substituir a suspensão parcial do contrato" (Curso de direito do trabalho. 4.ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 344). Antonio Lamarca pensa que se trata de distinção meramente cerebrina (Contrato individual de trabalho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967. p. 249). Na paralisação parcial do contrato de trabalho, não haveria como se fazer distinção entre um e outro tema. Poder-se-ia dizer que, na verdade, o que se suspende é o trabalho e não o contrato de trabalho, que permanece íntegro.

Nossa lei, contudo, faz distinção entre suspensão e interrupção do contrato de trabalho, tanto que o Capítulo IV, do Título IV da CLT, é denominado "Da suspensão e da interrupção", referindo-se ao contrato de trabalho.

Entretanto, não há suspensão do contrato de trabalho, mas do trabalho, da execução do pacto ou de seus efeitos.

2. CONCEITO

Há, também, dificuldade em conceituar a suspensão e a interrupção do contrato de trabalho. A CLT não traz definições das duas hipóteses.

A maioria da doutrina esclarece que na suspensão a empresa não deve pagar salários, nem contar o tempo de serviço do empregado que se encontra afastado. Na interrupção, há necessidade do pagamento dos salários no afastamento do trabalhador e, também, a contagem do tempo de serviço. Entretanto, esse conceito não resolve todos os casos, pois pode não haver pagamento de salários, nem contagem do tempo de serviço para determinado fim, mas haver para outro, como recolhimento do FGTS, na hipótese de o empregado estar afastado para prestar serviço militar ou por acidente do trabalho.

A suspensão envolve a cessação temporária e total da execução e dos efeitos do contrato de trabalho. Na interrupção, há a cessação temporária e parcial do contrato de trabalho, porém há a produção de efeitos.

Na suspensão o empregado não trabalha temporariamente, porém nenhum efeito produz em seu contrato de trabalho. São suspensas as obrigações e os direitos. O contrato de trabalho ainda existe, apenas seus efeitos não são observados. Na interrupção, apesar de o obreiro não prestar serviços, são produzidos efeitos em seu contrato de trabalho.

É mister diferenciar a própria existência do contrato de trabalho e sua execução, inclusive em relação a seus efeitos, daí a necessidade de distinção entre as duas hipóteses.

3. DISTINÇÃO

Em nossa legislação, não se pode dizer que a interrupção é gênero e a suspensão a espécie. Da mesma forma, não se pode dizer que a suspensão é a sustação do contrato de trabalho de iniciativa do empregador (motivos disciplinares ou econômicos) e a interrupção a do empregado (enfermidade, greve lícita).

Analisando-se os elementos dos dois conceitos reproduzidos, é possível chegar à distinção entre a suspensão e a interrupção do contrato de trabalho. Haverá interrupção quando o empregado deva ser remunerado normalmente, embora

não preste serviços, contando-se também seu tempo de serviço, mostrando a existência de uma cessação provisória e parcial do contrato de trabalho. Na suspensão, o empregado fica afastado, não recebendo salário; nem conta-se seu tempo de serviço, havendo a cessação provisória e total do contrato de trabalho.

A melhor forma de procurar explicar a suspensão e a interrupção do contrato de trabalho, dado que já enunciamos seus conceitos e diferenças, é por intermédio de exemplos.

4. HIPÓTESES

É claro que, se as partes acordarem, poderá haver suspensão ou interrupção do contrato de trabalho; basta que haja pagamento de salário e contagem do tempo de serviço no afastamento do empregado para configurar a interrupção, ou nenhuma dessas hipóteses, e o afastamento será considerado como suspensão do contrato de trabalho.

A licença remunerada seria uma hipótese típica de interrupção dos efeitos do contrato de trabalho, embora não haja prestação de serviços pelo empregado, pois o empregador terá de pagar salários e o tempo de serviço será computado.

4.1 Aborto

Se o aborto não é criminoso, a empregada tem direito a duas semanas de descanso (art. 395 da CLT). Quem faz o pagamento é a Previdência Social. Trata-se, portanto, da interrupção do contrato de trabalho, pois conta-se o tempo de serviço para todos os efeitos.

Se o aborto for, porém, criminoso, haverá a suspensão do contrato de trabalho, pois nenhum efeito gerará para a empregada.

4.2 Auxílio-doença

No transcurso da doença do empregado, o pacto laboral não pode ser rescindido. Declara o art. 476 da CLT que, em caso de seguro-doença ou auxílio-enfermidade, o empregado é considerado em licença não remunerada, durante o prazo desse benefício.

Os 15 primeiros dias do afastamento do obreiro em função de doença são pagos pela empresa, computando-se como tempo de serviço do trabalhador (§ 3.° do art. 60 da Lei n.° 8.213/91). Trata-se de hipótese de interrupção do contrato de trabalho.

A partir do 16.° dia é que a Previdência Social paga o auxílio-doença (art. 59 da lei n.° 8.213/91). Não há, entretanto, pagamento de salário pela empresa. O tempo de afastamento é computado para férias, pois se trata de enfermidade atestada pelo INSS (art. 131, III, da CLT), salvo se o empregado tiver percebido da Previdência Social prestação de auxílio-doença por mais de seis meses, embora descontínuos, durante o curso do período aquisitivo de suas férias (art. 133, IV, da CLT). Logo, sendo concedido o auxílio-doença, há a interrupção do contrato de trabalho, visto que ocorre a cessação provisória e parcial do pacto laboral, com a contagem do tempo de serviço para férias. Só pode dizer que haverá suspensão do contrato de trabalho se o empregado receber auxílio-doença por mais de seis meses, embora descontínuos, quando não haverá a contagem do tempo de serviço nem para efeito de férias.

4.3 Acidente do trabalho

O dia do acidente do trabalho e os 15 dias seguintes serão remunerados pelo empregador. Trata-se de hipótese de interrupção do contrato de trabalho, pois conta-se o tempo de serviço.

O auxílio-doença acidentário é devido pela Previdência Social a contar do 16.° dia seguinte ao do afastamento do trabalho em conseqüência do acidente. A partir desse momento, a empresa não paga mais salários, porém há a contagem do tempo de serviço para efeito de indenização e estabilidade (parágrafo único do art. 4.° da CLT). Computa-se o tempo de serviço para as férias (art. 131, III), exceto se o empregado tiver percebido da Previdência Social prestações por acidente do trabalho por mais seis meses, embora descontínuos (art. 134, IV, da CLT). Dessa forma, pode-se dizer que houve uma cessação provisória, mas parcial do contrato de trabalho, pois há a contagem do tempo de serviço para os fins anteriormente mencionados, representando, assim, hipótese de interrupção do contrato de trabalho.

4.4 Aposentadoria por invalidez

Esclarece o art. 475 da CLT que o empregado aposentado por invalidez terá suspenso seu contrato de trabalho durante o prazo fixado pela legislação previdenciária para efetivação do benefício.

Poder-se-ia entender pelo art. 47 da Lei n.° 8.213/91 que a aposentadoria por invalidez torna-se efetiva após cinco anos contados da data do início da aposentadoria por invalidez ou auxílio-doença que a antecedeu. Concluir-se-ia, portanto, que até cinco anos a contar dos períodos anteriormente mencionados o contrato de trabalho está suspenso. Se a aposentadoria for mantida, seja pela recuperação parcial do empregado ou após os cinco anos, ou se o empregado for declarado apto para o exercício de trabalho diverso (art. 47, II, da Lei n.° 8.213/91), o benefício irá sendo reduzido. Quem vai dizer se a aposentadoria é definitiva ou não é o médico do INSS. Se este disser que a pessoa não tem condições de voltar ao trabalho, a aposentadoria é definitiva e faz cessar o contrato de trabalho. Caso o médico ainda entenda que a aposentadoria é provisória, porque há possibilidade de recuperação, o benefício é mantido e o contrato de trabalho continua suspenso. O Enunciado 160 do TST deixou claro que "cancelada a aposentadoria por invalidez, mesmo após cinco anos, o trabalhador terá o direito de retornar ao emprego, facultado, porém, ao empregador indenizá-lo na forma da lei".

Recuperando o empregado a capacidade de trabalho e sendo a aposentadoria cancelada, terá direito de retornar à função que anteriormente ocupava, facultado, contudo, ao empregador indenizá-lo pela rescisão do contrato de trabalho, nos termos dos arts. 477 e 478 da CLT ou mediante pagamento de indenização em dobro, se for estável. Caso o empregador haja admitido substituto para o aposentado, poderá rescindir o contrato de trabalho do substituto, desde que o mesmo tivesse ciência da interinidade do pacto celebrado, sem pagamento de nenhuma indenização.

4.5 Aviso prévio

As duas horas que o empregado urbano sai mais cedo para procurar novo emprego durante o aviso prévio, assim como o dia em que o empregado rural pode ausentar-se durante o mesmo aviso, configuram hipóteses de interrupção do contrato de trabalho. O empregador deve pagar o salário dessas horas e contar o tempo de serviço.

4.6 Empregado eleito para o cargo de diretor

O Enunciado 269 da TST firmou o entendimento de que o empregado eleito para ocupar o cargo de diretoria tem seu contrato de trabalho suspenso. Não se computa o tempo de serviço no exercício de cargo de diretoria para efeitos do contrato de trabalho, salvo se permanecer a subordinação jurídica inerente à relação de emprego.

4.7 Encargo público

O afastamento do empregado em razão de exigências decorrentes de encargo público não constituirá motivo para a rescisão do contrato de trabalho por parte do empregador (art. 472 da CLT).

O encargo público não é, portanto, forma de extinção do contrato de trabalho, pois este tem seus efeitos suspensos. Há, portanto, a continuidade do contrato de trabalho, porém seus efeitos são suspensos.

Se o empregado se afasta da empresa para exercer algum encargo público, como de vereador, deputado, senador, ministro etc., há suspensão do contrato de trabalho. Esse motivo não consistirá em fundamento para alteração ou rescisão do contrato de trabalho. O empregado será considerado em licença não remunerada, não tendo direito a férias, 13.° salário e FGTS do período; porém, deverá ser anotada licença na CTPS do empregado e no livro ou ficha de registro de empregados.

4.8 Faltas ao serviço

As faltas ao serviço que forem previstas em lei, norma coletiva, regulamento de empresa ou no próprio contrato de trabalho serão consideradas justificadas, não havendo prejuízo da remuneração do obreiro. Em tais casos, estaremos diante de hipóteses de interrupção do contrato de trabalho.

O art. 473 da CLT determina as hipóteses em que as faltas serão consideradas legais.

As situações descritas no art. 473 da CLT são de interrupção do contrato de trabalho, pois o empregador está obrigado a pagar salários e contar o tempo de serviço, embora o empregado não trabalhe. São faltas consideradas pela lei como justificadas. O art. 473 da CLT é expresso no sentido de que "o empregado poderá deixar de comparecer ao serviço sem prejuízo do salário".

NOJO: Nojo consiste no falecimento do cônjuge, ascendente, descendente, irmão ou pessoa que, declarada na CTPS do empregado, viva sob sua dependência econômica, hipótese em que o obreiro poderá faltar por dois dias consecutivos.

Os dias em que o empregado poderá faltar não serão, porém, úteis, mas consecutivos.

Consecutivo vem do latim consecutu, "que seguiu". Quer dizer seguido, sucessivo, subseqüente, seguinte, imediato.

A lei não é expressa em relação a contagem dos dois dias consecutivos. Pelo uso da palavra "consecutivos" entende-se que são os dois dias imediatamente posteriores, seguintes ao dia do falecimento. A lei nada fala sobre a falta no dia do falecimento, mas dos dois dias consecutivos, posteriores. Normalmente, o empregador abona a falta do empregado do próprio dia do acontecimento.

O prazo contido na lei é muito curto numa situação extremamente grave. Ocorre de o trabalhador não ter condições psicológicas para trabalhar logo após o acontecimento. O ideal é que fosse pelo menos uma semana. O empregador, muitas vezes, concede o prazo de uma semana ou até maior, quando verifica que o empregado não tem condições emocionais para o trabalho, pois, do contrário, o empregado não produz.

A palavra "ascendente" envolve pai, mãe, avó, avô, bisavô ou bisavó da pessoa etc.

Pág. 292

Descendente diz respeito a filho ou filha, neto ou neta, bisneto ou bisneta, tataraneto ou tataraneta etc.

No caso de filho natimorto, será possível a falta por dois dias consecutivos, pois o filho é descendente do pai.

Para o cônjuge, ascendente, descendente ou irmão não há limite de idade para a dependência para fins trabalhistas e para a justificativa da falta.

Na dependência econômica, é dispensado qualquer vínculo de parentesco, que ocorre com o enteado ou enteada, pessoa que se encontra sob sua tutela, devendo o empregado comprovar essa condição mediante declaração em sua CTPS.

A anotação da dependência na CTPS será feita pela Previdência Social, conforme inciso II do art. 40 da CLT e não pelo empregador.

Considera o art. 16 da Lei n.° 8.213 como dependentes do Regime Geral de Previdência Social: (a) o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 anos ou inválido; (b) os pais; (c) o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 anos ou inválido. O enteado e o menor tutelado equiparam-se a filho, mediante declaração do segurado, desde que comprovada a dependência econômica e não possuam bens suficientes para o próprio sustento e educação (§ 2.° do art. 16 da Lei n.° 8.213/91 c/c o § 3.° do art. 16 do Regulamento da Previdência Social). A Previdência Social não mais admite como dependentes a pessoa curatelada, em relação à guarda e à pessoa designada pelo segurado. Assim, as faltas decorrentes de falecimento das três últimas pessoas não são legalmente abonadas.

GALA: Gala é o casamento da pessoa. Também é utilizada a palavra bodas. A expressão gala é empregada no § 3.° do art. 320 da CLT, em relação ao casamento do professor.

O empregado poderá faltar até três dias consecutivos, em virtude de casamento. Já havia hipótese semelhante na alínea d, do § 1.° da Lei n.° 605/49 para fins de abono de falta do repouso semanal remunerado.

Os dias serão também consecutivos e não úteis.

A lei não esclarece como se faz a contagem. Os três dias consecutivos são os três subseqüentes ao do casamento, não incluindo o próprio dia do casamento. Normalmente, o empregador concede o abono da falta do próprio dia do casamento.

José Serson (1992:166) menciona que o casamento é civil. Parece que era realmente esse o entendimento do legislador na época, pois o casamento religioso ou contratual não é oficial.

Determina, contudo, o § 2.° do art. 226 da Constituição que o casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei. A Lei n.° 1.110, de 23-5-1950, regula o reconhecimento dos efeitos civis do casamento religioso, desde que observadas as prescrições da referida norma (art. 1.°). Entretanto, os arts. 1.° a 7.° da Lei n.° 1.110 foram revogados pelos arts. 71 a 75 da Lei n.° 6.015/73 (Registros Públicos), que regularam inteiramente a matéria. Assim, o casamento religioso passa a ter efeito civil. O empregado terá também suas faltas abonadas para efeito de casamento religioso.

O período de três dias é, porém, muito pouco para o casamento e a viagem De núpcias. O ideal é que o abono das faltas fosse de uma semana, que seria mais razoável.

Pág. 293

Muitas vezes o empregador acaba concedendo espontaneamente ao empregado esse último prazo.

Licença-paternidade: a Convenção n.° 156 da OIT (não ratificada pelo Brasil) e a Recomendação n.° 165, da mesma entidade, estabelecem que as responsabilidades familiares devem ser divididas pelos cônjuges, de modo que nenhum deles sofra discriminação no trabalho.

O texto do Projeto B da Constituição Federal previa a concessão de oito dias de descanso remunerado para efeito da licença-paternidade. Afinal ficou estabelecido no inciso XIX do art. 7.° da Constituição: "licença-paternidade, nos termos fixados em lei". Logo, esse benefício, à primeira vista, não seria auto-aplicável, pois depende de lei. O § 1.° do art. 10 do ADCT determinou, porém, que "até que a lei venha disciplinar o disposto no art. 7.°, XIX, da Constituição, o prazo da licença-paternidade a que se refere o inciso é de cinco dias". Verifica-se, portanto, que a licença-paternidade é um direito auto-aplicável, pois enquanto inexistir a lei ordinária sobre o assunto, o prazo da referida licença é de cinco dias.

A licença-paternidade é devida ao empregado urbano e rural (art. 7.°), ao empregado doméstico (parágrafo único do art. 7.°), aos servidores públicos (§ 3.° do art. 39 da Lei Maior) e aos militares (§ 11 do art. 42 da Lei Magna).

Será devida, também, a licença-paternidade ao trabalhador avulso, pois há igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o Trabalhador avulso (art. 7.°, XXXIV, da Constituição).

A referida licença não será devida ao trabalhador temporário, pois o art. 12 da Lei n.° 6.019/74 não prevê o referido direito.

Discute-se se a licença-paternidade é um direito trabalhista do empregado ou um benefício previdenciário. Ainda, se for um direito trabalhista, questiona-se se a licença-paternidade seria remunerada.

Pode ser que quando for editada a lei ordinária sobre o assunto, esse direito do trabalhador passe a ser um benefício previdenciário, que ficaria a cargo da Seguridade Social, como ocorre com o salário-maternidade. No momento, a licença-paternidade não tem natureza de benefício previdenciário, até porque o citado direito está inserido no Capítulo II ("Dos Direitos Sociais"), do Título II ("Dos Direitos e Garantias Fundamentais") da Constituição, e não no art. 201 da Lei Maior, que versa sobre Previdência Social. Nem mesmo pode ser incluído no inciso II do art. 201 da Norma Ápice, pois este trata da proteção à maternidade, especialmente à gestante, e não de licença-paternidade.

A licença-paternidade apenas é prevista como benefício previdenciário em relação aos servidores públicos, pois o art. 208 da Lei n.° 8.112/90 o inclui na Seção V ("Da licença à gestante, à adotante e da licença-paternidade") do Capítulo II ("Dos benefícios") do Título VI, que trata da Seguridade Social do servidor, inclusive determinando o pagamento da licença quando haja adoção de filhos. Em relação à licença-paternidade, prevista no inciso XIX do art. 7.° da Constituição, não há nenhuma determinação legal que estabeleça que tal direito é um benefício previdenciário.

É, portanto, a licença-paternidade um direito trabalhista do obreiro (art. 7.° da Constituição). Fica, porém, a pergunta: ela deve ser remunerada?

A Instrução Normativa n.° 1, do Ministério do Trabalho, de 12-10-88, entende que a licença-paternidade vem a ser uma ampliação do direito de faltar no emprego de um dia para cinco dias (item 5).

Depreende-se dessa orientação que a licença é remunerada, pois a de um dia, prevista no inciso III do art. 473 da CLT, é remunerada. Se apenas o prazo foi aumentado, a licença-paternidade prevista na Constituição também deve ser remunerada.

Num primeiro momento, tínhamos entendido que a licença-paternidade era remunerada, posição essa que passa a ser revista.

O inciso XIX do art. 7.° da Constituição apenas fala em licença-paternidade "nos termos fixados em lei", que inexiste no momento; mas não versa sobre pagamento. O § 1.° do art. 10 do ADCT menciona, apenas, que o prazo da licença-paternidade é de cinco dias, mas também não determina que deve haver pagamento. Ao contrário, o inciso III do art. 473 da CLT reza que o empregado pode deixar de comparecer ao serviço por um dia consecutivo, "sem prejuízo do salário", mostrando que essa falta é remunerada. Se a Constituição não determina em nenhum de seus dispositivos anteriormente indicados que a licença-paternidade é remunerada, o empregador não tem obrigação de pagá-la.

O fato de a licença-paternidade ser um direito do empregado não implica que o empregador tenha de remunerá-la. O art. 396 da CLT também estabelece que a empregada tem direito a dois períodos de descanso especiais, de meia hora cada um, porém não determina que o empregador tenha que os remunerar, mostrando que deve, apenas, concedê-los. Quando o constituinte teve a intenção de dizer que certa concessão é remunerada foi expresso, como em relação ao repouso semanal remunerado (art. 7.°, XV, da Constituição), pois o repouso nas Constituições de 1934 (art. 121, § 1.°, e) e de 1937 (art. 137, d) não era remunerado, e só passou a sê-lo com a Constituição de 1946 (art. 157, VI). Mesmo outros dispositivos constitucionais falam em remuneração, como os incs. VIII (13.° salário), IX (trabalho noturno), XI (participação nos lucros desvinculada da remuneração), XVI (adicional de horas extras), XVII (férias), XXIII (adicionais de atividades penosas, insalubres e perigosas), do art. 7.°. De outro modo, ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo a não ser em virtude de lei (art. 5.°, II, da Constituição). Inexistindo, portanto, determinação constitucional ou legal para pagamento da licença-paternidade, o empregador não é obrigado a remunerá-la, mas, apenas, a conceder os dias de licença ao empregado.

Octavio Bueno Magano (1993a:235) ensina que se estabeleceu no inciso XIX do art. 7.° da Constituição "o direito de ausência justificada ao trabalho, mas, de modo algum, licença remunerada". Dessa forma, não há obrigação legal de o empregador pagar os dias de licença-paternidade do empregado, nem de computá-la como tempo de serviço. Assim, a licença-paternidade vem a ser hipótese de suspensão do contrato de trabalho. Apenas a falta prevista no inciso III do art. 473 da CLT deve ser remunerada, em função da expressa previsão da lei nesse sentido, mostrando que, aí sim, estamos diante de hipótese de interrupção do contrato de trabalho, em que há pagamento de salário e contagem de tempo de serviço.

É possível a cumulação da licença-paternidade com a hipótese do inciso III do art. 473 da CLT? Se se entender que os objetivos são distintos, e as regras também, podemos chegar à conclusão de que os direitos são cumulativos.

O inciso III do art. 473 da CLT já previa que o empregado poderia faltar um dia, em caso de nascimento de filho. A referida falta deveria acontecer no decorrer da primeira semana do nascimento da criança. Tinha por objetivo esse dispositivo fazer com que houvesse a inscrição do nascimento do filho em registro público (art. 12, I, do Código Civil), conforme, inclusive, a Lei de Registros Públicos (art. 50 da Lei n.° 6.015/73).

A licença-paternidade tem, porém, por objetivo que o empregado possa manter contato com seu filho e ajudar sua esposa nos primeiros dias de vida da criança, ou seja, tem a finalidade de fazer com que o marido faça companhia à esposa nos dias subseqüentes ao parto, para ajudar a cuidar da criança, e, também, do convívio com esta. A idéia do constituinte foi fazer com que os cuidados com o filho não fossem apenas da mulher e, até, de certa forma, de preservar o mercado de trabalho da mulher, pois o homem também se afastará do emprego para ajudar a cuidar de seu filho. É, também, uma forma de se

interpretar a paternidade responsável a que se refere o § 7.° do art. 226 da Constituição. Trata-se, portanto, de objetivo social. O ADCT não reza que a licença-paternidade substitui o inciso III do art. 473 da CLT, ou que a licença prevista nesse último dispositivo passa a ser de cinco dias. Logo, são direitos distintos e cumuláveis. O empregado tem direito a um dia para registro do filho no decorrer da primeira semana do nascimento e mais cinco para cuidar da criança, totalizando seis dias de afastamento.

Pouco importa se o pai é ou não casado, pois o § 3.° do art. 226 da Constituição protege a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, independentemente de casamento, não tendo importância se o filho é ou não da constância do casamento (§ 6.° do art. 227 da Lei Maior), nem o inciso XIX do art. 7.° da Norma Ápice estabelece que o pai deva ser casado. Assim, será devida a licença-paternidade tanto ao pai casado, como ao solteiro.

E quando a pessoa adota um filho, tem direito à licença-paternidade? Parece que sim, pois é devida pelo fato de ser pai, pouco importando se é pai adotivo ou pai natural, ao contrário da licença-gestante, em que a empregada tem de ter estado na condição de gestação, pois o inciso XVIII do art. 7.° da Constituição refere-se a "licença à gestante".

A lei não estabelece, contudo, quando os cinco dias devem ser gozados, ao contrário do inciso III do art. 473 da CLT, que menciona que deverá ser no decorrer da primeira semana de nascimento da criança.

A norma legal deveria ter determinado que no dia do nascimento do filho o pai teria o direito de faltar, visando permitir que acompanhasse a mãe ao hospital, dando, inclusive, apoio à mulher; porém, não determinou de forma expressa quando começaria a ser contado o prazo para efeito da licença-paternidade. Parece que o início da contagem do referido prazo seria a partir do parto, a partir do nascimento da criança, ou de sua adoção - interpretação que melhor se compatibiliza com a idéia do constituinte, de fazer com que o pai esteja ao lado da mãe quando do nascimento de seu filho, para ajudá-la nesses primeiros dias. No entanto, o empregado não poderia ser prejudicado quanto ao gozo da licença-paternidade pela razão de estar trabalhando no dia do nascimento de seu filho; daí não se poderia falar que, se o trabalhador tivesse trabalhado pela manhã, ficaria liberado no período da tarde para tal finalidade. O mais correto seria que o prazo começasse a correr a partir do dia seguinte ao parto, para que o empregado não tivesse nenhum prejuízo. Assim, os cinco dias em que o empregado poderia faltar seriam contados a partir do primeiro dia após o nascimento da criança.

Os cinco dias da licença-paternidade a serem gozados pelo empregado serão, porém, contínuos, e não dias úteis, pois nada é determinado na Constituição nesse sentido.

DOAÇÃO DE SANGUE: Poderá o obreiro faltar um dia, em cada 12 meses de trabalho, em caso de doação voluntária de sangue, desde que devidamente comprovada.

O dispositivo diz respeito à falta abonada por doação de sangue e não à venda de sangue. Neste último caso, a falta não será abonada. Na doação, o que ocorre é exatamente ser dada alguma coisa sem qualquer retribuição.

A falta por doação de sangue poderá ocorrer apenas em cada 12 meses de trabalho. Não será contado o prazo de 12 meses a partir da última doação, mas a cada 12 meses de trabalho, como ocorre em relação às férias, nem será considerado o ano civil.

Há limitação de falta a cada 12 meses de trabalho, pois do contrário o empregado desonesto iria faltar várias vezes sob o motivo de doar sangue.

ALISTAMENTO ELEITORAL: Quando o empregado vai se alistar para efeitos eleitorais, são consideradas faltas abonadas até dois dias consecutivos ou não, nos termos da lei respectiva.

O legislador entende que um dia pode não ser suficiente para se alistar eleitor, daí mencionar dois dias. Os dias podem não ser consecutivos, pois o empregado vai um dia para se alistar e outro dia para buscar o título de eleitor.

Dispõe o art. 48 da Lei n.° 4.737, de 15-7-1965 (Código Eleitoral) que "o empregado mediante comunicação com 48 (quarenta e oito) horas de antecedência, poderá deixar de comparecer ao serviço, sem prejuízo do salário e por tempo não excedente a 2 (dois) dias, para o fim de se alistar eleitor ou requerer transferência".

OBRIGAÇÕES DE RESERVISTA: O período de tempo em que o empregado tiver de cumprir as obrigações de reservista não será considerado falta ao serviço. É a apresentação dos reservistas, anualmente, no local e data que forem fixados, para fins de exercício ou cerimônia cívica do "Dia do Reservista" (art. 65, c, da Lei n.° 4.375/64).

A lei não é expressa quanto a faltas para o chamado "tiro de guerra", em que o trabalhador fica afastado meio período para cumprir as exigências do serviço militar. É expresso o dispositivo apenas em relação a situações relativas ao reservista. Tais horas poderão, assim, ser descontadas, por falta de determinação expressa em sentido contrário.

Os brasileiros, quando incorporados, por motivo de convocação para manobras, exercícios, manutenção da ordem interna ou guerra, terão assegurado o retorno ao cargo, função ou emprego que exerciam ao serem convocados e garantido o direito à percepção de 2/3 da respectiva remuneração, durante o tempo em que permanecerem incorporados; vencendo pelo Exército, Marinha ou Aeronáutica apenas as gratificações regulamentares (art. 60 da Lei n.° 4.375/64). As situações anteriormente descritas só serão observadas se houver incorporação. Se o incorporado for engajado, perde o direito. Aos convocados, fica assegurado o direito de optar pelos vencimentos, salários ou remuneração que mais lhe convenham.

Determina o § 4.° do art. 60 da Lei n.° 4.375/64 que todo convocado matriculado em órgão de Formação de Reserva que seja obrigado a faltar a suas atividades civis, por força de exercício ou manobras, ou reservista que seja chamado para fins de exercício de apresentação de reservas ou cerimônia cívica, do Dia do Reservista, terá suas faltas abonadas para todos os efeitos, inclusive para férias, repouso semanal e gratificação de Natal.

PRESTAÇÃO DE VESTIBULAR: O empregado poderá faltar nos dias em que estiver, comprovadamente, realizando provas de exame vestibular para ingresso em estabelecimento de ensino superior. Essa regra não era prevista na redação original da CLT. O inciso VII do art. 473 da CLT foi acrescentado pela Lei n.° 9.741, de 14-7-1997.

A hipótese contida no inciso VII do art. 473 da CLT já era prevista muitas vezes em dissídios coletivos e acordos e convenções coletivas.

O STF entendeu que a referida cláusula não pode ser estabelecida em dissídio coletivo: "Incabível, por falta de base constitucional, a imposição de cláusula que concede abono de faltas ao empregado estudante" (1.ª T., RE n.° 109.397-8, Min. Ilmar Galvão, DJU, 1.°-3-96, p. 5.013). Isso ocorria em razão da inexistência de lei prevendo tal situação para o exercício do poder normativo da Justiça do Trabalho.

A redação da norma mostra que o abono da falta não é apenas de um dia, mas em todos os dias em que a pessoa estiver prestando vestibular. As provas para vestibular serão apenas aquelas feitas para admissão em estabelecimento de

ensino superior e não em outros graus, como de colegial e outros que costumam assim proceder. Entretanto, há necessidade de que o empregado comprove perante o empregador os dias em que estará fazendo o exame, pois, do contrário, o empregador não terá obrigação de abonar a falta.

PROFESSOR: As faltas do professor, no decurso de nove dias, decorrentes de gala ou luto, em conseqüência de falecimento do cônjuge, pai ou mãe, ou de filho, não serão descontadas de seu salário (§ 3.° do art. 320 da CLT). Trata-se de caso de interrupção do contrato de trabalho. Os nove dias de faltas serão considerados justificados.

Aqui há previsão diversa, para os mesmos casos, nos incisos I e II do art. 473 da CLT, pois, para o empregado comum, as faltas relativas a casamento são de três dias consecutivos e dois em caso de falecimento.

A determinação do § 3.° do art. 320 da CLT viola o princípio da igualdade (art. 5.°, caput, da Constituição), pois o professor tem faltas diferenciadas das previstas nos incisos I e II do art. 473 da CLT, que nenhuma outra profissão possui.

A hipótese do § 3.° do art. 320 da CLT não exige prova de dependência econômica em relação ao pai e à mãe.

Não é permitida a falta em relação a outros ascendentes diversos do pai ou da mãe ou descendentes que não o filho. Nesses casos, a regra é a geral. O professor poderá faltar dois dias (art. 473, I, da CLT). O mesmo ocorre no caso de falecimento de irmão do professor, em que a falta será de dois dias (art. 473, I), enquadrada na regra geral. Falta pelo falecimento de pessoa declarada na CTPS do professor e que viva sob sua dependência é de dois dias (art. 473, I).

ATESTADOS MÉDICOS: Será considerada falta abonada a justificada por atestado médico da empresa, de convênio médico firmado pela empresa ou de médico da Previdência Social, exigindo-se essa ordem para a validade do referido atestado (§ 4.° do art. 60 da Lei n.° 8.213/91 e Enunciados 15 e 282 do TST).

TESTEMUNHAS: As testemunhas não poderão sofrer descontos em seus salários em função das faltas ao serviço ocasionadas por seu comparecimento para depor na Justiça do Trabalho, quando devidamente arroladas ou convocadas (art, 822 da CLT).

No salário da testemunha não pode haver qualquer desconto pelo fato de comparecer para depor, nem desconto do tempo de serviço (parágrafo único do art. 419 do CPC). Mesmo que não tenha sido arrolada, mas convocada pela parte, não poderá haver o desconto, desde que compareça à audiência.

O artigo em comentário usa a expressão faltas ao serviço, porém se a audiência é à tarde, deve comparecer à empresa pela manhã para trabalhar, pois nesse momento ainda não estava depondo. O ideal é que as Juntas forneçam comprovante à testemunha e à parte do período em que esteve na Junta depondo. Com o atestado da Justiça do Trabalho, a testemunha não perde o salário das horas, o repouso semanal remunerado e a falta também é justificada para férias.

O empregado que se recusar a depor depois de devidamente intimado, sofre multa (art. 730 da CLT). O empregador que impedir que empregado seu sirva como testemunha também fica sujeito à multa (§ 2.° do art. 729 da CLT).

Não estarão sujeitas a qualquer desconto em seus salários as testemunhas que prestarem depoimento no processo civil, nem desconto no tempo de serviço, por comparecimento à audiência (parágrafo único do art. 419 do CPC).

O jurado sorteado para comparecimento à sessões do júri não poderá sofrer qualquer desconto em seus vencimentos (art. 430 do CPP). Considera-se a presença no júri como desempenho de serviço público relevante. A falta será abonada pelo simples fato do comparecimento do jurado, mesmo que não participe do julgamento.

As testemunhas que forem prestar depoimento no júri não sofrerão descontos em seus salários em razão de prestarem depoimento (parágrafo único do art. 453 do CPP). Deve, portanto, a testemunha ser notificada para esse fim.

AJUIZAMENTO DE AÇÃO: Determina o inciso VIII do art. 473 da CLT que o empregado pode deixar de comparecer ao serviço, sem prejuízo do salário, pelo tempo que se fizer necessário quando tiver que comparecer a juízo. Envolve a hipótese falta legalmente justificada. Representa período de interrupção dos efeitos do contrato de trabalho, em que o empregado deixa de trabalhar, recebe sua remuneração e conta o respectivo tempo de serviço.

Não havia previsão na lei sobre o tema, porém o empregado faltava muitas vezes ao serviço para comparecer como parte a juízo. O Enunciado 155 do TST esclarecia que "as horas em que o empregado falta ao serviço para comparecimento necessário, como parte, à Justiça do Trabalho não serão descontadas de seu salário". De acordo com essa orientação, somente as horas em que o empregado comparecia à Justiça do Trabalho seriam abonadas e não o dia inteiro, pois as audiências normalmente se realizam em um determinado período do dia. As horas que o empregado necessitava como parte para reivindicar seu direito eram apenas as referentes aos processos trabalhistas. Assim, se o empregado comparecia como parte em outro foro, sua falta iria ser considerada injustificada, por ausência de previsão legal nesse sentido, tendo descontado de seu salário o dia ou as horas não trabalhadas.

Versa o inciso VIII do art. 473 da CLT sobre hipótese em que o próprio empregado tem de comparecer a juízo como parte. As faltas relativas à testemunha são previstas no art. 822 da CLT e parágrafo único do art. 419 do CPC, que consideram a ausência no trabalho justificada.

A nova disposição usa a palavra "tempo". Isso quer dizer que não será abonado todo o dia, mas apenas o tempo necessário para que o empregado compareça a juízo. Se a audiência é à tarde, o empregado não terá a falta justificada do período matutino, mas apenas as horas do período vespertino. Embora a lei use a palavra "tempo", a orientação é a mesma do enunciado, no sentido de que serão consideradas justificadas apenas as horas de comparecimento do empregado à Justiça. Para esse fim, o empregado deverá levar ao empregador certidão do juízo de que esteve presente no dia e horário mencionados.

Por uma questão de bom senso, deve estar compreendido nesse período o tempo de deslocamento do empregado da sede da empresa ao juízo e vice-versa. Esse período também deverá ser abonado e não apenas o lapso de tempo em que esteve em juízo.

Se houve a divisão da audiência em vários dias, como ocorre na Justiça do Trabalho (inicial, instrução e julgamento), o empregado terá direito de abonar o tempo respectivo de comparecimento a cada uma das audiências, mesmo que não tenha de prestar depoimento pessoal, pois deverá comparecer para orientar seu advogado nas perguntas que se fizerem necessárias às testemunhas. Não haverá, porém, necessidade de comparecimento na audiência de julgamento, pois nesta só é feito o julgamento, ocasião em que nem mesmo as partes e seus advogados comparecem. Entretanto, se o empregado comparecer à audiência, deverão as horas ser abonadas pelo empregador, desde que o obreiro apresente comprovante indicando o seu comparecimento à Justiça do Trabalho.

Emprega a CLT a expressão "a juízo". Isso não diz respeito apenas a Justiça do Trabalho, mas a qualquer juízo, como na Justiça Comum, na Justiça Federal, na Justiça Militar etc. Tanto faz se o empregado é autor ou réu na ação, no âmbito cível ou criminal, pois a CLT não faz distinção, ao contrário do que se observa do Enunciado 155 do TST. Onde a lei não distingue, não cabe ao intérprete fazê-lo (Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus).

A orientação contida no Enunciado 155 do TST fica prejudicada, em função da previsão explícita da lei. Não se pode dizer que está o citado verbete revogado, pois enunciados não são revogados, por não terem natureza de lei.

CONSELHOS: O representante dos trabalhadores em atividade terá sua ausência justificada, computando-se como jornada efetivamente trabalhada para todos os fins e efeitos legais, para participação nas reuniões do Conselho Nacional de Previdência Social (§ 6.° do art. 3.° da Lei n.° 8.213).

As faltas ao trabalho dos representantes dos trabalhadores no Conselho Curador do FGTS, decorrentes das atividades desse órgão, serão abonadas, computando-se como jornada efetivamente trabalhada para todos os fins e efeitos legais (§ 7.° do art. 3.° da Lei n.° 8.036/90).

O inciso V do art. 131 da CLT também considera inexistir falta ao serviço quando houver a prisão preventiva do empregado, se for impronunciado ou absolvido, para efeito de férias. Observada essa hipótese, estaremos diante de caso de interrupção do contrato de trabalho, pois é computado o tempo de serviço para efeito de férias.

Poder-se-ia até argumentar que, se a prisão é ilegal, não se poderia falar em faltas injustificadas, pois o empregado não teve como trabalhar.

Muitas vezes, em dissídios coletivos, acordos ou convenções coletivas são incluídas cláusulas que abonam a falta do empregado, como o dia do bancário; do comerciário; de faltas para tratamento da saúde do empregado ou de sua família etc. Em regulamento de empresa também podem ser previstas outras faltas que seriam abonadas pelo empregador.

Caso o empregador considere como justificada qualquer outra falta cometida pelo empregado, como em virtude de paralisação dos transportes coletivos na cidade, haverá pagamento de salários (art. 131, IV), sendo hipótese de interrupção do contrato de trabalho.

Se a falta for injustificada, haverá hipótese de suspensão do contrato de trabalho, pois não se conta o tempo de serviço, nem é pago o dia correspondente.

Outras faltas que não tiverem previsão em lei serão descontadas pelo empregador.

O empregado não poderá faltar em caso de doença de pessoa da família, de amigo íntimo etc.

4.9 Férias

O exemplo mais comum que se dá de hipótese de interrupção do contrato de trabalho ocorre nas férias. Nestas, o empregado não presta serviços, mas recebe salários, não ficando privado de sua remuneração (art. 129 da CLT), sendo, também, contado o tempo de serviço para todos os efeitos (§ 2.° do art. 130 da CLT).

4.10 Greve

Antigamente fazia-se uma distinção quanto à greve, no que diz respeito ao atendimento das reivindicações ou não. Se estas eram atendidas, com o pagamento de salários no período de afastamento, havia interrupção do contrato de trabalho. Se as reivindicações não eram atendidas, nem havia o pagamento de salários, estávamos diante de caso de suspensão do contrato de trabalho.

Atualmente a Lei n.° 7.783/89 (Lei de greve) estabelece em seu art. 7.° que, se forem observadas as determinações previstas na referida norma, o contrato de trabalho fica suspenso, devendo as relações obrigacionais durante o período ser regidas por acordo, convenção, laudo arbitral ou decisão da Justiça do Trabalho. Isso leva a crer, a contrario sensu, que se inobservadas as

determinações da Lei n.° 7.783/89, a greve não suspende o contrato de trabalho, podendo causar a rescisão do referido pacto até mesmo por justa causa. Entretanto, se a empresa pagar salários durante a greve, estaremos diante da hipótese de interrupção do contrato de trabalho.

4.11 Inquérito para apuração de falta grave

Julgado improcedente o inquérito para apuração de falta grave, com a reintegração do empregado e pagamento de salários, há hipótese de interrupção do contrato de trabalho.

Pág. 301

Se o inquérito para apuração de falta grave for julgado improcedente, porém não havendo pagamento de salários ou outra vantagem, é o caso de suspensão do contrato de trabalho. O inciso V do art. 131 da CLT revela que se o empregado é suspenso preventivamente para responder a inquérito administrativo, não será considerada falta ao serviço para efeito de férias, o que revela a cessação provisória e parcial do contrato de trabalho, caracterizando hipótese de interrupção do contrato de trabalho.

4.12 Intervalos

Nos intervalos que ocorrem para alimentação e descanso, o empregado não trabalha, nem tem remuneração, como se observa do § 2.° do art. 71 da CLT. Trata-se de suspensão dos efeitos do contrato de trabalho.

No intervalo de pessoas que fazem digitação, mecanografia etc. (art. 72 da CLT), o empregador é obrigado a remunerar o empregado, embora não haja prestação de serviços. É uma hipótese de interrupção dos efeitos do contrato de trabalho. O mesmo se observa do intervalo do mineiro a cada três horas de trabalho (art. 298 da CLT), do intervalo nos frigoríficos ou das pessoas que trabalham em câmaras frias (art. 253 da CLT).

4.13 Lockout

Lockout é a paralisação das atividades, por iniciativa do empregador, com o objetivo de frustrar negociação ou dificultar o atendimento de reivindicações dos empregados (art. 17 da Lei n.° 7.783/89). Caso assim proceda o empregador, os trabalhadores terão direito à percepção dos salários durante o período da paralisação (parágrafo único do art. 17 da Lei n.° 7.783/89), configurando hipótese de interrupção do contrato de trabalho.

4.14 Prontidão e sobreaviso

Na prontidão e sobreaviso, o empregado está à disposição do empregador, pois está aguardando ordens (art. 4.° da CLT). Os §§ 2.° e 3.° do art. 244 da CLT determinam o pagamento de remuneração. Logo, são hipóteses de interrupção do contrato de trabalho, em função de que é feito pagamento ao empregado e contado o tempo de serviço.

4.15 Repouso semanal remunerado

No repouso semanal remunerado, apesar de o empregado não trabalhar, o empregador é obrigado a lhe pagar salários e contar seu tempo de serviço. Trata-se, assim, de hipótese de interrupção do contrato de trabalho.

Pág. 302

4.16 Representação sindical

Se o empregado eleito para desempenhar mandato sindical continua normalmente a prestar serviços ao empregador, não haverá que se falar em interrupção ou suspensão do contrato de trabalho. Caso o empregado realmente não trabalhe, pois assim acordou com a empresa, configura-se hipótese de suspensão do contrato de trabalho, pois não há pagamento de salários, nem é contado o tempo de serviço.

4.17 Salário-maternidade

O salário-maternidade é um pagamento feito pelo INSS à empregada durante os 120 dias da licença-maternidade. O tempo de serviço é contado normalmente durante o afastamento, tratando-se, assim, de hipótese de interrupção do contrato de trabalho.

4.18 Segurança nacional

Ocorrendo motivo relevante de segurança nacional, poderá a autoridade competente solicitar o afastamento do empregado do serviço ou do local de trabalho, sem que se configure a suspensão do contrato de trabalho. O afastamento será solicitado pela autoridade competente diretamente ao empregador, em representação fundamentada, com audiência da Procuradoria Regional do Trabalho, que providenciará, desde logo, a instauração do competente inquérito administrativo.

Sendo afastado o empregado em virtude de inquérito administrativo para apuração de motivo de interesse de segurança nacional, o contrato de trabalho não fica suspenso durante os primeiros 90 dias, pois nesse período continuará o obreiro percebendo sua remuneração (§§ 3.° e 5.° do art. 472 da CLT). Nessa hipótese, o contrato de trabalho ficará interrompido, pois o empregador deverá pagar salários (§ 5.° do art. 472 da CLT). Após 90 dias, o empregador não é obrigado a pagar salários ao empregado, por falta de previsão legal, ficando suspensos os efeitos do contrato de trabalho.

4.19 Serviço militar

O afastamento do empregado em decorrência dos encargos do serviço militar não será motivo para a rescisão do contrato de trabalho por parte do empregador (art. 472 da CLT).

Quando o empregado se afasta em razão de ter sido incorporado ao serviço militar, não há pagamento de salário pelo empregador. O parágrafo único do art. 4.° da CLT estabelece que será computado como tempo de serviço o período em que o empregado estiver afastado prestando serviço militar, para efeito de indenização e estabilidade, havendo depósitos do FGTS. (§ 5.° do art. 15 da Lei n.° 8.036/90). O art. 61 da Lei n.° 4.375, de 17-8-1964, dispõe que se o empregado é convocado para manobras, tem direito a receber do empregador dois terços do valor da remuneração, cabendo às Forças Armadas o pagamento das gratificações próprias dos militares.

Logo, há cessação provisória, mas parcial, do contrato de trabalho, pois é contado o tempo de serviço do empregado, embora não seja devida nenhuma remuneração, evidenciando hipótese de interrupção do contrato de trabalho.

Prescreve o art. 60 da Lei n.° 4.375 que os empregados e funcionários públicos, quando incorporados ou matriculados em órgão de formação de reserva,

por motivo de convocação para prestação do serviço militar, terão assegurado o retorno ao cargo ou emprego respectivo, dentro dos 30 dias que se seguirem ao licenciamento, ou término de curso, salvo se declararem, por ocasião da incorporação ou matrícula, não pretender a ele voltar.

Para que o empregado tenha direito a voltar a exercer o cargo do qual afastou-se em virtude de exigências do serviço militar ou de encargo público, é indispensável que notifique o empregador dessa intenção, por telegrama ou carta registrada, dentro do prazo máximo de 30 dias, contados da data em que se verificar a baixa (§ 1.° do art. 472 da CLT). Se o empregado está servindo o país, nada mais razoável do que ser garantido seu emprego quando retornar à empresa. O art. 132 da CLT dispõe que deve ser considerado o tempo de trabalho anterior à apresentação do empregado ao serviço militar obrigatório para os efeitos de férias.

O engajamento definitivo na carreira militar implica a cessação do contrato de trabalho.

4.20 Suspensão disciplinar

Sendo o trabalhador suspenso pela empresa em razão de falta disciplinar e não havendo pagamento de salário, estaremos diante de hipótese de suspensão do contrato de trabalho. É de se ressaltar que, se o empregado é suspenso por mais de 30 dias consecutivos, importa rescisão injusta do contrato de trabalho (art. 474 da CLT).

4.21 Suspensão do contrato de trabalho para qualificação profissional

4.21.1 Introdução

Significa o lay off ficar o trabalhador em disponibilidade por certo tempo, ficando afastado da empresa até sua recuperação. Seria uma espécie de licença remunerada ao trabalhador, que fica em casa e não é dispensado. A empresa não faz a dispensa, pois precisa de trabalhadores qualificados. Pode o empregador determinar que o empregado faça cursos de qualificação profissional. Nos Estados Unidos, o lay off é feito por meio de negociação coletiva, segundo critério de idade, estado civil, tempo de serviço. Pode haver redução de salários e suspensão de encargos sociais.

A licença remunerada importa em o empregado continuar a receber salários por certo período, porém não presta serviços. Em certos casos em que há diminuição da produção as empresas automobilísticas costumam utilizar da licença remunerada.

Os efeitos do contrato de trabalho ficam interrompidos, pois a empresa paga salários e conta o tempo de serviço. Entretanto, há a continuidade do contrato de trabalho, não sendo o trabalhador dispensado, mas fica à disposição da empresa.

O art. 476-A da CLT estabeleceu a hipótese de suspensão dos efeitos de contrato de trabalho para a participação do trabalhador em curso ou programa de qualificação profissional. Na verdade, a norma cria nova hipótese de suspensão dos efeitos do contrato de trabalho, além das já previstas nos arts. 471 a 476 da CLT.

O Governo entende que o benefício ora instituído poderá ser aplicado com sucesso na construção civil, no período que ocorre entre o término de uma obra e o início de outra. A dispensa, com a posterior recontratação do trabalhador da construção civil, é bastante onerosa para a empresa. Manter o trabalhador ocioso com pagamento de salários até o início de outra atividade também é oneroso para

o empregador. Daí a melhor hipótese é a suspensão dos efeitos do contrato de trabalho para a qualificação profissional. A suspensão dos efeitos do contrato de trabalho para qualificação profissional pode não se aplicar a qualquer empresa. Normalmente, vai dizer respeito a empresas com grande número de trabalhadores, com baixa remuneração, como na construção civil. Vai depender, porém, da duração da obra.

4.21.2 Denominação

O objetivo da norma é que o contrato de trabalho fique suspenso diante de crise momentânea passada pela empresa. Não se trata, portanto, de dispensa provisória, como tem sido chamada na prática, pois a dispensa implica a saída do trabalhador da empresa. No caso, o trabalhador não é dispensado, apenas os efeitos de seu contrato de trabalho são suspensos temporariamente. Seria possível utilizar a denominação suspensão dos efeitos do contrato de trabalho para que o empregado participe de cursos de qualificação profissional.

4.21.3 Período

O pacto laboral poderá ter seus efeitos suspensos por um período de dois a cinco meses, visando à participação do empregado em curso ou programa de qualificação profissional oferecido pelo empregador. Não existe obrigatoriedade da suspensão dos efeitos do contrato de trabalho, mas faculdade de se estabelecer esse mecanismo. A duração da suspensão será por um período mínimo de dois meses e máximo de cinco meses. As partes, na negociação coletiva, estabelecerão o prazo pelo qual o contrato será suspenso, dentro do período de dois a cinco meses. Os funcionários deverão voltar a trabalhar ao final do respectivo período. O art. 476-A da CLT não está exigindo, porém, que a empresa passe por problemas conjunturais ou econômicos, nem justifique suas adversidades, apenas terá de negociar com o sindicato. Excedido o período de cinco meses ou o que for acordado na norma coletiva, persistindo a suspensão dos efeitos do contrato de trabalho, o empregado poderá requerer a rescisão indireta do contrato de trabalho, em razão de não terem sido cumpridos os requisitos legais.

O prazo acima mencionado poderá ser prorrogado mediante convenção ou acordo coletivo de trabalho e aquiescência formal do empregado, desde que o empregador arque com o ônus correspondente ao valor da bolsa de qualificação profissional, no respectivo período. O prazo máximo de contratação é de cinco meses, porém, havendo a contratação, poderá existir prorrogação por período maior do que os cinco meses contratados, desde que mediante convenção ou acordo coletivo e aquiescência do empregado.

4.21.4 Atividade da empresa

A suspensão dos efeitos do contrato de trabalho poderá ser utilizada em qualquer ramo de atividade, tanto na indústria como no comércio, nos serviços, na área rural etc. Não há distinção também quanto à idade do trabalhador, que poderá ter mais ou menos de 18 anos, tanto sendo utilizado em relação ao homem como para a mulher.

Poderá ser feita a suspensão dos efeitos do contrato de trabalho em parte da empresa, em algumas de suas filiais ou estabelecimentos ou na sua totalidade. É na norma coletiva que se especificará se a suspensão irá afetar toda a empresa ou apenas algumas de suas unidades.

4.21.5 Requisitos

São dois os requisitos para a suspensão dos efeitos do contrato de trabalho visando à qualificação profissional: a) instrumento coletivo; b) aquiescência formal do empregado.

O instrumento utilizado para a suspensão dos efeitos do contrato de trabalho será necessariamente a convenção ou acordo coletivo. O acordo será, portanto, coletivo e não individual, pois exige-se a participação do sindicato. Se o empregado pertencer a categoria diferenciada, a negociação tem de ser feita com o respectivo sindicato, como de secretárias, motoristas etc.

A iniciativa da suspensão para efeito de qualificação profissional tanto poderá ser feita pelo sindicato de empregados como pela própria empresa. Na prática, as empresas que passam por dificuldades financeiras é que irão requerê-la, porém deverão negociar com o sindicato de empregados.

O empregado também deverá manifestar a sua concordância com a suspensão. A aquiescência deve ser formal. Formal quer dizer expresso, evidente, explícito. O uso da expressão formal pode dar margem a dúvidas, no sentido de que a concordância seria escrita ou verbal. O art. 443 da CLT indica que o contrato de trabalho pode ser expresso, sendo verbal ou escrito. O empregado poderia expressar-se verbalmente pela concessão da suspensão. O ideal é que a aquiescência fosse apenas escrita, pois evitaria dúvidas e fraudes. O empregado deverá firmar termo escrito de concordância com a suspensão para qualificação profissional. No instrumento deveriam também ser especificadas as condições para efeito da suspensão para a qualificação profissional. Caso o obreiro não se interesse pela suspensão, o empregador não poderá suspender os efeitos do seu contrato de trabalho. Entretanto, nesse caso o empregador vai acabar dispensando o trabalhador.

Após a autorização concedida por intermédio de convenção ou acordo coletivo, o empregador deverá notificar o respectivo sindicato, com antecedência mínima de 15 dias da suspensão contratual (§ 1.° do art. 476-A da CLT). A lei não é clara sobre que sindicato seria esse. A primeira interpretação poderia conduzir o intérprete a que se trata do sindicato das empresas, pois no acordo coletivo só a empresa negocia com o sindicato dos trabalhadores. Entretanto, o que o parágrafo quer dizer é que a notificação será feita ao sindicato dos trabalhadores da categoria predominante da empresa ou do sindicato dos trabalhadores de categoria diferenciada, pois o prazo é da antecedência mínima da data em que será feita a suspensão.

Trata-se de ciência ao sindicato da suspensão. É possível também que a própria negociação já tenha estabelecido o prazo para o início da suspensão contratual, mas mesmo assim deverá ser notificado o sindicato com a antecedência mínima de 15 dias da suspensão contratual, por ser determinação legal. A inobservância desse requisito poderá implicar, para a empresa, multa administrativa, porém não invalidará toda a negociação coletiva, desde que sejam observados os demais requisitos legais e a própria previsão da norma coletiva.

4.21.6 Renovação da suspensão

O contrato de trabalho não poderá ser suspenso mais de uma vez no período de 16 meses para efeito da qualificação profissional do empregado. O objetivo da determinação legal é que a empresa tenha uma programação para a suspensão dos efeitos do contrato de trabalho para qualificação profissional. A finalidade da norma também é evitar fraudes, no sentido de o empregador suspender constantemente os efeitos do contrato de trabalho. Entretanto, parece que o prazo de 16 meses é muito curto, pois após um ano poderia ser necessária nova

suspensão dos efeitos do contrato de trabalho, em razão de mudança da situação econômica.

4.21.7 Despesas da qualificação profissional

A lei não é expressa sobre quem irá pagar as despesas da qualificação profissional. As despesas nos cursos de qualificação profissional ficarão a cargo do empregador, salvo se este utilizar órgão público para esse fim. O empregado não terá de pagar nenhuma despesa para a qualificação profissional.

4.21.8 Direitos

No interregno de tempo em que houver a suspensão contratual para efeito de qualificação profissional, o empregado receberá bolsa, que será paga pelo Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT). O empregado não receberá no período nenhum valor da empresa. O empregador poderá conceder ao empregado ajuda compensatória mensal, sem natureza salarial, durante o período de suspensão contratual, com valor a ser definido em convenção ou acordo coletivo. Não há obrigação da concessão da ajuda, pois a lei usa o termo "poderá", mostrando ser facultativa a sua concessão. Essa ajuda compensatória não terá incidência do FGTS ou de contribuição previdenciária, por não se tratar de salário, até em razão também de inexistir trabalho no citado período.

Durante o período de suspensão contratual para participação em curso ou programa de qualificação profissional, o empregado fará jus aos benefícios voluntariamente concedidos pelo empregador. Exemplo seria a concessão de reajustes salariais, que irão beneficiar o obreiro quando retornar à empresa. Seu salário será pago já reajustado, apenas não será devido no período da suspensão para a qualificação profissional. A hipótese já estava prevista no art. 471 da CLT, que determinava que ao empregado afastado do emprego são asseguradas, por ocasião de sua volta, todas as vantagens que, em sua ausência, tenham sido atribuídas à categoria a que pertencia na empresa. O requisito, portanto, é que as vantagens tenham sido atribuídas a toda categoria a que pertencia na empresa.

As vantagens devem ter sido concedidas em caráter geral. Benefícios personalíssimos, adquiridos pelo trabalhador na empresa em virtude de seu esforço pessoal, não poderão ser reivindicados por aquele que teve o seu contrato suspenso ou interrompido, se não atende às condições para tanto.

A periodicidade, os valores, o cálculo do número de parcelas e os demais procedimentos operacionais de pagamento da bolsa de qualificação profissional, bem como os pré-requisitos para habilitação serão os mesmos adotados em relação ao benefício do seguro-desemprego (art. 3.°-A da Lei n.° 7.998/90). Se o contrato for rompido no período da suspensão, será suspenso o pagamento da bolsa de qualificação profissional. Havendo o retorno do trabalhador ao emprego, também cessa o pagamento da bolsa de qualificação profissional.

A empresa não terá de recolher o FGTS e as contribuições previdenciárias durante todo o período de suspensão do contrato de trabalho, pois do contrário não seria hipótese de suspensão dos efeitos do pacto laborai, mas de interrupção, em razão de que geraria direitos ao obreiro.

O empregado não tem direito à liberação do FGTS, nem à indenização de 40% durante o período que houver a suspensão dos efeitos do contrato de trabalho. Não haverá também contagem de tempo de serviço para férias e 13.° salário.

4.21.9 Dispensa

Caso o empregado seja dispensado no curso do período de suspensão contratual ou nos três meses subseqüentes ao seu retorno ao trabalho, o empregador pagará ao empregado, além das parcelas indenizatórias previstas na indenização trabalhista, multa a ser estabelecida em convenção ou acordo coletivo, sendo de, no mínimo, 100% sobre o valor da última remuneração mensal anterior à suspensão do contrato. Usa a norma legal a expressão "remuneração" e não "salário", compreendendo o salário mais as gorjetas (art. 457 da CLT). A norma não está impedindo a dispensa do trabalhador, nem garante o emprego do obreiro, apenas torna mais onerosa a dispensa para o empregador, ao instituir a multa, que estará prevista na norma coletiva.

4.21.10 Sanções

Na hipótese de não ser ministrado curso ou programa de qualificação profissional, ou o empregado permanecer trabalhando para o empregador, ficará descaracterizada a suspensão, sujeitando o empregador ao pagamento imediato dos salários e dos encargos sociais referentes ao período, às penalidades cabíveis previstas na legislação trabalhista, bem como às sanções previstas em convenção ou acordo coletivo. Isso quer dizer que o empregador deverá depositar o FGTS e recolher as contribuições previdenciárias do período. No caso em comentário, as parcelas da bolsa de qualificação profissional que o empregado tiver recebido serão descontadas das parcelas do benefício do seguro-desemprego a que fizer jus, sendo-lhe garantido, no mínimo, o recebimento de uma parcela do seguro-desemprego. A empresa também ficará sujeita à multa prevista na norma coletiva, pelo seu descumprimento.

4.21.11 Conclusão

A suspensão dos efeitos do contrato de trabalho não precisaria estar amparada em lei, pois a CLT permite que as partes combinem a referida suspensão, apenas não haveria o direito à bolsa de qualificação profissional no período.

A suspensão temporária para qualificação profissional representa uma vantagem, pois o empregado não é dispensado.

As novas medidas adotadas pelo Governo não vão resolver os efeitos do desemprego. Podem ajudar a minorá-lo. Para resolver o problema do desemprego é preciso baixar os juros e permitir tanto os investimentos públicos como os privados.

5. EFEITOS

Durante a interrupção ou suspensão dos efeitos do contrato de trabalho, o empregado terá direito a todas as vantagens que, em sua ausência, tenham sido atribuídas à categoria a que pertencia na empresa (art. 471 da CLT). O requisito, portanto, é que as vantagens tenham sido atribuídas a toda a categoria a que pertencia na empresa, sejam elas legais ou normativas. As vantagens devem ter sido concedidas em caráter geral.

Se o empregado pertencer a categoria diferenciada, será esta a norma a ser observada, desde que a empresa faça parte do referido pacto. Benefícios personalíssimos, adquiridos pelo trabalhador na empresa em virtude de seu esforço pessoal, não poderão ser reivindicados por aquele que teve o seu contrato suspenso ou interrompido, se não atende às condições para tanto.

O afastamento do empregado por motivo do serviço militar ou de encargo público não será fundamento para a alteração ou rescisão do contrato de trabalho pelo empregador (art. 472 da CLT). O empregado deverá notificar o empregador, por telegrama ou carta registrada, no prazo máximo de 30 dias a contar da baixa

ou terminação do encargo a que estava obrigado, para que tenha direito a voltar a exercer o cargo que anteriormente ocupava na empresa (§ 1.° do art. 472 da CLT).

6. CONTRATOS POR TEMPO DETERMINADO

Nos contratos por tempo determinado, o período de suspensão ou interrupção do contrato de trabalho não influenciará em nada no término do referido pacto, pois as partes sabiam de antemão quando haveria a cessação do citado ajuste. Assim, se ocorrer, por exemplo, doença do empregado ou acidente do trabalho 15 dias antes da cessação do contrato de trabalho, o empregador irá remunerar esses dias e o contrato cessará. Não ficará o contrato de trabalho suspenso até o empregado recuperar sua capacidade de trabalho. Isso tanto ocorrerá nas hipóteses previstas para a contratação por tempo determinado, como também no contrato de experiência, que hoje é considerado espécie de contrato por tempo determinado.

Se o pacto laboral terminar no dia 30 de junho e o empregado sofrer acidente do trabalho ou ficar doente no dia 21 de junho, a empresa não terá de pagar os salários de cinco dias após o dia 30 de junho, nem o pacto laboral irá ficar interrompido ou suspenso até o retorno do empregado à empresa. Caso o empregador entenda que o contrato de trabalho fica interrompido até o dia 5 de julho, retornando o empregado ao trabalho por mais 15 dias, o pacto laboral se transformará em contrato por tempo indeterminado, pois foi excedido o prazo de contratação.

Assim, o contrato de trabalho termina exatamente no último dia do prazo combinado entre as partes. Se o empregado se acidentou ou ficou doente nos últimos 15 dias do contrato de trabalho, este não se suspende ou interrompe, cessa no último dia acordado entre as partes.

Apenas se as partes acordarem no sentido de suspender o contrato de trabalho durante o período de afastamento do pacto laboral é que não será computado o tempo de afastamento do empregado na contagem do prazo para a respectiva terminação (§ 2.° do art. 472 da CLT). Esse tipo de cláusula normalmente não consta dos contratos de trabalho por tempo determinado. Na hipótese mencionada, o empregado irá cumprir os dias faltantes para o término do pacto laboral, referentes ao período em que ficou afastado.

No contrato de trabalho por tempo determinado disciplinado pela Lei n.° 9.601, a regra a observar é a mesma, ou seja, se o empregado sofrer acidente do trabalho ou ficar doente, tendo de se afastar, o contrato de trabalho não será prorrogado pelo tempo igual ao do afastamento. No último dia acordado, terminará o pacto laboral.

7. DISPENSA DO EMPREGADO

A lei nada esclarece sobre se o empregado pode ser dispensado durante o prazo de suspensão ou interrupção do contrato de trabalho. Poderia dizer-se que aquilo que não é proibido é permitido; logo, a dispensa seria possível. Assim, o empregador poderá dispensar o empregado durante o período de interrupção ou suspensão do contrato de trabalho, porém deverá pagar as vantagens do período, mesmo que o empregado esteja coberto por benefícios da Previdência Social. Em certos casos, essa dispensa é inviável, pois o empregador terá de pagar todos os salários do empregado até o término da garantia de emprego, porém sem que o obreiro preste serviços, além de pagar mais 30 dias de aviso prévio. Em outras hipóteses, a dispensa não será mesmo possível, como do dirigente sindical, em que se exige inquérito para apuração de falta grave; do cipeiro, em que é

preciso provar motivo econômico, financeiro, técnico ou disciplinar etc. A jurisprudência entende, porém, que, se o contrato de trabalho estiver suspenso, a dispensa não pode ser efetivada.

VERIFICAÇÃO DE APRENDIZAGEM

1. O que é suspensão do contrato de trabalho?
2. O que é interrupção do contrato de trabalho?
3. As férias enquadram-se em qual das duas hipóteses anteriores? Por quê?
4. Quais são os efeitos da suspensão e da interrupção no contrato de trabalho?
5. Pode o empregado ser dispensado no período de suspensão ou interrupção do contrato de trabalho?

22

CESSAÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO

1. DENOMINAÇÃO

Já estudamos o início do contrato de trabalho, quando o empregado é admitido. Agora iremos verificar quando o pacto laboral chega a seu fim.

Na doutrina, não há unanimidade no uso dos termos qualificadores do término do contrato de trabalho.

Délio Maranhão (1992 v. 1:525-526) emprega a palavra dissolução para especificar os casos em que contrato chega a seu fim por uma via que não seja a normal, comportando as subespécies resilição, resolução, revogação e rescisão. A resilição ocorre quando as próprias partes desfazem o pacto que haviam celebrado. Seria o distrato previsto no art. 1.093 do Código Civil. A resolução diz respeito à dissolução dos contratos por inexecução faltosa de uma das partes contratantes ou quando o contrato é subordinado a uma condição resolutiva. A revogação é uma espécie de dissolução própria dos contratos a título gratuito, que pode ser excepcionalmente observada num contrato oneroso, como o mandato. A rescisão independe da natureza do contrato e se verifica no caso de nulidade.

Orlando Gomes (1991:398-399) utiliza os termos resolução, resilição ou rescisão para a dissolução dos contratos em geral. Resolução é a dissolução do contrato em razão da inexecução por parte de um dos contratantes, por sua culpa, ou não. A resolução deverá ser exercida por ação judicial, mesmo que haja cláusula resolutiva expressa, como ocorreria com o empregado estável, que necessitaria do parecer da Justiça. Resilição ou rescisão é a cessação dos efeitos de um contrato pela vontade das próprias partes, ou por uma delas, independentemente de intervenção judicial.

Evaristo de Moraes Filho (1968:13) adota o termo cessação do contrato de trabalho em qualquer caso. Octavio Bueno Magano (1992:320) também emprega o termo cessação.

O art. 49 do Estatuto dos Trabalhadores da Espanha usa o termo extinção do contrato de trabalho. A legislação portuguesa fala em cessação do contrato de trabalho como gênero (Fernandes, 1992:429).

Cessação é expressão genérica, neutra e técnica. Se o emprego das expressões resolução, resilição e rescisão é incerto e discutível entre os doutrinadores mais confunde do que esclarece; deve ser abandonado.

Preferimos utilizar o termo cessação do contrato de trabalho, pois, inclusive, a legislação previdenciária (Lei n.° 8.213/91) também fala em cessação de seus benefícios. A CLT, porém, em muitos artigos emprega a expressão

rescisão, e, muitas vezes, na prática se utiliza da expressão extinção, que vamos observar como sinônimas.

2. CONCEITO

A cessação do contrato de trabalho é a terminação do vínculo de emprego, com a extinção das obrigações para os contratantes.

3. OIT

A OIT adotou a Convenção n.° 158, de 1982, que versa sobre a cessação do contrato de trabalho por iniciativa do empregador. O Brasil aprovou essa norma por meio do Decreto Legislativo n.° 68, de 1992. O Decreto n.° 1.855, de 10-4-96, promulgou a referida norma.

Foi a Convenção n.° 158 da OIT complementada pela Recomendação n.° 166, que contém disposições detalhadas, visando orientar o legislador nacional.

O art. 4.° da norma internacional (Convenção n.° 158 da OIT) estabelece que não se dará término à relação de trabalho de um trabalhador a menos que exista para isso uma causa justificada, relacionada com sua capacidade ou seu comportamento, ou baseada nas necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço. Não se considera causa justificada para a dispensa: (a) a filiação a um sindicato ou a participação em atividades sindicais; (b) a candidatura a representante dos trabalhadores; (c) a apresentação de queixa ou participação em um procedimento estabelecido contra um empregador por supostas violações de leis ou regulamentos, ou o fato de o trabalhador recorrer perante as autoridades administrativas competentes; (d) a raça, a cor, o sexo, o estado civil, as responsabilidades familiares, a gravidez, a religião, as opiniões políticas, a ascendência nacional ou a origem social; (e) a ausência do trabalho durante a licença-maternidade (art. 5.°).

Esclarece o art. 165 da CLT que a dispensa arbitrária é a que não se fundar em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro.

O art. 7.° da Convenção n.° 158 da OIT dispõe que o trabalhador, para ser dispensado, deve ser previamente avisado do motivo pelo qual está se caracterizando o término de seu contrato, podendo defender-se das acusações ou terá direito de recorrer a um tribunal do trabalho para apreciar a injustiça ou a falta de motivação de sua despedida.

Argumenta-se que a Convenção n.° 158 da OIT conflita com o inciso I do art. 7.° da Constituição, que trata da proteção da relação de emprego contra dispensa arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória. Como a Convenção da OIT é recepcionada em nosso sistema jurídico com hierarquia de lei ordinária e não de lei complementar, estaria violado o referido preceito constitucional, que é o entendimento do STF.

O art. 10 da Convenção n.° 158 estabelece que se os organismos que irão examinar a dispensa do trabalhador "chegarem à conclusão de que o término da relação de trabalho é injustificado e se, em virtude da legislação e prática nacionais, esses organismos não estiverem habilitados ou não considerarem possível, devido às circunstâncias, anular o término e, eventualmente, ordenar ou propor a readmissão do trabalhador, terão faculdade de ordenar o pagamento de uma indenização adequada ou outra reparação que for considerada apropriada".

Verifica-se que a legislação de cada país é que irá determinar: (a) a reintegração do empregado no emprego; (b) o pagamento de indenização; ou (c) outra reparação apropriada. O próprio sistema adotado pelo inciso I do art. 7.° da Constituição exclui a estabilidade, determinando que a lei complementar irá

prever indenização compensatória pela dispensa arbitrária. Isso quer dizer que nosso sistema jurídico não determina a reintegração do empregado, mas protege a dispensa abusiva por meio de pagamento de indenização. Dessa forma, o empregado não terá, portanto, direito a reintegração, mas a pagamento de indenização, remetendo o intérprete do art. 10 da Convenção n.° 158 à legislação ordinária de cada país, que irá tratar do tema. Se a própria norma internacional determina que a "legislação e prática nacionais" é que irão estabelecer a reintegração ou pagamento de indenização, o inciso I do art. 7.° da Lei Maior apenas confirma tal orientação, especificando que nosso sistema prevê pagamento de indenização, e não de reintegração, salvo nos casos da Lei n.° 9.029/95. A indenização da despedida pode ser entendida, em nosso país, como a do FGTS ou da indenização de 40%, pois, enquanto não for promulgada a lei complementar de que trata o inciso I do art. 7.° da Lei Magna, o porcentual da indenização do FGTS passou a ser de 40% (art. 10, I, do ADCT). Se o Estado, portanto, entender de determinar o pagamento de indenização, e não reintegração, inexistirá direito a estabilidade. A legislação brasileira não assegura direito a estabilidade, mas ao regime do FGTS. Apenas em determinadas questões especiais poder-se-á falar em estabilidade (membro da CIPA, gestante etc.). Assim, não se pode considerar a Convenção n.° 158 da OIT inconstitucional, pois não se atrita com o inciso I do art. 7.° da Constituição, sendo que este, apenas, confirma a orientação da norma internacional, posto que as convenções da OIT, apenas, fixam "os princípios de ordem geral, entregando-se ao legislador nacional o encargo de dispor sobre as particularidades de cada assunto, pois, a experiência diplomática revela que é mais fácil o acordo nos pontos gerais do debate do que nos detalhes por meio dos quais se chega à execução prática do princípio" (Gilda Russomano. Os conflitos espaciais de lei no plano das relações trabalhistas, Rio de Janeiro, José Konfino Editor, 1964. p. 139).

A Convenção n.° 158 da OIT não proíbe a dispensa do trabalhador; apenas garante que ele não pode sofrer dispensa sem motivação, não assegurando, portanto, estabilidade absoluta, como prevê a CLT para quem tem mais de 10 anos de empresa e não é optante do FGTS (art. 494 ss da CLT).

O trabalhador poderá recorrer a um organismo neutro, como o Judiciário, para discutir sobre a forma injustificada em que houve o término do contrato de trabalho (art. 8.°). Versa ainda a Convenção n.° 158 sobre aviso prévio, indenização, seguro-desemprego, assim como sobre mecanismos de consulta aos representantes dos trabalhadores, quanto ao término do contrato de trabalho por motivos econômicos, tecnológicos, estruturais e análogos.

O Decreto n.° 2.100, de 25-12-96, tornou pública a denúncia da Convenção n.° 158. Perdeu essa norma internacional vigência a partir de 20-11-97, pois o depósito da denúncia foi feito na OIT em 20-11-96.

4. DISPENSA ARBITRÁRIA

O inciso I do art. 7.° da Constituição estabelece que haverá "relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos".

Até o momento, essa lei complementar inexiste.

Na verdade, relação de emprego é a relação jurídica. Não é um direito. O que deveria ser protegido contra a dispensa arbitrária é o direito ao emprego e não à relação de emprego. O certo seria proibição da dispensa arbitrária, pois, num primeiro momento, quem protege não proíbe. Toda dispensa arbitrária é, porém, sem justa causa. Do contrário, não seria arbitrária.

Incorreta a menção a "dentre outros direitos". Dentre quer dizer do meio de. Dentre a multidão saiu um cachorro. Deveria ser empregada a palavra entre (outros direitos).

O conceito de dispensa arbitrária é encontrado no art. 165 da CLT, que dispõe que se entende por dispensa arbitrária a que não se fundar em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro. Motivo técnico diz respeito à organização da atividade da empresa, como o fechamento de uma filial ou de uma seção, com a despedida dos empregados. Motivo econômico ou financeiro é o relativo à insolvência da empresa, por questões, v. g., relativas a receitas e despesas. Motivo disciplinar é o pertinente à dispensa por justa causa (art. 482 da CLT).

5. DIVISÃO

Vamos dividir a cessação do contrato de trabalho de seguinte forma: (a) por decisão do empregador, que compreenderá a dispensa sem justa causa e com justa causa; (b) por decisão do empregado, que comporta a demissão, a rescisão indireta ou aposentadoria; (c) por desaparecimento de uma das partes, como a morte do empregador pessoa física, do empregado, ou a extinção da empresa; (d) por mútuo consentimento entre as partes; (e) por advento do termo do contrato; (f) por força maior.

6. CESSAÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO POR DECISÃO DO EMPREGADOR

O empregador poderá fazer cessar o contrato de trabalho em certos casos. Necessário, inicialmente, verificar o inciso I do art. 7.° da Constituição, que estabelece: "relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos". Enquanto não for editada a lei complementar mencionada, o porcentual da indenização do FGTS é elevado para 40% (art. 10, I, do ADCT).

A dispensa é arbitrária se não se fundar em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro (art. 165 da CLT). A dispensa sem justa causa é aquela feita pelo empregador sem motivo dado pelo empregado.

6.1 Dispensa do empregado sem justa causa

O empregador pode dispensar o empregado sem justa causa, cessando, assim, o contrato de trabalho. Para tanto, porém, deverá pagar as reparações econômicas pertinentes. Terá direito o empregado a aviso prévio, 13.° salário proporcional, férias vencidas e proporcionais, saldo de salários, saque do FGTS, indenização de 40% e direito ao seguro-desemprego.

Tendo o empregado mais de um ano de empresa, haverá necessidade de assistência perante o sindicato ou a DRT (§ 1.° do art. 477 da CLT).

6.2 Dispensa do empregado com justa causa

O empregador poderá dispensar o empregado que comete falta grave, ou seja, com justa causa. A justa causa vem a ser o procedimento incorreto do empregado, tipificado na lei, que dá ensejo à ruptura do vínculo empregatício.

A justa causa deverá ser prevista na lei, pois poderíamos aplicar a regra do Direito Penal e adaptá-la no Direito do Trabalho, no sentido de que não haverá justa causa se não houver previsão na lei. Assim, existem as hipóteses

previstas no art. 482 da CLT, como também em outros dispositivos consolidados, v. g., art. 508 da CLT.

6.2.1 Terminologia

Poder-se-ia discutir a terminologia empregada, entre a expressão justa causa ou falta grave. Wagner Giglio (1992:16) bem esclarece que "justa causa sempre nos pareceu uma expressão infeliz, porque causa não tem nela sentido jurídico, mas popular, e justa (ou injusta) poderá vir a ser a conseqüência do motivo determinante da rescisão, nunca o próprio motivo ou causa. Assim, a justa causa não seria nem justa, nem causa, e melhor andaríamos se a ela nos referíssemos, seguindo o exemplo da lei, como motivo da rescisão".

"Não menos infeliz é a expressão falta grave, onde o primeiro termo não significa ausência, carência ou escassez e sem engano, falha, defeito ou infração. E grave, no sentido de importante, intensa ou grande, deve ser toda e qualquer infração, pois as veniais não caracterizam sequer justa causa, como se verá. Via de conseqüência, afirmar-se que alguém cometeu uma falta grave não teria, a rigor, o sentido técnico pretendido, ensejando dúvidas."

A CLT não é muito precisa na utilização dos termos falta grave ou justa causa. Emprega falta grave no art. 453, parágrafo único do art. 240, arts. 492, 493, 495, § 3.° do art. 543; também é encontrado no Enunciado 73 do TST e na Súmula 403 do STF. O termo justa causa é utilizado no art. 508, § 2.°, do art. 432, arts. 479, 480 e 482.

São utilizados ainda outros termos, como ato faltoso (art. 158), justo motivo (arts. 391, 487), faltas justas (art. 491), rescisão injusta (art. 474 da CLT).

Parece que a CLT, em certos casos, usa do termo falta grave para justificar a prática realizada pelo empregado estável (art. 493) quando por sua natureza ou repetição represente séria violação dos deveres e obrigações do empregado, mas remete o intérprete ao art. 482 da CLT, que enumeraria as hipóteses. É certo que os arts. 853 a 855 da CLT falam em inquérito para apuração de falta grave e não de justa causa. Isso importa dizer que o legislador parece ter reservado, a princípio, o termo falta grave para o empregado estável, e justa causa para os demais empregados. Mesmo o inciso VIII do art. 8.° da Lei Maior emprega o termo falta grave. Ocorre, contudo, como já vimos, que ora se emprega um termo, ora outro, mesmo para empregados não estáveis.

Na prática, o termo justa causa parece ser o mais utilizado, sendo, assim, o que vamos empregar, embora possamos utilizar o termo falta grave como sinônimo.

6.2.2 Conceito

Justa causa é a forma de dispensa decorrente de ato grave praticado pelo empregado, implicando a cessação do contrato de trabalho por motivo devidamente evidenciado, de acordo com as hipóteses previstas na lei.

Utiliza-se a expressão justa causa para a falta praticada pelo empregado. Quando a falta é praticada pelo empregador, que dá causa a cessação do contrato de trabalho por justo motivo, emprega-se, na prática, a expressão rescisão indireta, de acordo com as hipóteses descritas no art. 483 da CLT.

6.2.3 Sistemas

Três são os sistemas observados em relação à justa causa: o genérico, o taxativo e o misto.

O sistema genérico é encontrado nas legislações que autorizam o despedimento do trabalhador sem especificar as hipóteses em que se configura a justa causa. Determina apenas uma regra geral e abstrata sobre o assunto. Os casos concretos são analisados pelo Judiciário, que faz a subsunção do fato à norma, de acordo com o critério subjetivo do julgador. A lei não enumera quais as hipóteses de justa causa, muito menos as exemplifica. No referido sistema, é possível dizer que o legislador não teve por objetivo fixar todas as hipóteses de justa causa diante da impossibilidade de fazê-lo, dado que não seria possível definir todos os casos em que isso ocorreria.

No sistema taxativo, o legislador determina exaustivamente quais as hipóteses em que se configura a justa causa. As normas coletivas, os regulamentos de empresa ou outras normas não poderão tratar de hipóteses de justa causa, que ficarão a cargo da lei. Os tribunais trabalhistas trabalham dentro de parâmetros rígidos para a fixação da justa causa, dando maior segurança e proteção ao trabalhador. Critica-se esse sistema sob o argumento de que, muitas vezes, se a lei usa termo muito amplo para determinar uma justa causa, pode ser que nesse item possam ser enquadradas diversas hipóteses, embora o sistema seja taxativo.

O sistema misto compreende uma combinação entre o sistema taxativo e o genérico. A lei determina taxativamente as hipóteses de justa causa, porém, em algumas dessas hipóteses, o tipo legal fica bastante amplo, genérico, permitindo o enquadramento de diversas situações em certa especificação da lei.

6.2.4 Taxatividade do art. 482 da CLT

A doutrina é praticamente unânime no sentido de que o art. 482 da CLT é taxativo e não meramente exemplificativo. Entretanto, se o art. 482 da CLT fosse taxativo, não seriam permitidos outros tipos de faltas graves previstos em outros comandos da CLT, como de fato ocorre (art. 508, § 2.° do art. 432, parágrafo único do art. 240, art. 20 da Lei n.° 6.354/76, art. 13 da Lei n.° 6.019 etc.). É certo, porém, que a CLT é uma consolidação de leis, tendo ocorrido, em alguns casos, falha de sistematização da legislação trabalhista, pois os artigos que tratam da justa causa estão espalhados na referida consolidação, exceto o art. 482. Pelo que se verifica, porém, dos outros artigos mencionados, as referidas faltas graves poderiam ser incluídas no art. 482 da CLT. O não-pagamento de dívidas do bancário (art. 508 da CLT) poderia ser capitulado como improbidade. A não-realização de horas extras pelo ferroviário em caso de serviços urgentes por acidente (parágrafo único do art. 240 da CLT) pode ser enquadrada como insubordinação. O art. 20 da Lei n.° 6.354/76 (atleta profissional de futebol) fala dos mesmos casos do art. 482 da CLT. O art. 13 da Lei n.° 6.019/74 faz expressa remissão ao art. 482 da CLT. As faltas praticadas pelo aprendiz no curso de aprendizagem (§ 2.° do art. 432 da CLT) poderiam ser entendidas como desídia, indisciplina ou insubordinação. O ato faltoso do empregado em se recusar a cumprir as determinações do empregador quanto a normas de segurança de trabalho ou de equipamentos de proteção individual (parágrafo único do art. 158 da CLT) é conduta tipificada como indisciplina ou insubordinação.

Pelo que verificamos, o art. 482 da CLT é taxativo, sendo que somente as faltas tipificadas no referido comando legal serão passíveis da aplicação de justa causa. Não se trata, portanto, de norma meramente exemplificativa, pois há necessidade de ser descrito o tipo para enquadramento da falta cometida pelo empregado. A CLT, contudo, não ofereceu definições das faltas graves, nem seria condizente que o fizesse, pois as definições devem ficar a cargo da doutrina,

sendo que a valoração dos atos praticados pelo empregado, com a conseqüente capitulação legal, irá ser feita pelo Poder Judiciário.

6.2.5 Tipificação da justa causa pelo empregador

Verificam-se na jurisprudência duas correntes para tentar justificar a tipificação da justa causa pelo empregador: a ortodoxa e heterodoxa. Na primeira, não se aceita que o empregador classifique erroneamente na defesa a tipificação da justa causa. Caso o faça, não se caracteriza a falta. Seria o caso de tipificar o empregado, na defesa uma conduta de insubordinação, mas, na verdade, teria ocorrido desídia. Nesse caso, entende-se que não é justo o motivo para o despedimento, pois foi configurada hipótese diversa da relatada.

A corrente heterodoxa aceita os fatos narrados na defesa para justificar a despedida por justa causa, cabendo ao julgador tipificar o caso concreto na hipótese legal.

Pág. 317

Seria a aplicação do brocardo da mihi factum, dabo tibi jus. De certa forma, pouco importa o nome dado ao ato faltoso pelo empregador, e sim a existência do referido ato. Caberá ao juiz tipificar a referida falta, apontando qual o mandamento legal que determina a justa causa. Parece que essa é a orientação mais acertada, pois muitas vezes é difícil ao empregador capitular na lei qual a falta que foi cometida pelo empregado. Assim, o importante é que a defesa indique qual foi o ato faltoso praticado pelo empregador, cabendo ao juiz, na sentença, estabelecer a associação entre o ato faltoso e a previsão legal.

6.2.6 Elementos

Os elementos da justa causa podem ser descritos como objetivos e subjetivos.

O elemento subjetivo é a vontade do empregado, e pode ser verificado se agiu com culpa (negligência, imprudência ou imperícia) ou com dolo, se o obreiro realmente teve a intenção de fazer certo ato. Outros elementos subjetivos são a personalidade do agente, seus antecedentes, seu grau de instrução ou de cultura, sua motivação etc.

Os requisitos objetivos são vários. O primeiro é o de que a justa causa seja tipificada em lei, ou seja, não haverá justa causa se não houver determinação da lei. É a aplicação da regra do Direito Penal de que nullum crimen nulla poena sine lege (art. 5.°, XXXIX da Constituição).

O segundo elemento objetivo vem a ser a gravidade do ato praticado pelo empregado, de modo a abalar a fidúcia que deve existir na relação de emprego.

O terceiro requisito diz respeito ao nexo da causalidade ou nexo de causa e efeito entre a falta praticada e a dispensa. O empregado não pode ser dispensado pelo fato de ter cometido uma falta anterior. Por exemplo: o empregado falta seguidamente ao serviço e o empregador o despede pelo fato de ter sido apanhado dormindo no serviço há quase um mês. Não existe nexo causa e efeito no exemplo mencionado.

Deve haver proporcionalidade entre o ato faltoso e a punição. O poder de aplicar penalidades ao empregado é decorrente do poder de direção ou mais especificamente do poder disciplinar do empregador. Esse poder admite que o empregado seja advertido verbalmente, por escrito, suspenso e dispensado. Os atletas profissionais de futebol são também passíveis de multa. O empregador, porém, não poderá usar arbitrária ou abusivamente o poder que lhe é conferido. Deve, assim, o empregador punir as faltas mais leves com penas mais brandas, e as faltas mais graves com penas mais severas. O despedimento deve ficar reservado para a última falta ou para a mais grave. Desse forma, uma falta sem

grande importância deveria ser apenada com advertência verbal, outra falta praticada pelo mesmo empregado seria apenada com advertência por escrito. Numa próxima, seria suspenso. Se o empregado não atende aos aspectos pedagógicos das penas que lhe foram aplicadas e continua recalcitrante, na última falta deve ser apenado com a dispensa. É claro que necessariamente o empregador não deve observar essa ordem, principalmente quando o ato cometido pelo empregado é tão grave, ocasião em que deve ser dispensado de imediato.

Pág. 318

Requisito objetivo fundamental é a imediação na aplicação da sanção ao empregado. A pena deve ser aplicada o mais rápido possível ou logo após o empregador ter conhecimento da falta, para não descaracterizá-la. Se o empregador abre sindicância ou inquérito interno para apuração da falta, é a partir de sua conclusão que a penalidade deve ser aplicada. Caso o empregador assim não proceda, há uma presunção de que a falta não foi tão grave assim, a ponto de abalar a relação de emprego, havendo perdão tácito por parte do empregador em relação ao ato praticado. Dessa maneira, deve haver atualidade na punição do empregado ou em sua dispensa, para que a falta cometida não fique descaracterizada.

O empregador não poderá aplicar uma dupla punição pelo mesmo ato praticado pelo empregado, ou seja, non bis in idem. O empregado não poderá ser punido duas vezes pelo mesmo ato. Por exemplo: o empregado sofre pena de advertência por ter descumprido uma ordem do empregador. Posteriormente, o empregador, entendendo que a pena é muito branda, resolve aplicar a dispensa por justa causa ao empregado. Vemos que não é possível ao empregador aplicar duas penas pelo mesmo fato praticado pelo obreiro. Deve o empregador, portanto, aplicar uma pena distinta para cada ato faltoso do empregado, sendo que a causa da dispensa deve ser um fato totalmente diverso dos anteriores praticados pelo obreiro ou a reiteração ou agravamento de atos já praticados anteriormente, que são praticados mais uma vez. Essa última falta é que será apenada com a justa causa.

A falta praticada pelo empregado deverá ter conexidade com o serviço. Se o empregado bate em sua mulher em sua residência, apesar de o fato ser deplorável, não poderá ser dispensado por justa causa, pois o fato não tem que ver com o serviço.

O fato de o empregador fazer boletim de ocorrência para comunicar uma falta do empregado, como de furto, apropriação indébita etc. não quer dizer nada, a princípio. O boletim de ocorrência é mera comunicação ou informação à autoridade policial, que irá apurar os fatos. Não é, portanto, elemento fundamental para a caracterização da justa causa.

6.2.7 Forma

Nossa legislação não prevê a forma da comunicação de dispensa por justa causa. Há normas coletivas que estabelecem que o empregador deve comunicar os motivos pelos quais o empregado foi dispensado.

Da CTPS do empregado, porém, não poderá constar o motivo indicador da cessação do contrato de trabalho. O antigo § 3.° do art. 32 da CLT autorizava a anotação de condutas desabonadoras do empregado apenas na ficha de qualificação arquivada na repartição competente, mediante determinação de sentença condenatória proferida pela Justiça do Trabalho, pela Justiça Comum ou pelo Tribunal de Segurança Nacional. Essas anotações somente eram feitas pela autoridade administrativa, de acordo com as determinações da sentença com trânsito em julgado. Não mais se autoriza fazer essas anotações na CTPS do empregado, por falta de previsão legal. Mesmo o empregador não poderá apor na CTPS do empregado que este foi dispensado por justa causa e quais foram os fundamentos da conduta desabonadora do empregado, pois isso dificultaria ou

impediria a obtenção de novo emprego e até mesmo a defesa do empregado. Isso também implicaria ferir a liberdade de trabalho do empregado, pois não obteria novo empregado com tanta facilidade, visto que nenhum empregador iria querer admiti-lo em sua empresa, em função de seu passado desabonador.

Pág. 319

Deveria a lei estabelecer que o empregador comunicaria por escrito as causas da ruptura do pacto laboral, justamente para que em juízo não fizesse outras alegações ou modificasse as causas anteriores da dispensa. Quando a Convenção n.° 158 da OIT estava em vigor, havia necessidade de se indicar o motivo pelo qual o empregado estava sendo dispensado, até para efeito de o obreiro poder defender-se.

6.2.8 Local

O local da prática da justa causa pode ser tanto dentro da empresa como fora dela. A concorrência desleal ao empregador geralmente é praticada fora do local de trabalho do empregado. Os motoristas, cobradores ou propagandistas podem cometer faltas fora da empresa, pois trabalham externamente.

6.2.9 Tempo

O empregador deve observar a regra da imediação na aplicação da justa causa. Entretanto, a falta grave deve ser observada a partir da data em que o empregador toma conhecimento da falta e não do dia em que foi cometida a falta. Às vezes, a falta ocorre fora do estabelecimento e o empregador só toma conhecimento dela vários dias após. É a partir do momento em que o empregador toma conhecimento da falta que deve ser aplicada a punição, sob pena da ocorrência de perdão tácito. Como já se disse, se o empregador abre inquérito administrativo ou sindicância interna para apuração dos fatos, é a partir do término desses procedimentos que deve ser observada a imediação. Em empresas públicas ou na própria administração direta, é compreensível que a falta demore para ser apurada em função da burocracia interna existente no órgão governamental; porém, a partir do momento em que termina a apuração dos fatos ou da sindicância é que deve ser aplicada a pena, de imediato, pois do contrário a falta estará descaracterizada pela ausência de imediação na punição.

6.2.10 Culpa recíproca

Pode ocorrer que tenha havido falta tanto do empregado como do empregador, daí a existência de culpa recíproca. A falta do empregado estaria capitulada no art. 482 da CLT e a falta do empregador estaria elencada no art. 483 da CLT. Havendo culpa recíproca, a indenização devida ao empregado será reduzida à metade (art. 484 da CLT), não fazendo jus o obreiro a aviso prévio, férias proporcionais e 13.° salário proporcional (En. 14 do TST).

6.2.11 Ônus da prova

É do empregador o ônus da prova da existência de justa causa para a dispensa do empregado (art. 818 da CLT). Trata-se de um fato impeditivo do direito do obreiro às verbas rescisórias, que deve ser provado pela empresa (art. 333, II, do CPC). Em razão do princípio da continuidade da relação de emprego e da presunção que se estabelece de que o obreiro é dispensado sem justa causa, as demais hipóteses de cessação do contrato de trabalho devem ser provadas pelo empregador, como na hipótese da dispensa por justa causa ou do pedido de demissão do trabalhador.

Pág. 320

Pelo princípio da razoabilidade, um homem comum e normal não vai ser dispensado por justa causa. Assim, a pena trabalhista, mais severa, que é a rescisão do contrato de trabalho por justo motivo, deve ser provada pelo empregador, de modo a não restar dúvidas da conduta do obreiro. Ao empregado caberá provar, por exemplo, que agiu em legítima defesa às ofensas do empregador ou de terceiros.

Para faltas leves, o empregador deveria aplicar sanções pedagógicas ao empregado, para que este não venha a incidir no mesmo ato. O ideal seria: primeiro, advertir verbalmente; segundo, advertir por escrito; terceiro, suspender o obreiro e depois dispensá-lo por justa causa, se continua praticando atos incorretos. Nossa legislação não estabelece a gradação anteriormente mencionada, ficando a dosagem das penas a cargo do empregador. Se a falta é grave, como de furto, o empregado deve ser dispensado de imediato, sem necessariamente ser advertido ou suspenso, pois, no caso, abala a confiança existente entre as partes do contrato de trabalho.

Caso o empregador não observe as orientações anteriormente mencionadas, a justa causa alegada para a dispensa vai ser convertida em dispensa sem justo motivo, determinando o juiz o pagamento das verbas rescisórias.

Nada impede que a dispensa ocorra se o contrato de trabalho estiver suspenso, como se o empregado estivesse em auxílio-doença e fosse provado furto na empresa nesse período. O contrato continua existindo, apenas a sua execução encontra-se suspensa.

Passamos a examinar as hipóteses de justa causa, emitindo seu conceito e trazendo jurisprudência sobre o assunto, de modo que o leitor possa identificar, associar e relacionar o fato com a tipificação legal.

6.2.12 Hipóteses legais

6.2.12.1 Ato de improbidade

Provém a palavra improbidade do Latim improbitas, que significa má qualidade, imoralidade, malícia. A improbidade revela mau caráter, perversidade, maldade, desonestidade; ímproba é uma pessoa que não é honrada. O ato ensejador da falta grave pode ocorrer com furto ou roubo de materiais da empresa, a falsificação de documentos para obtenção de horas extras não prestadas, a apropriação indébita de importância da empresa, o empregado justificar suas faltas com atestados médicos falsos etc. Não há necessidade de ser feito boletim de ocorrência para a caracterização da falta, que, inclusive, independe do valor da coisa subtraída.

"Justa causa - Improbidade comprovada - A adulteração de talões de mercadorias pelo empregado, neles fazendo constar valores diversos dos anteriormente anotados pelo empregador, com o fim de embolsar as diferenças, constitui falta suficientemente grave a justificar a sua despedida por justa causa" (Ac. da 1.ª T. do TRT da 3.ª R., RO 12.974/92 - Rel. Juiz Renato Moreira Figueiredo - j. 31-5-93, Minas Gerais II 18-6-93, p. 87).

"A improbidade, restando provada de modo irrefutável sem dúvidas acerca de ato ilícito do empregado, consistente em violação de obrigação contratual implícita, leva ao reconhecimento da legalidade da rescisão por justa causa" (TRT da 9.ª R., 1.ª T. Ac. 4574390, Rel. Juiz Tobias de Macedo Filho - DJ PR 14-9-90, p. 100).

Pág. 321

"Desvio de material de propriedade da empresa importa em quebra de fidúcia justificadora da resilição contratual" (TRT 12.ª R., ROV 2.392/90, Ac. 2.ª T.

1.865/91, j. 14-4-91, Rel. Juiz Helmut Anton Schaarschmidt, DJ SC 5-6-91, p. 31).

"A falta de improbidade está suficientemente demonstrada, uma vez que o próprio reclamante, ouvido como testemunha em reclamatória idêntica à sua, reconheceu que utilizava sobras de ração transportada a granel para alimentar animais de sua propriedade" (TRT 12.ª R., RO - VA - 2.772/90, Ac. da 2.ª T. 2.063/91, j. 23-4-91, Rel. Juiz C. A. Godoy Ilha, DJ SC 17-6-91, p. 30).

"O simples fato de se tratar de objeto de pequeno valor não bastará, por si só, para afastar a configuração de improbidade e, conseqüentemente, de falta grave" (Ac. TRT da 11.ª R., Rel. Juíza Amélia Branco Bandeira Coelho, in Revista Synthesis, 10/90, p. 229).

6.2.12.2 Incontinência de conduta

A incontinência de conduta está ligada ao desregramento do empregado no tocante à vida sexual. São obscenidades praticadas a libertinagem, a pornografia, que configuram a incontinência de conduta.

Caracteriza-se incontinência de conduta quando há assédio sexual de uma pessoa a outra, que não corresponde a corte, ficando esta constrangida, por inexistir reciprocidade, evidenciando a falta grave para o despedimento.

"Caracteriza justa causa para o despedimento o comportamento do empregado, em horário de serviço, consistente em urinar no chão do setor em que é encarregado na presença de colegas de trabalho. Ato incompatível com o mínimo de decência e civilidade que razoavelmente é dado ao empregador aguardar e exigir do empregado, mormente quando encarregado do setor industrial. Incontinência de conduta configurada" (TRT 9.ª R., RO 6.150/91, Ac. 1.ª T. 7.892/92, Rel. Juiz João Creste Dalazem, DJ PR, 16-10-92, p. 158).

"Justa causa. Incontinência de conduta. Prática de atos libidinosos - A circunstância de estar no exercício da profissão médica não exonera o empregado de abster-se da prática de atos libidinosos, sendo correto enquadrá-lo na alínea b do art. 482 da CLT, quando nos autos resta provado o seu desregramento de conduta, ligado à vida sexual, no trato com seus pacientes" (Ac. TRT 9.ª R., 2.ª T. RO 706/89, Rel. Juiz Lauro Stellfeld Filho, DJ MG 4-5-90, p. 91).

6.2.12.3 Mau procedimento

O mau procedimento vem a ser um ato faltoso que não pode ser enquadrado nas demais alíneas do art. 482 da CLT. Tudo o que não possa ser encaixado em outras faltas será classificado no mau procedimento. Será, portanto, uma atitude irregular do empregado, um procedimento incorreto, incompatível com as regras a serem observadas pelo homem comum perante a sociedade. Não se confunde com a incontinência de conduta, pois esta está ligada ao ato da natureza sexual.

"Age mal empregado que, em dia de repouso, faz uso de veículo da empresa para o transporte de familiares e amigos, ao mesmo sobrecarregando e lhe imprimindo velocidade excessiva. Se há ainda a indevida cessão de veículo para que terceiro o conduza, estranho aos quadros da empresa, mais ainda se caracteriza o mau proceder, ensejador do justo despedimento" (Ac. da 2.ª T. do TRT da 9.ª R., RO 2.332/88, Rel. Juiz Lauro Stellfeld Filho, DJ PR 16-8-89, p. 96).

"Patente o mau procedimento do empregado surpreendido pela vigilância da empresa, nas proximidades da mesma, mas em seu horário de trabalho e sem justificar os motivos que o levaram a se retirar do serviço, tendo a prejudicá-lo ainda os fatos admitidos na sindicância realizada na oportunidade. Irrelevante, no caso, para a configuração da falta grave trabalhista a inexistência de comprometimento na área policial" (TRT 2.ª R., 3.ª T., RO 137/84, Ac. 16.927/85, Rel. Juiz José Henrique Marcondes Machado).

Pág. 323

6.2.12.4 Negociação habitual

O art. 84 do Código Comercial já permitia que o preposto fosse dispensado se estivesse fazendo negociações por conta própria ou alheia sem a permissão do preponente.

A negociação diz respeito aos de comércio praticados pelo empregado. Essa negociação, segundo a lei trabalhista, deve ser aquela feita sem permissão do empregador e com habitualidade. Se houver permissão do empregador, a justa causa estará descaracterizada. O mesmo ocorre se não houver habitualidade.

O trabalho concorrente ou prejudicial ao serviço é o que será proibido pela lei. Nada impede que o empregado exerça mais de uma atividade, mas essa outra atividade não poderá ser exercida em concorrência desleal à empresa, de modo a acarretar prejuízo ao serviço. Assim, o empregado poderá ter outro emprego, fazer pequenos bicos na hora do intervalo ou até mesmo ser empregador.

Se o empregado diminui sua produção em função do serviço paralelo que realiza, haverá prejudicialidade ao serviço.

"Concorrência desleal - Justa causa - Ao constituir uma empresa do mesmo ramo da sua empregadora, clandestinamente, praticaram os reclamantes a concorrência desleal, ensejadora de dispensa por justa causa" (Ac. un. da 1.ª T. do TRT da 3.ª R., RO 1.370/91, Rel. Juiz Antonio Miranda de Mendonça, j. 17-2-92, Minas Gerais II 20-3-92, p. 120).

"Falta grave. Negociação habitual. Se o empregado, valendo-se da sua atividade laboral, explora negócio próprio, usando a clientela da empresa em que trabalha, para vender seus produtos em detrimento do seu empregador, comete falta grave motivadora da resilição contratual" (Ac. un. da 2.ª T. do TRT da 12.ª R. ROV 1.987/90, Rel. Juiz Helmut Anton Schaarschmidt, j. 11-2-91, DJSC 8-2-91, p. 32).

"Justa causa - Concorrência - Trabalhando o autor em dois estabelecimentos congêneres e fazendo propaganda de um deles de forma ostensiva e em meios de circulação local, comete falta grave de concorrência prevista na letra c do art. 482 da CLT" (TRT 10.ª R., 2.ª T., proc. RO 2.539/85, Rel. Juiz Francisco Leocádio, DJ 32/87).

6.2.12.5 Condenação criminal

Para haver a justa causa é preciso que o empregado seja condenado criminalmente com sentença transitada em julgado. Se a sentença ainda estiver em fase recursal, não se caracteriza a justa causa.

Pág. 323

É preciso também que a sentença criminal transitada em julgado não tenha concedido a suspensão da execução da pena, ou seja, inexista sursis. Havendo o sursis, o empregado poderá trabalhar normalmente e não estará caracterizada a justa causa.

Os fatos apurados no processo penal não serão, porém, relacionados com o serviço do empregado, podem ser outros.

"Muito embora condenado o empregado à pena de reclusão, uma vez colocado sob o regime de prisão-albergue, estaria ele possibilitado de continuar prestando seus serviços à empresa. Não se configuraria, portanto, a justa causa prevista na letra d do art. 482 da CLT, uma vez que não se encontrava impedido de dar continuação à sua prestação de trabalho. Tal impossibilidade, pela ausência física do empregado, cujo contrato laboral é pactuado 'intuitu personae', configura a justa causa resilitiva, e não a condenação criminal, em si, que não figura como ilícito trabalhista no elenco taxativo de tais

possibilidades apontadas no art. 482 da CLT" (TRT, 2.ª R., 3.ª T., Proc. 2.134/74, Ac. 9.368/74, j. 5-11-74, Rel. Juiz Francisco Garcia Monreal Jr., DOE SP 10-12-74, p. 31).

"Empregado para o qual houve resolução contratual, por condenação criminal de sentença transitada em julgado, que cumpre parte da pena e libertado por indulto, não pode alegar despedida sem justa causa pelo empregador, se impossibilitado fisicamente da prestação de serviços por condenação criminal, não socorrendo in casu, o alegado descumprimento do art. 482 da CLT" (TST, RR 4.180/72, Rel. Lima Teixeira, Ac. 1.ª T., 827/73, DJU 13-8-73, p. 5.693).

6.2.12.6 Desídia

O empregado labora com desídia no desempenho de suas funções quando o faz com negligência, preguiça, má vontade, displicência, desleixo, indolência, omissão, desatenção, indiferença, desinteresse, relaxamento. A desídia pode também ser considerada como um conjunto de pequenas faltas, que mostram a omissão do empregado no serviço, desde que haja repetição dos atos faltosos. Uma só falta não vai caracterizar a desídia. As faltas anteriores devem, porém, ter sido objeto de punição ao empregado, ainda que sob a forma de advertência verbal. A configuração se dará com a última falta.

"Irrelevante para a caracterização da falta grave a função exercida pelo empregado, como contínuo, pois está provado nos autos que por sua incúria, ao deixar de entregar aos diretores da empresa carta comunicando realização de reunião, que a ela deveriam comparecer, praticou ato desidioso, por negligência, sendo justa a dispensa" (TRT, SP 02890154224, Ac. 2.ª T., 3.162/91, Rela. Maria Aparecida Duenhas, DJ SP 26-3-91).

"Constitui ato de desídia grave a omissão do registro de horário de ronda, confessada pelo trabalhador e em momento coincidente com arrombamento e furto na empresa" (TRT, 12.ª R., RO-V - 2.336/90, Ac. 1.ª T. 1.042/91, j. 29-1-91, Rel. Juiz Câmara Rufino, DJ SC 22-4-91, p. 48).

"Demonstrada a desídia face a prova, abre oportunidade o empregado, para ser despedido por justa causa, mormente quando no horário reservado ao serviço na empresa, executa trabalho de seu interesse particular" (TST, 1.ª T., Al 1.142/74, Rel. Lima Teixeira, 1.442/74, DJU 5-11-74, p. 8.250).

"Justa causa. Motorista. Quebra do motor. O motorista profissional conhecendo todos os sintomas e sinais que denunciam defeito grave no motor do veículo que dirige, pratica falta grave se, ouvindo barulho característico que denota irregularidade, insiste em mantê-lo funcionando provocando com isso a quebra e inutilização completa do motor, revelando, com isso, grave imperícia e resultando na prática de desídia, justificando a dispensa por justa causa" (TRT, 9.ª R., 3.ª T., RO 3.814/89, Rel. Juiz Euclides Alcides Rocha, j. 5-9-90, DJ PR 5-10-90, p. 86).

"Justa causa - desídia - cobrador de ônibus. A prestação de contas do cobrador de transporte coletivo, ao final da jornada, constitui dever de ofício. O repasse incompleto da féria do dia configura comportamento desidioso que, na reiteração, enseja a aplicação da justa causa" (TRT, 2.ª R., 5.ª T., RO 029000122265, Rela. Juíza Wilma Nogueira de Araújo Vaz de Lima, j. 31-3-92, DJSP 14-4-92, p. 99-100).

6.2.12.7 Embriaguez

A embriaguez é proveniente de álcool ou de drogas. Configura-se de duas maneiras a embriaguez: habitual ou em serviço. Se o empregado embriaga-se contumazmente fora do serviço, transparecendo este ato no serviço, está

caracterizada a falta grave. De outro modo, se a embriaguez não é habitual, mas realizada no próprio serviço, a justa causa também será observada. A lei trabalhista tipifica como justa causa embriaguez e não o ato de beber; somente o empregado embriagado será demitido e não aquele que vez ou outra toma um aperitivo e não fica embriagado. A embriaguez em serviço não precisa ser habitual.

Para a caracterização da embriaguez habitual há necessidade de sua repetição. No entanto, a embriaguez no serviço pode ser caracterizada apenas por uma falta.

O médico poderá constatar a embriaguez por meio do exame dos globos oculares, que ficam com abundância de irrigação sangüínea, pelo exame do pulso, pois são elevados os batimentos cardíacos.

A embriaguez fortuita ou decorrente de força maior não constitui justa causa para o despedimento. É o que ocorreria se uma pessoa trocasse os copos, dando de beber a uma pessoa que não bebe ou não pode beber. Há quem entenda que a embriaguez não é motivo para a dispensa por falta grave do empregado, por se tratar de doença. Tanto que a Organização Mundial de Saúde já a considera como doença. Assim, o empregado deve ser tratado e não dispensado, sendo enviado ao INSS.

"A falta, para ser considerada grave, tem que ter força para soterrar o elemento fidúcia que une as partes no contrato de trabalho, seja pela reiteração ou por ato único. Ao comparecer embriagado para trabalhar, o motorista de ônibus comete falta grave, ainda que seja a primeira vez" (TRT, 3.ª R., 1.ª T., RO 04168/91, Rel. Juiz Antonio Miranda de Mendonça, DJ MG 24-7-92, p. 31).

"Embriaguez em serviço. Constituem justa causa para dispensa do empregado ingerir habitualmente bebida alcoólica durante a jornada de trabalho e manifestado estado de embriaguez" (TRT da 2.ª R., 7.ª T., RO 24.731/909, Rel. Juiz Gualdo Amaury Formica, j. 2-12-91, DJSP 9-12-92, p. 202).

"Falta grave. Embriaguez em serviço. O fato de o empregado haver-se apresentado embriagado à entrada do serviço não impede a caracterização da 'embriaguez em serviço', pois já adentrara na empresa com o fito de trabalhar. Inadmissível aguardar que realizasse alguma tarefa, podendo prejudicar-se e ao serviço, para melhor evidenciar a natureza da falta" (TRT, 2.ª R., 7.ª T., RO 26.690/90-9, Rela. Juíza Lucy Mary Marx Gonçalves da Cunha, j. 26-10-92, DJ SP 5-1-92, p. 158).

6.2.12.8 Violação de segredo da empresa

Comete falta grave de violação de segredo da empresa o empregado que divulga marcas e patentes, fórmulas do empregador, sem seu consentimento, o que não deveria ser tornado público, configurando prejuízo àquele. Seria a hipótese de um funcionário da empresa conseguir a fórmula da Coca-Cola e divulgá-la para os concorrentes. Não se confunde com concorrência desleal, que importa ato de comércio.

"Empregado que subtrai da empresa documentos sigilosos, com o intuito de deles se utilizar em empresa concorrente para a qual passou a trabalhar, comete falta grave a ensejar rescisão do contrato de trabalho" (TST, 2.ª T., RR 1.780/74, Rel. Min. Thélio da Costa Monteiro, Ac. 1.317/74, DJU 22-10-74, p. 7.810).

"Justa causa - Telefonista - Telecard - Caracterizada a violação de segredo da empresa pela telefonista que repassou senhas sigilosas dos cartões Telecard a terceiros, causando prejuízo financeiro e moral à empresa, e provando-se o ato faltoso através de prova testemunhal e confissão emitida em sindicância, correta a dispensa por justa causa" (TRT, 3.ª R., 4.ª T., RO

5.615/92, Rel. Juiz Orestes Campos Gonçalves, j. 9-1-93, Minas Gerais II 20-2-93, p. 88).

6.2.12.9 Indisciplina

A indisciplina no serviço diz respeito ao descumprimento de ordens gerais de serviço. O empregado, por exemplo, descumpre as ordens gerais dadas pelo empregador, como as contidas no regulamento da empresa, em ordens de serviço, circulares, portarias. Configura-se indisciplina se o empregado se recusa a ser revistado na saída do serviço, desde que agindo o empregador moderadamente.

"Configura-se ato de indisciplina o desrespeito por parte do empregado à norma de funcionamento da empresa, desnecessária se revelando a preexistência de sanções pedagógicas, quando a indisciplina, pela gravidade da falta, abala a fidúcia que deve imperar nas relações de trabalho" (TRT, 3.ª R., 4.ª T., RO 06082/91, Rel. Juiz Luiz Octávio Linhares Renault, DJ MG 24-7-92, p. 38).

"Trabalhista - Justa causa - Indisciplina - Recurso improvido. O uso de veículo em benefício próprio, fora do horário de trabalho, causando atropelamento em pedestre com lesão corporal e material caracteriza a indisciplina e autoriza a dispensa do obreiro nos termos do art. 482, h, da CLT" (TRF, 3.ª R., 1.ª T., RO 90.03.00565-6 SP, Rel. Juiz Silveira Bueno, j. 4-12-90, DJSP 19-12-90, p. 80).

"Comete falta grave de indisciplina o empregado que se nega a submeter-se ao revistamento" (TRT da 2.ª R., 1.ª T., RO 02870137138, Rel. Juiz José Serson, DJ SP 19-10-88, p. 64).

"Dá justa causa para a sua dispensa o empregado, vigilante, com passado funcional não isento de mácula e que abandona seu posto para receber, em local isolado, pessoa estranha aos quadros da empresa, afrontando proibição do empregador" (TRT, 9.ª R., 2.ª T., RO 776/86, Ac. 2.125/86, Rela. Juíza Carmen Amin Ganen).

6.2.12.10 Insubordinação

A insubordinação está ligada ao descumprimento de ordens pessoais de serviço. Não são ordens gerais do próprio empregador, mas ordens do chefe, do encarregado, ligadas ao serviço, como o fato de o empregado não fazer serviço que lhe foi determinado no dia. Se a ordem do superior é imoral ou ilegal não se configura a insubordinação.

"A recusa do motorista de assumir a direção do ônibus que lhe é destinado por sua empregadora, concessionária de transporte coletivo, para cumprir o itinerário que explora, sob o falso pretexto de que o veículo se encontra com defeitos, com o objetivo único de não executar a sua obrigação contratual, constitui falta grave" (TRT, 12.ª R. ROV-3.397/90, Ac. 1.ª T., 2.047/91, j. 14-5-91, Rel. Juiz Pedro Alves de Almeida, DJ SC 17-6-91, p. 28).

"Justa causa - insubordinação. É insubordinado o empregado que envia carta a seus superiores hierárquicos, afirmando não aceitar ordens impostas por ninguém, ainda que tenha de enfrentar quaisquer conseqüências, atitude que autoriza sua dispensa motivada com suas repercussões legais" (TRT, 3.ª R., 3.ª T., RO 6.389/88, Rel. Juiz Marcos Figueiredo Mendes de Souza, j. 2-8-89, Minas Gerais II 12-9-89, p. 108).

"A recusa do empregado em cumprir determinações de seus superiores, dentro das atribuições inerentes ao emprego, perfaz a falta grave de insubordinação, ensejadora da rescisão unilateral do contrato de emprego" (TFR, RO 6.929-SP, Rel. Min. Dias Trindade, Ac. 1.ª T.).

"Paralisação do Trabalho - Insubordinação. Se, mesmo depois dos outros empregados terem retomado ao trabalho, após uma paralisação de 30 minutos, o

reclamante insistiu em fazê-lo só depois de ter o seu salário aumentado, a sua atitude caracteriza insubordinação, justificando-se a sua despedida" (TRT 15.ª R., RO 62.14065/90-8, Rel. Juiz Carlos Diehl Paolieri, Ac. 4.ª T. 1.299/92).

6.2.12.11 Abandono de emprego

Para a caracterização do abandono de emprego é mister que haja faltas ao serviço durante certo período (elemento objetivo), além de se verificar a clara intenção do empregado de não mais retornar ao emprego (elemento subjetivo). Esse último requisito vem a configurar o animus dereliquendi. É preciso que exista prova do abandono, em função do princípio da continuidade da relação de emprego.

A orientação jurisprudencial em certos casos se fixa no sentido de que o período a ser considerado deve ser de 30 dias, com base analógica no art. 474 da CLT. Em prazos menores, pode ser evidenciado o abandono de emprego desde que seja comprovado que o empregado não mais teve interesse de retornar ao trabalho.

O fato de o empregado não atender à comunicação publicada na imprensa pelo empregador pedindo retorno do empregado ao serviço, sob pena da caracterização da justa causa, não revela seu ânimo de abandonar o serviço, pois muitas vezes ele não lê aquele jornal, ou não tem condições de comprar o periódico. Deve o empregador mandar uma carta com aviso de recebimento, ou telegrama, convocando o empregado para o retorno ao trabalho.

Poderia também ser feita uma notificação judicial ou extrajudicial.

A convocação por edital somente seria feita quando o empregado não tivesse endereço certo e conhecido.

"Havendo comprovação segura de desinteresse do trabalhador em exercer suas funções e do decurso de prazo razoável sem comparecimento no local de trabalho, têm-se por configurados os elementos objetivo e subjetivo caracterizadores do abandono de emprego, previsto na letra i do art. 482 da CLT" (TRT, 12.ª R., RO-V-2.035/90, 1.ª T., Ac. 2.089/91, j. 9-4-91, Rel. Juiz Antonio Carlos Facioli Chedid, DJ SC 19-6-91, p. 30).

"A empregada que justifica parcialmente suas ausências ao serviço com atestados médicos e não atende convocação por via postal ou outros meios, para reassumir as funções, incide em abandono de emprego" (TRT, 15.ª R., 764/91-5, Ac. 2.ª T. 11.235/91, Rel. Juiz Irani Ferrari, DJ SP 25-11-91).

O TST entende que "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" (En. 32).

6.2.12.12 Ato lesivo à honra e boa fama

A justa causa em análise é a praticada pelo empregado ao ferir a honra e a boa fama do empregador ou superiores hierárquicos ou de qualquer outra pessoa, salvo quando a exercer em caso de legítima defesa, própria ou de outrem.

Os atos mencionados originam calúnia, injúria e difamação. Os referidos atos poderão ser praticados por palavras ou gestos.

O juiz deverá examinar os vários elementos caracterizadores da falta grave, como a intenção do empregado, o ambiente, sua escolaridade e principalmente a gravidade de tais acusações. Há necessidade de que os atos em comentário sejam divulgados.

A legítima defesa, própria ou de outrem, excluirá a justa causa.

"Empregado que desacata o chefe com expressão desrespeitosa merece a dispensa com justa causa" (TRT, 2.ª R., 6.ª T., Proc. 02.850.245.989, Rel. Juiz José Serson).

"Admitindo a reclamante que se excedeu, e tendo perdido a compostura, a ponto de pronunciar palavras de baixo calão, perante superior hierárquico, tal conduta autoriza a dispensa por motivo justificado" (TRT, 3.ª R., 1.ª T., Proc. RO 3.035/87, Rel. Juiz Walmir Teixeira, DJ MG 19/88).

"A agressão dirigida pelo empregado à empregadora através da imprensa, constitui, sem dúvida, falta grave ensejadora da ruptura do pacto laboral, quer tenha sido feita em nome próprio, quer em nome do sindicato que representa" (TRT, 12.ª R., Proc. RO 1.214/85, j. 2-7-86, Rel. Juiz Umberto Grillo).

6.2.12.13 Ofensa física

Ocorre a ofensa física com a agressão do empregado contra qualquer pessoa, o empregador e superiores hierárquicos, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem. A ofensa física ocorre no local de trabalho, no serviço, mas poderá (correr fora do local de trabalho se, v. g., o empregado trabalhar externamente.

A falta grave independerá da existência de lesão corporal ou ferimento, bastando apenas a ofensa física, como o fato de um empregado esmurrar outro.

A legítima defesa irá excluir a falta grave em comentário, sendo que caberá ao empregado a prova de tal fato.

"Justa causa - Caracteriza-se quando ficou exuberantemente provada nos autos a agressão física praticada pelo empregado contra uma colega de trabalho. Aplicação do disposto no art. 482, j, da CLT. Impossível para qualquer empreendimento organizado manter em seus quadros obreiros indisciplinados e truculentos que, por qualquer motivo fútil, reagem com violência, sem mesmo respeitar a fragilidade de uma mulher" (TRT, 11.ª R., proc. RO 485/86, j. 9-10-86, Rel. Juiz Othílio Tino).

"Comete falta grave, ensejadora da demissão por justa causa, o empregado que, injustificadamente, agride colega de serviço, no recinto da empresa, durante a jornada de trabalho" (Ac. TRT, 12.ª R., RO 2.152/89, Rel. Juiz Helmut Anton Schaarschmidt, DJ SC 7-5-90, p. 23).

6.2.12.14 Prática constante de jogos de azar

A falta grave ocorre quando o empregado continuamente pratica jogos de azar. Se a prática é isolada, uma única vez, ou poucas vezes, não há a justa causa. Há, por conseguinte, a necessidade da habitualidade para a confirmação da falta grave em comentário. Pouco importa, porém, se o jogo é ou não a dinheiro.

Os jogos de azar podem ser: jogo do bicho, loterias, bingo, roleta, bacará, de cartas, dominó, rifas não autorizadas etc.

"O jogo de baralho, entre colegas de serviço, configura a falta grave prevista na alínea I do art. 482 da CLT, se sua prática for constante" (TRT, 3.ª R, 2.ª T, Proc. RO 4.377/85, Rel. Juiz Fiúza Gouthier, DJ MG 84/86).

6.2.12.15 Atos atentatórios à segurança nacional

O parágrafo único do art. 482 da CLT foi acrescentado pelo Decreto-lei n.° 3, de 27-1-66. Nele está inserida outra hipótese de justa causa para o despedimento do empregado. Só se considera justa causa para a dispensa do empregado a prática, devidamente comprovada em inquérito administrativo, de atos atentatórios contra a segurança nacional, como seriam os atos de terrorismo, de malversação da coisa pública etc.

Atualmente, a Lei de Segurança Nacional é a Lei n.° 7.170, de 14-12-83.

O Decreto-lei n.° 3/66 acrescentou três parágrafos ao art. 472 da CLT, esclarecendo a forma da apuração da falta grave. A autoridade competente poderá solicitar o afastamento do empregado do serviço ou do local de trabalho, caso haja motivo relevante de interesse para a segurança nacional, sem que se configure a suspensão do contrato de trabalho (§ 3.°). O afastamento será solicitado pela autoridade competente diretamente ao empregador, em representação fundamentada, com audiência da Procuradoria Regional do Trabalho, que instaurará inquérito administrativo (§ 4.°). Nos primeiros 90 dias, o empregado receberá remuneração (§ 5.°). Se o inquérito persistir após 90 dias, o empregador não tem obrigação de pagar salários.

Pág. 329

O TST tem verbete de sua jurisprudência predominante dizendo que "falece competência à Justiça do Trabalho para determinar a reintegração ou a indenização de empregado demitido com base nos atos institucionais" (En. 23). Hoje, o inciso XXXV do art. 5.° da Lei Maior estabelece que a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, o que quer dizer que permite à Justiça do Trabalho examinar as despedidas por motivo de atos atentatórios à segurança nacional.

6.2.12.16 Outras hipóteses

A CLT prevê outras hipóteses em que ocorre a falta grave, que não estão capituladas no art. 482.

O empregado bancário pode ser dispensado por justa causa em função de falta reiterada de pagamento de dívidas legalmente exigíveis, como ocorreria em função de um empréstimo feito ao obreiro pelo banco (art. 508 da CLT). A falta de pagamento deverá ser contumaz, sendo que uma única não caracterizará a justa causa.

O aprendiz tem por obrigação fazer os cursos de aprendizagem, cumprindo a freqüência necessária. As faltas reiteradas no curso de aprendizagem ou a falta de razoável aproveitamento no referido curso será considerada justa causa para a dispensa do aprendiz (§ 2.° do art. 432 da CLT).

Constitui justa causa para despedimento do empregado a não-observância das normas de segurança e medicina do trabalho e o não-uso dos equipamentos de proteção individual fornecidos pela empresa (art. 158, parágrafo único, da CLT).

Em casos de urgência ou de acidente na estrada de ferro, o empregado não poderá recusar-se, sem causa justificada, a executar serviço extraordinário, sob pena de ser dispensado por justa causa (parágrafo único do art. 240 da CLT).

O movimento paredista que for deflagrado sem a observância das disposições da Lei n.° 7.783/89 sujeita o empregado a ser dispensado por justa causa, dependendo dos atos que forem praticados.

Havendo justa causa, o empregado não terá direito a aviso prévio, férias proporcionais, 13.° salário, saque do FGTS e indenização de 40%, nem ao fornecimento das guias do seguro-desemprego. Fará jus apenas ao saldo de salários e às férias vencidas, se houver.

É de se ressaltar que a justa causa pode ser cometida no decorrer do aviso prévio, o que importa dizer que perderá o empregado o direito ao restante do respectivo prazo (art. 491 da CLT).

7. CESSAÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO POR DECISÃO DO EMPREGADO

O empregado pode deliberar pela rescisão do contrato de trabalho: pedindo demissão, na rescisão indireta ou por aposentadoria.

Pág. 330

7.1 Pedido de demissão

Não existe realmente "pedido de demissão", mas comunicação do empregado de que não vai mais trabalhar. O pedido não precisa ser aceito. O empregado apenas afirma que não vai mais comparecer ao trabalho.

Demissão é o aviso que o empregado faz ao empregador de que não mais deseja trabalhar na empresa. Não se confunde com a dispensa, que é o ato do empregador de despedir o empregado. É um ato unilateral, não havendo necessidade de que o empregador aceite o pedido.

O empregado terá de avisar o empregador com antecedência mínima de 30 dias de que não pretende continuar na empresa, devendo trabalhar durante o aviso prévio, salvo se for liberado pelo empregador. O empregado pode ter interesse em se desvincular do emprego o mais rápido possível, pois já possui outro serviço; nesse caso, não precisará cumprir o aviso prévio (En. 276 do TST).

Não tem o empregado direito a indenização (art. 477 da CLT), ao saque do FGTS e às guias do seguro-desemprego. Fará jus, porém, ao 13.° salário proporcional (En. 157 do TST), a férias vencidas e férias proporcionais. Estas, se tiver mais de um ano de casa (parágrafo único do art. 146 da CLT).

A única formalidade existente na legislação é que a demissão do empregado com mais de um ano de serviço só será válida quando feita com a assistência do sindicato ou perante a autoridade do Ministério do Trabalho (§ 1.° do art. 477 da CLT). Tendo o empregado menos de um ano de casa, não haverá necessidade da referida assistência. A demissão dos empregados da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos municípios e de suas autarquias ou fundações não necessita de assistência (Decreto-lei n.° 779/69, art. 1.°, I). As empresas públicas que explorem atividade econômica ou as sociedades de economia mista deverão proceder à homologação, se o empregado tiver mais de um ano de empresa, pois devem observar a legislação trabalhista (§ 1.° do art. 173 da CF).

7.2 Rescisão indireta

A rescisão indireta ou dispensa indireta é a forma de cessação do contrato de trabalho por decisão do empregado em virtude da justa causa praticada pelo empregador (art. 483 da CLT).

A rigor, a rescisão do contrato de trabalho sempre seria direta. A dispensa sempre seria direta. Não se justificaria falar em dispensa indireta ou rescisão indireta. Entretanto, na rescisão indireta não há dispensa propriamente dita de forma direta; apenas o empregador comete um ato indireto que causa a cessação do contrato de trabalho.

Na rescisão indireta, o empregado deve, de preferência, avisar o empregador dos motivos por que está retirando-se do serviço, sob pena de a empresa poder considerar a saída do trabalhador como abandono de emprego.

A única maneira de se verificar a justa causa cometida pelo empregador é o empregado ajuizar ação na Justiça do Trabalho, postulando a rescisão indireta de seu contrato de trabalho.

O empregado, a rigor, não deveria permanecer trabalhando na empresa. Deve desligar-se imediatamente, sob pena de se entender que houve perdão da falta praticada pelo empregador, ou que a falta não foi tão grave a ponto de impedir a continuidade do contrato de trabalho.

As hipóteses de rescisão indireta estão arroladas nas alíneas do art. 483 da CLT.

A primeira hipótese seria a exigência de serviços superiores às forças do empregado. A expressão "serviços superiores às forças do empregado" deve ser

interpretada no sentido amplo, como força física ou intelectual. São serviços superiores à capacidade normal do empregado. Seria o caso de se fazer com que as mulheres ou menores empregassem força muscular de 30 kg para trabalho contínuo, quando o permitido seria apenas até 20 kg (art. 390 e § 5.° do art. 405, da CLT).

A segunda hipótese ocorre com a exigência de serviços defesos por lei, proibidos pela legislação. Seria o caso de o menor fazer serviços perigosos, insalubres ou trabalho noturno, que são vedados pelo inciso XXXIII do art. 7.° da Lei Maior.

A terceira hipótese diz respeito à exigência de serviços contrários aos bons costumes. Seriam serviços contrários à moral, como se uma recepcionista de casa de tolerância tivesse que se submeter a conjunção carnal com os freqüentadores da casa.

A quarta hipótese refere-se a exigência de serviços alheios ao contrato de trabalho. Vamos supor que o empregado é pedreiro e foi contratado para esse mister. A partir de certo dia, o empregador pretende exigir serviços de carpinteiro dessa mesma pessoa.

A quinta hipótese mostra o tratamento com rigor excessivo por parte do empregador ou de seus superiores hierárquicos em relação ao empregado. Seria o caso de o empregador punir com rigor excessivo um empregado em dada situação e em relação a outro, em situação idêntica, assim não proceder.

A sexta hipótese evidencia o fato de o empregado correr perigo de mal considerável. É o que ocorreria se o empregador exigisse do empregado o trabalho em local em que este pudesse contrair doença ou moléstia grave, ou outro fato que viesse a pôr em risco sua saúde, sua vida ou sua integridade física.

A sétima hipótese seria o descumprimento pelo empregador das obrigações contratuais. A principal delas seria o não-pagamento dos salários do empregado. Considera-se a empresa em mora contumaz quando o atraso ou a sonegação de salários devidos ao empregado ocorram por período igual ou superior a três meses, sem motivo grave e relevante, excluídas as causas pertinentes ao risco do empreendimento (§ 1.° do art. 2.° do Decreto-lei n.° 368/68). O pagamento de salários atrasados em audiência não elide a mora capaz de determinar a rescisão do contrato (En. 13 do TST). O fato de o empregador não vir depositando o FGTS durante o pacto laboral não constitui violação à alínea d do art. 483 da CLT, visto que o empregado não pode levantar o FGTS na constância da relação de emprego, nem existe prejuízo ao obreiro durante a vigência do pacto laboral. Pode-se argumentar, ainda, que a obrigação de depósito do FGTS é legal e não contratual, até porque o empregado não é mais optante do FGTS. A única hipótese que poderia acarretar prejuízo ao empregado seria a de este necessitar do FGTS para amortização ou pagamento da casa própria, e aqui se poderia configurar uma falta do empregador. A falta de assinatura na CTPS do empregado não caracteriza rescisão indireta, pois o contrato de trabalho pode ser verbal ou escrito.

Além disso, se a pessoa é realmente empregada, é segurada obrigatória da Previdência Social, fazendo jus aos benefícios previdenciários, independentemente do recolhimento da contribuição previdenciária por parte do empregador, observado o período de carência. Havendo dúvida a respeito da existência da relação de emprego, discutida em processo judicial, a rescisão indireta é indevida, justamente porque anteriormente à decisão não se reconhecia o vínculo.

A oitava hipótese ocorre se o empregador ou seus prepostos ofenderem a honra e boa fama do empregado ou pessoas de sua família. É o que aconteceria com atos caluniosos, injuriosos ou de difamação. Não há fundamento legal para rescisão indireta por assédio sexual nas alíneas a e c do art. 483 da CLT. O assédio sexual não envolve serviço contrário aos bons costumes. Não há perigo de

mal considerável, nem é o caso de não cumprir as obrigações do contrato. Trata-se, mais propriamente, de um ato lesivo à honra e à boa fama da pessoa, pois podem ser veiculadas opiniões maledicentes, contrárias à honra ou à boa fama do empregado.

A nona hipótese diz respeito a ofensas físicas praticadas pelo empregador contra o empregado, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem.

A última hipótese do art. 483 da CLT trata do fato de o empregador reduzir o trabalho do empregado, sendo este por peça ou tarefa, de modo a afetar sensivelmente a importância dos salários.

O parágrafo único do art. 407 da CLT prevê outra hipótese de rescisão indireta, quando a empresa não tomar as medidas possíveis e recomendadas pela autoridade competente para que o menor mude de função.

O empregado poderá suspender a prestação dos serviços ou rescindir o contrato quando tiver de desempenhar obrigações legais incompatíveis com a continuação do serviço.

Em caso de não-cumprimento pelo empregador das obrigações contratuais e na redução por peça ou tarefa que implique diminuição de salários, o empregado pode permanecer ou não no serviço até a final decisão no processo. Nas hipóteses das alíneas a, b, c, e e f do art. 483 da CLT, deve-se entender que o empregado deve afastar-se do emprego e propor a ação com as reparações respectivas. Se a pretensão do empregado, pleiteando a rescisão indireta, for julgada procedente, a empresa irá pagar-lhe aviso prévio, férias proporcionais, 13.° salário proporcional, e levantará o FGTS, acrescido da multa de 40%.

Julgada improcedente a pretensão do empregado, não terá direito às reparações econômicas pertinentes, apenas ao saldo de salário e férias vencidas.

Caso o empregado continue trabalhando, a sentença deverá fixar a data em que se considerará o contrato rescindido, que deveria ocorrer com o trânsito em julgado ou na data em que a ação foi proposta, se houver pedido nesse sentido.

A irregularidade cometida pelo empregador deve ser de tal monta que abale ou torne impossível a continuidade do contrato. Se o empregado tolera repetidamente pequenas infrações cometidas pelo empregador, não se poderá falar em rescisão indireta, devendo o juiz preservar a relação de emprego, pois, principalmente em épocas de crise, é difícil conseguir nova colocação no mercado de trabalho.

7.3 Aposentadoria

A aposentadoria do empregado é uma das formas de cessação do contrato de trabalho. Se o empregado continuar trabalhando, há a formação de um novo contrato de trabalho.

No Direito Comparado, há legislações que consagram a extinção do contrato de trabalho quando o empregado pede aposentadoria, embora algumas delas não mencionem a possibilidade de o empregado continuar a trabalhar na empresa.

Na Espanha, o Estatuto dos Trabalhadores dispõe que o contrato de trabalho se extinguirá com a aposentadoria do trabalhador (art. 49, 6).

Em Portugal, a "reforma" do trabalhador importará caducidade do contrato de trabalho (art. 8.°, 1, c, da L. Desp.), com a cessação automática do pacto laboral. Ensina Antonio de Lemos Monteiro Fernandes (1992:438) que a preocupação do legislador foi "de liberar efetivamente postos de trabalho a partir de certo momento - o da obtenção da reforma - preocupação surgida no contexto de uma grave crise de desemprego".

Na Argentina, quando o trabalhador pode requerer o benefício previdenciário pelo porcentual máximo, tem o empregador a obrigação de manter o emprego pelo prazo máximo de um ano. Concedido o benefício ou vencido o prazo

mencionado, o contrato de trabalho fica extinto (art. 252 da Lei do Contrato de Trabajo, com a redação determinada pela Ley, n.° 21.659).

De acordo com o § 1.° do art. 8.°, e o § 3.° do art. 10, da Lei n.° 3.807 (LOPS), o empregado só teria direito à aposentadoria quando se desligasse do emprego. Tal fato trazia prejuízo ao obreiro, que podia ficar vários meses esperando a concessão da aposentadoria, sem ter fonte de renda.

A Lei n.° 6.887, de 10-12-80, deu nova redação àqueles dispositivos legais anteriormente mencionados, sendo que a aposentadoria por velhice ou a por tempo do serviço seriam devidas desde a data da entrada do requerimento. Não haveria mais a necessidade do desligamento do empregado para receber o benefício previdenciário, podendo o trabalhador aguardar no serviço o trâmite do requerimento da aposentadoria no âmbito do antigo INPS.

Posteriormente, a Lei n.° 6.950, de 4-11-81, passou a exigir novamente o desligamento do empregado para a concessão da aposentadoria (art. 3.°, I).

A doutrina entendia que a aposentadoria fazia cessar o contrato de trabalho.

O Pleno do TST já decidiu que a aposentadoria espontânea extingue o contrato de trabalho (ERR 1.191/81, Rel. Min. Mendes Cavaleiro, DJU 185/86).

A Lei n.° 8.213 determinou, na alínea b do inciso I do art. 49, que não há necessidade de desligamento do emprego para o requerimento da aposentadoria, estando o empregado autorizado a continuar trabalhando na empresa. O mesmo se nota do § 2.° do art. 18 da Lei n.° 8.213/91, quando é mencionado que o aposentado pode permanecer em atividade sujeita ao Regime Geral da Previdência Social ou a ela retornar. Assim, o empregado não precisa desligar-se da empresa para requerer a aposentadoria, pois a tramitação desta, no INSS, pode demorar alguns meses, não ficando o obreiro desamparado quanto a seus rendimentos, podendo continuar a laborar na empresa.

Versa a alínea b do inciso I do art. 49 da Lei n.° 8.213 sobre mera autorização para que o empregado continue trabalhando.

Enquanto a Lei n.° 6.950/81 exigia o desligamento do emprego para a concessão da aposentadoria, a alínea b do inciso I do art. 49 da Lei n.° 8.213/91 não o faz, permitindo que o trabalhador permaneça no posto de trabalho enquanto aguarda o deferimento do requerimento da aposentadoria. Deve-se ressaltar, porém, que a continuidade na prestação de serviços na empresa após o requerimento do empregado solicitando aposentadoria dependerá da aceitação do empregador, porque o contrato de trabalho tem por requisito a bilateralidade. A empresa não estará obrigada a concordar com a permanência do empregado prestando serviços após o requerimento de sua aposentadoria. Se as partes ajustarem a continuidade dos serviços, ou os serviços continuarem a ser prestados, não haverá nenhum óbice.

A aposentadoria continua a ser uma forma de cessação do contrato de trabalho. Caso o empregado continue prestando serviços na empresa, inicia-se novo pacto laboral. A aposentadoria continua a ser uma forma de cessação do contrato de trabalho.

Com a aposentadoria, o INSS autoriza o levantamento do FGTS (art. 20, III, Lei n.° 8.036/90). Não haverá pagamento de indenização de 40%, pois a iniciativa da ruptura não foi do empregador. Da mesma forma, o empregado não faz jus a aviso prévio, visto que não foi dispensado. Terá direito a 13.° salário proporcional (En. 3 do TST) e a férias proporcionais, se tiver mais de um ano de empresa, além das férias vencidas. A baixa na CTPS do operário será anotada no dia anterior ao do início da aposentadoria, sendo o empregado readmitido no dia imediato subseqüente.

Dispõe, ainda, o art. 51 da Lei n.° 8.213/91 que "a aposentadoria por idade pode ser requerida pela empresa, desde que o segurado tenha cumprido o

período de carência e completado 70 anos de idade, se do sexo masculino, ou 65 anos, se de sexo feminino, sendo compulsória".

A parte final do mesmo artigo prevê a cessação do contrato de trabalho pela aposentadoria, mas nada impede, também, que seja feito novo contrato de trabalho, permanecendo o empregado na empresa, aguardando a tramitação da aposentadoria. Sendo a aposentadoria requerida pela empresa, tem direito o obreiro à indenização prevista nos arts. 477 ss. da CLT, relativa ao período em que não foi optante do FGTS, podendo sacar o referido Fundo, acrescido da indenização de 40%, além do pagamento de aviso prévio, 13.° salário e férias proporcionais, visto que a iniciativa do rompimento do pacto laboral é da empresa, o que é equiparado à despedida sem justa causa. O contrato de trabalho será considerado rescindido no dia anterior ao do início da aposentadoria.

O art. 33 da Lei n.° 8.213/91 mostra que a renda mensal do benefício de prestação continuada substitui o rendimento do trabalho do segurado. Isso implica dizer que o benefício acarreta a extinção do vínculo do emprego, pois os proventos irão substituir o salário do obreiro.

O atual § 6.° do art. 57 da Lei n.° 8.213/91, com a redação determinada pela Lei n.° 9.032, também dá a entender que haverá a rescisão do contrato de trabalho do aposentado com a concessão da aposentadoria especial, pois é vedado ao segurado continuar no exercício de atividades ou operações que o sujeitem a agentes nocivos a sua saúde. O art. 453 da CLT também indica, indiretamente, que a aposentadoria espontânea rescinde o contrato de trabalho, pois o trabalhador não poderá contar o tempo de serviço anterior na empresa.

O Enunciado 295 do TST também indica que a aposentadoria é causa de cessação do contrato de trabalho: "A cessação do contrato de trabalho em razão de aposentadoria espontânea do empregado (...)."

Adotando-se a idéia do antigo abono de permanência em serviço, cancelado pela Lei n.° 8.870/94, se o empregado se aposentar, não mais pode contar com o emprego. Se quiser mantê-lo, poderá, em vez de requerer a aposentadoria, optar pelo abono de permanência em serviço, mostrando que com a aposentadoria há a extinção do contrato de trabalho. Há que se ressaltar, porém, que não se confunde continuidade do aposentado na empresa com continuidade do contrato de trabalho, pois existe autorização legal para o trabalhador continuar prestando serviço à empresa. As aposentadorias (por tempo de serviço e por idade) são definitivas, importando cessação do contrato de trabalho, enquanto na aposentadoria por invalidez isso não ocorre, pois esta não é definitiva, apenas suspende o contrato de trabalho.

Quando do segundo desligamento do empregado da empresa, a indenização de 40% do FGTS deverá ser calculada apenas sobre os depósitos do segundo contrato de trabalho, e não sobre os do primeiro, pois o próprio art. 453 da CLT indica que a aposentadoria espontânea do empregado impede a soma do tempo de serviço anteriormente prestado na empresa.

Os empregados de empresas públicas e sociedades de economia mista podem ser readmitidos em caso de aposentadoria espontânea. Devem, porém, prestar concurso público e não poderão acumular, remuneradamente, cargos públicos, salvo quando houver compatibilidade de horários: (a) de dois cargos de professor; (b) de um cargo de professor com outro técnico ou científico; (c) de dois cargos privativos de médico (art. 37, XVI, da Constituição). O § 1.° do art. 453 da CLT também indica indiretamente que o contrato de trabalho é rescindido com a aposentadoria espontânea do empregado, pois do contrário não poderia ser readmitido. O § 2.° ao art. 453 dispõe que o ato de concessão do benefício da aposentadoria a empregado que não tiver completado 35 anos de serviço, se homem, ou 30, se mulher, importa extinção do vínculo empregatício. Foi suspensa pelo STF a eficácia do citado § 2.° do art. 453, por meio de Medida Liminar em ação

direta de inconstitucionalidade (ADIN n.º 1.721-3, j. 19-12-97, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJU 1, de 16-3-98). Foi suspenso o § 1.º do art. 453 da CLT (ADin n.º 1.770-4, j. 14-5-98, Rel. Min. Moreira Alves, DJU 27-5-98, p. 11). O julgamento mencionou que não haveria extinção do vínculo de emprego, sendo vedada a acumulação de proventos e vencimentos.

7.4 Contagem de tempo de serviço em razão da readmissão do empregado

O art. 453 da CLT anteriormente estava assim redigido: "no tempo de serviço empregado, quando readmitido, serão computados os períodos ainda que não-contínuos, em que tiver trabalhado anteriormente na empresa, salvo se houver sido despedido por falta grave ou tiver recebido indenização legal"

O Enunciado 21 do TST interpretava o referido artigo da seguinte forma: "o empregado aposentado tem direito ao cômputo do tempo anterior à aposentadoria, se permanecer a serviço da empresa ou a ela retornar".

A Súmula 215 do STF mostrava o mesmo entendimento: "conta-se a favor de empregado readmitido o tempo de serviço anterior, salvo se houver sido despedido por falta grave ou tiver recebido a indenização legal". A orientação do antigo Enunciado 21 dificultava a readmissão do empregado que tivesse requerido aposentadoria espontaneamente, pois o empregador não iria querer correr o risco de readmitir o empregado e contar o período anterior à aposentadoria, inclusive porque, posteriormente, poderia obter estabilidade.

A Lei n.º 6.204, de 29-4-75, deu nova redação ao art. 453 da CLT: "no tempo de serviço do empregado, quando readmitido, serão computados os períodos, ainda que não contínuos, em que tiver trabalhado anteriormente na empresa, salvo se houver sido despedido por falta grave, recebido indenização legal ou se aposentado espontaneamente".

Nota-se que a referida norma acrescentou ao artigo em comentário, expressamente, a hipótese de "aposentadoria voluntária", excluindo essa situação para o somatório de períodos anteriores. Essa mudança teve por objetivo estimular as aposentadorias, evitando que o empregador tivesse de pagar indenização e impedindo a contagem do tempo de serviço anterior. Pretendeu-se, também, evitar que o empregador dispensasse o empregado que estivesse às vésperas da estabilidade decenal, de maneira que a empresa pudesse contratar o trabalhador no segundo período sem que este adquirisse estabilidade; e proteger o obreiro que tivesse menos de um ano de empresa, mas que tivesse celebrado vários contratos de trabalho, não tendo, assim, direito a indenização.

Mesmo após a edição da Lei n.º 6.204/75, o TST editou a Resolução Administrativa n.º 53/75, publicada no DJU de 5-6-75, esclarecendo que a orientação do Enunciado n.º 21 do TST continuava válida. Esse verbete foi cancelado pela Resolução n.º 30, de 27-4-94, pois entendeu-se que houve superação da referida orientação pela nova redação do art. 453 da CLT, determinada pela Lei n.º 6.204/75.

Três hipóteses devem ser consideradas para que não seja computado o período em que o empregado trabalhou anteriormente na empresa: (a) dispensa por justa causa; (b) cessação do contrato de trabalho com pagamento de indenização; (c) aposentadoria espontânea.

A primeira hipótese diz respeito à dispensa por justa causa. Tendo o empregado cometido falta grave, nos termos do art. 482 da CLT ou de outro artigo desse diploma legal, fica, automaticamente, excluído o direito à soma dos períodos descontínuos na empresa, pois foi o obreiro quem deu causa à ruptura do contrato de trabalho, motivadamente. Não há direito, inclusive, ao pagamento de indenização.

Quando houver pagamento de indenização, não haverá a soma dos diversos períodos trabalhados pelo empregado na empresa, quando o obreiro vier a ser readmitido. O empregado que já tivesse nove anos na empresa e recebesse indenização legal, poderia ser recontratado por mais um ano, não tendo direito a estabilidade decenal. Se o pagamento da indenização for inferior ao previsto na lei, não ficará elidido o somatório do tempo de serviço anterior. A exceção à regra diz respeito à hipótese do § 2.° do art. 14 da Lei n.° 8.036/90, que prevê o pagamento da indenização do tempo de serviço anterior a 5-10-1988, que pode ser transacionado entre empregador e empregado, respeitado o limite mínimo de 60% da indenização prevista.

Nesse caso, então, não será computado o tempo anterior ao trabalho desde que respeitado o limite mínimo de 60% do pagamento da indenização. O Enunciado 295 do TST mostra que "a cessação do contrato de trabalho em razão da aposentadoria espontânea do empregado exclui o direito ao recebimento da indenização relativa ao período anterior à opção. A realização de depósito na conta do FGTS, cogitada no § 2.° do art. 16 da Lei n.° 5.107/66, coloca-se no campo das faculdades atribuídas ao empregador".

O Enunciado 20 do TST indica que "não obstante o pagamento da indenização de antiguidade, presume-se em fraude à lei a resilição contratual se o empregado permaneceu prestando serviços ou tiver sido, em curto prazo, readmitido".

A aposentadoria pode ser entendida, ainda, como forma de cessação do contrato de trabalho. Esta parece ser também a orientação do art. 453 da CLT, no sentido de que a aposentadoria extingue o contrato de trabalho. Assim, se o empregado vem a se aposentar espontaneamente, não há que se falar em soma de períodos descontínuos trabalhados na empresa.

Se a empresa requerer a aposentadoria quando o empregado completar 70 anos (art. 51 da Lei n.° 8.213/91), inexistindo pagamento de indenização, não se aplica a regra do art. 453 da CLT, implicando o somatório do tempo de serviço dos períodos descontínuos de trabalho. A aposentadoria de que trata a lei é a voluntária, espontânea, como a de tempo de serviço ou por idade, e não a requerida pela empresa. Não se enquadra na situação em exame a aposentadoria por invalidez que, inclusive, não é definitiva, pois o empregado tem de periodicamente submeter-se a exames médicos. O próprio art. 475 da CLT determina que o empregado que for aposentado por invalidez terá seu contrato de trabalho suspenso até a efetivação do benefício. Caso o empregado se recupere, terá direito a retornar à antiga função (§ 1.°).

Como o art. 453 da CLT encerra hipóteses de exceção, sendo dispensado o empregado, sem justa causa, terá direito à soma dos períodos descontínuos.

Há que se ressaltar que o art. 453 da CLT aplica-se ao empregado que for dispensado e, depois, readmitido, e não ao empregado que vai ser reintegrado, o que será feito por força de decisão judicial. Quando houver reintegração não se utilizará, portanto, o dispositivo legal em comentário, pois o empregado vai contar o período em que não trabalhou na empresa, após ser dispensado, recebendo salários, como se não tivesse havido nenhuma interrupção do tempo de serviço.

Esclarece o Enunciado 156 do TST que "da extinção do último contrato é que começa a fluir o prazo prescricional do direito de ação objetivando a soma de períodos descontínuos de trabalho". Essa regra só pode ser observada desde que já não estejam prescritos os contratos de trabalho anteriores à readmissão. Assim, se, entre um contrato e outro de trabalho, já houve interregno de mais de dois anos, não se poderá falar em soma de períodos descontínuos, pois a prescrição já foi inteiramente consumada. Em conseqüência, só poderá haver a soma de períodos descontínuos de tempo inferior a dois anos entre um contrato e outro. A lei não determina qual é esse período, podendo ser de um mês até menos de dois anos.

O Enunciado 138 do TST indica que, "em caso de readmissão, conta-se a favor ao empregado o período de serviço anterior encerrado com a saída espontânea". O pedido de demissão do empregado importa sua saída espontânea da empresa, por vontade própria, perdendo, portanto, o direito à indenização. Como o art. 453 da CLT trata, expressamente, de apenas três situações, não incluindo o pedido de demissão, mesmo que este ocorra, haverá o somatório do período anterior ao afastamento voluntário, pois as regras de exceção devem ser interpretadas restritivamente.

Pág. 338

Arnaldo Süssekind (1964, v. 3:301) mostra a interpretação histórica da norma, dizendo que não se trata de omissão involuntária, "porquanto, na revisão do anteprojeto da CLT, a Comissão que o elaborou resolveu não acolher a sugestão que, a respeito, fora feita por juristas e empregadores do Estado de São Paulo, in verbis: os casos de indenização legal e de despedida por falta grave dispensam comentário. Entretanto, o mesmo princípio de excluir o período anterior da contagem de tempo deve ser aplicado ao caso de readmissão do empregado que se demitiu da empresa por vontade própria. A demissão, neste caso, compreende simultaneamente a renúncia a todos os direitos decorrentes do contrato de trabalho rescindido, e a contagem deste tempo, não só contrariaria um princípio de direito, mas dificultaria também readmissões de empregados por parte da empresa. O intuito de impedir a fraude à lei levou a Comissão, que integrávamos, a não aceitar a proposta supra".

O art. 14 da Lei n.° 5.889/73 explicita a hipótese de o trabalhador rural safrista ter direito à indenização de 1/12 do salário mensal por mês de serviço, ou fração superior a 14 dias. Se houve o pagamento da indenização, o safrista não terá direito à soma dos períodos descontínuos de trabalhos anteriores.

Um empregado poderia trabalhar na empresa por menos de 12 meses, sendo dispensado e recebendo aviso prévio. Posteriormente, é readmitido na empresa, com um interregno entre um contrato de trabalho e outro, ficando mais alguns meses ou até mais de um ano e, novamente, é dispensado mediante pagamento de aviso prévio. Os tempos de serviço entre um contrato e outro serão somados, pois, no primeiro contrato, o obreiro não recebeu indenização legal, pois esta não era devida no primeiro ano de duração do contrato de trabalho (§ 1.° do art. 478 da CLT). Entretanto, a segunda indenização será calculada em relação ao tempo de serviço dos dois contratos de trabalho, pois o aviso prévio não pode ser considerado como a indenização de que tratam os arts. 477 e seguintes da CLT. Pouco importa que no primeiro contrato a indenização não era devida, em razão de que o empregado tinha trabalhado menos de um ano na empresa, pois, somando-se os dois contratos, houve tempo superior a um ano.

As observações que foram feitas perderam sua eficácia a partir de 5-10-88, quando o FGTS passou a ser um direito do trabalhador (art. 7.°, III, da Constituição), não havendo mais que se falar em opção, pois o sistema fundiário substitui a indenização e a estabilidade decenal. Todavia, para empregados que foram admitidos anteriormente à referida data e estão incluídos nas hipóteses mencionadas, o art. 453 da CLT ainda tem aplicabilidade, tanto que não foi revogado.

8. CESSAÇÃO DO CONTRATO POR DESAPARECIMENTO DE UMA DAS PARTES

8.1 Morte do empregado

A morte do empregado implica a cessação do contrato de trabalho, que é pessoal em relação ao empregado.

Pág. 339

Falecendo o empregado e havendo herdeiros, certos direitos serão transferíveis, como o FGTS, o saldo de salários, as férias vencidas e as férias proporcionais, se o empregado tem mais de um ano de casa (parágrafo único do art. 146 da CLT) e o 13.° salário proporcional. Outros direitos não são transferíveis, pois a indenização só se dá na dispensa por parte do empregador; o mesmo ocorre com o aviso prévio e as férias proporcionais se o empregado tem menos de um ano na empresa.

8.2 Morte do empregador pessoa física

O § 2.° do art. 483 da CLT atribui uma faculdade ao empregado no caso de falecer o empregador constituído em empresa individual. Se a empresa individual encerra sua atividade, o empregado está automaticamente despedido; porém, se alguém continua com o negócio, ao empregado fica a faculdade de rescindir ou não o contrato. Preferindo o empregado sair da empresa, na última hipótese, não terá de dar aviso prévio ao empregador.

8.3 Extinção da empresa

Na extinção da empresa ou de uma de suas filiais, o empregado fará jus a todos os direitos previstos na legislação, pois não foi ele quem deu causa à cessação do contrato de trabalho.

Na falência do empregador, o empregado fará jus a todos os direitos trabalhistas, como se houvesse sido dispensado. Os riscos do negócio não podem ser transferidos para o trabalhador. O síndico, porém, pode preferir continuar o contrato de trabalho dos empregados do falido. O que realmente importa na cessação do contrato de trabalho é a extinção da empresa, pois os contratos bilaterais não se resolvem pela falência e podem ser executados pelo síndico, se achar de conveniência para a massa (art. 43 do Decreto-lei n.° 7.661, de 21-6-45). Assim, se houver a continuidade do trabalho na falida, os contratos de trabalho não se resolvem.

9. CESSAÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO POR MÚTUO ACORDO DAS PARTES

Empregado e empregador poderão pactuar, mediante acordo, a cessação do contrato de trabalho. Os próprios interessados estabelecerão quais serão as formas e conseqüências do rompimento do vínculo de emprego.

O levantamento do FGTS não será autorizado (art. 20 da Lei n.° 8.036/90). Os salários e as férias vencidas não poderão ser transacionados. As demais verbas poderão ser negociadas no acordo.

10. CESSAÇÃO POR ADVENTO DO TERMO DO CONTRATO

Há também cessação do contrato de trabalho com o advento do termo respectivo.

No término normal do contrato de trabalho de prazo determinado o empregado tem direito ao levantamento do FGTS, 13.° salário proporcional, férias proporcionais. Não há direito a aviso prévio, pois as partes sabem de antemão quando é o término do pacto, nem há pagamento da indenização de 40% do FGTS, pois a iniciativa do rompimento não foi do empregador.

O empregador que rescindir o contrato de trabalho antes do termo deverá indenizar o empregado com a metade da remuneração a que teria direito até o termo do contrato (art. 479 da CLT).

O empregado que se desligar antes do término do contrato por prazo determinado deverá indenizar o empregador dos prejuízos que desse fato lhe resultarem (art. 480 da CLT). A indenização não poderá exceder àquela a que teria direito o empregado em idênticas condições (§ 1.° do art. 480 da CLT).

Nos contratos de prazo determinado que contiverem cláusula assecuratória do direito recíproco de rescisão antecipada, aplicam-se, caso seja exercido tal direito por qualquer das partes, os princípios que regem a rescisão dos contratos por prazo indeterminado (art. 481 da CLT). É o caso de contratos por prazo determinado que contêm cláusula de aviso prévio.

11. FORÇA MAIOR

O contrato de trabalho poderá terminar por força maior. Considera-se força maior o acontecimento inevitável e imprevisível, em relação à vontade do empregador, e para a realização do qual este não concorreu, direta ou indiretamente (art. 501 da CLT). A imprevidência do empregador exclui a razão de força maior (§ 1.° do art. 501 da CLT). À ocorrência do motivo de força maior que não afetar substancialmente, nem for suscetível de afetar, em tais condições, a situação econômica e financeira da empresa não se aplicam as restrições previstas na lei, como a indenização pela metade, o pagamento pela metade da multa do FGTS etc., devendo pagar as verbas pertinentes por inteiro.

A falência do empregador não será considerada como força maior, pois está inserida nos riscos do empreendimento. O mesmo ocorre com os planos econômicos do Governo.

Pode-se exemplificar como força maior o incêndio, a inundação, o terremoto, o vendaval e outros fenômenos naturais, que venham a afetar a situação econômica e financeira da empresa. A falta de matéria-prima ou a inutilização parcial da empresa por incêndio ou outra imprevisão que apenas afetar parcialmente a empresa não implicará motivo de força maior.

VERIFICAÇÃO DE APRENDIZAGEM

1. Existe distinção entre justa causa e falta grave?
2. O que é insubordinação?

3. O que é indisciplina?
4. O que é desídia?
5. O que é mau procedimento?
6. A embriaguez constitui-se em falta grave?
7. Como se caracteriza o abandono de emprego?
8. Como se dá a força maior?
9. A aposentadoria rescinde o contrato de trabalho?

23

AVISO PRÉVIO

1. ORIGENS

As origens do aviso prévio não são encontradas no Direito do Trabalho. Surgiu o instituto em estudo como uma forma de uma parte avisar a outra que não mais tem interesse na manutenção de determinado contrato.

Nas corporações de ofício, o companheiro não poderia abandonar o trabalho sem conceder aviso prévio ao mestre; porém, não havia a mesma reciprocidade do mestre ao companheiro.

O art. 81 do Código Comercial de 1850 o prevê da seguinte maneira: "não se achando acordado o prazo do ajuste celebrado entre o preponente e os seus prepostos, qualquer dos contraentes poderá dá-lo por acabado, avisando o outro da sua resolução com 1 (um) mês de antecipação".

A segunda parte do mesmo artigo menciona, ainda, o pagamento de salário durante o referido aviso prévio: "os agentes despedidos terão direito ao salário correspondente a esse mês, mas o preponente não será obrigado a conservá-los no seu serviço". Já se verificava que o aviso só caberia em relação a contratos por prazo indeterminado, possuindo certas características, como a necessidade de notificação da parte contrária, o prazo da comunicação e o pagamento de salário durante esse período.

O Código Civil de 1916 tratou do aviso prévio no art. 1.221, no tocante à locação de serviços: "não havendo prazo estipulado, nem se podendo inferir da natureza do contrato, ou do costume do lugar, qualquer das partes, a seu arbítrio, mediante prévio aviso, pode rescindir o contrato. Parágrafo único. Dar-se-á o aviso: I - com antecedência de oito dias, se o salário se houver fixado por tempo de um mês, ou mais; II - com antecipação de quatro dias, se o salário estiver ajustado por semana ou quinzena; III - de véspera, quando se tenha contrato por menos de sete dias".

Na locação de serviços só caberia o aviso em função de contratos por prazo indeterminado, havendo, ainda, os elementos comunicação e prazo para a consecução do aviso em razão do tempo de pagamento do salário. O elemento pagamento de remuneração durante o aviso prévio não era encontrado.

No âmbito do Direito do Trabalho, a Lei n.° 62, de 5-6-1935, especificou o aviso prévio no art. 6.°, em que tal comunicação só era exigida do empregado em favor do empregador. A CLT tratou do aviso prévio nos arts. 487 a 491.

A Constituição de 1988 versou pela primeira vez sobre aviso prévio no inciso XXI do art. 7.°, com a seguinte redação: "aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei".

2. CONCEITO

A palavra aviso é derivada de avisar, do francês aviser, com o significado de notícia, informação, comunicação. Prévio, do latim praevius, vem a ser o que é anterior, preliminar.

O nome correto do instituto em estudo é, porém, aviso prévio e não aviso breve, como é comum ser empregado, principalmente entre os trabalhadores de baixa instrução. Prévio quer dizer com antecedência. Breve significa de pouca extensão, ligeiro.

Aviso prévio é a comunicação que uma parte do contrato de trabalho deve fazer à outra de que pretende rescindir o referido pacto sem justa causa, de acordo com o prazo previsto em lei, sob pena de pagar uma indenização substitutiva.

3. NATUREZA JURÍDICA

Tem o aviso prévio tríplice natureza. A primeira é de comunicar à outra parte do contrato de trabalho que não há mais interesse na continuação do pacto. Num segundo plano, o aviso prévio também pode ser analisado como o período mínimo que a lei determina para que seja avisada a parte contrária de que vai ser rescindido o contrato de trabalho, de modo que o empregador possa conseguir novo empregado para a função ou o empregado possa procurar novo emprego. Em terceiro lugar, diz respeito ao pagamento que vai ser efetuado pelo empregador ao empregado pela prestação de serviços durante o restante do contrato de

trabalho, ou à indenização substitutiva pelo não-cumprimento do aviso prévio por qualquer das partes. Há, assim, a combinação dos elementos comunicação, prazo e pagamento.

O aviso prévio é um direito potestativo, a que a outra parte não pode se opor. Daí, advém que o aviso prévio é unilateral, independendo da aceitação da parte contrária. Com o aviso prévio, portanto, é criada uma nova situação jurídica em relação ao contrato de trabalho, ou seja: há a rescisão do pacto laboral.

Na verdade, consiste o aviso prévio numa limitação ao poder de despedir do empregador, que deve concedê-lo, sob pena de pagar uma indenização correspondente. Podemos encará-lo, ainda, como uma limitação para que o empregado não venha a abandonar abruptamente a empresa, deixando o empregador, de imediato, de contar com um funcionário para fazer determinado serviço.

4. IRRENUNCIABILIDADE

O aviso prévio é um direito irrenunciável do empregado. O pedido de dispensa de seu cumprimento "não exime o empregador de pagar o valor respectivo, salvo comprovação de haver o prestador dos serviços obtido novo emprego" (En. 276 do TST).

A expressão "pedido de dispensa do cumprimento" contida no Enunciado refere-se ao aviso prévio concedido pelo empregador. Dessa forma, o empregado não poderia renunciar ao aviso prévio, salvo a prova de ter obtido novo emprego, que é a finalidade do instituto, ficando o empregador obrigado a pagar o valor correspondente. Em se tratando de aviso prévio concedido pelo empregado, poder-se-ia pensar que o empregador renunciaria ao direito ao aviso prévio do empregado, permitindo que este não mais trabalhasse e, conseqüentemente, não haveria necessidade de prova de novo emprego, pois o empregado é que quis retirar-se do serviço, inexistindo direito ao pagamento do restante do período do aviso, em função de não ter havido a prestação de serviços pelo obreiro. No aviso prévio dado pelo empregado, o período pertence ao empregador e este poderá renunciá-lo, o que não ocorre quando o aviso prévio é dado pelo empregador. Caso, entretanto, o empregado deixe de cumprir o aviso prévio por ele oferecido ao empregador, sem a concordância deste, deverá indenizá-lo.

5. CABIMENTO

Como regra geral temos que o aviso prévio cabe nos contratos por prazo indeterminado (art. 487 da CLT). Havendo prazo estipulado para a cessação do contrato de trabalho, não haveria que se falar em aviso prévio, pois as partes já sabem de antemão quando é que vai terminar o pacto laboral. É possível afirmar, portanto, que, regra geral, não cabe o aviso prévio nos contratos de prazo determinado, inclusive os de experiência. É incabível aviso prévio no contrato de trabalho temporário regido pela Lei n.° 6.019, pois as partes sabem que o pacto termina no máximo em três meses a contar da contratação.

Reflete o aviso prévio o direito recíproco de empregado e empregador de avisarem a parte contrária que não mais têm interesse na continuação do contrato de trabalho. Assim, tanto o empregado que pede demissão como o empregador que dispensa o empregado deverão ofertar o aviso prévio à outra parte.

Tem cabimento, por conseguinte, o aviso prévio na rescisão do contrato de trabalho sem justo motivo, ou seja, no pedido de demissão do empregado ou na dispensa por parte do empregador. Havendo dispensa por justa causa, o contrato de trabalho termina de imediato, inexistindo direito a aviso prévio. Concedendo, entretanto, o empregador aviso prévio na despedida por justa causa, presume-se

que a dispensa foi imotivada, pois na justa causa não há necessidade de aviso prévio, cabendo ao empregador fazer a prova da falta grave. A extinção da empresa pode ser equiparada à rescisão do contrato de trabalho sem justa causa, pois o empregado não dá nenhum motivo para o término do contrato de trabalho, sendo devido, assim, o aviso prévio. O Enunciado n.° 44 do TST esclarece que "a cessação da atividade da empresa, com o pagamento da indenização, simples ou em dobro, não exclui, por si só, o direito do empregado ao aviso prévio". Se a empresa vier a falir, o aviso prévio será devido, pois o risco do empreendimento é do empregador (art. 2.° da CLT) e não pode ser transferido ao empregado, não se enquadrando tal hipótese como justo motivo para a rescisão do contrato de trabalho. Ocorrendo força maior, pode-se entender que o aviso prévio é indevido, porque houve justo motivo para o término do contrato de trabalho (art. 487 da CLT).

Antigamente, discutia-se o cabimento do aviso prévio na despedida indireta. O TST tinha entendimento, por meio do Enunciado 31, de ser incabível o aviso prévio na despedida indireta, pois a lei nada dizia sobre o referido aviso nessa forma de despedida. Como o aviso prévio decorre do fato de uma parte querer rescindir o contrato de trabalho sem justa causa, não seria devido o citado aviso, pois na rescisão indireta haveria justa causa cometida pelo empregador. Observava-se, todavia, que tal raciocínio gerava uma situação prejudicial ao empregado, pois não era ele quem dava causa à rescisão do contrato de trabalho - mas o empregador -, contudo não recebia nenhuma importância a título de indenização pelo término abrupto do contrato de trabalho. A Lei n.° 7.108, 5-7-83, corrigiu tal situação, acrescentando o § 4.° ao art. 487 da CLT, determinando ser devido o aviso prévio na despedida indireta. O Enunciado 31 do TST foi cancelado.

Na existência de culpa recíproca na rescisão do contrato de trabalho não é devido o aviso prévio. Nesse caso, o que ocorre é que há justo motivo para rescisão do contrato de trabalho (art. 487 da CLT), que foi dado por ambas as partes, ficando prejudicado o aviso prévio, pois o contrato de trabalho termina de imediato. O TST tem o mesmo entendimento por intermédio do Enunciado 14. Se o contrato de trabalho é rescindido por acordo entre as partes, não cabe aviso prévio.

No contrato por prazo determinado, as partes já sabem quando será o término do pacto laboral, daí inexistir necessidade de aviso prévio. Mesmo no art. 81 do Código Comercial e no art. 1.221 do Código Civil já se verificava que o aviso prévio só seria devido se não pactuado o prazo de vigência dos referidos ajustes. Há dúvida, contudo, quando não se sabe quando o contrato de trabalho irá terminar, como nos contratos de safra ou de obra certa, em que há uma previsão aproximada do término do pacto, mas não uma certeza. O art. 481 da CLT esclareceu que se houver uma cláusula nos contratos por prazo determinado, assegurando o direito recíproco de rescisão antecipada do pacto, aplicam-se, caso seja exercido tal direito, as regras que tratam da rescisão do contrato por prazo indeterminado, sendo devido, então, o aviso prévio. O requisito seria a existência da referida cláusula no contrato de trabalho, que geraria o direito ao aviso prévio. Tal fato valeria para qualquer contrato de prazo determinado, inclusive o de experiência. O Enunciado 163 do TST esclareceu que é cabível o aviso prévio nas rescisões antecipadas dos contratos de experiência, na forma do art. 481 da CLT.

No contrato de trabalho temporário, regido pela Lei n.° 6.019/74, não há direito a aviso prévio, pois as partes já conhecem antecipadamente o final do contrato, que não poderá ser celebrado por mais de três meses. O art. 12 da referida norma não menciona o direito a aviso prévio, justamente porque as partes já conhecem quando se encerrará o citado ajuste.

6. FORMA

A lei não estabelece a forma como o aviso prévio deve ser concedido. Admite-se que o aviso prévio possa ser concedido verbalmente, pois até mesmo o contrato de trabalho pode ser feito dessa forma. Se a parte reconhece que o aviso prévio foi concedido, ainda que verbalmente, será plenamente válido.

Pág. 346

Para que não haja dúvidas, recomenda-se que o aviso prévio sempre seja concedido por escrito, em pelo menos duas vias, ficando uma em poder do empregado e outra com o empregador, representando, assim, uma prova concreta em relação à parte que pretendeu rescindir o contrato de trabalho, cabendo à outra parte fazer prova em sentido contrário. Poderá ser feito inclusive por telegrama, desde que haja prova de que o empregado o recebeu.

A Convenção n.° 158 da OIT mostrava que na dispensa do empregado deve ser indicado o motivo para tanto, de modo, até mesmo, que o obreiro possa defender-se de eventual acusação que lhe é feita nesse momento.

7. PRAZO

O art. 487 da CLT prevê dois prazos de aviso prévio em função do tempo de pagamento do salário: (a) de oito dias, se o pagamento fosse efetuado por semama ou tempo inferior; (b) de 30 dias aos que percebessem por quinzena ou mês, ou que tivessem mais de 12 meses de serviço na empresa.

O inciso XXI do art. 7.° da Constituição determinou que o aviso prévio será de no mínimo 30 dias, norma essa auto-aplicável. A Lei Maior não dispõe que o aviso prévio é o dado pelo empregador ao empregado, mas que se trata de um direito do trabalhador. Assim, na hipótese do aviso prévio dado pelo empregado ao empregador, o prazo poderá ser de oito dias, se o pagamento for efetuado por semana ou por tempo inferior. Se o aviso prévio for dado pelo empregador ao empregado, terá de ser de pelo menos 30 dias, mesmo que o trabalhador ganhe por semana ou tempo inferior.

Nada impede que as partes ou a norma coletiva fixem prazo de aviso prévio superior a 30 dias, pois deve-se apenas obedecer ao mínimo de 30 dias, mas não há um prazo máximo. Alguns autores admitem que o prazo do aviso prévio dado pelo empregado ao empregador poderia ser inferior a 30 dias, pois se configuraria uma disposição mais favorável ao obreiro.

A proporcionalidade do aviso prévio prevista no inciso XXI do art. 7.° da Lei Maior é que será objeto de lei ordinária, que poderá especificar o aviso prévio de mais um dia para cada ano de serviço; contudo, até o momento inexiste a referida norma. Como o legislador constituinte estabelece o mínimo de 30 dias para o aviso prévio, nada impede que a legislação ordinária fixe prazo superior.

A contagem do prazo do aviso prévio não é pacífica, ou seja: a partir de que dia o aviso prévio deve começar a ser contado. A CLT não trata do assunto, apenas menciona que deve haver uma antecedência mínima de 30 dias. Poder-se-ia entender, entretanto, que a contagem se daria a partir do momento da comunicação da dispensa, incluindo-se, assim, o próprio dia da comunicação. Penso que o CPC não poderá ser utilizado subsidiariamente para tratar do tema (art. 769 da CLT), pois a matéria não é de processo. O parágrafo único do art. 8.° da CLT admite que o Direito Civil seja fonte subsidiária do Direito do Trabalho, remetendo o intérprete ao Código Civil. O art. 125 desse dispositivo legal estabelece que, na falta de disposição em sentido contrário, são computados os prazos excluindo-se o dia do começo e incluindo-se o do vencimento.

Pág. 347

Como não existe comando legal disciplinando a hipótese em questão de forma contrária, é o caso de se aplicar o art. 125 do Código Civil, considerando-se, assim, que o prazo do aviso prévio começa a ser contado a partir do dia seguinte a sua concessão, incluindo-se o dia do vencimento, perfazendo os 30 dias. Seria dar ensejo à fraude o fato de se considerar como concedido o aviso prévio após as 12 horas ou até mesmo na última hora diária de serviço do empregado na empresa, pois inclusive não lhe possibilitaria a redução do horário de trabalho (art. 488 da CLT), nem ao empregador a procura já naquele dia de novo funcionário. O prazo poderá começar a correr mesmo em dia não útil, pois não há nenhuma ressalva no Direito material quanto a esse fato, ao contrário do Direito processual (§ 2.° do art. 184 do CPC), que disciplina que os prazos somente começam a correr no primeiro dia útil após a intimação. Pouco importa, entretanto, se o último dia do aviso prévio for sábado, domingo ou feriado, pois nesse último dia o pacto estará terminado, não havendo nenhuma prorrogação, até porque o prazo é de 30 dias corridos.

8. EFEITOS

O primeiro efeito do aviso prévio é que o tempo de serviço irá integrar o contrato de trabalho para todos os efeitos, inclusive para o cálculo de mais 1/12 de 13.° salário e férias em função da sua projeção. O pacto laboral não termina de imediato, mas apenas após expirado o prazo do aviso prévio, com o que há a integração do tempo de serviço no contrato de trabalho. Mesmo no aviso prévio indenizado ocorre a sua integração no tempo de serviço do empregado, para todos os efeitos. Assim, a data de baixa na CTPS do empregado deve ser a do término do cumprimento do aviso prévio ou da projeção do aviso prévio indenizado, caso o referido aviso houvesse sido cumprido. Essa última orientação não é, todavia, pacífica na jurisprudência.

Em decorrência da integração do aviso prévio no contrato de trabalho para todos os efeitos, temos que, se houver reajuste salarial coletivo (En. 5 do TST) ou determinado por norma legal, o empregado será beneficiado, mesmo que já tenha recebido antecipadamente os salários do aviso. A empresa não estará obrigada a conceder antecipações salariais espontâneas em relação ao aviso prévio do empregado que está desligando-se da empresa, justamente porque não poderá compensá-las na data-base, além de não existir determinação legal nesse sentido.

Outra conseqüência de o aviso prévio integrar o tempo de serviço diz respeito ao cômputo do respectivo prazo para efeito da indenização adicional, de que trata o art. 9.° da Lei n.° 7.238/84. Mesmo sendo o aviso prévio indenizado, haverá o cômputo do respectivo prazo para efeito de se verificar se o empregado foi dispensado nos 30 dias que antecedem a data-base da categoria, o que lhe daria o direito a indenização adicional de um salário mensal (En. 182 do TST).

A falta de aviso prévio por parte do empregador dá ao empregado o direito aos salários do respectivo aviso (§ 1.° do art. 487 da CLT), garantindo-se sempre a integração do citado aviso no tempo de serviço do empregado. A falta de aviso prévio por parte do empregado que pretende desligar-se da empresa dá ao empregador o direito de descontar o saldo de salários correspondentes ao prazo respectivo (§ 2.° do art. 487 da CLT).

Entendemos, aqui, que o empregador só poderá descontar do empregado os salários do período mencionado e não outro tipo de verba, como férias, por exemplo. Se o empregado não presta serviços durante o aviso prévio, por sua própria decisão, perde o direito ao restante do aviso prévio.

Como vimos, outra característica do aviso prévio é a possibilidade de fazer com que o empregado possa procurar outro emprego. Nesse ponto, o art. 488

da CLT estabelece que o horário de trabalho do empregado será reduzido, quando o aviso prévio for dado pelo empregador, pois quando é ofertado pelo empregado presume-se que este já tenha outro emprego. Assim, o horário de trabalho é reduzido em duas horas, inclusive se o trabalho for noturno, sem prejuízo do salário integral. Essa redução normalmente é feita no final da jornada de trabalho, mas nada impede que seja feita no início da jornada, porque a lei nada menciona sobre o assunto. Dessa forma, se o empregado trabalha das 8h às 17h com uma hora de intervalo para refeição, deverá sair, nesse caso, às 15h ou entrar às 10h. A redução, contudo, deverá corresponder a duas horas corridas, sendo vedado ao empregador fracioná-las, a não ser que haja a concordância do operário ou lhe seja mais favorável. Em casos de profissões que têm duração da jornada de trabalho inferior a oito horas, como a dos bancários, que é de seis horas, entendemos que o horário de trabalho do empregado durante o aviso prévio dado pelo empregador nada tem que ver com a duração da sua jornada de trabalho, devendo ser reduzido também em duas horas e não de maneira proporcional à extensão da jornada, pois o empregado deve ter a mesma facilidade, no tocante a horário, para procurar novo serviço. Verifica-se do art. 488 da CLT que este fala em horário e não em jornada, com o que o horário de qualquer trabalhador, inclusive do que tem jornada especial, deve ser reduzido em duas horas.

A Lei n.° 7.093, de 25-4-83, acrescentou um parágrafo único ao art. 488 da CLT. É possível ao empregado trabalhar sem a redução de duas horas diárias no seu horário normal de trabalho, podendo, contudo, faltar ao serviço por sete dias corridos, sem prejuízo do salário. É outra forma alternativa de que o empregado dispõe para procurar novo emprego. A possibilidade, entretanto, de o empregado não trabalhar por sete dias é uma faculdade do obreiro, não podendo ser imposta pelo empregador. Deve haver a opção do empregado quando do recebimento do aviso prévio, quando irá se manifestar se prefere trabalhar 30 dias, com redução do horário normal em duas horas, ou não prestar serviços por sete dias corridos. Os sete dias, como já se disse, serão corridos e não úteis.

Se o empregador não concede a redução do horário de trabalho, tem-se que o aviso prévio não foi concedido, pois não se possibilitou ao empregado a procura de novo emprego, que é a finalidade do instituto, mostrando que houve a sua ineficácia. Assim, deve ser concedido ou pago de maneira indenizada outro aviso prévio. O Enunciado 230 do TST deixa claro que "é ilegal substituir o período que se reduz da jornada de trabalho, no aviso prévio, pelo pagamento das horas correspondentes". Era o que se fazia antigamente, pagando-se ao empregado 60 horas (30 dias x 2 horas diárias). Logo, se a empresa pagar como extras as horas que deveriam corresponder à redução do horário de trabalho, deve pagar novamente o aviso prévio, pois não se possibilitou ao trabalhador a busca de outro emprego.

O art. 15 da Lei n.° 5.889/73 (trabalho rural) prevê que, durante o aviso prévio, se a rescisão for promovida pelo empregador, o empregado rural terá direito a um dia por semana para procurar novo emprego, sem prejuízo de seu salário.

Poderia entender-se que tal artigo teria sido revogado pela Constituição. Esta, entretanto, especifica o aviso prévio de 30 dias para trabalhadores urbanos e rurais. Como a alínea b do art. 7.° da CLT esclarece que as normas consolidadas não se aplicam aos rurais, deve-se utilizar da disposição especial contida na Lei n.° 5.889/73, mostrando-se, assim, que em relação ao trabalhador rural a regra da redução do horário de trabalho é apenas a prevista no seu art. 15, ou seja: só há a possibilidade de o obreiro se utilizar de um dia por semana para a procura de outro emprego e não de sete dias corridos ou do horário de trabalho terminar duas horas mais cedo.

O art. 489 da CLT determina que a rescisão do contrato de trabalho só se torna efetiva depois de expirado o prazo do aviso prévio. Há, porém, a possibilidade de reconsideração do aviso prévio, que deve ser feita, em princípio, antes de expirado seu prazo. À outra parte caberá ou não aceitar a reconsideração, mostrando a bilateralidade do contrato de trabalho, pois a reconsideração dependerá da concordância da outra parte. Aceita a reconsideração ou continuando a prestação dos serviços (reconsideração tácita) após o término do aviso prévio, o contrato continuará normalmente, como se não houvesse sido dado o aviso (parágrafo único do art. 489 da CLT).

Se o empregador, durante o aviso prévio dado ao empregado, cometer ato que justifique a rescisão imediata do contrato, deverá pagar a remuneração correspondente ao aviso prévio, sem prejuízo da indenização que for devida (art. 490 da CLT). O empregado que cometer justa causa durante o aviso prévio perde o direito ao restante do respectivo prazo (art. 491 da CLT) e ao pagamento das indenizações legais. Entende-se que no caso do art. 491 da CLT o empregado perde o direito à indenização, pois a lei não faz qualquer ressalva nesse sentido, ao contrário do art. 490 da CLT. O Enunciado 73 do TST esclarece que "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". Os dias de aviso prévio já trabalhados deverão, porém, ser pagos ao trabalhador.

9. AVISO PRÉVIO E ESTABILIDADE

Integrando o aviso prévio para todos os efeitos o tempo de serviço do empregado, inclusive para reajuste salarial coletivo e indenização adicional, como entende a jurisprudência (Enunciado 5 e 182 do TST), mais se justifica que, dado o aviso prévio e sobrevindo durante esse lapso de tempo a garantia de emprego, tem o empregado direito a tal garantia. O próprio art. 489 da CLT deixa claro que só há a cessação do contrato de trabalho após expirado o prazo do referido aviso.

Não é possível a coincidência do aviso prévio dado pelo empregador com os últimos 30 dias de estabilidade provisória do trabalhador, nem mesmo a concessão do mencionado aviso durante o período de garantia de emprego (Enunciado 348 do TST).

Na verdade, o aviso prévio dado ao empregado visa a que este tenha tempo para procurar outro emprego. Quando da garantia de emprego, não tem o obreiro qualquer interesse de procurar outro serviço, visto que está acobertado por aquele direito. Dessa forma, fazendo-se com que o trabalhador procure outro emprego nos últimos 30 dias da estabilidade provisória, não estará assegurado o fim precípuo do aviso prévio, que é, justamente, proporcionar ao empregado tempo para encontrar outro trabalho.

O aviso prévio e a garantia de emprego são institutos distintos, que não se confundem. Enquanto a estabilidade assegura a permanência do obreiro na empresa, o aviso prévio provoca a ruptura da relação de emprego dentro de 30 dias. Logo, geram direitos completamente opostos. Durante a garantia de emprego, o trabalhador não pode receber o aviso prévio, pois este visa justamente concretizar a rescisão do pacto laboral. Quando da dação do aviso prévio, o empregador não tem o direito potestativo de despedir o empregado de forma imotivada, visto que o trabalhador detém a proteção da garantia de emprego.

A garantia de emprego é um direito proporcionado ao empregado a que se obriga o empregador por força de lei, ou até de norma coletiva. Assim, não poderá a empresa conceder o aviso prévio ao empregado detentor da garantia de emprego, porque é necessária a fruição integral do prazo de estabilidade, sob

pena de lesão de direito do obreiro (art. 9.° da CLT). Não significa que os 30 dias do aviso prévio, a partir do término da garantia de emprego, virão prorrogá-la. Aí, sim, é que o trabalhador terá 30 dias para procurar novo emprego, não violando seu direito de usufruir da garantia de emprego até seu término, eis que no último dia da garantia de emprego o contrato ainda se encontra em vigor e o empregador somente poderá dar o aviso prévio no dia seguinte. A estabilidade, portanto, está submetida a termo, em que suspende-se o seu exercício, mas não a aquisição do direito, que já existe (art. 123 do CC). A SDI do TST já julgou da mesma forma (ERR 2.809/88-6, Rel. Min. José Ajuricaba, j. 2-5-91, DJU I 21-6-91, p. 8.536).

Por conseguinte, terminada a garantia provisória de emprego, tem o obreiro mais 30 dias de aviso prévio, que serão os derradeiros para a obtenção de novo emprego. Caso o empregador faça coincidir o aviso prévio com o término da garantia de emprego, deverá pagar novamente o aviso prévio ao laboralista, garantindo-se sua integração para o cômputo do tempo de serviço do trabalhador.

10. DOENÇA OU ACIDENTE DO TRABALHO

Se o empregado sofre um acidente do trabalho ou fica doente, não há que se falar na concessão de aviso prévio pelo empregador na constância do afastamento, pois o trabalhador fica impossibilitado de procurar novo emprego. O aviso prévio somente poderá ser concedido quando do retorno do obreiro.

A maior dúvida ocorre quando já foi dado o aviso prévio e o empregado vem a se acidentar ou a ficar doente. A melhor orientação, segundo nos parece, seria a de que, havendo acidente do trabalho ou ficando o empregado doente, suspende-se o curso do aviso prévio, pois o obreiro não o pode cumprir, muito menos lhe possibilita a procura de novo emprego ou ir trabalhar no novo serviço, o que descaracteriza a finalidade do instituto. Quando o empregado voltar a trabalhar é que irá recomeçar a contagem do aviso prévio, computando-se o tempo do aviso prévio já transcorrido no período anterior ao da suspensão. Essa orientação, contudo, não é pacífica na jurisprudência.

Se o contrato de trabalho encontra-se suspenso, pois houve aposentadoria por invalidez do operário e não se pode considerá-la definitiva, visto que não decorreram cinco anos, na hipótese de o empregado retornar ao serviço, em virtude da sua recuperação, entendemos que deva ser concedido aviso prévio ao referido obreiro a partir do momento do retorno. Evidentemente que o aviso prévio não poderá ser concedido enquanto o trabalhador estiver afastado pelo motivo da aposentadoria por invalidez, que suspendeu o contrato de trabalho.

11. AVISO PRÉVIO CUMPRIDO EM CASA

À primeira vista, no aviso prévio, o empregador poderá até não exigir o trabalho, mas em contrapartida deverá pagar a remuneração do período respectivo. Mesmo que não haja trabalho, haverá necessidade do pagamento do salário do período correspondente. Na prática, passou-se a adotar o pagamento substitutivo em relação ao trabalho realizado durante o aviso prévio.

Aviso prévio "cumprido em casa" corresponde ao período em que o empregado não está obrigado a trabalhar para o empregador, mas este estará obrigado a pagar o tempo correspondente, mesmo inexistindo a prestação de serviços. O próprio § 1.° do art. 487 da CLT indica que o pagamento dos salários correspondentes ao prazo do aviso é devido, mesmo que o empregador não tenha dado o aviso prévio. Isso mostra que a obrigação de pagar o período do aviso prévio é um dos fatores primordiais.

O art. 81 do Código Comercial mostra que o preponente não está obrigado a conservar o preposto em seu serviço.

Na maioria das vezes o empregador não quer que o empregado trabalhe durante o aviso prévio, pois pode não prestar serviços a contento nesse período, por já estar dispensado, ou, até mesmo, causar problemas no ambiente de trabalho. Daí, a empresa determinar que o aviso prévio seja "cumprido em casa".

Tem o aviso prévio três finalidades: (a) comunicação de que o contrato de trabalho irá acabar; (b) prazo para o empregado procurar novo emprego e o empregador novo funcionário; (c) pagamento do período respectivo. O aviso prévio "cumprido em casa" possibilita o pagamento do salário durante o interregno de tempo. Importa considerar o tempo de serviço para todos os efeitos em seu contrato de trabalho, projetando este por mais 30 dias (§ 1.° do art. 487 da CLT). Implica a possibilidade de o trabalhador procurar novo emprego e da comunicação de que o contrato de trabalho estará rescindido dali certo prazo. Dessa forma, não se pode dizer que há nulidade de tal aviso prévio, pois foram cumpridas suas finalidades.

No aviso prévio "cumprido em casa" o empregado não terá, apenas, duas horas para procurar novo emprego, mas período integral, situação mais benéfica ao obreiro. Durante o período de aviso prévio o empregador poderá, inclusive, reconsiderar o aviso e o contrato de trabalho continuar, nos termos do art. 489 da CLT.

Não se incompatibiliza também o aviso prévio "cumprido em casa" com o art. 444 da CLT, pois não traz nenhum prejuízo ao empregado. Permite ao obreiro o tempo de serviço para procurar novo emprego.

Mesmo nos casos em que o empregado ganhe por produção, por peça ou tarefa, ou por comissão, o aviso prévio "cumprido em casa" não importará prejuízo ao empregado, desde que se assegure ao obreiro a maior remuneração que este já percebeu no período ou o salário do mês anterior; do contrário haveria prejuízo ao trabalhador, pois, para obter sua remuneração, teria de trabalhar. Tal ato poderia configurar uma dispensa indireta, se demonstrado o prejuízo ao operário.

Algumas categorias têm estabelecido em convenção coletiva que o aviso prévio cumprido em casa é nulo, ou que, nesse caso, as verbas rescisórias devem ser pagas no prazo de 10 dias a contar do recebimento do aviso. Nesses casos, é de se observar a determinação da norma coletiva, por se tratar de situação mais benéfica ao empregado.

12. REMUNERAÇÃO DO AVISO PRÉVIO

O aviso prévio deve corresponder ao salário do empregado na ocasião do despedimento. Se o empregado percebe salário pago à base de tarefa, o cálculo do aviso prévio será feito de acordo com a média dos últimos 12 meses de serviço (§ 3.° do art. 487 da CLT), multiplicado pelo valor da última tarefa. Os adicionais que forem pagos com habitualidade deverão integrar o aviso prévio indenizado, como os de insalubridade, periculosidade, adicional noturno, horas extras (Enunciado 94 do TST). Se, contudo, o aviso prévio for trabalhado, os adicionais serão pagos à parte, não integrando o aviso, pois se trata de salário e não de indenização. A gratificação semestral não repercute, porém, no cálculo do aviso prévio, ainda que indenizado (Enunciado 253 do TST).

Tem o aviso prévio indenizado natureza de indenização, pois é um pagamento pela obrigação descumprida de fornecer o aviso prévio. É um pagamento de indenização substitutiva pelo aviso prévio não concedido.

Se o aviso prévio é trabalhado, vem a se constituir em salário. Se o aviso prévio não é trabalhado, mas indenizado, não tem natureza de salário, pois não há salário sem trabalho, consistindo no pagamento de uma indenização pela sua

não-concessão. O fato de os §§ 1.° e 2.° do art. 487 da CLT falarem em salário não modifica a natureza do pagamento, pois o que se pretende dizer é que a indenização pelo aviso prévio não concedido corresponderia ao salário. Não houve qualquer modificação nessa orientação com as determinações do § 6.° do art. 477 da CLT, que foi acrescentado pela Lei n.° 7.855, de 24-10-89, pois tal parágrafo trata especificamente de prazos para pagamento das verbas rescisórias e não de aviso prévio.

O Enunciado 305 do TST esclareceu, porém, que sobre o aviso prévio indenizado ou trabalhado há a sujeição ao FGTS.

VERIFICAÇÃO DE APRENDIZAGEM

1. Qual o conceito de aviso prévio?
2. Qual a natureza jurídica do aviso prévio?

3. Qual o prazo do aviso prévio?
4. Existe aviso prévio proporcional ao tempo de serviço?
5. Pode o empregado renunciar ao aviso prévio?
6. Cabe o aviso prévio na rescisão indireta?
7. Existe alguma forma para a concessão do aviso prévio?
8. Quais são os efeitos do aviso prévio no contrato de trabalho?
9. Como é feita a remuneração do aviso prévio?

24

ESTABILIDADE

1. HISTÓRIA

A idéia de estabilidade nasce, inicialmente, no serviço público.

Uma noção genérica de estabilidade já era prevista no art. 149 da Constituição de 1824: "os oficiais do Exército e Armada não podem ser privados de suas Patentes, senão por Sentença proferida em Juízo competente".

A Constituição de 1891, em seu art. 76, modificava um pouco a orientação anterior: "os oficiais do Exército e da Armada só perderão suas patentes por condenação em mais de dois anos de prisão, passada em julgado nos tribunais competentes". O art. 57 assegurava aos juízes federais a vitaliciedade, pois poderiam perder o cargo unicamente por sentença judicial.

Os servidores públicos passaram a ter direito a estabilidade com a Lei n.° 2.924, de 1915, que proibia a despedida, desde que tivessem 10 anos de serviço.

A primeira norma que efetivamente tratou da estabilidade no setor privado foi o Decreto n.° 4.682, de 24-1-1923, a chamada Lei Eloy Chaves, constituindo-se num marco histórico. Eloy Chaves era deputado federal, representante eleito pela categoria dos ferroviários. As ferrovias na época eram poucas, mas poderosas. Tinham grande número de empregados. Os empregados mais velhos ficavam sujeitos a doenças e a dispensas em primeiro lugar que outros empregados. Teriam de estar amparados, assim, pela Previdência Social. Para isso, estabeleceu-se uma forma de dificultar as dispensas, isto é, a estabilidade. Essa norma foi também a primeira lei que consagrou a aposentadoria aos ferroviários. O art. 42 declarava que "depois de 10 anos de serviços efetivos, o empregado das empresas a que se refere a presente lei só poderá ser demitido no caso de falta grave constatada em inquérito administrativo, presidido por um engenheiro da Inspetoria e Fiscalização das Estradas de Ferro".

A estabilidade foi estendida a outras categorias, como ao pessoal das empresas de navegação marítima ou fluvial (Lei n.° 5.109/26), aos portuários

(Decreto n.° 17.940, de 11-11-1927), aos empregados em empresas de transportes urbanos, luz, força, telefone, telégrafos, portos, água e esgoto (Decreto n.° 20.465, de 1.°-10-1930). Os bancários, por meio do Decreto n.° 24.615, de 9-7-1934, tiveram direito à estabilidade aos dois anos de serviço (art. 15), o que foi revogado pelo art. 919 da CLT. A Lei n.° 62, de 5-6-1935, estendeu a estabilidade aos empregados da indústria e comércio, que ainda não tinham benefícios concedidos pela Previdência Social, conforme seu art. 10: "os empregados que ainda não gozarem da estabilidade que as leis sobre institutos de aposentadorias e pensões têm criado, desde que contem 10 anos de serviço efetivo no mesmo estabelecimento, nos termos desta lei, só poderão ser demitidos por motivos devidamente comprovados de falta grave, desobediência, indisciplina ou causa de força maior, nos termos do art. 5.°".

A Lei n.° 62 também desvinculou a estabilidade da legislação previdenciária, da qual nasceu.

A Constituição de 10-11-1937 esclarecia, na alínea f do art. 137, que "nas empresas de trabalho contínuo, a cessação das relações de trabalho, a que o trabalhador não haja dado motivo, e quando a lei não lhe garanta a estabilidade no emprego, cria-lhe o direito a uma indenização proporcional aos anos de serviço".

Pelo Decreto-lei n.° 39, de 3-12-1937, a falta grave era verificada perante o Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio e julgada pelas Juntas de Conciliação e Julgamento. Com a edição do Decreto-lei n.° 1.237/39, os inquéritos administrativos passaram a ser julgados pelos Conselhos Regionais do Trabalho, em função da organização da Justiça do Trabalho pela referida norma. O Decreto-lei n.° 2.851, de 1940, estabeleceu que os inquéritos seriam ajuizados, perante as Juntas de Conciliação e Julgamento, dentro de 30 dias a contar da suspensão do empregado em razão da falta grave noticiada.

A CLT, de 1943, disciplinou a estabilidade nos arts. 492 a 500. Todo empregado que completasse 10 anos na empresa não poderia ser dispensado, salvo motivo de falta grave, devidamente verificada em inquérito judicial para sua apuração, ou por força maior efetivamente comprovada (art. 492 da CLT).

A Constituição de 18-9-1946 reconhecia ao trabalhador, no inciso XII do art. 157, "estabilidade, na empresa ou na exploração rural, e indenização ao trabalhador despedido, nos casos e nas condições que a lei estatuir". Com a promulgação da Lei n.° 5.107, de 13-9-66, que versava sobre o FGTS, o sistema de estabilidade ficou mitigado, pois as empresas só admitiam empregados que fossem optantes do FGTS.

A Constituição de 24-1-1967 estabeleceu um sistema alternativo entre estabilidade ou fundo de garantia, ou seja, havia um sistema optativo para o obreiro: "estabilidade, com indenização ao trabalhador despedido, ou fundo de garantia equivalente" (art. 158, XIII). A EC n.° 1, de 1969, não modificou essa orientação: "estabilidade, com indenização ao trabalhador ou fundo de garantia equivalente" (art. 165, XIII). A Constituição de 1988 modificou o sistema que até então vinha tendo seguido, pois extinguiu a estabilidade e a alternatividade que existia com o fundo de garantia, eliminando-a ao estabelecer, no inciso I do art. 7.°: "relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos". Entendemos que nada impede, entretanto, o estabelecimento da estabilidade por meio da legislação ordinária ou até mesmo por intermédio da legislação complementar, que tratará da despedida arbitrária ou sem justa causa.

A Lei n.° 7.839, de 12-10-89, em seu art. 12, ressalvou o direito adquirido dos trabalhadores que à data da promulgação da Constituição de 1988 já tinham direito à estabilidade no emprego. O atual art. 14 da Lei n.° 8.036, de 11-5-90, que trata do FGTS, fez a mesma ressalva.

2. DENOMINAÇÃO

A estabilidade, assim como a indenização e o aviso prévio, constitui uma das limitações ao poder de despedir do empregador. Não se pode dizer, entretanto, que exista uma estabilidade absoluta, pois a justa causa, o motivo de força maior ou outras causas previstas em lei podem determinar o fim do contrato de trabalho.

É claro que a estabilidade econômica é um objetivo a ser conseguido por toda pessoa, não só o trabalhador, mas também o empresário. A estabilidade econômica diz respeito aos meios indispensáveis para que o trabalhador possa subsistir, podendo dizer respeito até mesmo ao salário mínimo.

Há que se distinguir a estabilidade da garantia de emprego. A garantia de emprego é o gênero que compreende medidas tendentes ao trabalhador obter o primeiro emprego, a manutenção do emprego conseguido e, até mesmo, de maneira ampla, a colocação do trabalhador em novo serviço. Está, portanto, a garantia de emprego ligada à política de emprego. Uma forma de garantia de emprego é o art. 429 da CLT, ao assegurar o emprego a menores aprendizes na indústria. O art. 93 da Lei n.° 8.213/91 também pode ser considerado como hipótese de garantia de emprego, ao estabelecer que as empresas com 100 ou mais empregados estão obrigadas a ter de 2 a 5% dos seus cargos preenchidos com beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência. Outra hipótese seria de uma lei que viesse a determinar a admissão de trabalhadores que fossem mutilados de guerra.

3. CONCEITO

A estabilidade que iremos analisar é a jurídica, prevista na legislação, é a estabilidade que impede a dispensa do empregado. Pode ser a estabilidade decorrente de norma coletiva, do regulamento de empresa ou do próprio contrato de trabalho, se as partes assim dispuserem, como ocorre com a estabilidade do menor em época de serviço militar, do empregado às vésperas de sua aposentadoria etc.

A estabilidade é o direito do empregado de continuar no emprego, mesmo à revelia do empregador, desde que inexista uma causa objetiva a determinar sua despedida. Tem, assim, o empregado o direito ao emprego, de não ser despedido, salvo determinação de lei em sentido contrário.

É a estabilidade uma forma não só de garantia de emprego, mas de dificultar a despedida por parte do empregador.

O exercício do direito potestativo do empregador quanto à rescisão contratual não se pode dar na estabilidade, ainda que por razões técnicas ou econômico-financeiras. Ao contrário, quando se fala em garantia de emprego, a dispensa pode ser feita, salvo a arbitrária, ou seja, aquela que não se fundar em motivos disciplinares, técnicos, econômicos e financeiros. Na estabilidade, o empregador somente poderá dispensar o empregado havendo justa causa ou encerramento de atividades.

Cesarino Jr. faz distinção entre estabilidade própria e estabilidade imprópria. A estabilidade é própria, ou real, ou verdadeira, nos sistemas jurídicos de proteção ao trabalho em que a permanência do empregado em seu emprego é efetivamente garantida, em caso de violação pelo empregador, seja pela sua reintegração forçada, seja pela imposição de sanções econômicas adequadas.

Há estabilidade imprópria sempre que se procura conseguir a permanência no emprego tão-somente por meio da condenação do empregador ao pagamento de uma indenização nos casos de despedida injusta.

A estabilidade pode ser legal, tendo previsão em lei, ou convencional, observada em convenção ou acordo coletivo.

4. ESTABILIDADE POR TEMPO DE SERVIÇO

A estabilidade por tempo de serviço era garantida pelo art. 492 da CLT ao empregado que tivesse mais de 10 anos de serviço na mesma empresa, que não poderia ser dispensado a não ser por motivo de falta grave ou força maior, devidamente comprovadas. Os 10 anos de serviço na empresa poderiam ser contados em razão do trabalho do empregado no grupo de empresas. A jurisprudência fixou orientação de que "presume-se obstativa à estabilidade a despedida, sem justo motivo, do empregado que alcançar 9 anos de serviço na empresa" (Enunciado 26 do TST).

No sistema da EC n.° 1, de 1969, estabelecia-se a estabilidade, com indenização ao trabalhador ou fundo de garantia equivalente (art. 165, XIII). A jurisprudência esclareceu que "a equivalência entre os regimes do FGTS e da estabilidade da CLT é meramente jurídica e não econômica, sendo indevidos quaisquer valores a título de reposição de diferença" (Enunciado 98 do TST).

A estabilidade prevista nos arts. 492 a 500 da CLT fica prejudicada com o inciso I do art. 7.° da Constituição, que determina que a dispensa arbitrária ou sem justa causa será objeto de lei complementar. O inciso III do art. 7.° da Lei Maior, ao tratar de FGTS, não mencionou o sistema alternativo de estabilidade ou fundo de garantia equivalente que existia na Constituição anterior, com o que a estabilidade decenal prevista na CLT foi extinta. Apenas aquelas pessoas que já tinham direito adquirido antes de 5-10-88 é que ainda a possuem, e são poucas, normalmente empregados que trabalham para o Estado sob o regime da CLT. O art. 12 da Lei n.° 7.839/89 e o art. 14 da Lei n.° 8.036/90 ressalvaram expressamente o direito à estabilidade em relação às pessoas que já o possuíam, ou seja, que tinham 10 anos de empresa em 5-10-88 e não eram optantes do FGTS.

Para que o empregado possa, hoje, ser despedido, basta que a empresa pague as verbas rescisórias (aviso prévio, férias, 13.° salário etc.). A indenização que seria devida consistiu no aumento do porcentual sobre os depósitos do FGTS, que passou de 10% para 40% (art. 10, I, do ADCT).

O pedido de demissão do empregado estável só será válido quando feito com a assistência do sindicato da categoria e, se não o houver, perante a autoridade local do Ministério do Trabalho ou da Justiça do Trabalho (art. 500 da CLT).

5. EXCLUSÃO DO DIREITO À ESTABILIDADE

Os domésticos já não tinham direito à estabilidade por tempo de serviço, pois a Lei n.° 5.859/72 assim não determinou.

O art. 499 da CLT reza que não haverá estabilidade no exercício de cargos de diretoria, gerência ou outros de confiança imediata do empregador, ressalvando-se apenas o cômputo do tempo de serviço para todos os efeitos legais. Ao empregado garantido pela estabilidade que deixar de exercer cargo de confiança assegura-se, salvo no caso de falta grave, a reversão ao cargo efetivo que haja anteriormente ocupado.

A estabilidade por tempo de serviço não é aplicável ao empregado em consultório ou escritório de profissional liberal (art. 507 da CLT). O profissional liberal vem a ser a pessoa física e não a sociedade. Esse dispositivo, entretanto, perdeu a validade diante dos incisos I e III do art. 7.° da Constituição.

6. GARANTIAS DE EMPREGO

A verdadeira estabilidade era aquela por tempo de serviço, em que se considerava estável o empregado que tivesse 10 anos na empresa. As demais estabilidades podem ser chamadas de provisórias, pois ficam circunscritas a determinado período, normalmente de 12 meses após o término do mandato.

A garantia de emprego restringe o direito potestativo do empregador de dispensar o empregado sem que haja motivo relevante ou causa justificada durante certo período. A estabilidade envolve o direito que tem o empregado de não ser despedido unilateralmente, salvo as exceções legais (justa causa, encerramento da atividade). A estabilidade proíbe o direito potestativo de dispensa por parte do empregador, ainda que este queira pagar indenizações.

Garantia de emprego é, porém, o nome adequado para o que se chama estabilidade provisória, pois, se há estabilidade, ela não pode ser provisória. Não se harmonizam os conceitos de estabilidade e provisoriedade, daí por que garantia de emprego. É a impossibilidade temporária da dispensa do empregado, como ocorre com o dirigente sindical, o cipeiro, a grávida etc. Difere a garantia no emprego da garantia de emprego. Esta está ligada à política de emprego do Governo.

6.1 Dirigente sindical

Em países de língua espanhola usa-se a expressão fuero sindical, para denominar a garantia de emprego do dirigente sindical.

José Luiz Ferreira Prunes usa a expressão imunidade sindical (1975:83). Hoje, até pode-se falar em imunidade sindical, pois tem a questão previsão constitucional (art. 8.°, VIII). Quando o tema é previsto na Constituição, fala-se em imunidade, como imunidade tributária (art. 150, VI), imunidade parlamentar (§ 1.° do art. 53) etc.

A Convenção n.° 98, de 1949, já mencionava que "os trabalhadores deverão gozar de adequada proteção contra quaisquer atos atentatórios à liberdade sindical em matéria de emprego" (art. 1.°). A referida proteção deverá aplicar-se a atos destinados a "dispensar um trabalhador ou prejudicá-lo, por qualquer modo, em virtude de sua filiação a um sindicato ou de sua participação em atividades sindicais, fora das horas de trabalho ou com o consentimento do empregador, durante as mesmas horas" (art. 2.°, b).

A referida Convenção foi ratificada pelo Brasil pelo Decreto Legislativo n.° 49, de 27-8-52.

A Lei n.° 5.107, de 13-9-66, já previa a impossibilidade da dispensa do empregado sindicalizado, "a partir do momento do registro de sua candidatura a cargo de direção ou representação sindical, até o final do seu mandato, caso seja eleito, inclusive como suplente, salvo se cometer falta grave devidamente apurada nos termos da Consolidação das Leis do Trabalho" (art. 25).

Tinha, assim, o dirigente sindical estabilidade provisória no emprego, a partir do registro de sua candidatura até o final do seu mandato, se eleito, inclusive como suplente.

A Lei n.° 5.911, de 27-8-73, deu nova redação ao § 3.° do art. 543 da CLT, dizendo que o empregado sindicalizado não poderia ser despedido, aumentando a garantia de emprego, que era desde o momento do registro de sua candidatura até um ano após o término do mandato, caso eleito, inclusive como suplente.

O TST vinha entendendo que os membros de associação profissional também deveriam ter a mesma garantia: "os dirigentes de associações profissionais, legalmente registradas, gozam de estabilidade provisória no emprego" (Enunciado 222).

A Lei n.° 7.543, de 2-10-86, alterou novamente a redação do § 3.° do art. 543 da CLT para estender a garantia aos dirigentes de associação profissional, de acordo com o que já vinha fazendo o Enunciado 222 do TST.

O inciso VIII do art. 8.° da Constituição de 1988 veio apenas erigir em âmbito constitucional o disposto no § 3.° do art. 543 da CLT: "é vedada a dispensa do empregado sindicalizado a partir do registro da candidatura a cargo de direção ou representação sindical e, se eleito, ainda que suplente, até um ano após o final do mandato, salvo se cometer falta grave nos termos da lei".

Encerra o mandamento constitucional em exame norma constitucional de eficácia plena, exceto quanto à falta grave que será apurada "nos termos da lei", que é norma de eficácia limitada. A expressão "nos termos da lei" refere-se a falta grave e já está normatizada pelo art. 482 da CLT, que prevê quais as faltas que ensejarão o despedimento do obreiro. Ressalta, contudo, o dispositivo constitucional que a garantia de emprego é para o empregado sindicalizado. Nada impede, portanto, que a lei ordinária estenda a estabilidade ao associado que se candidata a cargo de direção ou de representação de associação profissional, como menciona o § 3.° do art. 543 da CLT, visto que é livre a associação para fins lícitos (art. 5.°, XVII, da CF).

Não há incompatibilidade entre a norma constitucional e o § 3.° do art. 543 da CLT, quando este assegura estabilidade ao dirigente de associação profissional. Embora a Constituição não tenha previsto a estabilidade para o dirigente dos obreiros perante o Conselho Nacional de Previdência Social (CNPS) e dos representantes dos empregados que participam do Conselho Curador do FGTS, nada impede que a lei ordinária o faça (art. 3.°, § 7.° da Lei n.° 8.213/91 e art. 3.°, § 9.°, da Lei n.° 8.036/90). O § 3.° do art. 543 da CLT não é incompatível com a Norma Ápice, inexistindo revogação da lei ordinária pela Constituição quanto a este aspecto.

Entender de modo diverso seria retroagir no tempo, principalmente quando o TST, por intermédio de sua jurisprudência predominante contida no Enunciado 222, já assegurava tal garantia ao associado, antes mesmo da edição da Lei n.° 7.543/86. O TST cancelou o En. 222.

É certo que se houver a cessação do contrato de trabalho do empregado, estatuído por prazo determinado, não haverá direito à estabilidade, porque aqui não há despedida injusta, mas término do pacto laboral.

Mero colaborador não goza de estabilidade, pois não ocupa cargo de direção ou representação.

Não faz jus à garantia de emprego o dirigente de entidade fiscalizadora de exercício de profissão liberal, como OAB, CRC, CREA, CRM etc., pois a estabilidade é para o empregado sindicalizado que concorre a cargo de direção ou representação sindical (art. 8.°, VIII, da CF). A ligação que aquela pessoa mantém com o órgão de classe não depende do vínculo empregatício para representar na empresa o órgão fiscalizador, que não é sindicato.

Tem direito à estabilidade o dirigente de categoria profissional diferenciada, desde que a função exercida junto ao empregador corresponda à da categoria do sindicato em que era diretor. Se, no entanto, o empregado não exerce na empresa a atividade da categoria profissional, não será beneficiário da estabilidade. Já se entendeu que o empregado que labora em empresa pertencente à categoria da construção civil e é tesoureiro da Associação dos Metalúrgicos, não estando incluído em categoria diferenciada, não tem direito à estabilidade.

Uma pessoa que foi eleita para representar os metalúrgicos de São Paulo não pode querer estabilidade na cidade de Santos. O empregado de uma padaria, que fosse sócio de uma mecânica, sendo eleito diretor do sindicato das empresas metalúrgicas, não goza de estabilidade na padaria. O empregado bancário que

também trabalhasse numa empresa jornalística, eleito para dirigente sindical do sindicato dos jornalistas, não teria estabilidade nos dois empregos.

O dirigente sindical que é destituído de suas funções também não pode gozar de estabilidade, pois esta seria devida em função de o empregado poder exercer a atividade sindical de representação perante a empresa.

Se o empregado é eleito como diretor de sindicato patronal, representante da categoria econômica a que pertence a empresa empregadora, não terá direito a estabilidade, pois a norma conduz o intérprete a que a garantia de emprego é apenas para a representação dos interesses dos trabalhadores.

Sendo extinta a empresa, há o encerramento da atividade sindical e da garantia de emprego.

6.2 Membro da Cipa

Anteriormente a dezembro de 1977, não havia obrigatoriedade de as empresas possuírem Comissão Interna de Prevenção de Acidentes (Cipa). Esta funcionava facultativamente no âmago das empresas, como se fosse mera "comissão de fábrica". A instalação compulsória da Cipa foi determinada pela Lei n.° 6.514, de 22-12-77, que deu nova redação à Seção III ("Dos órgãos de Segurança e Medicina do Trabalho nas Empresas"), do Capítulo V ("Da Segurança e da Medicina do Trabalho"), do Título II ("Das Normas Gerais de Tutela do Trabalho") da CLT, em especial pelo art. 163 da norma consolidada.

Reza o art. 165 da CLT que os titulares da representação dos empregados na Cipa não poderão sofrer despedida arbitrária, entendendo-se como tal a que não se fundar em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro. Essa disposição já estava prevista no art. 2.° da Recomendação n.° 119/63.

O art. 165 da CLT dispõe, ainda, que a estabilidade provisória do cipeiro é destinada apenas ao titular da representação dos empregados na Cipa, não se fazendo menção ao suplente.

Alguns julgados do TST vinham concedendo a estabilidade também ao suplente, fazendo uma interpretação extensiva do art. 165 da CLT, pois o suplente substituía o titular em seus impedimentos, para garantir o exercício de suas funções e não ficar sujeito a represálias do empregador.

A Constituição de 1988 prevê estabilidade para o empregado "eleito para o cargo de direção" da Cipa, "até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7.°, I", da Lei Maior (art. 10, II, a, do ADCT). Esta estabilidade é assegurada desde o registro da candidatura ao cargo de dirigente da Cipa até um ano após o final de seu mandato. A Constituição delimitou, inclusive, o interregno de tempo de estabilidade para o cipeiro, que não era feito pelo art. 165 da CLT, equiparando aquela hipótese ao inciso VIII do art. 8.° da CLT, quanto ao respectivo tempo.

Veda-se, portanto, a dispensa arbitrária ou sem justa causa do cipeiro. Logo, a dispensa com justa causa (art. 482 da CLT) não é proibida. Considera-se como dispensa arbitrária a que não se fundar em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro, nos termos do disposto na parte final do art. 165 da CLT.

Em nosso modo de ver, a regra de estabilidade prevista nas disposições transitórias da Constituição (art. 10, II, a) não faz distinção entre membro titular ou suplente da Cipa. Assim, na parte em que o legislador não distinguiu, não cabe ao intérprete fazê-lo. Na verdade, não houve revogação ou derrogação do art. 165 da CLT pela Lei Maior, mormente pelo fato do art. 10, II, a, do ADCT ser uma norma transitória, pois quando for promulgada a lei complementar de que trata o art. 7.°, I, da Lei Fundamental, tal comando legal perderá vigência.

O suplente tem estabilidade quando no exercício continuado ou esporádico da função de cipeiro, pois nas ausências ou nos impedimentos do titular irá substituí-lo. Visa-se garantir também o emprego ao cípeiro nessas condições, para evitar qualquer represália do empregador em relação ao cipeiro suplente.

O processo de eleição do titular e do suplente da Cipa, em verdade, é o mesmo, porque não se faz distinção quanto a este aspecto no § 2.° do art. 164 da CLT. Quando o suplente for chamado, irá exercer o cargo de direção. A Constituição só faz referência à necessidade de a pessoa ter sido eleita para cargo de direção, e não no que diz respeito à questão de ser o empregado titular ou suplente da Cipa.

Cargos todos os membros da Cipa têm, até mesmo o suplente. A acepção da palavra direção deve ser examinada no sentido de que a Cipa é um colegiado em que todos detêm cargo de direção. Os cargos não são escolhidos, mas há eleição, sendo que apenas a condução de alguns trabalhos é determinada ao presidente da Cipa.

Os demais encargos são fiscalizados no dia-a-dia por todos os funcionários, com o intuito de prevenir acidentes no local de trabalho. O vice-presidente da Cipa exerce mero cargo decorativo, pois, caso tal cargo fosse de direção no sentido estrito da palavra, deveria ele naturalmente assumir a presidência, na hipótese de o presidente da Cipa ser dispensado da empresa, ao passo que tal fato não ocorre, visto que o presidente deve ser novamente indicado pelo empregador (§ 5.° do art. 164 da CLT). Ressalte-se que não há como explicar o termo "comissão" nas empresas, com 20 a 50 empregados, que devem, igualmente, ter Cipa, composta, porém, de apenas dois cipeiros, um representando o empregador e outro, o empregado (Quadro I da NR 5 da Portaria n.° 3.214/78). Mostra-se, assim, que todos têm poderes de direção, não só o presidente da Cipa, mas também os demais componentes daquele órgão.

O que o legislador constituinte pretendeu coibir foi a dispensa imotivada do empregado eleito para o cargo da Cipa, pois o despedimento faz cessar o mandato do cipeiro e o empregado deve ter maiores condições de exercê-lo, livre de pressões ou represálias do empregador, para zelar pela diminuição de acidentes do trabalho na empresa. Na verdade, a Lei Magna tem o escopo de assegurar a garantia do mandato, para que o empregado dirigente da Cipa possa melhor desempenhar suas funções naquele órgão.

O Enunciado 339 do TST esclareceu que "o suplente da Cipa goza da garantia de emprego prevista no art. 10, inciso II, alínea a, do ADCT da Constituição da República de 1988". O referido verbete dirimiu a dúvida existente sobre se o suplente da Cipa teria direito à estabilidade no emprego, respondendo positivamente à questão.

A garantia de emprego do cipeiro se estende, inclusive, ao representante do empregador, desde que este tenha sido eleito para o cargo de direção da Cipa, como já decidiu o TRT da 17.ª R. (RO 3.065/81, Rela. designada Juíza Regina Uchoa da Silva, j. 24-3-92, DJ ES 12-5-92, p. 61.) Nesse caso, se houve eleição para a escolha do representante do empregador, haverá também estabilidade para o presidente da Cipa, pois é atraída a aplicação da disposição contida na alínea a, do inciso II, do art. 10 do ADCT. O representante do empregador (presidente) é também empregado e foi "eleito para cargo de direção" da Cipa. Logo, se foi eleito o representante do empregador na Cipa, deve também ser beneficiário da estabilidade provisória prevista na Lei Maior.

Ocorrendo a dispensa do trabalhador que era detentor da estabilidade provisória, o empregador, na hipótese de propositura de ação trabalhista pelo obreiro, deverá comprovar que a despedida não foi arbitrária, entendendo-se como tal a que não se fundar em motivo técnico, disciplinar, econômico ou financeiro, sob pena de ser condenado a reintegrar o empregado ao trabalho (parágrafo único

do art. 165 da CLT). Se por acaso a estabilidade já se houver findado, ou for incompatível a reintegração (art. 496 da CLT, aplicado por analogia), a determinação legal converte-se de obrigação de fazer em obrigação de pagar: indenização das verbas correspondentes ao período estabilitário.

Extinto o estabelecimento, não há que se falar em indenização ou estabilidade, pois a condição principal é a existência do estabelecimento para o qual foi formada a Cipa.

Pág. 363

A Cipa visa verificar o cumprimento das normas relativas à segurança do trabalho. Se o estabelecimento foi extinto, não há mais necessidade de Cipa, deixando de existir a vedação para a dispensa.

6.3 Gestante

A gravidez não é doença. Assim, não se pode tratar a gestante como doente ou como incapaz.

Quanto à garantia de emprego, justifica-se essa discriminação no período em que a empregada esteja grávida, ou no período pós-parto, pois com certeza não iria encontrar outro serviço no referido lapso de tempo.

Dispõe a alínea b do inciso II do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias que, até que seja promulgada lei complementar, fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto. Não havia previsão nesse sentido em normas constitucionais ou legais anteriores, porém já era encontrado algo semelhante em normas coletivas. O certo é que, a partir de 5-10-1988, a gestante tem garantido o seu emprego até 150 dias depois do parto.

O Brasil, aprovou a Convenção n.° 103 da OIT, de 1952, conforme o Decreto Legislativo n.° 20, de 30-4-65, que estabelece proibição da dispensa da empregada durante a licença-maternidade ou seu prolongamento.

São várias as teorias que informam a garantia de emprego da gestante, podendo ser destacadas as teorias da responsabilidade objetiva e subjetiva.

A teoria da responsabilidade objetiva considera que o importante é a confirmação da gravidez para a própria empregada e não para o empregador. A garantia de emprego independe da comprovação da gravidez perante o empregador, mas da sua confirmação, sendo responsabilidade objetiva do empregador, que visa garantir o nascituro.

Confirmação quer dizer o ato ou efeito de confirmar; segurança expressa e nova que torna uma coisa certa; ratificação (Houaiss, Antonio. Pequeno dicionário enciclopédico Koogan Larousse. Rio de Janeiro: Larousse do Brasil, 1980. p. 217).

O TST tem jurisprudência pacífica no sentido de que a empregada não precisa comprovar a sua gravidez perante o empregador, bastando haver a sua confirmação.

A teoria da responsabilidade subjetiva entende que a empregada deve comprovar a gravidez perante o empregador.

A palavra "confirmação" deve ser entendida no sentido de a empregada demonstrar a gravidez para o empregador, deve confirmá-la perante o empregador. A trabalhadora precisa dar ciência ao empregador de que está grávida, o que é feito pela apresentação do atestado médico ou exame laboratorial, quer dizer por ato formal, até cientificando por escrito que se encontra grávida, pois do contrário o empregador não tem como saber se a empregada está grávida. Somente a partir do momento em que a empregada demonstrar a gravidez ao empregador é que estará protegida.

Pág. 364

A empregada tanto poderá apresentar atestado médico, como também será possível constatar seu estado físico externo, demonstrado pela gravidez.

Desconhecendo a empregada a sua gravidez quando da dispensa, menos ainda teria condições de saber o empregador.

O empregador não tem como ser responsabilizado se a empregada não o avisa de que está grávida. Na data da dispensa não havia qualquer óbice à dispensa da trabalhadora, pois naquele momento não estava comprovada a gravidez ou era impossível constatá-la. Logo, não houve dispensa arbitrária com o objetivo de obstar o direito à garantia de emprego da gestante.

Prevê o § 1.° do art. 487 da CLT que o aviso prévio integra o tempo de serviço do empregado para todos os fins. Indica o Enunciado n.° 5 do TST que se o reajustamento salarial coletivo for concedido no curso do aviso prévio, ainda que indenizado, tem o empregado direito ao referido benefício. Esclarece o Enunciado n.° 182 do TST que o tempo do aviso prévio, mesmo indenizado, conta-se para efeito da indenização adicional do art. 9.° da Lei n.° 6.708/79.

Como o aviso prévio indenizado projeta os efeitos do contrato de trabalho por mais 30 dias para todos os fins, deve-se observar essa regra para a comprovação da gravidez durante o aviso prévio indenizado, pois o trabalho é pago sob a forma de salário.

No TST a orientação jurisprudencial n.° 35 da SDI mostra, porém, que o registro da candidatura do dirigente sindical no curso do aviso prévio não lhe dá direito à garantia de emprego.

A comprovação da gravidez deve ser feita durante a vigência do contrato de trabalho ou do aviso prévio indenizado, pois do contrário o empregador não tem ciência da gravidez da empregada quando da dispensa.

Provando a empregada gestante que, durante o aviso prévio, se encontrava grávida, mesmo recebendo aviso prévio indenizado, fará jus à garantia de emprego, em razão de que o contrato de trabalho só termina no último dia do aviso prévio indenizado.

Ocorrendo a gestação durante o aviso prévio, mesmo indenizado, porém a empregada não a comprova perante o empregador, entendo que não há direito à garantia de emprego, pois o empregador desconhecia a gravidez da empregada quando da dispensa.

A Constituição assegura o emprego à gestante (art. 7.°, XVIII) e não indenização como costumam pedir na prática, nas ações trabalhistas. Pedindo a empregada apenas indenização, demonstra seu interesse em não retornar ao emprego, o que revela que não tem direito à garantia de emprego, sendo improcedente seu pedido.

O pedido de indenização só é devido no caso de não mais ser possível a reintegração, pelo término da garantia de emprego, e desde que a empresa tivesse ciência da gravidez da empregada.

Existem acórdãos que entendem que se a empregada ajuíza a ação depois de expirado o prazo da garantia de emprego, ainda assim faz jus a esse direito, em razão de que o prazo prescricional é de dois anos a contar da cessação do contrato de trabalho (art. 7.°, XXIX, a, da Constituição).

Entretanto, passados alguns meses após a dispensa e pedindo a empregada reintegração, entendo que deve ser desconsiderado o período que vai da dispensa até a data do ajuizamento da ação, em razão da inércia da empregada na sua proposição e de ter direito ao emprego e não a receber sem trabalhar.

No caso de a empregada deixar terminar o período de garantia de emprego e só depois ajuizar a ação, penso que não faz jus nem a reintegração, muito menos a indenização, pois o seu ato impediu o empregador de reintegrá-la no emprego,

mostrando seu desinteresse em voltar a trabalhar na empresa. O direito previsto na Constituição é ao emprego e não à indenização.

Na hipótese de a empregada afirmar categoricamente que não tem interesse em retornar a trabalhar na empresa, quando esta lhe coloca à disposição o emprego, renuncia ao direito à garantia de emprego, pois, do mesmo modo, a Constituição assegura o direito ao emprego e não à indenização. Não querendo a empregada trabalhar na empresa, resta indevido o direito à garantia de emprego prevista na Constituição.

Prevê o Enunciado n.° 244 do TST que "a garantia de emprego à gestante não autoriza a reintegração, assegurando-lhe apenas o direito a salários e vantagens correspondentes ao período e seus reflexos".

Esse verbete foi editado na vigência da Emenda Constitucional n.° 1, de 1969, que não previa prazo de licença-maternidade, muito menos garantia de emprego.

É possível dizer que o Enunciado 244 do TST fica prejudicado pela previsão da atual Lei Maior, pois com a determinação do ADCT o constituinte assegurou efetivamente o emprego à gestante, conferindo-lhe garantia de emprego desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto (art. 10, II, b, do ADCT). Assim, a gestante tem direito a ser reintegrada no emprego, e não a indenização, como era a anterior orientação da jurisprudência.

O TST continua, contudo, a aplicar o Enunciado n.° 244.

No contrato de trabalho por tempo determinado as partes sabem desde o início quando o pacto irá terminar. Assim, se a empregada ficar grávida no curso do ajuste laboral, será indevida a garantia de emprego, pois não está havendo dispensa arbitrária ou sem justa causa. Há apenas o decurso do prazo do pacto de trabalho celebrado entre as partes. Situações que ocorram no curso do pacto laboral de prazo determinado não podem ser opostas para modificar a sua cessação, salvo se houver ajuste entre as partes.

A jurisprudência não é unânime sobre o tema, mas a majoritária é no sentido de não haver direito à garantia de emprego à gestante no contrato de trabalho por tempo determinado, inclusive no contrato de experiência, de safra, de obra certa.

É indevida a garantia de emprego à empregada doméstica desde a confirmação até cinco meses após o parto prevista na alínea b, do inciso II, do art. 10 do ADCT. O caput do referido artigo menciona que "até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7.°, I, da Constituição" é que se concede a garantia de emprego, sendo que a doméstica não foi aquinhoada com esse direito no parágrafo único do art. 7.° da Lei Fundamental. Logo, não faz jus à garantia de emprego de 150 dias após o parto, apenas aos 120 dias da licença-maternidade.

Há certas normas coletivas que estendem a garantia de emprego à gestante por mais 60 dias após o término da previsão constitucional. Nesse caso, a norma coletiva é mais benéfica para a empregada, devendo ser observada.

Algumas normas coletivas estabelecem que a empregada tem de comunicar ao empregador dentro do período de 30 dias após o término do contrato de trabalho, para ter direito ao emprego. Decorrido o referido prazo, há a perda do direito. Entendo que essa determinação da norma coletiva não viola a Constituição, que não é clara sobre o significado da palavra "confirmação", que pode, portanto, ser interpretada e complementada pela via negocial.

Pode-se entender que as partes são livres na estipulação de regras trabalhistas, conforme o art. 444 da CLT, desde que não contrariem as normas de proteção ao trabalho. No caso, não se está contrariando qualquer norma de proteção ao trabalho, pois há controvérsia sobre a palavra "confirmação" contida no ADCT, além do que traz maior segurança à relação jurídica entre empregado e empregador.

6.4 Acidentado

O art. 118 da Lei n.° 8.213/91 prevê outra forma de estabilidade provisória: "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 da percepção de auxílio-acidente".

A estabilidade do acidentado vinha sendo prevista em normas coletivas, como ocorre com os metalúrgicos, assegurando-se estabilidade à pessoa com moléstia profissional ou em virtude de acidente do trabalho, desde que atenda a determinadas condições cumulativas. Esta estabilidade, entretanto, é muito mais ampla que a do art. 118 da Lei n.° 8.213, pois não fala em 12 meses de garantia de emprego, mandando reintegrar o empregado acidentado.

É certo que o próprio TST, por meio do antigo Precedente em dissídios coletivos de n.° 30, já vinha garantindo "ao trabalhador vítima de acidente de trabalho 180 (cento e oitenta) dias de estabilidade no emprego, contados após a alta do órgão previdenciário". Essa orientação teve validade até a edição da Lei n° 8.213/91, que criou a estabilidade ao acidentado (art. 118), como se observa da nova redação do citado Precedente. Indaga-se, porém, se o art. 118 da Lei n° 8.213/91 seria constitucional. Argumentam os defensores da inconstitucionalidade de tal mandamento legal que só a lei complementar prevista no inciso I do art. 7.° da Constituição é que poderá prever outros tipos de estabilidade, sendo impossível fazê-lo por meio de lei ordinária (Lei n.° 8.213/91).

Entendemos que o art. 118 da Lei n.° 8.213/91 é constitucional.

Fazendo-se uma interpretação histórica dos textos legais da Assembléia Nacional Constituinte, que deram origem ao inciso I do art. 7.° da Lei Fundamental, chega-se à conclusão de que não era proibida a concessão de estabilidade por intermédio de lei ordinária.

O inciso XIII do art. 2.° do projeto da Subcomissão dos Direitos dos Trabalhadores previa estabilidade desde a admissão no emprego, exceto na ocorrência de falta grave comprovada judicialmente, observando-se a possibilidade de se firmar contrato de experiência de 90 dias.

Vê-se que não havia nenhum impedimento de se determinar estabilidade por meio de lei ordinária.

No projeto da Comissão da Ordem Social garantia-se relação de emprego estável, salvo a ocorrência de falta grave e contrato a termo, inclusive de experiência. Não era, portanto, vedada a concessão de estabilidade por lei ordinária.

No projeto da Comissão de Sistematização, assegurava-se o emprego contra despedida imotivada, salvo se verificada a ocorrência de falta grave cometida pelo empregado, ou de justa causa para a dispensa, baseada em fato econômico intransponível, fato tecnológico ou infortúnio da empresa, sendo lícita a contratação a termo. Como se vê, era lícito estabelecer a garantia provisória do emprego mediante lei ordinária.

Afinal, prevaleceu a possibilidade da despedida imotivada, desde que houvesse uma indenização compensatória para tanto, que seria determinada em lei complementar (art. 7.°, I, da CF). Provisoriamente, essa indenização compensatória consistiu no aumento da indenização do FGTS de 10% para 40% (art. 10, I, do ADCT).

A interpretação literal do inciso I do art. 7.° da Lei Fundamental não revela que a estabilidade somente pode ser prevista em lei complementar. Ao se escrever naquele artigo "relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos da lei complementar, que preverá

indenização compensatória, dentre outros direitos", não se determinou em nenhum momento que a estabilidade, em casos especiais, não pudesse ser instituída por lei ordinária.

A Norma Ápice apenas assegurou a proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa. A lei complementar que estabelecer essa proteção preverá indenização compensatória para tal despedida, mas também poderá disciplinar outros direitos. A proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa é que será prevista na lei complementar, mediante indenização compensatória; porém, não se fala em estabilidade, que pode até ser albergada por essa norma especial, mas não necessariamente o será. Nada impede, por conseqüência, que a lei ordinária crie estabilidade para o acidente do trabalho, como o fez o art. 118 da Lei n.° 8.213/91.

Procedendo-se à interpretação sistemática do inciso I do art. 7.° do Estatuto Supremo com outros dispositivos deste, não se chega à conclusão de que é defeso ao legislador ordinário estatuir estabilidade provisória.

O caput do art. 7.° da Lei Magna dispõe que "são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social...". Ao se empregar a expressão além de outros direitos, mostra-se que a relação contida nos incisos I a XXXIV do art. 7.° da Constituição está apenas outorgando ao empregado um mínimo de direitos trabalhistas. Não há enumeração taxativa ou exaustiva (numerus clausus) dos direitos trabalhistas na Lei Maior, mas exemplificativa, sendo que outros direitos podem ser previstos pela lei ordinária, inclusive a estabilidade preconizada pelo art. 118 da Lei n.° 8.213/91. Tanto é assim que não se faz menção no referido art. 7.° ao trabalhador temporário, o que nem por isso torna inconstitucional a Lei n.° 6.019/74.

Reza o § 2.° do art. 5.° da Lei Fundamental que não se excluem outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, até mesmo pelos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Quanto aos referidos tratados, a Convenção n.° 98 da OIT, ratificada pelo Brasil, assegura proteção adequada aos trabalhadores contra quaisquer atos atentatórios à liberdade sindical em matéria de emprego (art. 1.°). A lei ordinária, seguindo essa orientação, assegurou estabilidade não só ao dirigente sindical, mas também ao dirigente de associação profissional (§ 3.° do art. 543 da CLT), como já havia se firmado na jurisprudência do TST (Enunciado 222).

O fato de a Constituição só conceder garantia de emprego ao dirigente sindical (art. 8.°, VIII), ao cipeiro (art. 10, II, a, do ADCT) e à gestante (art. 10, II, b, do ADCT), não obsta a que a lei ordinária estabeleça outras garantias de emprego, pois a Lei Magna traz em seu bojo um mínimo de direitos a serem observados pelo empregador, até porque as constituições anteriores nunca tinham versado sobre garantia de emprego, o que não impedia de estabelecê-la via lei ordinária, como o foi (arts. 165 e 543, § 3.°, da CLT).

Logo, inexiste inconstitucionalidade do comando legal em comentário, podendo perfeitamente a lei ordinária veicular matéria sobre garantia de emprego, como ocorre com a do representante dos trabalhadores no CNPS (§ 7.° do art. 3.° da Lei n.° 8.213/91), do representante dos empregados no Conselho Curador do FGTS (§ 9.° do art. 3.° da Lei n.° 8.036/90), do cipeiro (art. 165 da CLT), do dirigente de cooperativa de empregados (Lei n.° 5.764/71), nas leis eleitorais e futuramente pode também haver estabilidade para o delegado sindical ou representante dos empregados na empresa (art. 11 da CF). Nada impede, portanto, que a lei ordinária estabeleça garantia de emprego para atender à situação peculiar - decorrente de acidente do trabalho - que merece tutela especial.

A garantia de emprego de 12 meses ao empregado acidentado no trabalho somente ocorre após a cessação do auxílio-doença acidentário, independentemente da percepção de auxílio-acidente. Assim, não havendo a concessão de auxílio-doença acidentário, o empregado não faz jus à estabilidade provisória do art. 118 da Lei n.° 8.213/91. Se o empregado se afasta apenas por até 15 dias da empresa, não há a concessão do auxílio-doença e, não sendo concedido este, não haverá garantia de emprego.

A garantia de emprego de 12 meses só é assegurada após a cessação do auxílio-doença, pois antes disso o empregado não poderia ser, à primeira vista, dispensado, porque a partir do décimo sexto dia do afastamento do obreiro o contrato de trabalho estaria suspenso.

Se no decorrer do ajuizamento da ação trabalhista tiver se expirado o prazo de 12 meses para a garantia de emprego ao acidentado, o empregado não mais poderá ser reintegrado, apenas será paga a indenização do período respectivo.

O art. 118 da Lei n.° 8.213/91, na verdade, mantém por mais 12 meses o contrato de trabalho do empregado acidentado e não a função, devendo o trabalhador reassumir seu mister no trabalho ou outra função compatível com seu estado após o acidente.

O dispositivo em comentário vem dificultar a possibilidade da dispensa do operário, pois raramente o trabalhador acidentado encontraria outro emprego nessas condições. O que vai ocorrer na prática é a dispensa do obreiro, preferindo a empresa pagar a indenização do período de estabilidade a reintegrar o acidentado, ficando prejudicado o intuito do legislador, que era o de garantir efetivamente o emprego ao trabalhador acidentado.

Preferível teria sido a reintegração do trabalhador no emprego, como ocorre em certas normas coletivas.

No contrato de prazo determinado ou de experiência não há direito à estabilidade prevista no art. 118 da Lei n.° 8.213/91, pois as partes conhecem antecipadamente a data do término do contrato, e não há despedida arbitrária ou sem justa causa, mas o fim normal do pacto laboral.

O tempo de serviço correspondente ao aviso prévio, ainda que indenizado, será computado como tempo de serviço para todos os efeitos legais (art. 487, § 1.° da CLT). Assim, o acidente do trabalho ocorrido no curso do aviso prévio, com o afastamento compulsório do obreiro, confere ao empregado a garantia de emprego. No caso de ocorrer que os 15 dias a cargo da empresa recaiam fora da projeção do aviso prévio, não será devida a garantia do emprego, visto que o contrato estaria interrompido e não suspenso.

Pode ocorrer que o empregado se afaste com periodicidade para tratamento médico, com percepção de auxílio-doença acidentário, sendo que a estabilidade de 12 meses será computada a partir do retorno do empregado ao trabalho, quando da cessação definitiva do auxílio-doença acidentário, o que poderá prolongar o contrato de trabalho do operário por muito tempo.

6.5 Membro do Conselho Curador do FGTS

Os representantes dos trabalhadores no Conselho Curador do FGTS, efetivos e suplentes, têm direito à garantia de emprego, desde a nomeação até um ano após o término do mandato de representação, somente podendo ser dispensados por motivo de falta grave, devidamente apurada por meio de processo sindical (§ 9.° art. 3.° da Lei n.° 8.036/90).

6.6 Membro do CNPS

Os representantes dos trabalhadores, que estiverem em atividade, titulares e suplentes, no Conselho Nacional de Previdência Social, terão direito à garantia de emprego, desde a nomeação até um ano após o término do mandato de representação, somente podendo ser dispensados por motivo de falta grave, regularmente comprovada por intermédio de processo judicial (§ 7.° do art. 3.° da Lei n.° 8.213/91).

6.7 Doente de Aids

A Aids pode desencadear uma série de problemas decorrentes da aplicação do direito ao caso concreto, não só no Direito do Trabalho, mas também em outras disciplinas, como mostra o professor Rubens Limongi França (Aspectos Jurídicos da Aids. RT 661:14 e ss).

Argumentam alguns que o doente de Aids não pode ser despedido pelo empregador, devendo ser reintegrado no emprego. Em que pese a relevante questão social debatida, há necessidade de se evitar qualquer posição emocional sobre a matéria, devendo a lide ser decidida em consonância com a lei e a prova dos autos. Ponderam os defensores da estabilidade do soropositivo a afronta ao princípio da igualdade, se não se concedesse a reintegração no emprego ao referido trabalhador.

A Constituição prescreve, no art. 5.°, caput, que "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza", garantindo-se "a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade". Consagra-se, portanto, o princípio da igualdade de todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. O dispositivo constitucional em foco destina-se, porém, ao legislador ordinário.

Haveria discriminação ou desigualdade flagrante se o legislador ordinário viesse a tratar com igualdade pessoas desiguais. Segundo Rui Barbosa, na célebre Oração aos Moços: "a regra da igualdade não consiste senão em aquinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que sejam desiguais. Nessa desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. Tratar como desiguais a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real".

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" (Princípios gerais de direito público, p. 198).

Assegura, ainda, o inciso XLI do art. 5.° da Lei Maior que "a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais". No entanto, a norma disciplinadora dos atos atentatórios dos direitos e liberdades fundamentais inexiste até o presente momento. Trata-se de norma constitucional de eficácia limitada, segundo a orientação de José Afonso da Silva (Aplicabilidade das normas constitucionais. São Paulo, 1968. p. 76), que só produzirá efeito quando da edição da lei ordinária que vier a versar sobre o tema. Logo, não há nenhuma impossibilidade do despedimento do soropositivo de Aids com fundamento nesse mandamento legal, que não é auto-aplicável.

Consagra o inciso I do art. 7.° da Lei Fundamental a proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos que forem previstos em lei complementar, que preverá indenização compensatória, entre outros direitos. Até a presente data não existe essa lei complementar. A única sanção para o despedimento do obreiro é o aumento da indenização do FGTS de 10% para 40%, conforme está explícito no inciso I do art. 10 do ADCT. O § 1.° do art. 18 da Lei n.° 8.036/90 (Lei do FGTS) adotou o mesmo porcentual de multa incidente

sobre o FGTS, quando do despedimento sem justa causa do empregado. Caso a empresa cumpra a lei, pagando a indenização de 40% sobre os depósitos fundiários, por ocasião da dispensa, não haverá nenhum óbice para o desligamento do soropositivo de Aids do emprego. O empregador, assim procedendo, estará exercitando livremente o poder potestativo de dispensar o empregado, sem a conseqüência de ser condenado a reintegrá-lo no emprego, devendo, apenas, pagar as verbas rescisórias correspondentes.

De outro modo, não poderá o empregador dispensar o soropositivo de Aids se este estiver sob os cuidados do INSS, percebendo auxílio-doença ou outro benefício previdenciário, pois se trataria de hipótese de suspensão do contrato de trabalho (art. 476 da CLT), a não ser que pague todas as verbas correspondentes do período do afastamento. É o que ocorreria se fosse obstado o direito de licença para tratamento de saúde do soropositivo (art. 1.°, I, a, da Lei n.° 7.670, de 8-9-88).

O doente de Aids tem direito a auxílio-doença ou aposentadoria, independentemente do período de carência, desde que a doença se manifeste após a filiação à Previdência Social, bem como pensão por morte aos seus dependentes (Lei n.° 7.670/88, art. 1.°, I, e). Enquanto a doença não se manifestar, não haverá direito a qualquer benefício previdenciário. Poderá, entretanto, haver prejuízo ao soropositivo se a empresa o impedir de fazer jus ao benefício previdenciário, o que gerará algum direito ao obreiro, dependendo da hipótese ocorrida.

É possível afirmar que se a doença ainda não se manifestou e a pessoa apenas é portadora do vírus HIV, não se pode falar em reintegração, pois o empregador, com a dispensa, não está obstando o direito do obreiro ao recebimento do benefício previdenciário. Dessa forma, pode o empregador exercer livremente o seu direito potestativo de dispensa do trabalhador, bastando pagar os consectários legais decorrentes da rescisão do contrato de trabalho, entre eles, a indenização de 40% sobre os depósitos do FGTS.

A legislação concede garantia de emprego apenas em certas circunstâncias, como em relação: ao membro da Cipa (art. 10, II, a, do ADCT e art. 165 da CLT), a gestante (art. 10, II, b, do ADCT), ao dirigente sindical (art. 8.° da Norma Magna) e de associação profissional (§ 3.° do art. 543 da CLT), ao acidentado (art. 118 da Lei n.° 8.213/91), ao empregado membro do Conselho Nacional da Previdência Social (§ 7.° do art. 3.° da Lei n.° 8.213/91) e aos empregados eleitos diretores de sociedades cooperativas (art. 55 da Lei n.° 5.764/71).

Fora dessas hipóteses não há direito a estabilidade, salvo se houver previsão em norma coletiva da categoria. Lembre-se que alguém só é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa em virtude de lei (art. 5.°, II, do Estatuto Supremo). Inexistindo mandamento que determine a reintegração no emprego do doente de Aids, não há como fazê-lo.

A Lei n.° 9.029/95, que versa sobre a proibição de exigência de atestados de gravidez e esterilização, entre outras regras, não poderá ser utilizada por analogia para reintegração de doente de Aids, pois refere-se apenas a exames relativos à esterilização (art. 2.°, I e II, a), a estado de gravidez (art. 2.°, I) ou a controle de natalidade (art. 2.°, II, b), preceitos que dizem respeito à mulher e não a determinada doença; ou em relação a sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade (art. 1.°). Isso mostra que a lei é dirigida principalmente à proteção das mulheres e não a doentes. Entretanto, se a discriminação for realizada em virtude de sexo, por exemplo: do homem, preterindo-se algum direito deste por discriminação, será possível ser aplicado o art. 4.° da Lei n.° 9.029, que deve ser interpretado em consonância com o art. 1.° da referida norma, tendo direito o empregado à faculdade prevista no art. 4.°: indenização em dobro ou readmissão.

Não havendo lacuna na lei, apenas inexistindo comando legal a prever garantia de emprego ao soropositivo, não poderá o juiz investir-se na função de legislador e mandar reintegrar o portador de vírus no emprego, sob pena de estar desvirtuando a função do Poder Judiciário, que é julgar e não legislar, violando o princípio da separação dos Poderes (art. 2.° da Lei Magna).

Inexiste norma injusta a ser aplicada pelo juiz, para que este atenda aos fins sociais a que a lei se dirige e às exigências do bem comum (art. 5.° da LICC), pois não se verifica a hipótese de serem corrigidos os rigores da lei. Não há lei determinando estabilidade ao soropositivo e, por conseqüência, o direito de ser reintegrado em sua anterior função na empresa. Caso se entenda de modo diverso, qualquer trabalhador doente poderá se julgar no direito de ser reintegrado no emprego, mesmo não havendo suspensão do contrato de trabalho, com o argumento de ser estável, bastando para tanto ter sido dispensado pelo empregador.

Entendemos, portanto, que não faz jus o soropositivo à estabilidade no emprego e a retornar a exercer o seu mister na empresa, com exceção da hipótese de estar suspenso o contrato de trabalho, em que se poderia falar em reintegração.

6.8 Empregados eleitos diretores de sociedades cooperativas

A Lei n.° 5.764, de 16-12-71, trata de política nacional de cooperativismo, instituindo o regime jurídico das sociedades cooperativas. No seu art. 55 ficou estatuído 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". Verifica-se que estamos diante de outra modalidade de garantia de emprego, pois o art. 55 da Lei n.° 5.764/71 remete o intérprete ao § 3.° do art. 543 da CLT.

O art. 47 da Lei n.° 5.764/71 estabelece que a cooperativa será administrada por uma diretoria ou conselho de administração. A estabilidade abrange aquele que for eleito diretor, sendo que há entendimentos de que o membro do Conselho de Administração goza de estabilidade, porque dirige a sociedade. Não se faz distinção entre membro titular ou suplente, apenas que o membro seja eleito, além do que o suplente pode assumir as obrigações do titular. Os membros do Conselho Fiscal não gozam de estabilidade, pois não são diretores, nem há previsão da lei nesse sentido (Ac. da SDI do TST, AR 22/84, Rel. Min. Fernando Vilar, j. 6-12.89, DJU, I, 24-8-90, p. 8.292).

Não se admite a extensão da garantia de emprego a diretores de outros órgãos (SDI, ERR 4.958/89. I, Rel. Min. José Carlos da Fonseca, DJU, I, 20-9-91, p. 12.952), salvo os anteriormente mencionados. A garantia de emprego abrange os empregados de empresas eleitos diretores de sociedades cooperativas, ainda que sejam de mais de uma empresa, abrangendo toda a categoria, e não apenas as relativas àquelas empresas para que trabalham (TST, 4.ª T., RR 223.242/91.8, 9.ª R., Rel. Min. Almir Pazzianotto Pinto, j. I 17-8-92, DJU I, 2-10-92, p. 16.956).

A garantia de emprego inicia-se com o registro da candidatura e vai até um ano após o término do mandato. Para a rescisão do contrato de trabalho será necessário inquérito para apuração de falta grave.

7. EXTINÇÃO DA ESTABILIDADE

Cessa a estabilidade do empregado com sua morte, com a aposentadoria espontânea, com a ocorrência de força maior, falta grave praticada pelo obreiro

ou com seu pedido de demissão. Com a morte do empregado não há que se falar em transferência da estabilidade para seus herdeiros, pois ela era pessoal, dizia respeito apenas ao trabalhador. O empregado, ao se aposentar ou pedir demissão, renuncia ao direito de estabilidade que detinha.

VERIFICAÇÃO DE APRENDIZAGEM

1. O que é estabilidade no sentido jurídico?
2. O que é garantia de emprego?
3. Existe ainda a estabilidade decenal?
4. Como ocorre a garantia de emprego?
5. O membro suplente da Cipa tem direito a estabilidade?
6. Como se extingue a estabilidade?

25

INDENIZAÇÃO

1. INTRODUÇÃO

Prevê o inciso I do art. 7.° da Constituição, como direito do trabalhador urbano e rural, "relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos".

Na evolução da legislação sobre despedida verificamos a existência de dois sistemas: o impeditivo da despedida e o de reparação econômica, que prevê o pagamento de um valor pecuniário ao obreiro despedido. O sistema impeditivo diz respeito à estabilidade, que nasceu da Lei Eloy Chaves, em 1923, permanecendo até a edição da Lei n.° 5.107/66, que instituiu o sistema alternativo do FGTS, sendo que este passou a ser um direito do trabalhador a partir de 5-10-88, desaparecendo o anterior sistema alternativo. Já o sistema de reparação econômica tem por base a indenização, visando dificultar o despedimento, impondo o pagamento de uma importância ao empregador com o objetivo de evitar a rotação de mão-de-obra, ou seja, um óbice econômico para sua concretização.

Mister se faz verificar qual era o sentido que o legislador constituinte pretendia dar ao inciso I do art. 7.° da Lei Maior. Vários foram os textos que deram origem a esse inciso I do art. 7.° da Constituição. O inciso XIII do art. 2.° da Subcomissão dos Direitos dos Trabalhadores previa "estabilidade desde a admissão no emprego, salvo o cometimento de falta grave comprovada judicialmente, facultado o contrato de experiência de noventa dias". A Comissão de Ordem Social especificou a "garantia de direito ao trabalho mediante relação de emprego estável, ressalvados: a) ocorrência de falta grave comprovada judicialmente; b) contrato a termo, não superior a dois anos, nos casos de transitoriedade dos serviços ou da atividade da empresa; c) prazos definidos em contratos de experiência, não superiores a noventa dias, atendidas as peculiaridades do trabalho a ser executado".

A Comissão de Sistematização versou sobre a "garantia de emprego, protegida contra despedida imotivada, assim entendida a que não se fundar em: a) contrato a termo, assim conceituado em lei; b) falta grave, assim conceituada em lei; c) justa causa, baseada em fato econômico intransponível, fato tecnológico ou infortúnio da empresa, de acordo com os critérios estabelecidos na legislação do trabalho".

Ao final prevaleceu uma redação fruto de entendimento das várias correntes existentes na Assembléia Constituinte, entendendo ser possível a despedida, havendo, porém, o pagamento de uma indenização compensatória prevista em lei complementar.

Pág. 375

Nota-se, portanto, que o sistema adotado pela Constituição de 1988 é o da possibilidade do despedimento, mediante reparação econômica, ou seja, pelo pagamento de uma indenização compensatória pela perda do emprego.

O inciso I do art. 7.° do Estatuto Supremo versa sobre indenização e não sobre estabilidade, ou seja: indenização compensatória pela despedida do empregado. O texto constitucional é claro ao mencionar que se trata de indenização compensatória a ser estabelecida em lei complementar. Logo, somente mediante lei complementar, que exige quorum especial de votação (art. 69 da Lei Maior), é que poderá ser disciplinada a indenização compensatória, como forma de impedir que a lei ordinária, que tem quorum de votação inferior, possa ser modificada constantemente.

Enquanto não for editada a lei complementar, o constituinte estabeleceu uma regra provisória, contida no inciso I do art. 10 do ADCT, prevendo que a multa do FGTS prevista na revogada Lei n.° 5.107/66 fica aumentada de 10% para 40%. Logo, o constituinte já tratou da previsão de uma forma de indenização compensatória para a despedida, antevendo eventual inércia do legislador complementar, que até agora não editou o referido comando legal.

Entende-se como despedida arbitrária a que não se fundar em motivo econômico, financeiro, técnico ou disciplinar, aplicando-se por analogia o art. 165 da CLT, que trata da dispensa nessas condições do empregado membro titular da Cipa. A despedida com justa causa seria aquela elencada no art. 482 da CLT, dependente de certa conduta negativa do empregado. Já a despedida sem justa causa, ao contrário, seria a que decorresse de motivo econômico, técnico ou financeiro em relação à empresa.

2. CONCEITO

No Direito Civil a indenização corresponde ao ressarcimento feito por uma pessoa em virtude de dano ou prejuízo causado a outrem.

A indenização trabalhista também vem a ser um pagamento realizado pelo empregador ao empregado quando este é dispensado sem justa causa, visando recompensá-lo da perda do emprego e devendo corresponder ao tempo de serviço prestado ao empregador.

3. FUNDAMENTOS

Antes de 1966 a indenização era a única forma de compensação que o empregado recebia pela perda do emprego. Com a instituição do FGTS, com a Lei n.° 5.107/66, os empregadores somente passaram a admitir trabalhadores que optassem pelo novo sistema, com a finalidade de que o empregado não adquirisse a estabilidade no emprego aos 10 anos de serviço. Com isso, desapareceu também a indenização pelo período anterior à opção do FGTS, que foi substituída pelos depósitos fundiários.

Pág. 376

Somente uns poucos trabalhadores ainda possuem tempo de serviço anterior ao FGTS ou são estáveis.

Aqueles trabalhadores que não optaram pelo FGTS até 5-10-88, ou que optaram pelo FGTS, mas têm tempo anterior ao da opção, é que terão direito à indenização.

Não há que se falar que deverá haver uma equivalência entre a indenização e o FGTS, pois o TST decidiu que "a equivalência entre os regimes do FGTS e da estabilidade da CLT é meramente jurídica e não econômica, sendo indevidos quaisquer valores a título de reposição da diferença" (Enunciado 98 do TST).

O inciso I do art. 7.º da Constituição prevê que a lei complementar estabelecerá uma indenização compensatória pela despedida arbitrária ou sem justa causa, entre outros direitos. Entretanto, até o momento essa lei não existe. Enquanto não vem a referida norma, a indenização do FGTS passou a ser de 40% (art. 10, I, do ADCT).

4. NATUREZA JURÍDICA

Várias teorias procuram justificar a natureza jurídica da indenização. Podemos citar as seguintes: teoria do abuso de direito, do crédito, do risco, do salário diferido, do prêmio, da pena, do dano, entre outras menos importantes.

A teoria do abuso de direito foi criada na França com base no Código Civil francês (art. 1.382). Seu fundamento era o de que o empregador, ao rescindir o contrato de trabalho do empregado, cometia um abuso de direito, salvo se houvesse motivo justificado para a mencionada rescisão. Esse era o entendimento da jurisprudência francesa. Não havendo motivos plausíveis para a rescisão, o empregado deveria ser indenizado. No Brasil a teoria do abuso de direito é fundamentada no inciso I do art. 160 do Código Civil, que determina que não se constitui em ato ilícito o exercício regular de direito, o que importa dizer que o ato será ilícito se praticado abusivamente ou contrariamente ao direito.

A teoria do crédito tem por base uma lei italiana de 1919. O empregado tem direito a uma compensação, consistente num crédito acumulado, na forma de indenização, quando for despedido. O crédito diria respeito à ajuda que o empregado deu ao empregador para o aumento de seu fundo de comércio e seria relativo ao tempo de serviço prestado à empresa. Na verdade, o empregado não tem direito a nenhum crédito em relação ao empregador, pois a lei não o prevê. Ressalte-se que, quando o empregado pede demissão, perderia também direito ao suposto crédito, que, se realmente existisse, lhe deveria ser pago na rescisão do contrato de trabalho em qualquer hipótese.

A teoria do risco informa que não se deveria verificar se houve ou não culpa na rescisão do contrato de trabalho, apenas quem suporta o risco correspondente. Como o empregador é quem assume os riscos de sua atividade econômica (art. 2.º da CLT), deveria pagar uma indenização pelo despedimento, inclusive por justa causa, em razão da responsabilidade objetiva. Essa teoria não pode ser observada, pois, se o empregado pedisse demissão, também teria direito à indenização em razão do risco que o empregador deve suportar, o que não tem fundamento, pois a indenização é devida na dispensa sem justa causa efetuada pelo empregador.

A teoria do salário diferido diz respeito ao valor que seria devido ao empregado quando da rescisão de seu contrato de trabalho. Seria aplicada em todos os casos, até mesmo quando pedisse demissão. Poder-se-ia dizer que seria um valor correspondente ao número de anos que o trabalhador prestou serviços na empresa, que lhe seria entregue ao término do pacto laboral. Essa teoria também não encontra respaldo em nossa legislação, pois a indenização só é devida quando da despedida pelo empregador ou na rescisão indireta, nunca em caso de pedido de demissão do empregado.

A teoria do prêmio não se refere ao tempo de serviço prestado pelo empregado ao empregador, nem à despedida, mas ao fato de o empregado ter colaborado com o empregador em suas atividades empresariais. A crítica que se faz a essa teoria é que, por se tratar de prêmio, haveria uma espécie de doação, uma dádiva paga pelo empregador ao empregado em sua despedida, o que mostraria o caráter facultativo de tal pagamento. Contudo, a indenização é determinada pela lei e nada tem de facultativa ou de dádiva, mas de obrigação, se ocorrido seu fato gerador: despedida do empregado com mais de um ano de casa.

A teoria da pena compreende uma sanção, um castigo, por um ato ilícito praticado, até mesmo em função de um crime. A indenização não vem a ser uma penalidade, pois não é crime dispensar o empregado.

A teoria do dano caracteriza o pagamento de um valor pelo prejuízo que o empregador causa ao empregado que perde o emprego. Por se tratar de dano causado pelo empregador, há necessidade da existência de culpa. Entretanto, não se pode dizer que haja culpa do empregador quando despede o empregado, porque está exercitando um direito seu, decorrente do poder de direção que possui, devendo apenas pagar as verbas previstas na lei.

A teoria da assistência social entende que, com a dispensa injusta, há o pagamento de uma indenização, que é uma espécie de sistema de previdência social a cargo do empregador. Se a indenização fosse um benefício de assistência social, o empregado teria direito a tal pagamento caso pedisse demissão ou fosse dispensado com justa causa. De outro modo, se fosse uma prestação de assistência social, deveria ser paga pela Seguridade Social, e não é.

O fundamento da indenização é o fato de o empregado perder o emprego e a contagem do tempo de serviço na empresa. Não se trata de um dano causado ao empregado, como já vimos, nem de abuso de direito, pois o empregador exercita um direito previsto na lei, que apenas ampara o empregado com uma compensação pela despedida abrupta em função de seu tempo de serviço.

5. CONTRATOS POR TEMPO INDETERMINADO

Com a Constituição de 1988 o FGTS não é mais uma opção do empregado, mas um direito, desaparecendo o sistema de estabilidade. O inciso I do art. 10 do ADCT trata da indenização de 40% do FGTS, enquanto não seja editada a lei complementar que preverá indenização compensatória, entre outros direitos, para o empregado dispensado arbitrariamente ou sem justa causa.

O tempo de serviço do trabalhador não optante do FGTS anterior a 5-10-88 será indenizado na forma do art. 477 da CLT, caso seja dispensado sem justa causa pelo empregador. Essa ressalva é feita pelo § 1.° do art. 14 da Lei n.° 8.036/90.

A indenização devida pela rescisão do contrato por tempo indeterminado que for feita pelo empregador será de um mês de remuneração por ano de serviço efetivo, ou por ano e fração igual ou superior a seis meses (art. 478 da CLT). A indenização será paga na importância da maior remuneração que tenha percebido o empregado na empresa (art. 477 da CLT), mesmo se o empregado estivesse exercendo cargo de confiança. Se o salário for pago por dia, o cálculo da indenização terá por base 30 dias. Se pago por hora, a indenização será apurada na base de 240 horas por mês (que era o número de horas máximas trabalhadas no mês no período anterior a 5-10-88), hoje 220 horas. Para os comissionistas ou aqueles que recebem percentagens, a indenização será calculada pela média das comissões ou percentagens percebidas nos últimos 12 meses de serviço. Para os empregados que trabalhem por tarefa ou serviço feito, a indenização será calculada na base média do tempo costumeiramente gasto pelo interessado para realização de seu serviço, tomando-se em conta o valor do que seria feito durante 30 dias. No cálculo da indenização será computável a gratificação de Natal à razão de 1/12 por ano (Enunciado 148 do TST). A gratificação periódica contratual também irá ser computada para o cálculo da indenização (Enunciado 78 do TST e Súmula 207 do STF), assim como as horas extras prestadas habitualmente (Enunciado 24 do TST), o adicional de periculosidade (Enunciado 132 do TST) e o adicional de insalubridade pagos em caráter permanente (Enunciado 139 do TST). Para efeito da contagem do tempo de serviço para a indenização, consideram-se tempo à disposição do empregador os períodos em que o empregado estiver afastado do

trabalho prestando serviço militar e por motivo de acidente do trabalho (parágrafo único do art. 4.° da CLT).

Se o empregado for readmitido, serão computados como tempo de serviço os períodos, ainda que descontínuos, em que tiver trabalhado anteriormente na empresa, salvo se foi despedido por falta grave, recebeu indenização legal ou se aposentou espontaneamente (art. 453 da CLT). Mesmo se o empregado tiver pedido demissão, na hipótese de readmissão conta-se o período de serviço anterior encerrado com sua saída espontânea (Enunciado 138 do TST). Entretanto, não obstante o pagamento da indenização, presume-se em fraude à lei a rescisão contratual se o empregado permaneceu prestando serviços, ou foi readmitido em curto prazo (Enunciado 20 do TST).

Há que se ressaltar, porém, que o primeiro ano de duração do contrato de trabalho por tempo indeterminado é considerado como período de experiência e, antes que se complete, nenhuma indenização é devida (§ 1.° do art. 478 da CLT).

Admitindo-se que o empregado percebesse $ 120,00 e tivesse sete anos de casa, somam-se $ 120,00 com o duodécimo do 13.° salário (Enunciado 148 do TST), totalizando $ 130,00, e multiplica-se pelo número de anos trabalhados (sete). O total é $ 910,00.

6. CONTRATOS POR TEMPO DETERMINADO

O art. 479 da CLT assegura ao empregado dispensado sem justa causa, antes do término do contrato por tempo determinado, uma indenização, que é calculada pela metade do valor da remuneração que seria devida ao obreiro até a cessação do referido pacto.

Assim, se o empregado tinha direito de receber uma remuneração de $ 100,00 até o término do pacto laboral por tempo determinado, irá receber metade dessa remuneração a título de indenização, ou seja, $ 50,00.

O Decreto n.° 59.820, de 1966, que regulamentava a Lei n.° 5.107/66 (FGTS) assegurava o direito do empregador de pagar a indenização do art. 479 da CLT mediante a utilização dos depósitos do FGTS do empregado optante (§ 3.° do art. 30). A orientação da jurisprudência era a mesma (Enunciado 125 do TST). Se houvesse diferença, ficaria a cargo do empregador.

Na extinção normal do contrato a termo, o empregado optante do FGTS poderá sacá-lo (art. 20, IX, da Lei n.° 8.036/90). Se a rescisão do contrato a prazo for feita antes do tempo pelo empregador, terá este de pagar a indenização pela metade do art. 479 da CLT. O art. 14 do Decreto n.° 99.684/90 dá a entender que a regra que foi prevista anteriormente no Decreto n.° 59.820/66 continua a ser aplicada, ou seja, é possível utilizar o FGTS depositado para abater a indenização devida pela metade, preconizada pelo art. 479 da CLT. Entendo que o art. 479 da CLT foi revogado a partir de 5-10-88, pois o FGTS passava a ser um direito do trabalhador, deixando de existir o regime alternativo de estabilidade com indenização ou FGTS equivalente.

O cálculo da parte variável ou incerta da indenização em comentário será feito da mesma forma como se procede em relação à indenização dos contratos por tempo indeterminado.

O empregado também é obrigado a pagar uma indenização ao empregador se sair da empresa antes do término do contrato por tempo determinado, desde que ocasione prejuízo ao empregador (art. 480 da CLT). A indenização, contudo, não poderá exceder àquela a que teria direito o empregado em idênticas condições.

Nos contratos por tempo determinado, que contiverem cláusula assecuratória do direito recíproco de rescisão antes de expirado o termo ajustado, aplicam-se, caso seja exercido tal direito por qualquer das partes, os princípios que regem a rescisão dos contratos por tempo indeterminado (art. 481 da CLT). Nesse caso,

a indenização a ser paga será a prevista para os contratos por tempo indeterminado.

No contrato de safra, expirado normalmente o contrato, a empresa pagará ao safrista, a título de indenização do tempo de serviço, a importância de 1/12 do salário mensal, por mês de serviço ou fração superior a 14 dias (art. 14 da Lei n.° 5.889/73). O empregado rural passou a ter direito ao FGTS em 5-10-88, sendo que este substitui a referida indenização.

Nos contratos de trabalhadores na construção civil realizados por obra certa, rescindido o contrato em face do término da obra ou serviço, tendo o empregado mais de 12 meses de serviço, terá direito a indenização por tempo de trabalho, na forma do art. 478 da CLT, com 30% de redução (art. 2.° da Lei n.° 2.959/56). Aqui nota-se também que o legislador prestigiou a regra de que o primeiro ano de duração do contrato é considerado período de experiência, não sendo devida qualquer indenização, como ocorre nos contratos por tempo indeterminado. O FGTS substituirá a referida indenização a partir de 5-10-88. Os trabalhadores temporários também tinham direito a uma indenização por dispensa sem justa causa ou término normal do contrato, correspondente a 1/12 do pagamento recebido (art. 12, f, da Lei n.° 6.019/74). Como o trabalhador temporário passou a ter direito ao FGTS (§ 2.° do art. 15 da Lei n.° 8.036/90), não é mais devida a referida indenização.

7. ESTABILIDADE

O empregado com mais de 10 anos na empresa não poderia ser dispensado, a não ser na ocorrência de falta grave devidamente apurada mediante inquérito judicial (art. 492 c/c art. 853 da CLT).

Quando se verificar que o empregado não cometeu a falta grave, o empregador deve readmiti-lo no serviço; porém, se for desaconselhável a reintegração do estável, em função de incompatibilidade, o tribunal do trabalho poderá converter a obrigação de reintegrar na obrigação de o empregador pagar uma indenização em dobro (art. 496 da CLT).

Na Itália, a Lei n.° 108, de 11-5-90 estabelece que o juiz pode ordenar a reintegração do empregado. O art. 1.° estabelece que, sem prejuízo do direito à indenização pelo dano previsto no § 4.°, o trabalhador pode solicitar ao empregador que, em lugar da reintegração no emprego, lhe pague indenização equivalente a 15 salários.

Os empregados estáveis que forem dispensados em caso de fechamento de estabelecimento, filial ou agência, ou supressão necessária de atividade, têm direito a indenização em dobro, salvo motivo de força maior (art. 498 da CLT).

O empregador que dispensasse o empregado com o objetivo de que não viesse a adquirir estabilidade deveria pagar em dobro a indenização (§ 3.° do art. 499 da CLT).

8. CULPA RECÍPROCA

Havendo culpa recíproca para a dispensa, pois tanto empregado como empregador cometeram faltas que deram origem à rescisão, a indenização será devida pela metade (art. 484 da CLT). Se o empregado era estável, a indenização será simples. Se não era, a indenização simples será devida pela metade.

9. FORÇA MAIOR

Em caso de força maior, que é aquele acontecimento inevitável a que o empregador não deu causa, por ter afetado substancialmente sua atividade econômica ou financeira, decorrente de extinção da empresa ou de um

estabelecimento, o empregado estável terá direito a indenização simples, na forma dos arts. 477 e 478 da CLT; o empregado sem direito a estabilidade terá metade da indenização que seria devida na rescisão sem justa causa, ou seja, metade da indenização dos arts. 477 e 478 da CLT; se o contrato for por prazo determinado, a indenização será metade da prevista no art. 479 da CLT, ou seja, 1/4 da remuneração que seria devida até o termo do pacto (art. 502 da CLT).

10. FACTUM PRINCIPIS

No caso de paralisação temporária ou definitiva do trabalho, motivada por ato de autoridade municipal, estadual ou federal, ou pela promulgação de lei ou resolução que impossibilite a continuação da atividade, prevalecerá o pagamento da indenização, que ficará a cargo do Governo responsável (art. 486 da CLT).

Isso vem a ser o factum principis para efeitos trabalhistas. Se o Estado provoca a paralisação temporária ou definitiva do trabalho, deve responder pelo pagamento de indenização aos trabalhadores. O exemplo que poderíamos dar ocorreu em São Paulo, mais precisamente na rua das Palmeiras, que foi fechada para a construção do Metrô. Não passavam veículos no mencionado logradouro e os pedestres, para utilizarem a referida via, tinham certas dificuldades, dados os tapumes, buracos, terra, que enfrentavam. O comércio naquele local praticamente ficou inutilizado, sendo que muitas empresas fecharam. Eis aqui uma hipótese do fato do príncipe, que poderia dar ensejo ao pagamento de indenização pelo Governo aos trabalhadores daquelas empresas.

11. MORTE DO EMPREGADOR

Se o empregador era pessoa física e vem a falecer, a indenização devida ao empregado será simples ou em dobro, dependendo de o empregado ser ou não estável (art. 485 da CLT).

12. APOSENTADORIA

Se o empregado é que pede a aposentadoria, não há que se falar em pagamento de indenização. Todavia, se o requerimento da aposentadoria é feito pelo empregador, pelo fato de o empregado ter 70 anos ou a empregada 65 anos (art. 51 da Lei n.° 8.213/91), a empresa deverá responder pela indenização.

13. INDENIZAÇÃO ADICIONAL

A indenização adicional foi criada pelo art. 9.° da Lei n.° 6.708, de 30-10-79. Seria devida a indenização adicional quando o empregado fosse dispensado, sem justa causa, no período de 30 dias que antecedesse a data-base de sua correção salarial, equivalendo a um salário mensal do obreiro. A instituição da indenização adicional teve por objetivo impedir ou tornar mais onerosa a dispensa do empregado nos 30 dias que antecedessem sua data-base, pois os empregadores tinham por prática dispensar empregados com o objetivo de não pagar o salário reajustado, contratando logo a seguir outro empregado com salário inferior.

O Decreto-lei n.° 2.045/83, que alterava alguns artigos da Lei n.° 6.708/79, foi rejeitado pela Resolução n.° I do Congresso Nacional, de 20-10-83. O Decreto-lei n.° 2.065/83 não tratou exaustivamente da matéria, nem revogou o art. 9.° da Lei n.° 6.708/79.

A Lei n.° 7.238, de 29-10-84, reproduziu o mesmo art. 9.° da Lei n.° 6.708/79, em seu art. 9.°, em que também se concede a indenização adicional.

Pág. 382

Não foi revogada a Lei n.° 7.238/84 pelos Decretos-leis n.°s 2.283/86 e 2.284/86 (Plano Cruzado), que tiveram por objeto a extinção da correção monetária e o congelamento de salários, pois não regularam inteiramente a matéria, nem eram incompatíveis com o citado art. 9.° da Lei n.° 7.238/84, muito menos o revogaram expressamente (art. 2.° e seus parágrafos da LICC).

Despiciendo o argumento de que, revogados os aumentos semestrais, estaria revogado o art. 9.° da Lei n.° 7.238/84. Os aumentos semestrais foram suprimidos pelo Plano Cruzado (Decreto-lei n.° 2.284/86), mas persiste, ainda, o reajuste anual na data-base, não impedindo a aplicação da indenização adicional.

Inexiste qualquer efeito repristinatório do art. 9.° da Lei n.° 7.238/84, que continua em vigor. Este é o entendimento do Enunciado 306 do TST. Assim, aquele que for dispensado sem justa causa nos 30 dias que antecedem a data-base de sua categoria terá direito a indenização adicional, consistente no pagamento de um salário.

A indenização adicional não é devida em si pela despedida arbitrária ou sem justa causa, mas pelo fato de o empregado ter sido despedido nos 30 dias que antecedem à correção de seu salário determinada na data-base da categoria, norma essa que não se atrita com o inciso I do art. 7.° da Constituição. Tal indenização adicional visa fazer com que haja um óbice econômico para que o empregador proceda à dispensa do empregado na data-base quando são corrigidos os salários dos trabalhadores, sem que se pague o salário corrigido a seu empregado, tendo também por objetivo indireto impedir a contratação de empregado por salário inferior ao do obreiro dispensado.

Não é devida a indenização adicional quando o empregado pede demissão, é demitido por justa causa, há o término do contrato por prazo determinado, inclusive de experiência, por falecimento do empregado, culpa recíproca e aposentadoria. Não se aplica ao empregado que aufere exclusivamente comissões, mas apenas àqueles que têm salário fixo.

O aviso prévio, mesmo indenizado, integra o tempo de serviço do empregado para todos os efeitos (§ 1.° do art. 487 da CLT), inclusive, fazendo-o para efeito da contagem de tempo para o pagamento da indenização adicional (En. 182 do TST). Dessa forma, se o empregado é dispensado e com o cômputo do aviso prévio alcança o período de 30 dias que antecede a data-base, terá direito de receber um salário a título de indenização adicional.

A indenização adicional corresponde à importância do salário mensal do operário, "no valor devido à data da comunicação do despedimento, integrado pelos adicionais legais ou convencionados, ligados à unidade de tempo mês, não sendo computável a gratificação natalina" (En. 242 do TST).

Se o empregador pagasse o salário do empregado já reajustado quando da despedida, não haveria que se falar em indenização adicional, mesmo que o operário fosse dispensado nos 30 dias que antecedem a data-base, pois o objetivo da lei era coibir o pagamento do salário não reajustado. Entretanto, o Enunciado 314 do TST entende que, se o empregado é despedido no período de 30 dias que antecede a data-base, já incluído o aviso prévio indenizado, mesmo que o empregador pague as verbas rescisórias com o salário já reajustado, não afasta o direito do obreiro à indenização adicional.

Pág. 383

É claro que se o empregado foi dispensado antes dos 30 dias que antecedem a data-base, já computado o aviso prévio indenizado, ou a partir da data-base, não se pode falar em direito à indenização adicional.

O pagamento da indenização adicional não implica contagem de tempo de serviço, justamente por se tratar de indenização.

VERIFICAÇÃO DE APRENDIZAGEM

1. O que é indenização?
2. Quais as teorias que informam sua natureza jurídica?
3. Que espécie de indenização é devida nos contratos por prazo indeterminado?
4. A indenização subsiste com o sistema do FGTS? Em que casos?
5. Como se dá a indenização nos contratos por prazo determinado?
6. Como é o pagamento da indenização do empregado estável?
7. Havendo culpa recíproca, há indenização?
8. Quem paga a indenização no factum principis?
9. Se o empregador pedir a aposentadoria do empregado, paga indenização?
10. O que é indenização adicional? Ela ainda subsiste?

26

FUNDO DE GARANTIA DO TEMPO DE SERVIÇO - FGTS

1. HISTÓRIA

Os constituintes de 1934 já previam a adoção de um fundo de reserva do trabalho, que visava assegurar o ordenado ou o salário de um ano, se por algum motivo a empresa desaparecesse (Projeto de Constituição enviado pelo Governo Provisório à Assembléia Constituinte, art. 124, § 5.°).

Criou-se, então, um fundo de indenizações trabalhistas pelo art. 46 da Lei n.° 3.470/58. Passou de uma faculdade a uma obrigação para as empresas, pessoas jurídicas contribuintes do imposto de renda. A cota inicial era de 3% sobre o total da remuneração mensal bruta, excluído o 13.° salário.

O Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) foi criado pela Lei n.° 5.107, de 13-9-66, tendo sido alterado pelo Decreto-lei n.° 20, de 14-9-66. Foi regulamentado pelo Decreto n.° 59.820, de 20-12-66.

Segundo o art. 1.° da Lei n.° 5.107/66, visava o FGTS assegurar aos empregados uma garantia pelo tempo de serviço prestado às empresas, mediante opção do empregado. O referido sistema era compatível com a estabilidade decenal, porém o que ocorreu na prática é que nenhuma empresa admitia empregado se não fosse optante do FGTS, visando, assim, a que o empregado não adquirisse a estabilidade.

A finalidade da instituição do FGTS foi proporcionar uma reserva de numerário ao empregado para quando fosse dispensado da empresa, podendo sacar o FGTS inclusive em outras hipóteses previstas na lei. Ao mesmo tempo pretendia-se, com os recursos arrecadados, financiar a aquisição de imóveis pelo Sistema Financeiro da Habitação. Na verdade, o objetivo principal do FGTS foi de proporcionar a dispensa por parte do empregador, tendo este que pagar uma multa sobre os depósitos do FGTS, liberando-os para o saque. Assim, a empresa não tinha mais o problema de ter empregado estável, que, para ser despedido, provocava ônus muito maior, em razão da indenização em dobro.

O inciso XIII do art. 158 da Constituição de 1967 passou a prever "estabilidade, com indenização ao trabalhador despedido, ou fundo de garantia equivalente". O inciso XIII do art. 165 da Emenda Constitucional n.° 1, de 1969, adotou a mesma expressão.

A discussão que se travou daí em diante era justamente a respeito dessa equivalência entre a estabilidade ou o FGTS. Evidentemente, não havia igualdade nos sistemas, ou não correspondiam exatamente os depósitos do FGTS às importâncias que seriam devidas ao empregado caso este fosse estável e houvesse a dispensa.

Assim, surgiu a interpretação da palavra equivalência pelo Enunciado 98 do TST, dizendo que "equivalência entre os regimes do FGTS e da estabilidade da CLT é meramente jurídica e não econômica, sendo indevidos quaisquer valores a título de reposição de diferença".

A Lei n.° 5.958, de 10-12-73, determinou que o empregado poderia optar retroativamente a 1.°-1-67 ou à data da admissão ao emprego se posterior àquela, desde que houvesse concordância por parte do empregador (art. 1.°). Dizia, ainda, o § 2.° do art. 1.° que poderia ser feita a opção retroativa mesmo em relação ao empregado com 10 anos ou mais na empresa, porém retroagiria apenas até a data em que o obreiro completou o decênio na empresa, preservando, assim, a estabilidade do período anterior. Dessa forma, existiam empregados que eram optantes, mas tinham tempo de serviço anterior à opção. Se tivessem 10 anos, eram estáveis, caso contrário poderiam ser dispensados, pagando a empresa a indenização do art. 477 e seguintes da CLT, quanto ao período anterior à opção.

A Lei n.° 6.858, de 24-11-80, trata do pagamento do FGTS aos dependentes ou sucessores, tendo sido regulamentada pelo Decreto n.° 85.545, de 26-3-81.

Em 2-6-81, surgiu a Lei n.° 6.919, que facultou às empresas estenderem a seus diretores não-empregados o regime do FGTS (art. 1.°). O Decreto n.° 87.567, de 16-9-82, regulamentou o § 3.° do art. 1.° da Lei n.° 6.919/81.

O Decreto-lei n.° 2.408, de 5-1-88, restabeleceu a vigência do art. 12 da Lei n.° 5.107 e deu outras providências. A Lei n.° 7.670, de 8-9-88, estende aos portadores da Aids certos benefícios relativos ao FGTS.

A Constituição de 1988 disciplinou o FGTS no inciso III do art. 7.°, assegurando, assim, um direito do trabalhador. Desapareceu o sistema alternativo que vigorava até então: de estabilidade ou FGTS.

Surgiu a Lei n.° 7.839, de 12-10-89, que teve vida efêmera, pois durou poucos meses. Essa lei foi regulamentada pelo Decreto n.° 98.813, de 10-1-90. A Lei n.° 7.839 dava as regras gerais sobre o tema, especificando o assunto após a Constituição de 1988.

A Lei n.° 8.036, de 11-5-90, versou sobre o FGTS, revogando expressamente a Lei n.° 7.839 (art. 32). Foi regulamentada pelo Decreto n.° 99.684, de 8-11-90. Essas são as atuais disposições sobre o FGTS.

2. CONCEITO

O nome do instituto em estudo é Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), porém este não garante o tempo de serviço, apenas uma poupança para o trabalhador, ao contrário do que ocorria com a indenização.

O FGTS é um depósito bancário destinado a formar uma poupança para o trabalhador, que poderá ser sacada nas hipóteses previstas na lei, principalmente quando é dispensado sem justa causa. Outrossim, servem os depósitos como forma de financiamento para aquisição de moradia pelo Sistema Financeiro da Habitação.

3. OPÇÃO

Com a Constituição de 1988 (art. 7.°, III) desaparece o sistema de opção ao FGTS, passando este a ser um direito do trabalhador.

Passa o FGTS a ser devido não só aos empregados urbanos, mas também aos empregados rurais. Estes passam a ter direito ao FGTS a partir de 5-10-88, data em que as empresas rurais deveriam começar a fazer os recolhimentos para seus trabalhadores.

É evidente que as pessoas que tinham direito adquirido à estabilidade, pois já contavam com mais de 10 anos no emprego em 4-10-88, não irão perdê-la com o direito ao FGTS a partir de 5-10-88. O próprio art. 14 da Lei n.° 8.036 ressalva essa questão.

Dispõe o § 1.° do art. 14 da Lei n.° 8.036/90 que o tempo de serviço anterior à opção do empregado ou antes de 5-10-88 será regido pelos arts. 477 e seguintes da CLT, ou seja: mediante o pagamento de indenização simples ou em dobro, dependendo se o empregado tinha mais ou menos 10 anos de serviço naquela data.

O tempo de serviço anterior à opção do empregado pelo FGTS poderia ser elidido desde que a empresa depositasse na conta vinculada do obreiro os valores pertinentes ao FGTS do período.

Há a possibilidade de empregado e empregador transacionarem o período anterior à opção, porém a indenização não poderá ser inferior ao mínimo de 60% da verba prevista (§ 2.° do art. 14 da Lei n.° 8.036/90).

Havendo o empregado transacionado com o empregador o direito à indenização sobre o período anterior à opção, não terá direito à opção retroativa, assim como quando a indenização do tempo anterior à opção já tiver sido depositada na sua conta vinculada (art. 4.°, parágrafo único, a e b, do Decreto n.° 99.684/90).

Determina o § 4.° do art. 14 da Lei n.° 8.036/90 que os trabalhadores poderão optar a qualquer momento pelo FGTS, com efeito retroativo a 1.°-1-67 (época da vigência do FGTS) ou à data de sua admissão, quando posterior àquela. Ocorre que a opção retroativa esteve sempre subordinada à vontade do empregador, que era o detentor da conta vinculada, na qual fazia os depósitos, por isso é que na opção retroativa necessitava-se da concordância do empregador, passando a conta de individualizada a vinculada. Assim, havia direito de propriedade do empregador sobre a conta, e direito adquirido, que não podia ser modificado com a Lei n.° 8.036/90. Logo, esta só pode ser observada quanto aos depósitos retroativos que ocorrerem a partir da data de sua vigência.

A opção retroativa do FGTS não se aplica ao trabalhador rural, pois este, antes de 5-10-88, não tinha direito ao FGTS, e a partir da referida data não existe mais opção, mas direito ao FGTS.

Há entendimentos de que a homologação da opção retroativa pelo juiz não mais precisa ser feita. Não há previsão legal nesse sentido. Contudo, por se tratar de jurisdição voluntária e para maior segurança, tanto da empresa como do trabalhador, a homologação da opção retroativa deve continuar a ser feita.

4. ADMINISTRAÇÃO

O FGTS será regido segundo as determinações do Conselho Curador, integrado por representantes dos trabalhadores, dos empregadores e órgãos e entidades governamentais, na forma estabelecida pelo Poder Executivo. As decisões do Conselho serão tomadas pela maioria simples de seus membros, tendo o Presidente voto de qualidade.

A presidência do Conselho Curador do FGTS será exercida pelo representante do Ministério do Trabalho.

Os representantes dos trabalhadores e dos empregadores e seus respectivos suplentes serão indicados pelas respectivas centrais sindicais e confederações nacionais e nomeados pelo Ministro do Trabalho. Terão mandato de dois anos, podendo ser reconduzidos uma única vez. Os membros efetivos e suplentes dos trabalhadores terão estabilidade no emprego, desde a nomeação até um ano após o término do mandato de representação, somente podendo ser dispensados por motivo de falta grave, apurada mediante processo sindical (§ 9.° do art. 3.° da Lei n.°

8.036/90). As faltas ao trabalho dos representantes dos trabalhadores serão abonadas, computando-se como jornada efetivamente trabalhada para todos os fins.

A Caixa Econômica Federal (CEF) terá o papel de agente operador.

O Conselho Curador do FGTS irá determinar as diretrizes e os programas gerais para o sistema do FGTS.

Os recursos do FGTS deverão ser aplicados em habitação, saneamento básico e infra-estrutura urbana. As disponibilidades financeiras devem ser mantidas em volume que satisfaça às condições de liquidez e remuneração mínima necessária à preservação do poder aquisitivo da moeda.

No mínimo, 60% das aplicações serão destinadas ao financiamento de habitações populares. Os projetos de saneamento básico e infra-estrutura urbana, financiados com recursos do FGTS, deverão ser complementares aos programas habitacionais.

A partir de 11-5-91, a Caixa Econômica Federal assumiu o controle de todas as contas vinculadas, passando os demais estabelecimentos bancários à condição de agentes recebedores e pagadores do FGTS, mediante o recebimento de uma remuneração a ser fixada pelo Conselho Curador.

Os depósitos do FGTS serão corrigidos pelo sistema das cadernetas de poupança, rendendo juros de 3% ao ano.

5. NATUREZA JURÍDICA

A natureza jurídica do FGTS é controvertida. Ela deve ser diferenciada sob dois aspectos: sob o ângulo do empregado e sob a ótica do empregador, daí por que se poderia dizer que sua natureza jurídica é híbrida.

a) Quanto ao empregado: no que diz respeito ao empregado, várias teorias poderiam ser lembradas para justificar a natureza jurídica do FGTS, como do salário diferido, do salário socializado, do salário atual, do prêmio etc.

Poderia a natureza jurídica do FGTS ser entendida como salário diferido. É um salário adquirido no presente que será utilizado no futuro, uma poupança diferida, uma forma de pecúlio para o trabalhador. O empregado adquire o direito ao FGTS com o ingresso na empresa, decorrente do contrato de trabalho. Parte do salário do empregado não é paga diretamente ao obreiro, mas é destinada ao referido fundo, visando à formação de um somatório de recursos que futuramente irá prover a subsistência do operário, quando, pela ocorrência de um evento (dispensa, aquisição de casa própria etc), terá direito de levantar os valores depositados. O FGTS seria uma espécie de salário diferido, porque o benefício resultante não seria pago imediatamente ao trabalhador.

Para alguns, seria, ainda, um salário socializado, relacionando-se com o salário percebido pelo empregado, que seria devido pela sociedade ao trabalhador. A causa do pagamento do FGTS seria o contrato de trabalho firmado entre empregado e empregador. Tal como ocorre com o salário, o benefício, futuramente, seria uma obrigação certa de que parte do salário seria paga diretamente ao trabalhador e parte seria representada pelos depósitos na conta vinculada do FGTS calculados sobre o salário, que não se entregaria ao trabalhador, mas se constituiria numa reserva futura, num fundo destinado a compensar o tempo de serviço na empresa, mas com um proveito geral. Tratar-se-ia de um fundo social. Seria uma aproximação da teoria defendida por Felix Pippi (1966:236). A crítica que pode ser feita é de que não existe relação de direito privado para o pagamento do FGTS, que seria decorrente do contrato de trabalho, mas de direito público, de acordo com a previsão de lei. Não há ajuste de vontades quanto ao pagamento do FGTS. A contribuição incide porque está prevista em lei. Também não é salário, pois não é pago diretamente pelo empregador ao empregado (art. 457 da CLT), mas pelo órgão gestor; nem o empregado vai perceber

necessariamente o mesmo valor que perceberia como salários no caso do levantamento dos depósitos.

Outros pretendem justificar a natureza jurídica do FGTS como salário atual, teoria semelhante à anterior. A contraprestação do empregado é retribuída pelo empregador mediante o pagamento de duas cotas: uma que é entregue diretamente ao operário, constituindo-se em retribuição pelos serviços prestados; outra que é imediata e obrigatoriamente destinada ao FGTS, para seus fins. Essa cota visa garantir seu levantamento quando o empregado foi dispensado ou em outras hipóteses previstas na lei. Critica-se tal teoria, pois não há atualidade em tal salário, nem este é pago diretamente pelo empregador (art. 457 da CLT). Não pode o referido salário ser exigido de imediato, apenas se atendidas determinadas condições especificadas em lei, e não outras.

Orlando Gomes e Elson Gottschalk (1991:463) esclarecem que o FGTS tem natureza de um direito semipúblico, com a deslocação do campo do direito privado para o público, não sendo uma indenização do tipo previdenciário. A indenização do FGTS expressa uma responsabilidade objetiva do tipo risco social; é um crédito vinculado que só poderá ser liberado nas hipóteses previstas em lei. Afirmam, então, que é um direito subjetivo social (semipúblico).

Pág. 389

Amaro Barreto (1974:48) explica que a natureza jurídica do FGTS é de prêmio proporcionado ao tempo de serviço do empregado.

Na verdade, o FGTS vem a ser um crédito feito na conta vinculada do trabalhador, uma espécie de poupança forçada feita em seu proveito, ou até um prêmio pelo número de anos trabalhados na empresa. Visa esse depósito reparar a despedida injusta por parte do empregador relativo ao período de serviço do operário na empresa. Assim, sua natureza é compensar o tempo de serviço do empregado na empresa. Não se confunde, porém, com a indenização, pois esta visa apenas ao ressarcimento pelo "dano" causado pelo empregador ao empregado, pela perda do emprego deste. Além disso, o FGTS foi criado justamente para substituí-la. Servirá também o depósito para o caso em que o empregado venha a adquirir sua casa própria pelo Sistema Financeiro da Habitação, ocasião em que poderá utilizá-lo para amortização total ou parcial da dívida, ou nas outras hipóteses previstas na lei. Não se pode negar, contudo, que o FGTS é um instituto de natureza trabalhista, no concernente ao empregado, um direito do trabalhador, previsto inclusive na Constituição (art. 7.º, III).

b) Quanto ao empregador: no tocante ao empregador, três teorias poderiam ser analisadas: teoria fiscal, parafiscal e da contribuição previdenciária.

A contribuição do FGTS seria uma obrigação tributária, uma prestação pecuniária compulsória paga ao ente público, com a finalidade de constituir um fundo econômico para o financiamento do Sistema Financeiro da Habitação. Poderia ser considerado um imposto (art. 16 do CTN), pois independeria de uma atividade estatal específica relativa ao contribuinte. Seria um imposto de destinação especial. Não seria uma taxa (art. 77 do CTN), visto que não há prestação de serviços por parte do Estado. Não seria contribuição de melhoria (art. 81 do CTN), porque nada tem a ver com obra pública. Critica-se essa teoria, pois o FGTS não seria nem taxa, nem contribuição de melhoria, e também não poderia ser considerado imposto, pois ficaria vinculado a um fundo destinado ao empregado quando este fosse despedido ou acontecesse outro evento previsto em lei que autorizasse o saque. Ressalte-se que o inciso IV do art. 167 da Constituição veda a vinculação da receita de impostos a órgão, fundo ou despesa. Dessa forma, não se poderia considerar o FGTS como um imposto.

A teoria parafiscal é defendida pelos que fazem distinção entre tributos fiscais e parafiscais. A contribuição parafiscal seria a que iria sustentar encargos do Estado que não lhe seriam próprios, como ocorre com a Seguridade Social. Não sendo imposto, taxa ou contribuição de melhoria, a exação destinada

ao FGTS seria uma contribuição parafiscal. Destinar-se-ia a contribuição do FGTS a custear o Sistema Financeiro da Habitação. Lembra Bernardo Ribeiro de Moraes (1993:622) que "as oontribuições parafiscais (parafinanzas) são assim denominadas tendo em vista a natureza da pessoa em cujo favor são criadas e o especial regime de contabilização financeira. Representam, tais contribuições, as finanças paralelas, isto é, as finanças que se situam ao lado das finanças do Estado".

São contribuições que ficam ao lado do Estado (da raiz grega para, com significado de "ao lado", ou "junto a"). As características da contribuição parafiscal seriam o caráter compulsório da exigência, e não facultativo; a não-inclusão da respectiva receita no orçamento do Estado, mas num orçamento especial; o destino do produto de sua arrecadação para o custeio de certas atividades estatais, visando atender necessidades econômicas e sociais de certos grupos ou categorias; a administração da receita por uma entidade descentralizada, com delegação do Estado.

Nesse contexto, seria inserida a contribuição do FGTS. Sua administração seria feita por um órgão (Caixa Econômica Federal), com a finalidade de arrecadar contribuições das categorias econômicas, descentralizando a atividade do Estado com vistas ao levantamento do FGTS nas hipóteses especificadas na lei. Essa teoria seria criticada sob o fundamento de que o fato de o sujeito ativo não ser a própria entidade estatal, mas outra pessoa especificada pela lei, que arrecada a contribuição, em nada iria alterar o regime tributário, sendo que a contribuição continuaria a ter natureza de tributo.

A natureza previdenciária seria explicada pelo fato de não ser um tributo, mas uma exação totalmente diferente, uma imposição estatal atípica, uma determinação legal, cogente, prevista na legislação ordinária. Mais um argumento para caracterizar a natureza previdenciária seria quanto ao prazo prescricional. O art. 20 da antiga Lei n.° 5.107/66 já dizia que a cobrança administrativa e judicial seria feita pela mesma forma e com os mesmos privilégios das contribuições devidas à Previdência Social, ou seja, o prazo de prescrição seria de 30 anos previsto na Lei n.° 3.807/60 (Lei Orgânica da Previdência Social). Nessa mesma linha, encontra-se a Lei n.° 8.036/90, que esclarece que o prazo prescricional seria de 30 anos (§ 5.° do art. 23).

Em nosso entendimento, a contribuição do empregador é um tributo.

Tributo é o gênero, do qual são espécies o imposto, a taxa, a contribuição de melhoria, as contribuições, ou até mesmo o empréstimo compulsório. Rubens Gomes de Souza (RDP 17/317, 1971) já entendia que o FGTS era uma contribuição, de índole tributária.

A EC n.° 8, de 14-4-77, acrescentou o inciso X ao art. 43 da EC n.° 1, de 1969, prevendo expressamente as contribuições sociais (inc. X), sendo que o FGTS não deixava de ser uma dessas contribuições.

A Constituição de 1988 consagra a natureza tributária da contribuição à Seguridade Social no art. 149, ao prever que compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas. As contribuições sociais previstas neste artigo têm natureza tributária, pois estão incluídas no Título VI, "Da Tributação e do Orçamento", Capítulo I, do Sistema Tributário Nacional. A Lei Maior de 1988 recebe o FGTS como uma contribuição social, pois se trata de uma contribuição de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias, profissionais, principalmente.

Segundo o art. 3.° do CTN, tributo é "toda a prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada".

Tributo é uma prestação compulsória. A contribuição ao FGTS também é compulsória, pois independe da vontade do contribuinte pagá-la ou não, além de ser instituída em lei (Lei n.° 8.036/90).

A contribuição do FGTS é cobrada em moeda ou valor que nela se possa exprimir, ou seja, é paga em dinheiro.

Não se constitui a contribuição ao FGTS em sanção de ato ilícito. Não é uma penalidade, mas uma determinação prevista em lei, que tem por fato gerador, por exemplo, a remuneração paga ou devida ao trabalhador (art. 15 da Lei n.° 8.036/90).

É cobrada a contribuição do FGTS mediante atividade administrativa plenamente vinculada. Há um lançamento para a constituição do crédito do FGTS, por meio de atividade administrativa plenamente vinculada e obrigatória.

Logo, a contribuição ao FGTS é uma espécie do gênero tributo, contribuição (social), pois não pode ser enquadrada na definição de imposto, taxa ou contribuição de melhoria.

É de se destacar que "a natureza jurídica específica do tributo é determinada pelo fato gerador da respectiva obrigação, sendo irrelevantes para qualificá-la: I - a denominação e demais características formais adotadas pela lei; II - a destinação legal do produto da sua arrecadação" (art. 4.° do CTN).

Pouco importam, portanto, a denominação e demais características formais adotadas pela lei que criou o FGTS, inclusive a destinação legal do produto de sua arrecadação, pois o elemento determinante é seu fato gerador, que é o de uma contribuição social.

Lembre-se, ainda, que o próprio Código Tributário Nacional prevê, no art. 217, de acordo com a redação do Decreto-lei n.° 27, de 14-11-66, que os dispositivos nele contidos não excluem a incidência e a exigibilidade de outras contribuições, entre as quais: "a contribuição destinada ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, criado pelo art. 2.° da Lei n.° 5.107, de 13-9-66" (inc. IV).

Os arts. 6.° e 7.° do Código Tributário Nacional permitem a delegação da arrecadação do tributo a outro órgão, distinto do Estado, que, no caso, é a CEF, em relação à contribuição, do FGTS. O Estado, que é o titular da competência fiscal, pode instituir o tributo, determinando que outra pessoa tenha a função de fiscalizá-lo e arrecadá-lo. Logo, por esse ângulo, não é inconstitucional ou ilegal a atribuição da CEF de arrecadar a contribuição do FGTS, e sua centralização está adstrita ao Conselho Curador, que não desnatura sua natureza jurídica tributária.

De outro modo, os arts. 148 (empréstimo compulsório) e 149 (contribuições sociais) da Constituição teriam derrogado o art. 5.° do Código Tributário Nacional, que indicava serem espécies do gênero tributo apenas os impostos, as taxas e as contribuições de melhoria. Hoje, podemos dizer que as espécies do gênero tributo são: imposto, taxa, contribuição de melhoria, contribuições sociais e empréstimos compulsórios, pois estão incluídos no capítulo da Lei Maior que versa sobre o Sistema Tributário Nacional.

É de se destacar que já não se usa a expressão depósito, como se verificava quando da instituição do FGTS. O próprio art. 217, IV, do CTN já emprega a expressão contribuição.

Assim, entendemos que para o empregador o FGTS vem a ser uma contribuição social, espécie do gênero tributo. Não se trata de outro tipo de contribuição ou de contribuição previdenciária, pois para nós esta tem natureza tributária, de contribuição social (veja nosso Direito da seguridade social, 13. ed., São Paulo: Atlas, 2000, sobre a natureza jurídica da contribuição à seguridade social).

Nota-se, por conseguinte, a dificuldade de se especificar qual a real natureza jurídica do FGTS, que é, portanto, múltipla ou híbrida, devendo ser analisada sob dois ângulos, do empregador e do empregado.

Pág. 392

6. CONTRIBUINTES

São contribuintes do FGTS o empregador, seja pessoa física ou jurídica, de direito privado ou de direito público, da administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados-membros, do Distrito Federal e dos Municípios, que admitir trabalhadores regidos pela CLT a seu serviço. Os trabalhadores sujeitos a legislação especial que não a de funcionários públicos, como a de trabalho temporário (Lei n.° 6.019/74), também serão contribuintes do sistema. A própria lei determina que se considera como empregador o fornecedor ou tomador de mão-de-obra.

7. BENEFICIÁRIOS

Terão direito aos depósitos os trabalhadores regidos pela CLT, os avulsos, os empregados rurais, o trabalhador temporário, ficando excluídos os autônomos, eventuais e os servidores públicos civis e militares.

Prevê o art. 3.° da Lei n.° 5.859/72 a faculdade dos empregadores domésticos depositarem o FGTS para os empregados domésticos. Não há, portanto, obrigação do empregador fazer o depósito.

As empresas poderão equiparar seus diretores não-empregados aos demais trabalhadores sujeitos ao regime do FGTS. Considera-se diretor a pessoa que exerça cargo de administração previsto em lei, estatuto ou contrato social, independentemente da denominação do cargo (art. 16 da Lei n.° 8.036/90).

Os empregadores deverão comunicar mensalmente aos trabalhadores os valores recolhidos ao FGTS, repassando ao obreiro as informações obtidas da CEF. Os trabalhadores também terão acesso aos extratos dos depósitos fundiários, que lhes serão remetidos pela CEF.

8. DEPÓSITOS

Os depósitos serão feitos na conta vinculada do trabalhador, que, se não a possuir, será aberta pelo empregador.

Os valores pertinentes aos depósitos não recolhidos deverão ser pagos e creditados na conta vinculada do empregado, sendo vedado o pagamento direto ao trabalhador. O art. 18 da Lei n.° 8.036/90 determina que a empresa deposite na conta vinculada do trabalhador, na rescisão do contrato de trabalho, os valores relativos aos depósitos referentes ao mês da rescisão e ao imediatamente anterior que ainda não houverem sido recolhidos.

O FGTS incidirá sobre a remuneração paga ao empregado, como os salários, as gorjetas, as comissões, as percentagens, as gratificações, as diárias que excederem 50% do salário e os abonos. Entendemos que o FGTS não incidirá sobre as ajudas de custo, pois elas não se integram ao salário (§ 2.° do art. 457 da CLT). Incidirá também o FGTS sobre as parcelas in natura pagas ao empregado com habitualidade, como habitação, alimentação etc., porém haverá necessidade de se apurar o valor da utilidade. O FGTS incidirá também sobre o 13.° salário pago normalmente ao final de cada ano ou na rescisão do contrato de trabalho, pois o art. 15 da Lei n.° 8.036/90 é expresso nesse sentido.

Pág. 393

O art. 15 da Lei n.° 8.036/90 menciona que a importância do FGTS terá por base a remuneração. Para o empregado receber remuneração deverá ter trabalhado, pois inexiste salário sem trabalho. Por esse motivo entendemos que o FGTS não incide sobre a indenização paga ao empregado, como a indenização adicional prevista no art. 9.° da Lei n.° 7.238/84, a multa por atraso no pagamento das verbas rescisórias (§ 8.° do art. 477 da CLT), a indenização de antiguidade ou outra indenização paga ao empregado, as férias indenizadas e o aviso prévio indenizado. Quanto a este último, haveria incidência do FGTS quando o aviso prévio é trabalhado, mas não quando é indenizado. No entanto, a jurisprudência do TST firmou-se no sentido de que sobre o aviso prévio indenizado incide o FGTS, pois o referido aviso se incorpora ao tempo de serviço para todos os efeitos (En. 305 do TST). O FGTS não incide sobre o valor correspondente à dobra da remuneração das férias (Instrução Normativa SNT, n.° 01, de 19-6-92, art. 5.°, q).

Consideram-se remuneração as retiradas de diretores não empregados, quando haja deliberação da empresa, garantindo-lhes os direitos decorrentes do contrato de trabalho (§ 4.° do art. 15 da Lei n.° 8.036).

O FGTS também incidirá sobre as horas extras prestadas (En. 63 do TST) ou sobre outros adicionais pagos ao empregado, como adicional de transferência, noturno, de insalubridade, periculosidade etc.

O depósito será obrigatório no período em que o empregado estiver prestando serviço militar e em caso de licença decorrente de acidente do trabalho (§ 5.° do art. 15 da Lei n.° 8.036), pois tais períodos serão computados no tempo de serviço do empregado para efeito de indenização e estabilidade (parágrafo único do art. 4.° da CLT). O depósito também será efetuado nos casos de licença-maternidade (inc. IV do art. 28 do Decreto n.° 99.684/90), licença-paternidade (inc. II do art. 28 do Decreto n.° 99.684/90) e também nos 15 primeiros dias de afastamento do empregado por doença (inc. II do art. 28 do Decreto n.° 99.684/90). Nesses casos, a base de cálculo será revista sempre que ocorrer aumento geral na empresa ou na categoria profissional a que pertencer o empregado. Estando o empregado licenciado do emprego para exercer mandato sindical, e se o pagamento do salário ficar a cargo do empregador, o depósito do FGTS será de responsabilidade deste, sendo que o porcentual irá incidir sobre a remuneração que o obreiro estaria percebendo na empresa.

Não integram a base de cálculo para incidência dos depósitos o vale-transporte e os gastos efetuados com bolsas de aprendizagem (parágrafo único do art. 27 do Decreto n.° 99.684/90).

Consideram-se como remuneração: o adicional por tempo de serviço; o abono ou gratificação de férias, no valor que exceder a 20 dias do salário (art. 144 da CLT), concedido em virtude de cláusula contratual, regulamento de empresa, convenção ou acordo coletivo; o terço constitucional das férias; as etapas dos marítimos; as gratificações ajustadas expressa ou tacitamente (tais como de produtividade, de balanço, de função ou cargo de confiança); retiradas de diretores não empregados, quando haja deliberação da empresa garantindo-lhes os direitos decorrentes do contrato de trabalho (art. 16 da Lei n.° 8.036/90); licença-prêmio, inclusive quando convertida em pecúnia; repouso semanal remunerado e pagamento dos dias feriados civis e religiosos.

Não integram a remuneração para efeito da incidência do FGTS: os abonos, quando expressamente desvinculados do salário; o abono ou gratificação de férias concedido em virtude do contrato de trabalho, regulamento de empresa, convenção ou acordo coletivo, de valor não excedente a 20 dias de salário (art. 144 da CLT); o auxílio-doença complementar ao da Previdência Social, pago pela empresa, por liberalidade, regulamento de empresa, convenção ou acordo coletivo; a ajuda de custo; as diárias para viagem que não excederem a 50% do salário do

empregado; o valor da bolsa de aprendizagem; o salário-família; o valor correspondente à dobra da remuneração das férias; o valor da alimentação, quando paga pela empresa, em decorrência do Programa de Alimentação do Trabalhador (art. 3.° da Lei n.° 6.321/76). Durante o período em que o empregado está afastado por auxílio-doença não há depósito.

Dispõe o § 6.° do art. 15 da Lei n.° 8.036 que não se incluem na remuneração para efeito da incidência do FGTS as verbas descritas no § 9.° do art. 28 da Lei n.° 8.212/91.

As contas vinculadas em nome dos trabalhadores são absolutamente impenhoráveis (§ 2.° do art. 2.° da Lei n.° 8.036/90). Tais depósitos serão considerados como despesas operacionais da empresa, dedutíveis do lucro operacional para efeito da legislação do imposto de renda, sendo que as importâncias levantadas das contas pelos empregadores serão consideradas como receita tributável (art. 29 da Lei n.° 8.036).

As entidades filantrópicas, na vigência da Lei n.° 5.107/66, não estavam obrigadas a fazer os depósitos do FGTS. Por ocasião da dispensa pagavam os valores diretamente ao empregado. A partir de 13-10-89, data da publicação da Lei n.° 7.839/89, as entidades filantrópicas ficaram obrigadas a depositar o FGTS. O art. 27 do Decreto n.° 99.684/90 determina que as entidades filantrópicas têm de depositar o FGTS.

9. PRAZO

O prazo para pagamento do FGTS era até o último dia útil de cada mês em relação à remuneração paga no mês anterior ao trabalhador (art. 9.° da Lei n.° 5.107). O art. 13 da Lei n.° 7.839/89 dizia que o prazo era até o último dia previsto em lei para o pagamento de salários. De 13-10-89, data da vigência da Lei n.° 7.839, até 24-10-89, a data do pagamento do FGTS era o décimo dia do mês subseqüente ao vencido. A partir de 25-10-89, data da publicação da Lei n.° 7.855, que deu nova redação ao § 1.° do art. 459 da CLT, o prazo passou a ser o quinto dia útil do mês subseqüente ao vencido.

Com a edição da Lei n.° 8.036/90 o prazo passou a ser até o dia 7 do mês subseqüente ao vencido. Não se fala, portanto, em 7.° dia útil do mês, mas no dia 7 (art. 15 da Lei n.° 8.036/90).

O empregador que não realizar os depósitos do FGTS, no prazo legal, responderá pela incidência da Taxa Referencial (TR) sobre a importância correspondente (art. 22 da Lei n.° 8.036/90). Sobre o valor dos depósitos, acrescido da TR, incidirão, ainda, juros de mora de 0,5% ao mês ou fração e multa, sujeitando-se, também, às obrigações e sanções previstas no Decreto-lei n.° 368/68. A incidência da TR será cobrada por dia de atraso, tomando-se por base o índice de atualização das contas vinculadas do FGTS.

A multa terá a seguinte gradação: (a) 5%, no mês de vencimento da obrigação; (b) 10%, a partir do mês seguinte ao do vencimento da obrigação. Na cobrança judicial dos créditos do FGTS incidirá encargo de 10%, que reverterá para o Fundo, para ressarcimento dos custos por ele incorridos, o qual será reduzido para 5%, se o pagamento se der antes do ajuizamento da cobrança.

10. SAQUES

O FGTS poderá ser sacado nas seguintes hipóteses:

a) dispensa sem justa causa por parte do empregador; nos casos de despedida indireta, de culpa recíproca e de força maior;

b) extinção total da empresa, fechamento de quaisquer de seus estabelecimentos, filiais ou agências, supressão de parte de suas atividades,

ou, ainda, falecimento do empregador pessoa física, sempre que qualquer dessas ocorrências implique a rescisão do contrato de trabalho, comprovada por declaração escrita da empresa, suprida, quando for o caso, por decisão judicial transitada em julgado;

c) aposentadoria concedida pela Previdência Social. Nesse caso, a autorização para o saque é feita pela Previdência Social, independentemente do fornecimento de guia por parte do empregador;

d) pagamento de parte das prestações decorrentes do financiamento habitacional concedido no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação, desde que:

1. o mutuário conte com o mínimo de três anos de trabalho sob o regime do FGTS na mesma empresa ou em empresas diferentes;

2. o valor bloqueado seja utilizado, no mínimo, durante o prazo de 12 meses;

3. o valor do abatimento atinja, no máximo, 80% do montante da prestação;

e) liquidação ou amortização extraordinária do saldo devedor de financiamento imobiliário, observadas as condições estabelecidas pelo Conselho Curador, entre elas a de que o financiamento seja concedido no âmbito do SFH e haja interstício mínimo de dois anos para cada movimentação;

f) pagamento total ou parcial do preço da aquisição de moradia própria, observado o seguinte:

1. o mutuário deverá contar com o mínimo de três anos de trabalho sob o regime do FGTS, na mesma empresa ou empresas diferentes;

2. seja a operação financiável nas condições vigentes para o SFH;

g) quando o trabalhador permanecer três anos ininterruptos, a partir de 1.°-6-90, fora do regime do FGTS, podendo o saque, nesse caso, ser efetuado a partir do mês de aniversário do titular. A redação do inciso VIII do art. 20 da Lei n.° 8.036/90 foi determinada pela Lei n.° 8.678, de 13-6-93, pois a redação anterior previa o caso da inexistência de depósitos na conta vinculada do empregado pelo prazo de três anos ininterruptos. Agora, temos uma situação mais clara, quando se menciona a hipótese em que o trabalhador deixa de ser empregado, a partir de 1.°-6-90, permanecendo sem vínculo de emprego por três anos ininterruptos, autorizando a lei o saque a partir do mês de aniversário do titular;

h) extinção normal do contrato a termo, inclusive a dos trabalhadores temporários regidos pela Lei n.° 6.019/74. Agora, a lei é explícita quanto ao levantamento. Essa hipótese não era prevista na Lei n.° 5.107/66, muito menos na Lei n.° 7.839/89. Ocorre que, com a extinção normal do contrato por prazo determinado ou do contrato de trabalho temporário, o FGTS deve ser levantado, pois se trata de uma rescisão do contrato de trabalho à qual o empregado não deu causa, pois não pediu demissão, nem foi dispensado por justa causa;

i) suspensão total do trabalho do avulso por período igual ou superior a 90 dias, comprovada mediante declaração do sindicato da categoria. Essa hipótese também inexistia na legislação anterior, mas é justa, pois o trabalhador avulso que fica sem conseguir colocação deve poder levantar o FGTS para suprir suas necessidades;

j) falecimento do trabalhador, sendo o saldo pago a seus dependentes, para esse fim habilitados perante a Previdência Social, segundo critério adotado para a concessão de pensões por morte. Na falta de dependentes, farão jus ao recebimento do saldo da conta vinculada seus sucessores previstos na lei civil, indicados em alvará judicial, expedido a requerimento do interessado, independentemente de inventário ou arrolamento. A Lei n.° 6.858, de 24-11-80, estabelece que os valores devidos pelos empregadores aos empregados e os montantes das contas individuais do FGTS não recebidos em vida pelos respectivos titulares serão pagos, em quotas iguais, aos dependentes habilitados perante a

Previdência Social ou na forma da legislação específica dos servidores civis e militares, e, em sua falta, aos sucessores previstos na lei civil, indicados em alvará judicial, independentemente de inventário ou arrolamento. As quotas atribuídas a menores ficarão depositadas em caderneta de poupança, rendendo juros e correção monetária, e só serão disponíveis após o menor completar 18 anos, salvo autorização do juiz para aquisição do imóvel destinado à residência do menor e de sua família ou para dispêndio necessário à subsistência e educação do menor. Inexistindo menores ou sucessores, os valores reverterão ao FGTS;

k) quando o trabalhador ou qualquer de seus dependentes for acometido de neoplasia maligna, isto é, tumor maligno. O inciso XI do art. 20 da Lei n.° 8.036/90 foi acrescentado pela Lei n.° 8.922, de 25-7-94. Verifica-se, aqui, que o levantamento será autorizado para o trabalhador se este ou qualquer dependente seu for acometido de tumor maligno. Nessa lei, é a primeira vez que o levantamento irá beneficiar também o dependente do empregado;

l) aplicação em quotas de Fundos Mútuos de Privatização, regidos pela Lei n.° 6.385, de 7-12-76, permitida a utilização máxima de 50% do saldo existente e disponível em sua conta vinculada do FGTS, na data em que exercer a opção. Os recursos aplicados em quotas de Fundos Mútuos de Privatização serão destinados a aquisições de valores mobiliários, no âmbito do Programa Nacional de Desestatização e de programas estaduais de desestatização.

A mudança do regime celetista para estatutário não autoriza o levantamento do FGTS, pois não há rescisão do vínculo, nem determinação na lei nesse sentido.

A Lei n.° 7.670, de 8-9-88, permite o levantamento do FGTS ao doente de Aids, independentemente de rescisão do contrato de trabalho ou de qualquer outro tipo de pecúlio a que o paciente tenha direito.

Nos casos das hipóteses descritas supra nos itens a e b, os saques se darão em relação aos depósitos efetuados apenas pela última empresa que os realizou, ou seja, quanto ao último contrato de trabalho, com juros e correção monetária.

O direito de adquirir moradia com recursos do FGTS somente poderá ser exercido em relação a um imóvel. O imóvel objeto de utilização dos depósitos do FGTS somente poderá ser objeto de outra transação, com recursos do Sistema, na forma determinada pelo Conselho Curador.

A Lei n.° 5.107/66 previa hipóteses de levantamento do FGTS como de aplicação do capital em atividade comercial, industrial ou agropecuária, em que se houvesse estabelecido o trabalhador individualmente ou em sociedade; necessidade grave e premente pessoal ou familiar; aquisição de equipamento destinado a atividade de natureza autônoma; por motivo de casamento do empregado do sexo feminino. Tais hipóteses não foram albergadas pela atual legislação, nem pela Lei n.° 7.839/89.

Havendo acordo para pôr fim ao contrato de trabalho, o levantamento do FGTS não é autorizado (art. 20 da Lei n.° 8.036/90), a não ser que esse acordo seja feito em juízo.

O empregado dispensado, no contrato a termo, antes de seu término, faz jus ao pagamento de metade da remuneração a que teria direito até o termo do contrato (art. 479 da CLT). Pode a empresa abater a indenização devida com os depósitos do FGTS. Entendo que o art. 479 da CLT foi revogado a partir de 5-10-88, pois o FGTS deixou de ser opcional passando a ser um direito do trabalhador, desaparecendo o regime anterior de estabilidade com indenização ou FGTS equivalente.

Quando expirar o mandato do diretor não empregado, não reconduzido, terá direito a levantar os depósitos fundiários.

11. RESCISÃO DO CONTRATO DE TRABALHO

O levantamento do FGTS pelo empregado será feito, entre outras hipóteses já descritas, quando o empregador dispensar o empregado. Assim, se este pedir demissão ou for dispensado por justa causa não terá direito ao levantamento dos depósitos fundiários. Contudo, na rescisão indireta, o empregado terá direito ao levantamento do FGTS.

Na rescisão do contrato de trabalho por parte do empregador, este deverá depositar na conta vinculada do empregado os valores relativos ao depósito referente ao mês anterior que ainda não houver sido recolhido, bem como os valores relativos ao mês da rescisão.

12. INDENIZAÇÃO

A empresa que dispensasse um funcionário sem justa causa estava obrigada, até 4-10-88, a pagar uma indenização de 10% sobre os valores depositados, acrescidos da correção monetária e dos juros capitalizados (art. 6.° da Lei n.° 5.107/66), ou 5% em caso de culpa recíproca ou força maior (§ 1.° do art. 6.° da Lei n.° 5.107/66).

Com a promulgação da Constituição da República de 1988, e enquanto não for instituída a lei complementar que irá prever indenização compensatória por despedida arbitrária ou sem justa causa (art. 7.°, I), o legislador constituinte elevou a indenização prevista no art. 6.°, caput, e § 1.° da Lei n.° 5.107/66, de 10% para 40% e de 5% para 20% (casos de culpa recíproca ou força maior).

Com a edição da Lei n.° 7.839, de 12-10-89, ficou estatuído que, nas hipóteses de despedida pelo empregador sem justa causa, este deveria pagar ao empregado a importância de "40% do montante de todos os depósitos realizados na conta vinculada durante a vigência do contrato de trabalho, autorizados monetariamente e acrescidos dos respectivos juros" (§ 1.° do art. 16).

O § 2.° do art. 16 previa a indenização de 20% quando houvesse despedida por culpa recíproca ou força maior.

O § 1.° do art. 18 da Lei n.° 8.036/90 assegurou também a indenização de 40% sobre montante de todos os depósitos realizados na conta vinculada durante a vigência do contrato de trabalho, atualizados monetariamente, e acrescidos dos respectivos juros. Havendo culpa recíproca ou força maior, reconhecida pela Justiça do Trabalho, o porcentual seria reduzido para 20% (§ 2.° do art. 18 da Lei n.° 8.036/90). A Lei n.° 9.491, de 9-9-97, deu nova redação ao § 1.° do art. 18 da Lei n° 8.036/90. A partir de agora, a indenização de 40% ou 20% não mais será paga diretamente ao empregado, mas depositada na conta vinculada do trabalhador.

O objetivo da nova determinação legal foi evitar os acordos simulados entre empregado e empregador para o saque do FGTS, quando, principalmente, o empregado continuava trabalhando e o contrato de trabalho continuava em vigor, ou então quando o empregado pedia demissão, porém, era feito um acordo, como se ocorresse dispensa e o obreiro era obrigado a devolver a indenização de 40% ou 20% ao empregador. Não creio que essa determinação legal irá eliminar essas hipóteses. Poderá dificultar as referidas práticas simuladas, porém o empregado pode ser obrigado a devolver o valor da indenização ao empregador da mesma forma, mediante pagamento em dinheiro ou cheque, ou ainda ser descontada a referida indenização de seu crédito ou se estabelecer que o operário tirou um vale naquele valor. O certo é que a determinação da lei irá dar mais trabalho às partes e irá criar obstáculos às práticas simuladas perpetradas entre empregado e empregador para o saque ilegal do FGTS.

Entendo que, agora, mesmo que haja acordo em juízo, a indenização do FGTS terá de ser depositada na conta vinculada do trabalhador em vez de ser paga diretamente ao empregado, pois serão aplicadas as regras da lei nova.

O mesmo já deveria ser verificado em relação a depósitos de períodos diversos do mês anterior ao da rescisão e do próprio mês, pois não era permitido o pagamento direto ao trabalhador, nem mesmo em relação ao trabalhador temporário, que não pode ter o FGTS pago no próprio recibo de pagamento, pois há necessidade dos depósitos na conta vinculada. Assim, se o FGTS não tivesse sido depositado, havendo a rescisão do contrato de trabalho, o certo seria que o FGTS fosse depositado na conta vinculada do empregado e posteriormente o empregador emitisse a guia para o saque.

Na prática, os juízes determinavam o pagamento direto do FGTS ao empregado, visando evitar a burocracia de primeiro o empregador ter de depositá-lo, para depois o empregado sacá-lo.

Entretanto, parece que o critério mais correto é realmente o primeiro, pois com o depósito o empregador é obrigado também a pagar a multa, por não ter saldado o FGTS na época própria, que reverterá ao fundo.

Vai haver mais um procedimento burocrático, pois dará dois trabalhos: (1) o empregador depositar a indenização e os valores relativos ao mês anterior e o da rescisão na conta vinculada do trabalhador; (2) expedir guia para levantar o que foi depositado.

Era muito mais prático determinar o pagamento direto ao empregado da indenização e dos valores relativos ao mês anterior e o da rescisão, nos casos de acordo em juízo, até porque a presunção de fraude estaria sob a fiscalização do juiz e seria menor essa hipótese. Agora, até no acordo em juízo deverá ser feito o depósito das referidas importâncias.

Ocorrendo a rescisão após o dia 7 de cada mês e antes do dia 7 do mês seguinte, que é a data do depósito do FGTS, o empregador deverá depositar o FGTS do mês anterior ao da rescisão ou da própria rescisão, se for o caso, na conta vinculada do autor.

A comprovação do pagamento do FGTS e da indenização deverá ser feita no dia útil imediato ao término do contrato de trabalho ou nos 10 dias contados da dispensa, em caso de indenização do aviso prévio, dispensa de seu cumprimento ou na ausência de aviso prévio (§ 6.° do art. 477 da CLT), sob pena de o empregador arcar com a multa pelo atraso no pagamento das verbas rescisórias. Na data da assistência à rescisão contratual, serão verificados os depósitos pela DRT ou pelo sindicato. Esse procedimento passa a ser necessário, pois o § 3.° do art. 18 da Lei n.° 8.036/90 manda aplicar as regras do art. 477 da CLT, o que inclui o prazo para pagamento das verbas rescisórias. A quitação irá ocorrer apenas quanto aos valores discriminados e não quanto às rubricas, o que mostra que o Enunciado 330 do TST, se já não estava superado, encontra-se agora com a nova disposição da Lei n.° 9.491/97.

Quando a rescisão do contrato de trabalho for feita pelo empregador, é devida a indenização ao empregado, inclusive na rescisão indireta. Essa indenização não será devida na hipótese de pedido de demissão do empregado, ou de dispensa por justa causa, até porque nesses casos o empregado não irá levantar o FGTS.

Em casos de extinção normal do contrato a termo, inclusive dos trabalhadores temporários, não será devida a indenização, pois as partes conheciam de antemão o término do contrato de trabalho e o empregador não deu causa à rescisão contratual. Na aposentadoria requerida pelo empregado, a indenização é indevida, pois o empregador não deu causa à cessação do contrato de trabalho. Se a empresa requerer a aposentadoria do empregado, haverá

pagamento da indenização de 40% do FGTS, pois foi ela quem deu causa à cessação do contrato de trabalho.

Quando há o falecimento do trabalhador, não ocorre dispensa por parte da empresa, mas apenas a cessação do contrato de trabalho, pelo desaparecimento de um de seus sujeitos, sendo indevida a indenização de 40%.

Na rescisão antecipada de contrato de trabalho a termo, é devida a indenização de 40% ou 20%, se o empregador der causa à ruptura do pacto laboral (art. 14 do Decreto n.° 99.684/90).

Havendo aposentadoria espontânea do trabalhador, forma-se novo contrato de trabalho. A indenização de 40% deve ser calculada apenas sobre o período que vai da data da concessão da aposentadoria até a data da dispensa. O próprio art. 453 da CLT impede a soma dos períodos de serviços em razão da aposentadoria espontânea.

Entendia-se que a indenização deveria ser calculada inclusive sobre a atualização dos depósitos realizados na conta do trabalhador, mesmo que este os tivesse sacado para aquisição de moradia (art. 6.° da Lei n.° 5.107/66, c/c art. 22 do Decreto n.° 59.820/66).

O § 1.° do art. 16 da Lei n.° 7.839/89 dispunha que a indenização deveria ser calculada sobre todos os depósitos feitos na conta vinculada. O Decreto n.° 98.813, de 10-1-90, que regulamentou a Lei n.° 7.839/89, deixou claro que "os valores sacados na vigência do contrato de trabalho" seriam considerados para efeito do cálculo da indenização (art. 15).

O § 1.° do art. 18 da Lei n.° 8.036/90 determinou que a indenização fosse calculada sobre todos os depósitos feitos na conta vinculada. Poder-se-ia entender pelo § 1.° do art. 20 da Lei n.° 8.036/90 que os saques não entrariam na composição da indenização. Contudo, a norma trata de levantamento de depósitos, sendo que na retirada de tais valores, os saques serão deduzidos, pois evidentemente não mais estão depositados. Logo, não poderiam ser sacados. Entretanto, a multa deve ser calculada sobre todos os depósitos realizados, não se excluindo os saques, por ausência de previsão legal. Todavia, se a indenização não fosse sobre os depósitos, haveria nítido prejuízo ao obreiro, que não receberia nem os depósitos, muito menos a indenização.

O Decreto n.° 99.684, de 8-11-90, que regulamentou a Lei n.° 8.036/90, previa, no § 1.° do art. 9.°, que, "no caso de despedida sem justa causa, ainda que indireta, o empregador pagará diretamente ao trabalhador importância igual a quarenta por cento do montante de todos os depósitos realizados na conta vinculada durante a vigência do contrato de trabalho, atualizados monetariamente e acrescidos dos respectivos juros, não sendo considerados, para esse fim, os saques ocorridos".

O regulamento do FGTS, como norma de execução, não pode contrariar a lei, nem aumentando nem diminuindo os mandamentos desta, sob pena de ilegalidade (art. 5.°, II, da Lei Fundamental).

A parte final do § 1.° do art. 9.° do Decreto n.° 99.684/90 exorbitava da Lei n.° 8.036/90, quando explicitava que, para efeito da indenização, não seriam considerados os saques realizados. Logo, é considerada nula de pleno direito, prevalecendo as determinações da citada lei sobre o decreto, já que aquela não dispôs sobre tal limitação.

Dessa forma, a indenização deve ser calculada sobre todos os depósitos efetuados na conta vinculada do obreiro, inclusive aqueles sacados pelo empregado para aquisição de moradia.

O STF concedeu liminar em ação direta de inconstitucionalidade suspendendo a parte final do § 1.° do art. 9.° do Decreto n.° 99.684/90 (Ac. un. do STF Pleno - ADIn 414-0-DF - medida liminar; Rel. Min. Sepúlveda Pertence; j. 1.°-2-91, DJU I 2-4-93, p. 5.613).

A redação do § 1.° do art. 9.° do Decreto n° 99.684 foi modificada pelo Decreto n.° 2.430, de 17-12-97, que incluiu, expressamente, a hipótese de não se permitir a dedução dos saques ocorridos para o cálculo da indenização.

Pág. 401

O § 5.° do art. 9.° do Decreto n.° 99.684/90 especificou que os depósitos do FGTS e da indenização deverão ser feitos até o primeiro dia útil posterior à data de afastamento do empregado.

Os recursos automaticamente transferidos da conta do titular no FGTS em razão da aquisição de ações não afetarão a base de cálculo da indenização de 40% ou 20%, que, portanto, incluirá esses valores, como se eles não houvessem sido sacados.

O cálculo da indenização deve ser feito sobre o valor existente na conta vinculada do trabalhador, no momento da homologação e não sobre aquele existente na data do desligamento do obreiro.

É comum o obreiro ser despedido em determinado mês e aguardar a mudança de mês para sacar o FGTS, justamente para auferir a diferença de correção monetária do saldo depositado. A indenização de 40% deve, porém, ser calculada sobre o montante dos depósitos, correção monetária e juros existentes na data da assistência à rescisão contratual. A empresa não tem de pagar a diferença da indenização sobre a correção monetária da virada de um mês para outro quando o trabalhador é quem deu causa a tal fato. Se houvesse culpa da empresa em tal questão, aí, sim, poderíamos falar que a diferença da indenização de 40% ficaria a cargo do empregador; porém, o trabalhador é quem deu causa ao atraso no recebimento das importâncias depositadas em sua conta vinculada do FGTS. Logo, não pode a empresa ser responsabilizada por eventual diferença da indenização de 40% sobre a correção monetária auferida pelo trabalhador na mudança de um mês para outro, em virtude do crédito da referida correção monetária na conta vinculada do operário.

13. FGTS E A LEI N.° 9.601/98

Não é inconstitucional a redução da alíquota de 8% para 2% do FGTS, feita pela Lei n.° 9.601/98, sob o argumento de perda do direito do trabalhador. O FGTS tem natureza de contribuição social, e sua alíquota só pode ser fixada por lei (art. 97, IV, do CTN). Logo, nada impede que seja aumentada ou diminuída. A Constituição não dispõe sobre a alíquota do FGTS, apenas que este é um direito do trabalhador (art. 7.°, III), havendo necessidade de a lei ordinária complementar o dispositivo constitucional. Pelo ângulo analisado, inexiste inconstitucionalidade na redução da alíquota do FGTS.

A alínea b do inciso III do art. 150 da Lei Maior dispõe que o tributo que for instituído ou aumentado não poderá ser exigido no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei. No caso, a situação é exatamente inversa, pois não houve instituição do FGTS ou aumento de tributo, mas redução. Dessa forma, é possível a exigência do FGTS, à razão de 2%, no mesmo exercício financeiro em que foi reduzida a contribuição.

Entendo, contudo, que é inconstitucional o inciso II do art. 2.° da Lei n.° 9.601/98, pois trata dois trabalhadores de forma desigual. O trabalhador da empresa A contratado por prazo indeterminado tem direito aos depósitos do FGTS à razão de 8% sobre sua remuneração (art. 15 da Lei n.° 8.036/90). O trabalhador contratado por prazo determinado pela mesma empresa A com base na Lei n.° 9.601/98 só tem direito aos depósitos do FGTS de 2% sobre sua remuneração.

Pág. 402

Aqui estão sendo tratados dois trabalhadores iguais, da mesma empresa, de forma desigual, o que é vedado pelo caput do art. 5.° da Lei Magna. Esse dispositivo determina que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Aqui está havendo distinção, pois um empregado contratado por prazo indeterminado tem direito a depósitos do FGTS com a alíquota de 8%; um empregado regido pelo contrato de prazo determinado contido na CLT terá o mesmo direito, assim como um contratado mediante trabalho temporário (art. 15 da Lei n.° 8.036/90), porém um empregado contratado pela Lei n.° 9.601/98 terá os depósitos do FGTS com a alíquota de 2%. Se houvesse distinção de contribuições em relação ao tamanho da empresa, não haveria problema nenhum, até mesmo diante do fato de que as empresas não seriam iguais e poderia ser instituído um tratamento diferenciado para a pequena empresa. Entretanto, em relação ao direito do trabalhador não pode haver distinção, sob pena de violação ao princípio da isonomia. Não se pode entender que um trabalhador que ganha mais ou menos, tem cargo melhor ou pior, deva ter discriminação quanto a certo direito.

Não se está querendo afirmar que há violação do inciso XXX do art. 7.° da Constituição, quando menciona que é proibida a diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil. No caso, inexiste violação de diferença de salários e discriminação por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil. A discriminação ocorre pela violação do caput do art. 5.° da Constituição, quando a lei trata de forma desigual duas pessoas que têm contratos de trabalho, especialmente quando uma tem contrato de prazo determinado regido pela CLT e faz jus ao direito do FGTS à razão de 8% e a outra é contratada com base na Lei n.° 9.601/98, tendo direito ao depósito do FGTS com alíquota de 2%. Está a discriminação contida na própria lei e não por ato do empregador.

O parágrafo único do art. 2.° da Lei n.° 9.601/98 dispõe que as partes estabelecerão na norma coletiva a obrigação de o empregador efetuar, sem prejuízo do depósito de 2% sobre a remuneração do empregado, depósitos mensais vinculados, a favor do obreiro, em estabelecimento bancário, com periodicidade determinada de saque. A disposição, portanto, é imperativa, ao contrário do projeto original que concedia uma faculdade no depósito.

Sindicatos de empregados que forem fracos poderão fixar na negociação coletiva percentual inferior ao total de 8% do FGTS e o empregado perderá parte de um direito. Outros acordos poderão conter porcentuais inferiores em razão de dificuldades financeiras da empresa. O prejudicado será o trabalhador.

Não há dúvida de que devem ser reduzidos encargos sociais, mas não direitos básicos do empregado, que lhe garantem seu tempo de serviço, conquistados durante muitos anos de discussões, como ocorre com a substituição da estabilidade decenal na empresa pelo FGTS.

Poderão ser feitos depósitos bancários no percentual de 1, 2, 3, 4, 5 ou 6% para complementar o percentual do FGTS de 8%. Teoricamente, seria possível o empregador fazer até depósitos superiores aos do FGTS, porém isso dificilmente ocorrerá na prática, pois o objetivo da Lei n.° 9.601/98 foi diminuir os encargos sociais e não aumentá-los. O empregador não irá querer fazer depósitos superiores a 6%, pois do contrário não terá nenhuma redução de custo em relação ao FGTS.

O empregador deverá fazer depósitos mensais vinculados a favor do empregado em estabelecimento bancário, com periodicidade determinada. Essas regras serão especificadas em convenção ou acordo coletivo.

Trata-se de obrigação do pacto coletivo, pois o parágrafo único do art. 2.° da Lei n.° 9.601/98 é explícito no sentido de que as partes "estabelecerão". Além dos depósitos, deverá o empregador recolher o FGTS em favor do empregado à razão de 2% sobre sua remuneração.

Esses depósitos não têm natureza salarial, mas de indenização, visando garantir o tempo de serviço do empregado em substituição à parte dos depósitos do FGTS.

Os depósitos poderão ser feitos em qualquer estabelecimento bancário e não apenas na Caixa Econômica Federal, que é órgão incumbido de arrecadar o FGTS, como agente operador.

A periodicidade dos depósitos será mensal na conta que for aberta para esse fim. A lei é clara nesse sentido. Não poderão, portanto, ser feitos depósitos bimestrais, trimestrais, quadrimestrais ou semestrais.

A época de saque será determinada pelas partes, mas provavelmente ocorrerá quando houver o término do contrato de trabalho de prazo determinado.

As hipóteses de saque não estarão adstritas à regra do art. 20 da Lei n.° 8.036/90, podendo as partes determinar quando o depósito será sacado. Os saques irão talvez atender às necessidades do trabalhador, dependendo do que for pactuado, como de doença, necessidade financeira, aquisição de casa própria ou sua reforma etc.

No pacto também poderá ser estabelecida multa, caso o depósito não seja feito na época indicada.

A vinculação mencionada na lei irá depender, portanto, do que for acordado.

14. PRESCRIÇÃO

Os prazos de prescrição e decadência decorrem da natureza jurídica do FGTS. Quanto à decadência, o direito de constituir o crédito tributário pelo lançamento, parece não haver dúvida que é de cinco anos (En. 108 do TFR). A dúvida seria quanto ao prazo de prescrição. Sendo tributo, o prazo de prescrição é do Código Tributário Nacional: cinco anos. Não sendo tributo, o prazo prescricional é de 30 anos (§ 4.° do art. 23 da Lei n.° 8.036/90).

A jurisprudência firmou-se no sentido de que "é trintenária a prescrição do direito de reclamar contra o não-recolhimento da contribuição para o FGTS" (En. 95 do TST). Tal orientação foi fixada em função de que se entendia que a natureza jurídica do FGTS era de contribuição previdenciária, com base no art. 20 da Lei n.° 5.107/66 e nos prazos de prescrição de 30 anos previstos na Lei n.° 3.807 (LOPS). Tem-se entendido, porém, que o art. 144 da LOPS foi revogado pelo CTN, além do que o mesmo Código determinou a natureza tributária do FGTS no inciso IV do art. 217, ao prevê-lo como outras formas de contribuições.

Entendo que o prazo de prescrição da referida contribuição sempre foi o de cinco anos, previsto no art. 174 do CTN, para a cobrança dos tributos não pagos pelo empregador, por ter natureza tributária.

Mais se acentua a natureza tributária do FGTS, pois este pode ser enquadrado no art. 149 da Constituição, em função de se tratar de uma contribuição de interesse de categoria profissional, que só pode ser estabelecida por lei de iniciativa da União, por ser uma contribuição social.

O STF, entretanto, em sua composição plena, por maioria de votos, entendeu que a prescrição é trintenária, por não se tratar o FGTS de tributo (RE 100.249-2-SP, Rel. Min. Néri da Silveira, DJU 1.°-7-88, p. 16.903).

Com a edição da Lei n.° 8.212/91 o prazo de prescrição das contribuições previdenciárias passou de 30 anos para 10 anos (art. 46).

Entretanto, o § 5.° do art. 23 da Lei n.° 8.036/90 estabeleceu que o processo de fiscalização, de autuação e de imposição de multas será o regulado pela CLT, respeitado o privilégio do FGTS à prescrição trintenária. Segundo essa orientação, o prazo de prescrição para a cobrança do FGTS pelo órgão gestor seria de 30 anos. Penso, porém, que o FGTS continua tendo a natureza jurídica de

tributo, pois pode ser enquadrado na hipótese do art. 149 da Constituição, sendo uma contribuição social, devendo, contudo, observar a alínea b do inciso III do art. 146 da Norma Ápice, quando estabelece que os prazos de prescrição e decadência devem ser determinados por lei complementar. No caso, a Lei n.° 8.036/90 não é lei complementar, mas ordinária. Na verdade, o que caracteriza a natureza jurídica específica do tributo é seu fato gerador, sendo irrelevante para qualificá-la: (a) a denominação e demais características formais adotadas pela lei; (b) a destinação legal do produto de sua arrecadação (art. 4.° do CTN). O fato de a contribuição ser arrecadada não pela União, mas pelo órgão gestor, também não a desnatura, pois o art. 7.° do CTN admite a possibilidade de a arrecadação do tributo ser delegada. Logo, o prazo de prescrição para a cobrança do FGTS não recolhido pela empresa continua sendo de cinco anos (art. 174 do CTN), mediante a propositura da ação de execução fiscal (Lei n.° 6.830/80), sendo inconstitucional o prazo estabelecido no § 5.° do art. 23 da Lei n.° 8.036/90.

Como o FGTS é um direito do trabalhador (art. 7.°, III, da CF), o prazo de prescrição para sua cobrança também deve observar os prazos normais do inciso XXIX do art. 7.° da Constituição. Assim, o trabalhador urbano tem dois anos para ingressar com a ação, a contar do término do contrato de trabalho, podendo reclamar os últimos cinco anos, inclusive o FGTS. O empregado rural terá dois anos para ajuizar a ação, a contar da cessação do contrato de trabalho, reclamando as verbas a partir de 5-10-88, quando o FGTS passou a ser direito do referido trabalhador.

Esclarece o En. 362 do TST que "extinto o contrato de trabalho, é de dois anos o prazo prescricional para reclamar em juízo o não-recolhimento da contribuição do FGTS".

Assim, se já estava prescrito o direito de ação do empregado para reclamar qualquer verba trabalhista, não terá, também, direito a reclamar o FGTS, pois passados os dois anos de que trata a Constituição.

Observado o prazo de dois anos após a cessação do contrato de trabalho, os tribunais trabalhistas têm entendido que o prazo para o trabalhador cobrar o FGTS é de 30 anos, com base no § 5.° do art. 23 da Lei n.° 8.036/90 e no Enunciado 95 do TST.

O STJ entende que "a ação de cobrança das contribuições para o FGTS prescreve em 30 anos" (S. 210).

Declara, ainda, o Enunciado 206 do TST que "a prescrição bienal relativa às parcelas remuneratórias alcança o respectivo recolhimento da contribuição para o FGTS". Dessa forma, se o principal já estava prescrito, não há incidência do FGTS sobre o acessório.

Em matéria de opção, o Enunciado 223 do TST explicita que o termo inicial da prescrição para anular a opção do FGTS coincide com a data em que foi formalizado o ato opcional, e não com a cessação do contrato de trabalho.

15. COMPETÊNCIA

A Justiça do Trabalho é competente para dirimir os litígios entre os trabalhadores e os empregadores, decorrentes da aplicação da Lei n.° 8.036/90. No entanto, não é competente quando figurar no pólo passivo a Caixa Econômica Federal ou o Ministério do Trabalho como litisconsortes, pois estes últimos não são empregadores. O Enunciado 179 já dizia que era inconstitucional o art. 22 da Lei n.° 5.107/66 pelos motivos citados, como o é a parte final do art. 26 da Lei n.° 8.036/90 pois repete aquele dispositivo. Intervindo aquelas pessoas, a competência será da Justiça Federal (art. 109, I, da CF). O Enunciado 82 do STJ

esclarece que "compete à Justiça Federal, excluídas as reclamações trabalhistas, processar e julgar os feitos relativos à movimentação do FGTS".

A Justiça do Trabalho, porém, só tem competência para autorizar o levantamento do depósito do FGTS na ocorrência de dissídio entre empregado e empregador e após o trânsito em julgado da sentença (En. 176 do TST).

Poderá o próprio trabalhador, seus dependentes ou sucessores, ou, ainda, o sindicato da categoria do empregado, acionar diretamente a empresa por meio da Justiça do Trabalho, para compeli-la a efetuar o depósito das importâncias devidas nos termos da Lei n.º 8.036/90 (art. 25).

A fiscalização do recolhimento dos depósitos do FGTS é feita pelo Ministério do Trabalho, por meio das Delegacias Regionais do Trabalho.

Compete à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional a inscrição em Dívida Ativa dos débitos para com o FGTS, bem como, diretamente ou por intermédio da CEF, mediante convênio, a representação judicial ou extrajudicial do FGTS, para a cobrança de contribuição e multas.

Sobre o tema veja o meu Manual do FGTS (Atlas, 2.ª ed., 2000).

VERIFICAÇÃO DE APRENDIZAGEM

1. O que é FGTS? Para que serve?
2. Qual o prazo de prescrição do FGTS?
3. Qual a natureza jurídica do FGTS?
4. De quanto é a multa do FGTS sobre os depósitos fundiários?
5. Quais as hipóteses de saque do FGTS?
6. Quem são os contribuintes do FGTS?

Parte IV

DIREITO TUTELAR DO TRABALHO

27

DIREITO TUTELAR DO TRABALHO

1. DENOMINAÇÃO

O Direito do Trabalho tem realmente uma característica protecionista em seu conjunto. Alguns tópicos realçam-se mais ainda que outros. É o que ocorre com a proteção destinada ao menor, à mulher, às férias. Não há dúvida de que nesse segmento o intervencionismo estatal ainda é maior, pois é interesse do Estado dar proteção ao trabalhador e que este efetivamente venha a desfrutar dessa proteção, por ser a parte mais fraca da relação do contrato de trabalho.

Alguns autores preferem dar a esse segmento do Direito do Trabalho o nome de Direito disciplinar, Direito administrativo ou Direito regulamentar. O nome mais correto realmente é Direito Tutelar do Trabalho, ou seja, aquele Direito que vai promover a tutela do trabalhador em certos aspectos. Não é adequado o nome Direito Administrativo do Trabalho, pois seria parte do Direito Administrativo, dizendo respeito à relação entre a Administração Pública e seus administrados, quando o que ocorre na hipótese em estudo é que certas regras são disciplinadas com proteção mais rigorosa, como ocorre com as férias, o trabalho da mulher, sendo que estas últimas dizem respeito ao contrato de trabalho entre empregado e empregador e não à relação entre Administração Pública e administrados. Não se trata de Direito disciplinar, pois o Direito, num sentido amplo, já vai disciplinar as regras de conduta, além do que aquele estaria incluído no poder de direção do empregador. Da mesma forma, não poderíamos falar em Direito regulamentar, pois tanto poderia dizer respeito ao poder do empregador de regulamentar as normas dentro de sua empresa, como ocorre com o

regulamento de empresa, como no que diz respeito ao Direito Administrativo, quando o Poder Executivo vem regulamentar as leis, por meio de decretos.

A própria CLT emprega no Título II o termo "Das Normas Gerais de Tutela do Trabalho", tratando da duração do trabalho, das férias, de segurança e medicina do trabalho etc., e no Título III a denominação "Das Normas Especiais de Tutela do Trabalho", versando sobre a nacionalização do trabalho, o trabalho da mulher e da criança etc.

2. CONCEITO

Direito Tutelar do Trabalho é o segmento do Direito do Trabalho que trata das regras de proteção ao empregado quanto a sua saúde, ao ambiente e às condições físicas de trabalho, assim como da fiscalização, a ser exercida sobre o empregador, desses mesmos direitos.

Ressalte-se que o Direito Tutelar do Trabalho não é ramo autônomo do Direito do Trabalho, mas uma de suas partes.

Na definição, já foi apontado o objeto do Direito Tutelar do Trabalho, incumbido de dar proteção ao empregado quanto a sua saúde, como, por exemplo, ocorre com as férias, com a jornada de trabalho - para que não trabalhe excessivamente e tenha um descanso semanal - e, também, o ambiente e as condições físicas de trabalho - como em relação à segurança e medicina do trabalho - e quanto às condições de trabalho que irão ser dadas à mulher e à criança ou ao adolescente.

O intuito primordial é tutelar a condição psicossomática do trabalhador. Por fim, quem irá verificar se essas regras são cumpridas pelo empregador é a fiscalização trabalhista.

3. MATÉRIA A SER ESTUDADA

A matéria a ser analisada será esta, na seguinte ordem: identificação e registro profissional, jornada de trabalho, período de descanso, repouso semanal remunerado, férias, trabalho da mulher, trabalho da criança e do adolescente, nacionalização do trabalho, segurança e medicina do trabalho e fiscalização do trabalho.

Não será analisado o salário mínimo, pois é uma das modalidades de salário, sendo verificado nesse plano.

Quanto às profissões que na CLT têm destaque especial, há menção a disposições especiais sobre a duração e condições de trabalho ou a suas peculiaridades, que serão examinadas nos tópicos pertinentes.

VERIFICAÇÃO DE APRENDIZAGEM

1. O que é Direito Tutelar do Trabalho?
2. O que será estudado nesse segmento?
3. Qual a distinção que se pode fazer do tema em foco com direito disciplinar, regulamentar ou administrativo do trabalho?

28

IDENTIFICAÇÃO E REGISTRO PROFISSIONAL

1. INTRODUÇÃO

Neste capítulo, iremos analisar a identificação profissional do trabalhador e o registro dessa identificação, tanto na CTPS do empregado, como no âmbito da própria empresa. O Capítulo I do Título II da CLT tem o nome "Identificação Profissional", tratando da forma de identificar o empregado, por meio da CTPS.

A CTPS constitui-se no documento de identificação do trabalhador, dando elementos ao Governo para analisar a mão-de-obra empregada e a que está por se empregar, inclusive tendo idéia dos menores que são empregados ou pretendem empregar-se. Por meio da CTPS há condições de o empregador verificar o passado do trabalhador, observando se este permaneceu muito ou pouco tempo no emprego, se passa de emprego em emprego. Para o trabalhador, a CTPS irá demonstrar o tempo de serviço em que contribuiu como empregado para efeitos de contagem do referido tempo, visando à concessão de futura aposentadoria. Destina-se, também, a CTPS a provar a existência do contrato de trabalho e as condições que foram pactuadas, como salários, atualizações desses, contribuição sindical, férias etc.

2. DENOMINAÇÃO

Antigamente dava-se o nome de Carteira Profissional ao documento de identificação do trabalhador. Com o Decreto-lei n.° 926, de 10-10-69, passou-se a utilizar o nome de Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS).

Na legislação comparada, encontramos as seguintes expressões: libretto di lavoro, na Itália; livret d'ouvrier, na França; cartilha, na Espanha; e carnet, na Colômbia.

Como adverte o professor Magano (1992, v. 4:14), o nome carteira de trabalho não é muito adequado: "melhor seria falar-se em caderneta do que em carteira, porquanto o último termo significa bolsa para guardar cartas, cartões, documentos, dinheiro e pequenos objetos, ao passo que o primeiro designa exatamente o caderno ou livrete de anotações".

3. CONCEITO

A CTPS é um documento que serve não só para constatar que o trabalhador mantém contrato de trabalho com o empregador, provando sua existência, mas também comprova o tempo de serviço que foi prestado a outras empresas, pelo obreiro, servindo como verdadeiro atestado de antecedentes do trabalhador (Magano, 1992, v. 4:15).

Não deixa de ser a CTPS um documento, não só porque contém a identificação do trabalhador, filiação, nascimento, naturalidade etc., mas também é o instrumento que prova a existência do contrato de trabalho mantido com o atual empregador e também com os anteriores, servindo de meio de prova do contrato de trabalho, coma para efeitos de prova de tempo de serviço perante a Previdência Social.

Na Argentina, quando o contrato de trabalho se extinguir por qualquer causa, o empregador deverá entregar ao trabalhador um certificado de trabalho, contendo as indicações sobre o tempo da prestação de serviços, qual foi sua natureza, os salários pagos e as contribuições efetuadas à seguridade social (art. 80 da Ley de Contrato de Trabajo).

4. EVOLUÇÃO

A CTPS é semelhante ao documento utilizado ao tempo das corporações de ofício, que servia para provar que o companheiro, ao passar de um para outro mestre, não tinha ficado a dever alguma importância ao antigo mestre. Nessa

época era chamado na França de livret d'ouvrier. O mestre também só devolvia a caderneta do aprendiz caso este o reembolsasse, no final do contrato de aprendizagem, por meio de uma indenização compensatória pelo ensino ministrado. Com a Revolução Francesa esse documento desapareceu.

As normas da OIT não versam especificamente sobre o tema. A Convenção n.° 53, de 1936, trata indiretamente da questão, ao estabelecer em seu art. 1.° que "ninguém poderá exercer, nem ser contratado para exercer, a bordo de navio a que não se aplique a presente Convenção, as funções de capitão ou patrão, de oficial de ponto encarregado de quarto, de 1.° maquinista encarregado de quarto, sem que possua um certificado que prove sua capacidade para o exercício dessas funções".

A Recomendação n.° 63, de 1939, menciona a adoção de carteiras pessoais para os condutores de veículos e seus auxiliares, visando ao controle da duração do trabalho. O Código Internacional do Trabalho (art. 404) menciona o livret de travail para os menores, no qual será anotado o resultado dos exames médicos periódicos. A Recomendação n.° 93 estabeleceu a carteira profissional para o pessoal de serviços rodoviários.

No Brasil, o Decreto n.° 1.313, de 17-1-1981, determinou a obrigatoriedade, nas fábricas, de um livro de matrícula para os menores, no qual eram anotados diversos dados pessoais. Os Decretos n.°s 1.130, de 1904, e 1.507, de 1906, instituíram a carteira do trabalhador agrícola. O Decreto n.° 22.035 veio a regulamentar o Decreto n.° 21.175, de 21-3-32, que instituiu a carteira profissional para os trabalhadores que prestavam serviços no comércio e na indústria, maiores de 16 anos. A CTPS no Brasil surgiu tanto para as pessoas que prestam serviços com vínculo de emprego, como para os autônomos, o que se verifica até os dias de hoje.

5. DESTINATÁRIOS

Hoje, a CTPS é utilizada não só pelos trabalhadores urbanos, mas pelos trabalhadores temporários, empregados domésticos, trabalhadores autônomos, trabalhadores rurais, inclusive o proprietário, rural ou não, desde que trabalhe individualmente ou em regime de economia familiar.

Apenas o estrangeiro fronteiriço é que pode exercer atividade remunerada no território nacional, sem ter CTPS, sendo suficiente o documento de identidade expedido pela Polícia Federal. Essa pessoa é a que habita país limítrofe em relação ao Brasil, e que seja domiciliada em cidade contígua ao território nacional. Há, assim, a possibilidade de o fronteiriço trabalhar em municípios que fazem fronteira com o Brasil. Se o fronteiriço pretender trabalhar em outras partes do território nacional deverá possuir a CTPS. Os estrangeiros que detêm visto de cortesia, oficial ou diplomático, não necessitam obter a CTPS, mas só podem exercer atividade remunerada adstrita ao Estado estrangeiro, organização ou agência internacional ou de caráter intergovernamental na qual se encontre a serviço no Brasil, ou do Governo ou entidade brasileira, por meio de instrumento internacional pactuado com outro governo que trate do assunto (art. 104 da Lei n.° 6.815).

Os estagiários não têm que ter CTPS. Estagiários são aquelas pessoas que prestam serviços a uma empresa mediante interveniência obrigatória da instituição de ensino, recebendo como remuneração uma forma de bolsa de estudos. Entretanto, o estagiário possui uma Carteira Profissional de Estagiário, expedida pelo Ministério do Trabalho (Portaria n.° 1.002, art. 6.°), na qual são anotadas as questões pertinentes ao estágio.

Os menores tinham anteriormente a CTPS do menor, nos termos do art. 415 da CLT. Ocorre que o Decreto-lei n.° 926, de 10-10-69, substituiu a Carteira de Trabalho do Menor - que era destinada às pessoas menores de 18 anos, sem distinção de sexo, que fossem empregadas em estabelecimentos de fins econômicos

ou equiparados - pela CTPS comum. Passou-se, então, a exigir apenas um único documento para o trabalhador, tanto em relação ao maior como ao menor de 18 anos. Antigamente exigia-se do menor que este apresentasse atestado médico de capacidade física, comprovação de escolaridade e autorização do pai, mãe ou responsável legal para o trabalho. Hoje, o processo de expedição da CTPS é o mesmo para qualquer trabalhador, inclusive para o menor.

O trabalhador rural também terá que ter CTPS, conforme se depreende do art. 13 da CLT. Com a edição do Decreto-lei n.° 926, de 10-10-69, a CTPS do trabalhador rural passou a ser a mesma que a de qualquer trabalhador comum.

Os atletas de futebol também têm que ter CTPS, pois a Lei n.° 6.354, de 2-9-76, a prevê. O art. 4.° da citada lei determina que nenhum atleta pode celebrar contrato sem a prova de ser alfabetizado e ter CTPS de Atleta Profissional.

O art. 6.° da Lei n.° 8.650, de 22-4-93, estabelece que o treinador profissional de futebol deverá ter Carteira Profissional, em que deverão constar: (a) o prazo de vigência do contrato de trabalho, que em nenhuma hipótese será superior a dois anos; (b) o salário, as gratificações, os prêmios, as bonificações, o valor das luvas, caso ajustadas, bem como a forma, tempo e lugar de pagamento.

Os empregados domésticos deverão possuir CTPS, como prevê a Lei n.° 5.859, de 11-12-72, para efeito de sua admissão (art. 2.°). O Decreto n.° 71.885, de 9-3-73, em seu art. 5.°, estabeleceu que o empregador fará as anotações de admissão, salário mensal ajustado, início e término das férias e data da dispensa.

Antigamente exigia-se registro especial no Ministério do Trabalho para os professores, de acordo com a redação do art. 317 da CLT. A nova redação do referido artigo, determinada pela Lei n.° 7.855/89, não mais faz essas exigências, dispondo que apenas se exige habilitação legal e registro no Ministério da Educação.

O § 1.° do art. 12 da Lei n.° 6.019/74, que trata dos trabalhadores temporários, exige o registro na CTPS do empregado, cientificando-o de sua condição de temporário. Posteriormente, introduziu-se um carimbo padronizado, que deve ser aposto na CTPS do trabalhador, informando sua condição de temporário e o prazo máximo de três meses do seu contrato.

Exige ainda o art. 13 da CLT que "para o exercício por conta própria de atividade profissional remunerada" é obrigatória a CTPS. Isso mostra que os trabalhadores autônomos também têm que ter anotação em sua CTPS, principalmente para os efeitos previdenciários.

O trabalhador, portanto, não poderá prestar serviços ao empregador sem sua CTPS. Caso trabalhe sem a anotação na CTPS, o empregador poderá sofrer multa administrativa (art. 55 da CLT).

6. CONTEÚDO DA CTPS

O art. 16 da CLT, de acordo com a redação determinada pela Lei n.° 8.260, 12-12-91, dispõe que a CTPS deve conter, além do número e da data de admissão, com as anotações pertinentes ao contrato de trabalho: (a) fotografia, de frente, modelo 3x4; (b) nome, filiação, data e lugar de nascimento e assinatura; (c) nome, idade e estado civil dos dependentes; (d) número do documento de naturalização ou data da chegada ao Brasil e demais elementos constantes da identidade de estrangeiro.

A CTPS será fornecida mediante a apresentação de duas fotografias 3x4 e de qualquer documento de identificação pessoal, desde que seja oficial, no qual se encontrem o nome completo, filiação, data e lugar do nascimento.

Não mais se exige como requisito o comprovante de escolaridade e autorização do pai para o trabalho, assim como prova de alistamento ou quitação com o serviço militar, que se encontravam nas antigas alíneas d e e do parágrafo único do art. 16 da CLT, de acordo com a redação da Lei n.° 5.686/71. A antiga alínea c do parágrafo único do art. 16 da CLT também exigia autorização para que o estrangeiro exercesse atividade remunerada no país.

Pág. 415

7. OBTENÇÃO DA CTPS

As CTPSs serão emitidas pelas Delegacias Regionais do Trabalho ou por órgãos federais, estaduais e municipais da administração direta ou indireta, mediante convênio. Inexistindo o referido convênio, é possível ser feito convênio com sindicatos para o mesmo fim.

Para obtenção da CTPS, o interessado deverá comparecer pessoalmente ao órgão emitente, onde será identificado, prestando as declarações necessárias.

Nas localidades onde não for emitida CTPS, o trabalhador poderá prestar serviços à empresa, até 30 dias, sem a referida carteira, ficando a empresa obrigada a permitir o comparecimento do empregado ao posto de emissão mais próximo. O empregador, nesse caso, deverá fornecer ao empregado, no ato da admissão, documento em que constem a data de admissão, a natureza do trabalho, o salário e a forma de seu pagamento; sendo dispensado o trabalhador, sem a obtenção da CTPS, a empresa lhe fornecerá um atestado a respeito do histórico de sua relação empregatícia.

Na impossibilidade de apresentação, por parte do interessado, de documento idôneo que o identifique, a CTPS será fornecida com base em declarações verbais, que serão anotadas na primeira folha da CTPS, nas anotações gerais, desde que confirmadas por duas testemunhas e mediante termo que será assinado por elas. Em se tratando de menor de 18 anos, as declarações serão feitas por seu representante legal. Não sabendo o interessado assinar a CTPS ou não o podendo, será ela fornecida mediante impressão digital ou assinatura a rogo.

8. ANOTAÇÕES

As anotações na CTPS do empregado deverão ser feitas pelo empregador. Nenhum empregado pode trabalhar sem apresentar sua CTPS ao empregador. Se o empregado não quer apresentá-la, por qualquer motivo, deve o empregador não admitir o empregado, ou, admitindo-o, fazer as anotações pertinentes na ficha de registro de empregados e demais comunicações pertinentes. O empregador tem o prazo de 48 horas para anotar a CTPS do empregado, quanto à data de admissão, à remuneração e outras condições. Deve, também, o empregador anotar a CTPS do empregado quanto a condições especiais do trabalho do empregado, como condições insalubres ou perigosas, inclusive de contratos de prazo determinado, como o de experiência ou de trabalho temporário.

As anotações deverão ser feitas, quanto ao salário, especificando sua forma de pagamento, se é em dinheiro ou se há também o fornecimento de utilidades, bem como a estimativa de gorjeta. As demais anotações serão feitas: (a) na data-base; (b) a qualquer tempo, por solicitação do trabalhador; (c) no caso de rescisão contratual; (d) na hipótese de necessidade de comprovação perante a Previdência Social.

As anotações relativas à alteração do estado civil e aos dependentes do titular da CTPS serão feitas pelo INSS, e somente em sua falta por outros órgãos competentes.

Pág. 416

Os acidentes do trabalho serão obrigatoriamente anotados pelo INSS na CTPS do acidentado (art. 30 da CLT).

Quando não houver mais espaço para anotações ou ficar imprestável o espaço para esse fim, o interessado deverá obter outra carteira, conservando-se o número e a série da anterior.

O antigo § 3.° do art. 32 da CLT autorizava a anotação de condutas desabonadoras do empregado apenas na ficha de qualificação arquivada na repartição competente, mediante determinação de sentença condenatória proferida pela Justiça do Trabalho, pela Justiça Comum ou pelo Tribunal de Segurança Nacional. Essas anotações somente eram feitas pela autoridade administrativa, de acordo com as determinações da sentença com trânsito em julgado.

Não mais se autoriza fazer essas anotações na CTPS do empregado, por falta de previsão legal. Mesmo o empregador não poderá apor na CTPS do empregado que este foi dispensado por justa causa e quais foram os fundamentos da conduta desabonadora do empregado, pois isso dificultaria a obtenção de novo emprego e até mesmo a defesa do empregado. Isso também implicaria ferir a liberdade de trabalho do empregado, pois não obteria novo emprego com tanta facilidade, visto que nenhum empregador iria querer admiti-lo em sua empresa, em função de seu passado desabonador.

Quando o profissional exercer atividade sob empreitada individual ou coletiva, com ou sem fiscalização da outra parte contratante, a carteira será anotada pelo respectivo sindicato profissional ou pelo representante legal de sua cooperativa.

A microempresa e a empresa de pequeno porte não ficam dispensadas de efetuar as anotações na CTPS de seus empregados (art. 11, § único, I, da Lei n.° 9.841, de 5-10-99).

O art. 34 da CLT determina que, tratando-se de serviço de profissionais de qualquer atividade, exercido por empreitada individual ou coletiva, com ou sem fiscalização da outra parte contratante, a carteira será anotada pelo respectivo sindicato profissional ou pelo representante legal de sua cooperativa.

Se o empregado trabalha num grupo de empresas, a anotação na CTPS será feita na empresa em que o obreiro prestar serviços. Nada impede, porém, de o empregado ser registrado na holding, já que o empregador é o grupo. Na prática, o empregado, normalmente, é registrado na empresa em que presta serviços. Se o empregado for transferido de uma empresa para outra, deve-se fazer a anotação da transferência nas anotações gerais da CTPS do obreiro, de modo a indicar a referida condição. Nada impede que a admissão seja feita no nome de uma empresa do grupo e a baixa em nome de outra, diante da colocação de que o empregador é o grupo.

9. VALOR DAS ANOTAÇÕES

A CTPS serve de prova nos seguintes casos: (a) de dissídio na Justiça do Trabalho entre a empresa e o empregado por motivo de salário, férias, ou tempo de serviço; (b) perante a Previdência Social, para o efeito de declaração de dependentes; (c) para cálculo de indenização por acidente do trabalho ou moléstia profissional.

Reza, ainda, o art. 19 do Regulamento da Previdência Social que as anotações na CTPS valem como prova de filiação à Previdência Social, relação de emprego, tempo de serviço e salário-de-contribuição. Dispõe o art. 456 da CLT que a prova do contrato de trabalho será feita pelas anotações constantes da CTPS do empregado ou por instrumento escrito, ou também por todos os meios de prova admitidos em direito. Discute-se se as anotações na CTPS geram presunção absoluta (juris et de jure) ou relativa (juris tantum). O Enunciado 12 do TST

esclareceu a questão dizendo que as anotações na CTPS do empregado geram presunção relativa e não absoluta, permitindo prova em sentido contrário.

10. RECLAMAÇÕES POR FALTA OU RECUSA DE ANOTAÇÃO

Recusando-se a empresa a fazer as anotações na CTPS do empregado, este, pessoalmente, ou por seu sindicato, poderá comparecer perante a DRT ou órgão autorizado, para apresentar reclamação. A DRT enviará notificação, para que, em dia e hora previamente designados, o empregador venha prestar esclarecimentos ou efetuar as devidas anotações na CTPS do empregado. Não comparecendo, o reclamado será tido por revel e confesso. Ocorre que a revelia e a confissão só podem ser aplicadas pela Justiça, em processo, e não pela DRT.

Poderá o empregador comparecer à DRT e recusar-se a fazer as anotações. Nesse caso lhe é assegurado um prazo de 48 horas para apresentar defesa, prazo que já deveria ser dado na própria notificação para comparecimento à DRT, e não ser designado novo prazo. Apresentada a defesa, o processo subirá à autoridade administrativa de primeira instância, para se determinarem as diligências necessárias, que completem a instrução do feito, ou para julgamento, se o caso estiver suficientemente esclarecido.

Verificando-se que as alegações feitas pelo reclamado referem-se à não-existência da relação de emprego, ou sendo impossível se verificar essa questão, o processo será encaminhado à Justiça do Trabalho, ficando sobrestado o julgamento do auto de infração que houver sido lavrado. Nesse ponto do procedimento administrativo, que se iniciou na DRT, passamos a ter um processo judicial, impulsionado de ofício pelo juiz.

Se não houver acordo na audiência inicial, a JCJ determina na sentença as anotações pertinentes, que serão feitas pela Secretaria da Junta, logo que houver o trânsito em julgado, comunicando à autoridade competente para que aplique a multa cabível. Da mesma forma procederá a JCJ quando em outro processo for verificada a falta de anotações na CTPS do obreiro, devendo o juiz mandar proceder, desde logo, às anotações incontroversas.

O obreiro poderá também ingressar diretamente com ação trabalhista em face da empresa que não quer proceder às devidas anotações em sua CTPS. Não é condição da ação o empregado postular primeiro no âmbito administrativo, até porque "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito" (art. 5.°, XXXV, da CF).

A autoridade administrativa, porém, em nenhuma hipótese poderá decidir a respeito da existência ou não da relação de emprego - mesmo a empresa não comparecendo à DRT quando convocada para fazer as anotações -, pois não tem competência para tanto. A competência nesse caso é da Justiça do Trabalho (art. 114 da CF).

11. PRESCRIÇÃO

O prazo de prescrição para anotação na CTPS do obreiro é aquele verificado no inciso XXIX do art. 7.° da Constituição. A Lei Maior alterou os prazos de prescrição: o empregado urbano tem dois anos para ajuizar a ação, contados do término do contrato de trabalho, podendo reclamar os últimos cinco anos; o empregado rural tem dois anos para ajuizar a ação, não havendo prazo-limite para postular seus direitos trabalhistas.

A anotação na CTPS não é exatamente um crédito, pois não tem valor econômico, não representa um pagamento. À primeira vista, a prescrição quanto à anotação da CTPS estaria fora do alcance do artigo 11 da CLT. Se assim fosse entendido, o direito de anotação na CTPS seria imprescritível.

Ressalte-se que a redação anterior do artigo 11 da CLT era melhor, pois fazia referência a prazo de prescrição de dois anos do "direito de pleitear a reparação de qualquer ato infringente de dispositivo nela contido", o que incluía a anotação na CTPS, que está prevista nos artigos 29 e seguintes da norma consolidada. Agora, há, dúvida quanto ao prazo de prescrição para anotação na CTPS. Entretanto, em razão de o artigo 11 da CLT estar inserido no seu bojo e o mesmo também ocorre com os artigos 29 e seguintes do estatuto consolidado, é de se entender que o prazo de prescrição para anotação na CTPS também é o contido na norma consolidada.

O próprio parágrafo 1.º do artigo 11 da CLT reza que "o disposto neste artigo não se aplica às ações que tenham por objeto anotações para fins de prova junto à Previdência Social". Entretanto, examinado a "contrario senso", entende-se que se observa para anotações para fins de prova trabalhista, isto é, para a anotação na CTPS do empregado relativa ao seu tempo de serviço.

Nesse sentido continua válida a orientação do En. 64 do TST, ao mencionar que "a prescrição para reclamar contra anotação de Carteira Profissional ou omissão desta flui da data de cessação do contrato de trabalho".

12. LIVRO DE REGISTRO

Os livros ou fichas de registros de empregados são obrigatórios. Entretanto, esses documentos não se confundem com a CTPS, pois esta pertence ao empregado e os outros ao empregador.

Nos livros ou fichas de registro de empregados deverá constar a qualificação civil ou profissional de cada trabalhador, com as anotações relativas à data de admissão no emprego, duração e efetividade do trabalho, férias, acidentes e demais circunstâncias inerentes ao contrato de trabalho, como contribuição sindical etc.

Serão autenticados os livros ou fichas pelas DRTs, por órgão autorizado ou pelo Fiscal do Trabalho. Este, quando for à empresa, irá consultar tais documentos para as verificações que forem necessárias.

As empresas do mesmo grupo deverão ter cada uma o registro de seus empregados, fazendo as autenticações pertinentes na DRT.

VERIFICAÇÃO DE APRENDIZAGEM

1. O que é Carteira de Trabalho e Previdência Social?
2. Os estagiários necessitam de CTPS?
3. Os atletas de futebol têm CTPS?
4. Como se obtém a CTPS?
5. Qual o valor das anotações na CTPS?
6. Qual o prazo de prescrição para anotação da CTPS?

29

CRITÉRIOS DE NÃO-DISCRIMINAÇÃO NO TRABALHO

1. INTRODUÇÃO

Discriminar tem o sentido de diferenciar, discernir, distinguir, estabelecer diferença.

Pode-se dizer que os critérios legais que proíbem discriminações são decorrentes da aplicação ampla do princípio da isonomia.

Vários critérios poderiam ser indicados para efeito de evidenciar situações de discriminação, como a discriminação por sexo, por idade, estado civil, credo, cor, origem social, opinião política, parentescos, aparência física, estado de saúde, invalidez, deficiência física, nacionalidade etc.

Em princípio, é preciso analisar a Constituição e verificar se existem normas tratando do tema discriminação, e também na legislação ordinária ou em âmbito internacional, para se evidenciar os critérios de discriminação.

Poderíamos dividir o tema, de acordo com a legislação, em critérios genéricos e critérios específicos, ou a divisão poderia ser feita tendo em vista os dispositivos constitucionais ou infraconstitucionais. Vamos adotar, em nossa exposição, uma mistura dos critérios citados.

2. CRITÉRIOS GENÉRICOS

No art. 5.° da Lei Maior, já é possível verificar que todos são iguais perante a lei, não podendo haver distinção de qualquer natureza. Todos os homens, a princípio, têm os mesmos direitos e as mesmas obrigações. Trata-se de uma igualdade real e efetiva perante os bens da vida. Essa igualdade provém da época da Revolução Francesa. A igualdade formal é a que toda pessoa tem de não ser desigualada pela lei, salvo se assim determinado pela Constituição. Assim, não pode haver critério de discriminação previsto na lei, a não ser aqueles já tratados na própria Constituição, como a aposentadoria para o homem aos 65 anos e para a mulher aos 60 anos (art. 202 da CF).

Pelo próprio caput do art. 5.° da Constituição já se verifica que não pode haver discriminação entre brasileiros e estrangeiros, que são, portanto, iguais, sem nenhuma distinção, salvo as existentes na própria Lei Magna. Nesse ponto, entendemos discriminatório e revogado o art. 354 da CLT quando estabelece que nas empresas deverá haver uma proporção de 2/3 de brasileiros para 1/3 de estrangeiros.

O inciso I do art. 5.° da Lei Fundamental esclarece, ainda, que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos da Constituição. Nesse aspecto, já se poderia destacar que não pode haver critério de discriminação entre homens e mulheres, a não ser aqueles descritos na própria Lei Magna, como no caso da aposentadoria proporcional ao tempo de serviço, em que a mulher tem esse direito aos 30 anos de serviço e o homem aos 35 anos (art. 202, II). Critérios discriminatórios estatuídos em lei serão inconstitucionais, por atentarem contra a Lei Maior. Justifica-se apenas tratar a mulher com distinção em situações inerentes à sua própria condição física, como em relação à proibição de levantamento de certa quantidade de peso (art. 390 da CLT), do trabalho durante a licença-maternidade (art. 7.°, XVIII, da CF) ou à concessão de intervalos para amamentação (art. 396 da CLT). Em função da existência do princípio da igualdade de todos perante a lei, a igualdade entre homens e mulheres é conseqüência não podendo, portanto, haver discriminações.

O inciso IV do art. 5.° da Constituição assegura a livre manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato. Não poderá haver, portanto, discriminação, por exemplo, quanto a certo funcionário da empresa em função da manifestação de seu pensamento.

Os incisos VI e VIII do art. 5.° da Lei Fundamental também estabelecem "que é inviolável a liberdade de consciência e de crença", sendo que "ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política". Isso revela que também não poderá haver discriminação quanto a religião, convicção filosófica ou política no trabalho, pois a Lei Maior assegura a liberdade de expressão naqueles sentidos.

A pessoa também não poderá ser discriminada em função de sua atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, pois o inciso IX do art. 5.° da Lei Magna estabelece que é livre a expressão em tais atividades.

"É livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer" (art. 5.°, XIII, da Norma Ápice). Assim, também não poderá haver discriminação no tocante a trabalho, ofício ou profissão, apenas devem ser atendidas as especificações da lei federal que tratar das condições para o exercício de profissões (art. 22, XVI, da CF).

Em rigor, pode-se dizer, também, que não poderá haver discriminação quanto ao fato de a pessoa estar filiada a uma associação, pois "é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar" (art. 5.°, XVII, da CF), além de que "ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado" (art. 5.°, XX, da Lex Legum).

Como se verifica, com exceção dos dois primeiros tópicos previstos no art. 5.° e seu inciso I da Constituição, as demais disposições não tratam especificamente de discriminação, mas indiretamente a proíbem.

3. CRITÉRIOS ESPECÍFICOS

3.1 Trabalhadores urbanos e rurais

Em princípio, não poderá haver nenhuma discriminação entre trabalhadores urbanos e rurais, pois o art. 7.°, caput, da Constituição estabelece a igualdade de direitos entre o trabalhador, que presta serviços na cidade, e o que trabalha no campo. Não se pode entender que houve revogação da Lei n.° 5.889/73 pela Constituição, pois aquela apenas trata de aspectos específicos do trabalhador rural.

3.2 Proteção do mercado de trabalho da mulher

O inciso XX do art. 7.° da Constituição, ao versar sobre a proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, já está tratando de forma indireta de não haver discriminação quanto a seu trabalho. O objetivo do constituinte é de que homens e mulheres tenham as mesmas possibilidades de trabalho, sem que haja nenhuma discriminação em relação à mulher. Para tanto, a lei ordinária deve conceder incentivos específicos visando à proteção de seu mercado de trabalho.

Um dos incentivos já existentes é o de que o pagamento do salário-maternidade é feito pela Previdência Social, e não pelo empregador, o que já se verifica desde a Lei n.° 6.136, de 7-11-74, além do que o Brasil ratificou as Convenções n.°s 03 e 103 da OIT, que dispõem sobre o fato de que o encargo do pagamento do salário da gestante não deve ficar a cargo do empregador. A Convenção n.° 103, no § 4.° do art. 4.°, estabelece que as prestações devidas à empregada gestante devem ser pagas pelo sistema de seguro social ou de fundos públicos, e não pelo empregador. A própria licença-paternidade é uma forma indireta de não-discriminação do trabalho da mulher, pois permite que o pai se ausente do trabalho por cinco dias para ajudar a cuidar do filho, reduzindo o ônus imputado apenas ao trabalho feminino.

A Lei n.° 5.473, de 10-7-68, em seu art. 1.°, já previa que "são nulas as disposições e providências que, direta ou indiretamente, criem discriminações entre brasileiros de ambos os sexos para provimento de cargos sujeitos a seleção, assim nas empresas privadas, como nos quadros do funcionalismo público federal, estadual ou municipal, do serviço autárquico, de sociedades de economia mista e de empresas concessionárias de serviço público".

O parágrafo único do citado artigo previu pena de prisão de três meses a um ano para quem obstasse ou tentasse obstar o cumprimento da referida norma.

A Lei n.° 7.353, de 20-8-85, criou o Conselho Nacional dos Direitos da Mulher, tendo por objetivo promover, em âmbito nacional, política visando a eliminar a discriminação da mulher, à igualdade de direitos.

3.3 Discriminação por motivo de sexo, idade, estado civil, cor

A Constituição de 1934 estabeleceu a "proibição de diferença de salário para um mesmo trabalho, por motivo de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil" (art. 121, § 1.°, a).

A Constituição de 1937 não tratou do tema. Já a Constituição de 1946 traz de volta a mesma redação prevista na Constituição de 1934, no inciso II do art. 157.

A Constituição de 1967 especificou sobre a "proibição de diferença de salários e de critérios de admissões por motivo de sexo, cor e estado civil" (art. 158, III). Não mais se mencionou a discriminação quanto à idade. A proibição, nas normas constitucionais anteriores, era apenas quanto à discriminação por salários, passando na referida norma constitucional a critérios de admissão. Essa Carta Magna, porém, suprimiu o critério de discriminação por nacionalidade que era previsto nas normas constitucionais anteriores. O inciso III do art. 165 da EC n.° 1, de 1969, repetiu a disposição da Carta Magna de 1967.

A Subcomissão dos Direitos dos Trabalhadores na Assembléia Constituinte estabeleceu: "proibição de distinção de direitos por trabalho manual, técnico ou intelectual, quanto à condição de trabalhador ou entre profissionais respectivos". A Comissão de Ordem Social tinha previsto: "proibição de diferença de salários ou vencimento e de critérios de admissão, dispensa e promoção pelos motivos a que se refere o art. 1.°, VI". Esse inciso tratava de diversas formas de discriminação. Por último, na Comissão de Sistematização, o texto era: "proibição de diferença de salários e de critérios de admissão por motivo de sexo, cor ou estado civil".

A redação final do inciso XXX do art. 7.° da Lei Maior veda diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil. Essa Constituição não repete, porém, a Constituição de 1946, que mencionava não poder haver discriminação quanto à nacionalidade. Entretanto, esse princípio se acha implícito no art. 5.°, caput, da Lei Maior de 1988, quando expressa que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, havendo igualdade entre brasileiros e estrangeiros, salvo as restrições feitas na própria norma constitucional. Volta o constituinte de 1988 a prever que não poderá haver critério de discriminação quanto à idade, o que se verificava nas Constituições de 1934 e 1946. Inova no aspecto de que não poderá haver discriminação quanto a exercício de funções, o que nunca tinha sido anteriormente previsto.

A Convenção n.° 100 da OIT, de 1951, ratificada pelo Brasil, trata da igualdade de remuneração entre homens e mulheres por um trabalho de igual valor. A Recomendação n.° 90 da OIT complementa as disposições da norma internacional anterior. A Convenção n.° 111 da OIT, de 1958, ratificada pelo Brasil, proíbe "qualquer distinção, exclusão ou preferência baseada em motivos de raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha como efeito anular a igualdade de oportunidades ou de trato em emprego ou ocupação".

As distinções, exclusões ou preferências fundadas em qualificações exigidas para determinado empregado não são consideradas como discriminação (art. 1.°, § 2.°). Não se consideram como discriminatórias "quaisquer medidas

tomadas em relação a uma pessoa que, individualmente, seja objeto de uma suspeita legítima de se entregar a uma atividade prejudicial à segurança do Estado ou cuja atividade se encontre realmente comprovada, desde que a referida pessoa tenha o direito de recorrer a uma instância competente, estabelecida de acordo com a prática nacional" (art. 4.°).

Pág. 424

A Recomendação n.° 111 da OIT complementa a Convenção n.° 111. A Convenção n.° 156 da OIT, de 1981, trata da igualdade de oportunidade e tratamento entre homens e mulheres, bem como no que diz respeito a obrigações familiares. Foi complementada pela Recomendação n.° 165. A Convenção n.° 117, de 1962, ratificada pelo Brasil, que trata de política social, estabelece como meta a supressão de toda discriminação contra os trabalhadores que tiver por objetivo motivos de raça, cor, sexo, crença, filiação a uma tribo ou a um sindicato, no que diz respeito ao empregado e a condições de trabalho, inclusive no concernente à remuneração (art. XIX).

O Brasil ratificou ainda a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, aprovada pela ONU em 1974 e ratificada pelo Brasil em 1.°-2-84 (Decreto de promulgação n.° 89.460, de 20-3-84). Tal norma estabelece que os direitos relativos ao emprego sejam assegurados "em igualdade de condições entre homens e mulheres" (art. 11), esclarecendo que as medidas destinadas a proteger a maternidade não serão consideradas discriminatórias (§ 2.° do art. 4.°).

O art. 427 do Tratado de Versalhes já explicitava o princípio de salário igual, sem distinção de sexo, para trabalho igual em quantidade e qualidade. O art. II da Declaração Universal dos Direitos do Homem prescreve que "todo homem tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidas nesta Declaração sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento ou qualquer outra condição".

O art. 232, n.° 2, estabelece, ainda, que "toda pessoa tem direito, sem nenhuma discriminação, a um salário igual para um trabalho igual". O Brasil também ratificou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 22-11-69, por meio do Decreto n.° 678, de 6-11-92, que também prevê que os países que a ratificarem não poderão fazer nenhuma discriminação por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social. O Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, estabelece, em seu art. 7.°, o direito de todos os trabalhadores a salário eqüitativo e igual, desde que o trabalho seja igual, sem qualquer distinção, sendo de mister que a referida igualdade seja aplicada ao trabalho da mulher em relação ao do homem.

O art. 5.° da CLT determina que "a todo trabalho de igual valor corresponderá salário igual, sem distinção de sexo", não fazendo menção à orientação da Constituição no sentido de que não pode também haver discriminação quanto à idade, cor ou estado civil. No que diz respeito à igualdade salarial, ela irá depender daquilo que dispuser a lei, estabelecendo critérios objetivos para tanto, como o faz o art. 461 da CLT, em que, se a empresa tiver quadro organizado em carreira, não se poderá falar em equiparação salarial, pois as promoções serão feitas por merecimento e antiguidade. O § 4.° do referido artigo estabelece que o trabalhador readaptado em função por motivo de deficiência física ou mental atestada pelo INSS não servirá de paradigma para fins de equiparação salarial, justamente porque sua condição de trabalho é distinta, não havendo, no caso, discriminação.

Pág. 425

Não poderá também haver discriminação contra o estado civil da pessoa, seja o indivíduo casado, solteiro, separado ou divorciado, para obtenção de emprego, para o exercício de função ou para pagamento de salário. Muitas vezes se verifica que empresas não admitem mulheres casadas, sob o argumento de que podem ficar grávidas e não trabalhar por certo período. Contudo, o art. 391 da CLT estabelece que não constitui justo motivo para a rescisão do contrato de trabalho da mulher o fato de haver contraído matrimônio ou de se encontrar em estado de gravidez.

O fato de a Constituição de 1988 estabelecer que não pode haver discriminação por idade tem o efeito de revogar o art. 80 da CLT, que previa pagamento de salário inferior ao mínimo ao menor aprendiz. O mesmo pode-se dizer do parágrafo único do art. 11 da Lei n.° 5.889/73 (trabalho rural), que previa meio salário mínimo ao empregado menor de 16 anos.

A discriminação quanto à admissão no emprego por motivo de raça ou cor constitui crime previsto na Lei n.° 7.716, de 5-1-89, tanto no serviço público como nas empresas privadas (arts. 3.° e 4.°).

A Constituição atual não proibiu, como nas anteriores, o trabalho noturno ou insalubre da mulher, razão pela qual deixou de haver discriminação nesse sentido quanto ao trabalho da mulher que, inclusive, pode trabalhar em pedreiras, minas de subsolo, atividades perigosas, nas obras de construção, pois foram revogados os arts. 379 e 387 da CLT pela Lei n.° 7.855/89.

A Lei n.° 9.029, de 13-4-95, estabeleceu que é vedada a prática de ato discriminatório e limitativo para efeito do ingresso na relação de emprego ou para sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade (art. 1.°). Constituem crime as seguintes práticas discriminatórias: (a) a exigência de teste, exame, perícia, laudo, atestado, declaração ou qualquer outro procedimento relativo à esterilização ou a estado de gravidez; (b) a adoção de quaisquer medidas, de iniciativa do empregador, que configurem: (1) indução ou instigamento à esterilização genética; (2) promoção de controle de natalidade, assim não considerado o oferecimento de serviços e de aconselhamento ou planejamento familiar, realizados por meio de instituições, públicas ou privadas, submetidas às normas do SUS.

3.4 Deficientes físicos

A EC n.° 12, de 17-10-78, estabelecia em artigo único que os deficientes não poderiam ser discriminados, inclusive quanto à admissão ao trabalho ou ao serviço público e a salários (inc. III).

A Constituição de 1988 estabeleceu que não poderá haver nenhuma discriminação no tocante a salário e critérios de admissão ao trabalhador portador de deficiência (art. 7.°, XXXI, da CF). Na Subcomissão dos Direitos dos Trabalhadores, na Comissão de Ordem Social e na Comissão de Sistematização da Assembléia Constituinte, não havia texto sobre o tema.

A não-discriminação em relação aos deficientes físicos é uma forma de protegê-los e de não haver discriminação quanto a seu trabalho, pois, muitas vezes, essas pessoas têm outros sentidos mais desenvolvidos em função de terem perdido um órgão, por exemplo.

A Recomendação n.° 99, de 1955, prevê a adaptação e readaptação profissional de inválidos, pretendendo assegurar a tais trabalhadores meios de ingresso no mercado de trabalho, além de orientação na obtenção e mudança de emprego.

Antigamente, só havia proteção ao deficiente em algumas normas coletivas, que tratavam, v. g., de estabilidade para o acidentado, o que se verifica

atualmente no art. 118 da Lei n.° 8.213/91 que prevê estabilidade ao acidentado de 12 meses a contar da cessação do auxílio-doença acidentário. O art. 93 da Lei n.° 8.213/91 prevê que nas empresas com 100 ou mais empregados há necessidade do preenchimento de seus cargos com pessoas portadoras de deficiência ou reabilitadas. O preceito constitucional tem por objetivo que o deficiente possa ter meios de subsistência, inclusive de sua família, exercendo atividade remunerada, retirando, de certa forma, esse dever do Estado.

3.5 Trabalho manual, técnico e intelectual

O § 2.° do art. 121 da Constituição de 1934 estabelecia que "não há distinção entre o trabalho manual e o trabalho intelectual ou técnico, nem entre os profissionais respectivos". O parágrafo único do art. 157 da Constituição de 1946 dizia que "não se admitirá distinção entre trabalho manual ou técnico e o trabalho intelectual, nem entre os profissionais respectivos, no que concerne a direitos, garantias e benefícios". O inciso XVIII do art. 158 da Constituição de 1967 dispôs sobre "proibição de distinção entre trabalho manual, técnico ou intelectual, ou entre os profissionais respectivos". O inciso XVII do art. 165 da EC n.° 1, de 1969, manteve a mesma redação anterior da Constituição de 1967.

Na Assembléia Constituinte, na Subcomissão dos Direitos dos Trabalhadores, o texto era: "proibição de distinção de direitos por trabalho manual, técnico ou intelectual, quanto à condição de trabalhador ou entre profissionais respectivos". Na Comissão da Ordem Social, não houve nenhum texto sobre o tema. Na Comissão de Sistematização estabeleceu-se que haveria "proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre profissionais respectivos".

O inciso XXXII do art. 7.° da Constituição proíbe distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos. A Constituição de 1988 estabelece que não poderá haver discriminação em função de o indivíduo ter ou não grau de escolaridade.

O parágrafo único do art. 3.° da CLT declara que "não haverá distinções relativas à espécie de emprego e à condição de trabalhador, nem entre o trabalho intelectual, técnico ou manual". Não haverá, portanto, a possibilidade de discriminação quanto a tipos de trabalho, nem entre os profissionais respectivos. O fato de um indivíduo ser pedreiro, que evidencia trabalho eminentemente manual, e outro advogado, que implica trabalho intelectual, não importa haver distinção entre essas pessoas, não podendo, portanto, existir critérios de discriminação por parte do empregador em relação ao fato de cada um se dedicar a um ou outro trabalho.

É claro que a legislação poderá estabelecer detalhes inerentes a cada profissão ou certos requisitos para tanto, que são normas pertinentes ao exercício da atividade profissional. O que não pode haver é distinção por parte da CLT quanto ao trabalho dessas pessoas, no sentido de que uma teria direito a férias e a outra não o teria etc. Algumas legislações estrangeiras ainda fazem distinção entre o trabalho manual, chamando o trabalhador de operário, e o trabalho intelectual, em que o prestador dos serviços é chamado de empregado. Na prática, o mercado acaba contratando as pessoas e pagando salários superiores àqueles que têm maior qualificação ou até escolaridade, porém esse critério não pode ser tido por inconstitucional.

3.6 Trabalhador com vínculo empregatício permanente e trabalhador avulso

Na Assembléia Nacional Constituinte, na Subcomissão dos Direitos dos Trabalhadores, não havia texto sobre o tema. Na Comissão da Ordem Social,

falava-se em "igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso". Na Comissão de Sistematização, foi dito que haveria "igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso".

O inciso XXXIV do art. 7.° da Constituição estabelece a igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso. Logo, não poderá haver discriminação entre o trabalhador regido pela CLT e o avulso, assim entendido aquele que presta serviços a uma ou mais de uma empresa sem vínculo de emprego, sendo sindicalizado ou não, mediante a intermediação obrigatória do sindicato da categoria. Assim, o empregado regido pela CLT e o trabalhador avulso terão os mesmos direitos trabalhistas, havendo, portanto, igualdade desses direitos.

3.7 Empregado comum e empregado em domicílio

O art. 6.° da CLT determina, ainda, que não poderá haver distinção entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador e o executado no domicílio do empregado, desde que haja relação de emprego. O art. 83 da CLT esclarece que o trabalhador em domicílio é o que presta serviços em sua habitação ou em oficina de família, por conta do empregador que o remunere.

O local em que o empregado irá prestar serviços não irá importar que o trabalhador perca direitos trabalhistas, nem que seja discriminado por tal fato. Assim, pode-se dizer que o empregado em domicílio tem os mesmos direitos do empregado comum. O art. 83 da CLT assegura pelo menos um salário mínimo por mês ao trabalhador em domicílio.

Pág. 428

VERIFICAÇÃO DE APRENDIZAGEM

1. Qual o sentido da palavra discriminação?
2. Quais os critérios genéricos previstos na Constituição?
3. Há alguma resguarda específica para a proteção do mercado de trabalho da mulher?
4. Como se dá a discriminação por motivo de sexo, idade, cor e estado civil?
5. O que existe na Constituição de proteção quanto ao deficiente físico?
6. Há diferença entre os direitos do trabalhador avulso e com vínculo empregatício permanente?

30

JORNADA DE TRABALHO

1. HISTÓRIA

Na maioria dos países da Europa, por volta de meados de 1800, a jornada de trabalho era de 12 a 16 horas, principalmente entre mulheres e menores. Nos Estados Unidos, no mesmo período, a jornada de trabalho estava balizada entre 11 e 13 horas.

Houve movimentos reivindicatórios visando à diminuição da jornada de trabalho, principalmente da instituição da jornada de oito horas. Nos países de língua inglesa, havia uma canção de protesto em que se pretendia a jornada de oito horas, contendo o seguinte estribilho:

Eight hours to work;
eight hours to play;
eight hours to sleep;

eight shillings a day.

Na Inglaterra, em 1847, foi fixada a jornada de 10 horas. Na França, em 1848, foi estabelecida a jornada de trabalho de 10 horas; em Paris, 11 horas. Em 1868, nos Estados Unidos, a jornada foi determinada em oito horas no serviço público federal.

O Papa Leão XIII, na Encíclica Rerum Novarum, de 1891, já se preocupava com a limitação da jornada de trabalho, de modo que o trabalho não fosse prolongado por tempo superior ao que as forças do homem permitissem. Prevê a Encíclica que "não deve, portanto, o trabalho prolongar-se por mais tempo do que as forças permitem. Assim, o número de horas de trabalho diário não deve exceder a força dos trabalhadores, e a quantidade do repouso deve ser proporcional à qualidade do trabalho, às circunstâncias do tempo e do lugar, à compleição e saúde dos operários".

Houve certa influência dessa Encíclica, tanto que alguns países começaram a limitar a jornada de trabalho em oito horas. Na Austrália, em 1901, foi especificada a jornada de oito horas. A partir de 1915, foi se generalizando a jornada de oito horas na maioria dos países.

A declaração de princípios feita na Conferência das Nações Aliadas, realizada em Paris, e incorporada ao Tratado de Versalhes, estabeleceu que as Nações contratantes se obrigavam a adotar a jornada de oito horas ou a semana de 48 horas de trabalho (art. 427).

2. DIREITO INTERNACIONAL

A Convenção n.° 1 da OIT, de 1919, trata em seu art. 2.° da jornada de trabalho de oito horas diárias e 48 horas semanais. A Convenção n.° 30, de 1930, estabelece a jornada de trabalho de oito horas para os trabalhadores no comércio e em escritórios, sendo que a jornada de trabalho é considerada como o tempo à disposição do empregador. A Convenção n.° 31, de 1931, versa sobre a jornada de trabalho dos trabalhadores das minas de carvão, que é fixada em 7h45min. A Convenção n.° 40, de 1935, reduziu a jornada semanal para 40 horas. A Convenção n.° 47, de 1935, estipula a semana de 35 horas. A Convenção n.° 67, de 1939, prevê a jornada de 48 horas para os trabalhadores de empresas de transporte rodoviário. A Recomendação n.° 116, de 1962, trata da adoção progressiva da semana de 48 horas, sendo que devem ser adotadas medidas para a restauração da semana de 48 horas, caso excedido o referido limite.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, fixou, de maneira genérica, que deveria haver uma "limitação razoável das horas de trabalho" (art. XXIV).

3. EVOLUÇÃO NO BRASIL

O Decreto n.° 21.186, de 22-3-1932, regulou a jornada de trabalho no comércio em oito horas e o Decreto n.° 21.364, de 4-5-1932, tratou do mesmo assunto na indústria.

O Decreto n.° 22.979/33 regulamentou a jornada de trabalho nas barbearias; o Decreto n.° 23.084/33, nas farmácias; o Decreto n.° 23.104/33, na panificação. Nas casas de diversões, a jornada de trabalho era de seis horas (Decreto n.° 23.152/33), o mesmo ocorrendo nos bancos e casas bancárias (Decreto n.° 23.322/33). Nas casas de penhores, a jornada foi fixada em sete horas (Decreto n.° 23.316/33).

Tinham jornada de oito horas os trabalhadores em transportes terrestres (Decreto n.° 23.766/34), de armazéns e trapiches das empresas de navegação (Decreto n.° 24.561/34), indústrias frigoríficas (Decreto n.° 24.562/34), empregados em hotéis e restaurantes (Decreto n.° 24.696/34). Os trabalhadores em

empresas de telegrafia submarina e subfluvial, radiotelegrafia e radiotelefonia tiveram a jornada de trabalho fixada em seis horas (Decreto n.° 24.634/34).

A alínea c do § 1.° do art. 121 da Constituição de 1934 estabelecia "trabalho diário não excedente de oito horas, reduzíveis, mas só prorrogáveis nos casos previstos em lei".

Os jornalistas tiveram sua jornada de trabalho fixada em cinco horas (Decreto-lei n.° 910/37) e os professores só podiam ministrar no máximo seis aulas intercaladas (Decreto-lei n.° 2.028/37).

A Constituição de 1937 especificou "dia de trabalho de oito horas, que poderá ser reduzido, e somente suscetível de aumento nos casos previstos em lei" (art. 137, i).

Os decretos esparsos que vinham sendo expedidos foram sistematizados pelo Decreto-lei n.° 2.308, de 13-6-1904, que estabeleceu a regra geral de oito horas diárias, sendo que certas profissões tinham horário especial.

Posteriormente, surgiu a CLT, em 1.°-5-1943, que incorporou o Decreto-lei n.° 2.308 e o restante da legislação esparsa sobre a matéria.

A Constituição de 1946 estabeleceu "duração diária do trabalho não excedente a oito horas, exceto nos casos e condições previstos em lei" (art. 157, V).

A Constituição de 1967 determinou "duração diária do trabalho não excedente de oito horas, com intervalo para descanso, salvo casos especialmente previstos" (art. 158, VI). A EC n.° 1, de 1969, praticamente tem a mesma redação: "duração diária do trabalho não excedente a oito horas, com intervalo para descanso, salvo casos especialmente previstos" (art. 165, VI).

A Constituição de 1988 modificou a orientação que vinha sendo seguida constitucionalmente, estabelecendo no seu art. 7.°: "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" (XIII); "jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva" (XIV).

4. DENOMINAÇÃO

O vocábulo giornata, em italiano, significa dia. Em Francês, usa-se a expressão jour, dia; journée quer dizer jornada. Jornada significa o que é diário. Para as 44 horas semanais, fala-se em módulo semanal.

Costumam ser empregados três nomes para denominar a matéria em estudo: jornada de trabalho, duração do trabalho e horário de trabalho.

A jornada de trabalho diz respeito ao número de horas diárias de trabalho que o trabalhador presta à empresa.

O horário de trabalho é o espaço de tempo em que o empregado presta serviços ao empregador, contado do momento em que se inicia até seu término, não se computando porém o tempo de intervalo. O horário de trabalho do empregado seria, por exemplo, das 8 às 12h e das 13 às 17h. O horário de trabalho dos empregados deve, porém, constar de um quadro e ficar em local bem visível na empresa.

A duração do trabalho tem um aspecto mais amplo, podendo envolver as férias e o descanso semanal remunerado.

5. CONCEITO

Jornada de trabalho é a quantidade de labor diário do empregado.

O conceito de jornada de trabalho tem que ser analisado sob três prismas: do tempo efetivamente trabalhado, do tempo à disposição do empregador e do tempo in itinere.

Pág. 432

O tempo efetivamente trabalhado não considera as paralisações do empregado, como o fato de o empregado estar na empresa, em hora de serviço, mas não estar produzindo. Somente é considerado o tempo em que o empregado efetivamente presta serviços ao empregador. Essa teoria não é aplicada em nossa legislação, pois o mineiro, por exemplo, tem o tempo despendido da boca da mina ao local de trabalho, e vice-versa computado para o pagamento de salário (art. 294 da CLT). Nos serviços de mecanografia, escrituração ou cálculo, o intervalo de 10 minutos a cada 90 minutos de trabalho é computado na duração normal do trabalho (art. 72 da CLT), embora o empregado não trabalhe nesse período. Os empregados que trabalham em câmaras frias têm um intervalo de 20 minutos a cada 1h40min de trabalho, que é computado como tempo de trabalho efetivo (art. 253 da CLT), mas o empregado não presta serviços nesse período. Nossa legislação, portanto, não acolhe a teoria da jornada de trabalho como tempo efetivamente trabalhado.

A segunda teoria é a que determina que jornada de trabalho é considerada o tempo à disposição do empregador. A partir do momento em que o empregado chega à empresa até o momento em que dela se retira, há o cômputo da jornada de trabalho. É o que ocorre com os mineiros (art. 294 da CLT), que, embora trabalhem no interior da mina, têm o tempo contado como jornada de trabalho a partir do momento em que chegam à boca da mina até o momento em que dela saem. O art 238 da CLT, ao tratar de ferroviários, demonstra em muitos casos que o ferroviário passa a contar a jornada de trabalho a partir do momento em que fica à disposição do empregador. Para os ferroviários, considera-se sobreaviso o período em que o empregado permanece em sua própria casa, aguardando a qualquer momento o chamado para o serviço (§ 2.° do art. 244 da CLT); e prontidão quando o empregado fica nas dependências da estrada de ferro aguardando ordens (§ 3.° do art. 244 da CLT). Tem-se considerado de sobreaviso o empregado que porta o aparelho bip, podendo ser chamado a qualquer momento em sua residência. As horas de sobreaviso previstas para os ferroviários são também aplicáveis aos eletricitários (En. 229 do TST). O art. 4.° da CLT estabelece, como regra geral, que se considera tempo à disposição do empregador o período em que o empregado estiver aguardando ou executando ordens.

A terceira teoria explicita o tempo in itinere, considerado como jornada de trabalho desde o momento em que o empregado sai de sua residência até quando a ela regressa. Não se poderia considerar o tempo in itinere em todos os casos, pois o empregado pode residir muito distante da empresa e o empregador nada tem com isso, ou o empregado ficar parado horas no trânsito da cidade no trajeto de sua residência para o trabalho, ou vice-versa. Haveria dificuldade em controlar a citada jornada e o empregador não poderia ser responsabilizado em todas as hipóteses pelo pagamento de tais horas. Entretanto, a jurisprudência do TST (Ens. 90, 324 e 325) fixou o entendimento a respeito da jornada in itinere, desde que o empregados forneça a condução e o local de trabalho seja de difícil acesso ou não servido por transporte regular público, como ocorre com os trabalhadores rurais que se dirigem à plantação no interior da fazenda. Nesse caso, a jornada de trabalho inicia-se com o ingresso na condução fornecida pelo empregador e termina com a saída do empregado da referida condução ao regressar ao ponto de partida. Essa orientação é acolhida pela Lei n.° 8.213/91 no que diz respeito ao acidente do trabalho ocorrido no trajeto residência-empresa, e vice-versa (art. 21, IV, d).

Pág. 433

Como se verifica, o Direito do Trabalho admite um sistema híbrido das teorias do tempo à disposição do empregador e do tempo in itinere para identificar a jornada de trabalho.

6. NATUREZA JURÍDICA

A natureza jurídica da jornada de trabalho abrange dois aspectos. Num primeiro plano, tem natureza pública, pois é interesse do Estado limitar a jornada de trabalho, de modo que o trabalhador possa descansar e não venha prestar serviços em jornadas extensas. Num segundo momento, tem natureza privada, visto que as partes do contrato de trabalho podem fixar jornadas inferiores às previstas na legislação ou nas normas coletivas. A legislação apenas estabelece o limite máximo, podendo as partes fixar limite inferior.

Assim, a jornada de trabalho teria natureza mista, coexistindo elementos com característica pública e privada.

7. CLASSIFICAÇÃO

A jornada de trabalho pode ser dividida quanto à duração, ao período, à profissão e à flexibilidade.

Quanto à duração, a jornada de trabalho pode ser normal, que é a comum, a ordinária, de oito horas. Presume-se no contrato de trabalho que o trabalhador se obriga a prestar oito horas diárias de trabalho e 44 semanais (art. 7.°, XIII, da CF), salvo disposição em sentido contrário; a extraordinária ou suplementar, que são as horas que excederem os limites legais, como as que suplantarem as oito horas diárias e 44 semanais; limitada, quando há um balizamento na lei, como a dos médicos, em que há um limite máximo de quatro horas diárias (art. 8.°, a, da Lei n.° 3.999/61); ilimitada, quando a lei não determina um limite para sua prestação.

Quanto ao período, a jornada pode ser diurna, no interregno compreendido entre as 5 e as 22h; noturna, no lapso de tempo entre as 22 e as 5h (art. 73, § 2.°, da CLT); e mista, como, por exemplo, das 16 às 24h, que compreende parte do período considerado pela lei como diurno e parte do período noturno (art. 73, § 4.°, da CLT). O trabalhador rural tem critério diferente quanto ao período da jornada: considera-se trabalho noturno o executado entre as 21h de um dia e as 5h do outro, na lavoura, e entre as 20h de um dia e as 4h do dia seguinte, na pecuária (art. 7.° da Lei n.° 5.889/73).

Quanto à profissão, nossa lei também distingue o trabalhador em relação a sua jornada de trabalho; por exemplo: o bancário tem jornada de seis horas (art. 224 da CLT); a telefonista tem jornada de seis horas ou 36 horas semanais (art. 227 da CLT); os jornalistas têm jornada de cinco horas (art. 303 da CLT) etc. O fisioterapeuta e o terapeuta ocupacional terão jornada máxima de 30 horas semanais (Lei n.° 8.856, de 1.°-3-94).

Quanto à flexibilidade, temos jornadas flexíveis e inflexíveis. Nossa legislação não trata do tema. Outras legislações fazem essa distinção; são inflexíveis as jornadas que não podem ser seccionadas. Na jornada flexível, denominada de flex time, usada nos países de língua inglesa, o trabalhador faz seu horário diário, havendo um limite semanal ou anual que é obrigado a cumprir. Assim, o operário pode chegar cedo em determinado dia e sair cedo ou chegar mais tarde e sair também mais tarde. O horário flexível muitas vezes ajuda na produção, que fica mais concentrada em certo período, como também no próprio trânsito, pois as pessoas podem organizar-se no sentido de não enfrentarem a hora do rush.

8. FUNDAMENTOS

Os fundamentos para a limitação da jornada de trabalho são pelo menos três: (a) biológicos, que dizem respeito aos efeitos psicofisiológicos causados ao empregado, decorrentes da fadiga; (b) sociais: o empregado deve poder conviver e relacionar-se com outras pessoas, de dedicar-se à família, de dispor de horas de lazer; (c) econômicos.

Esclarece Amauri Mascaro Nascimento (1992a:252) que "o trabalho desenvolvido longamente pode levar à fadiga física e psíquica; daí a necessidade de pausas para evitar a queda do rendimento, o acúmulo de ácido lático no organismo e a conseqüente insegurança do trabalhador".

Há também fundamentos econômicos para a limitação da jornada. É sabido que, no período em que o trabalhador presta serviços cansado ou quando faz horas extras, ocorre maior índice de acidentes do trabalho, principalmente em virtude da fadiga. Muitas vezes, o empregado, para receber o salário das horas extras, presta maior número de horas do que tem condições, e é justamente nesse momento que podem ocorrer os acidentes do trabalho. Os aspectos econômicos também dizem respeito à produção da empresa, em que o empresário aumenta a jornada de trabalho, pagando horas extras, justamente para aumentar a produção, daí a necessidade da fiscalização do Estado, de sua tutela, para limitar a jornada de trabalho e para que não haja excessos. A limitação da jornada de trabalho pode diminuir o problema do desemprego. Trabalhando as pessoas um número menor de horas por dia, haverá mais empregos para os outros. Se o empregado trabalhar um número menor de horas, poderá produzir mais.

Há, ainda, fundamentos sociais e familiares da limitação da jornada de trabalho, pois com a limitação o empregado passa a desfrutar de maior tempo com a família, pode ir ao clube, à igreja, estudar etc.

9. JORNADA DE TRABALHO

O inciso XIII do art. 7.° da Constituição permite que a jornada seja apenas compensada ou reduzida, mediante acordo ou convenção coletiva, não possibilitando o aumento da jornada, ao contrário da Norma Ápice anterior que fazia ressalva de trabalho superior a oito horas em casos especiais previstos em lei.

A lei também poderá reduzir a jornada de trabalho do empregado, pois o máximo é previsto na Constituição como oito horas, mas não o mínimo.

A Constituição não fixa a jornada de trabalho em 7h20min, mas em oito horas diárias. Logo, não são extras as horas que excederem 7h20 minutos diárias.

A duração normal do trabalho dos bancários é de seis horas (art. 224 da CLT); a dos empregados em serviços de telefonia, telegrafia submarina e subfluvial, de radiotelegrafia e radiotelefonia é de seis horas diárias ou 36 horas semanais (art. 227 da CLT); dos operadores cinematográficos é de seis horas (art. 234 da CLT); a dos empregados em minas de subsolo é de seis horas diárias ou 36 semanais (art. 293 da CLT); a dos jornalistas profissionais é de cinco horas (art. 303 da CLT); a dos professores, num mesmo estabelecimento de ensino, não poderá ser de mais de quatro aulas consecutivas, nem mais de seis intercaladas (art. 318 da CLT). A duração normal do trabalho dos médicos será de duas horas, no mínimo, e de quatro horas, no máximo, e seus auxiliares trabalharão quatro horas diárias (art. 8.° da Lei n.° 3.999/61). O art. 1.° da Lei n.° 3.270, de 30-9-57, fixa em seis horas diárias de trabalho a jornada dos cabineiros de elevador.

A jurisprudência em outros casos define a jornada de trabalho de certos trabalhadores: o vigia de estabelecimento bancário tem jornada normal de oito horas, e não o bancário (En. 59 do TST); a telefonista de mesa de empresa que não explora o serviço de telefonia tem jornada de seis horas (En. 178 do TST); as financeiras, que são as empresas de crédito, financiamento e investimento, devem conceder a jornada de seis horas dos bancários a seus empregados (En. 55 do TST); os empregados de empresas distribuidoras e corretoras de títulos e valores mobiliários não têm direito à jornada especial dos bancários (En. 119 do TST).

O advogado tem jornada de trabalho de quatro horas contínuas e de 20 horas semanais, salvo acordo ou convenção coletiva ou em caso de dedicação exclusiva. O adicional de horas extras para o advogado é de 100% (§ 2.° do art. 20 da Lei n.° 8.906). O § 1.° do art. 20 da Lei n.° 8.906 considera como período de trabalho o tempo em que o advogado estiver à disposição do empregador, aguardando ou executando ordens, em seu escritório ou em atividades externas, sendo-lhe reembolsadas as despesas feitas com transporte, hospedagem e alimentação. O Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia e da OAB considera dedicação exclusiva a jornada de trabalho do advogado empregado que não ultrapasse 40 horas semanais, prestada à empresa empregadora. Prevalece a jornada com dedicação exclusiva, se este foi o regime estabelecido no contrato individual do trabalho quando da admissão do advogado no emprego, até que seja alterada por meio de convenção ou acordo coletivo (art. 12, § 1.°). A jornada de trabalho prevista no caput do art. 12 não impede o advogado de exercer outras atividades remuneradas fora dela (art. 12, § 2.°). Se não houver acordo ou convenção, prevalece a jornada de trabalho estabelecida no art. 20 do Estatuto (art. 13). Considera-se jornada normal do advogado empregado, para todos os efeitos legais, inclusive de não-incidência da remuneração adicional, não só a fixada em quatro horas diárias contínuas e 20 horas semanais, mas também aquela maior de oito horas diárias e 40 horas semanais, desde que estipulada em decisão, ajustada em acordo individual ou convenção coletiva ou decorrente de dedicação exclusiva.

Não deveria ser acordo individual, mas coletivo, como menciona o art. 20 da Lei n.° 8.906, que se refere apenas ao advogado empregado, e não ao advogado regido pela Lei n.° 8.112/90, que trata de funcionário público. Assim, ao advogado regido pela Lei n.° 8.112/90 não se aplica a jornada anteriormente mencionada.

Na contratação por tempo parcial a jornada não poderá exceder a 25 horas semanais. O salário a ser pago aos empregados submetidos ao regime de tempo parcial será proporcional a sua jornada semanal, em relação aos empregados que cumprem, nas mesmas funções, jornada de tempo integral. Os empregados submetidos ao regime de tempo parcial não poderão prestar horas extras, pois do contrário iria desnaturar esse tipo de contratação, que visa a criação de empregos ou a continuidade dos atuais. Caso o empregado preste horas extras, o empregador deverá pagá-las, sem prejuízo da multa administrativa.

Para os que trabalham oito horas diárias e 44 semanais o divisor é 220 (§ 1.° do art. 6.° da Lei n.° 8.542/92).

O horário de trabalho dos empregados constará de quadro, organizado conforme modelo expedido pelo Ministro do Trabalho, e afixado em lugar bem visível. Esse quadro será discriminativo no caso de não ser o horário único para todos os empregados de uma mesma seção ou turma (art. 74 da CLT). Será o horário anotado em registro de empregados com a indicação de acordos ou contratos coletivos porventura celebrados. Para os estabelecimentos de mais de 10 trabalhadores, será obrigatória a anotação da hora de entrada e saída, em registro manual, mecânico ou eletrônico, conforme instruções a serem expedidas pelo Ministério do Trabalho, devendo haver pré-assinalação do período de

repouso. Se o trabalho for executado fora do estabelecimento, como do motorista, o horário de trabalho dos empregados constará, explicitamente, de ficha ou papeleta em seu poder. As microempresas e empresas de pequeno porte são dispensadas de ter quadro de horário (art. 11 da Lei n.° 9.841).

10. EMPREGADOS EXCLUÍDOS

Certos empregados são excluídos da proteção normal da jornada de trabalho, como se verifica do art. 62 da CLT. São os empregados que exercem atividade externa incompatível com a fixação do horário de trabalho e os gerentes, diretores ou chefes de departamento. Isso quer dizer que não têm direito a horas extras e a adicional de horas extras.

Os empregados domésticos não têm direito a horas extras, pois não se lhes aplica o inciso XIII do art. 7.° da Constituição (parágrafo único do art. 7.° da mesma norma), que fixa a duração de trabalho de oito horas diárias e 44 semanais. Da mesma forma, não é observado em relação aos domésticos o adicional de horas extras (art. 7.°, XVI, da CF), pois o parágrafo único do art. 7.° da Constituição não faz menção ao referido inciso, além do que também não se aplica a CLT (art. 7.°, a, da CLT).

A antiga redação do art. 62 da CLT incluía os vigias que tinham apenas jornada de 10 horas. A Lei n.° 7.313, de 17-5-85, suprimiu a alínea b do art. 62 da CLT, renumerando as demais. Com isso, o vigia passou a ter jornada de trabalho de oito horas, tendo direito a horas extras, além desse horário.

A redação do art. 62 da CLT compreendia os vendedores pracistas, os viajantes e os que exercessem, em geral, funções de serviço externo não subordinado a horário, devendo tal condição ser explicitamente referida na Carteira de Trabalho e no livro de registro de empregados, ficando-lhes, de qualquer modo, assegurado o repouso semanal; os gerentes, assim considerados os que, investidos de mandato, em forma legal, exercessem encargos de gestão e, pelo padrão mais elevado de vencimentos, se diferenciassem dos demais empregados, ficando-lhes, entretanto, assegurado o descanso semanal; os que trabalhassem nos serviços de estiva e nos de capatazia nos portos, sujeitos a regime especial. Com a Constituição, os trabalhadores avulsos passaram também a ter jornada de trabalho de oito horas diárias e 44 semanais, pois passaram a ter igualdade de direitos com o trabalhador com vínculo permanente. Assim, a alínea c do art. 62 da CLT teria sido derrogada pela Constituição.

A Lei n.° 8.966, de 27-12-94, altera novamente a redação do art. 62 da CLT, estando o citado artigo assim redigido:

"Não são abrangidos pelo regime previsto neste capítulo (da jornada de trabalho): I - os empregados que exercem atividade externa incompatível com a fixação do horário de trabalho, devendo tal condição ser anotada na Carteira de Trabalho e Previdência Social e no registro de empregados; II - os gerentes, assim considerados os exercentes de cargos de gestão, aos quais se equiparam, para efeito do disposto neste artigo, os diretores e chefes de departamento ou filiais."

Há necessidade de se comentarem as referidas alterações, pois existem várias modificações que são totalmente distintas da orientação anterior.

10.1 Constitucionalidade

Poder-se-ia dizer que o art. 62 da CLT seria inconstitucional, pois o inciso XIII do art. 7.° da Constituição estabelece que o empregado deve trabalhar oito horas diárias e 44 semanais. Entretanto, o art. 62 da CLT não está mencionando que o empregado deva trabalhar mais do que a jornada

especificada na Constituição, apenas que aquelas pessoas que não têm controle de horário ou os gerentes, de modo geral, deixam de ter direito a horas extras, pois no primeiro caso é difícil dizer qual o horário em que prestam serviços, por trabalharem externamente, e no segundo caso o empregado faz o horário que quer, podendo entrar mais cedo e sair mais tarde, ou entrar mais tarde e sair mais cedo, a seu critério. Neste último caso, verifica-se que o poder de direção do empregador é muito menor, e em muitos casos é o empregado que determina muitas coisas, justamente por ter encargo de gestão. Assim, não têm tais pessoas direito a horas extras e não é inconstitucional o art. 62 da CLT.

Pág. 438

10.2 Atividades externas

A Lei n.° 8.966/94 permite ampla interpretação de cada caso concreto, pois deixam de ser arrolados os empregados que não estão sujeitos à jornada de trabalho, com exceção do gerente. Agora, fala-se em empregados que exercem atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho.

Continuam a ser incluídos no inciso I do art. 62 da CLT, como empregados que exercem atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho, os vendedores, viajantes ou pracistas, que são os empregados que não trabalham internamente na empresa, mas externamente, tendo uma região de trabalho onde fazem suas vendas. Da mesma forma, estão incluídos nesse conceito os carteiros, os motoristas em geral, como os de caminhões, de carretas, de ônibus etc., que têm atividade externa ou fazem viagens, mas também os vendedores pracistas, os viajantes ou outras pessoas que exercem atividade externa não sujeita à anotação de jornada de trabalho, como os cobradores ou propagandistas. Os vendedores, viajantes ou pracistas são os empregados que não trabalham internamente na empresa, mas externamente, tendo uma região de trabalho onde fazem suas vendas. Normalmente, não há como controlar o horário dessas pessoas, porque trabalham na praça. São regidos pela Lei n.° 3.207/57. Assim, se é impossível controlar o horário desses tipos de trabalhadores, por possuírem afazeres externos, além de ser difícil verificar qual o tempo efetivo à disposição do empregador, são indevidas as horas extras.

A redação do atual dispositivo do inciso I do art. 62 da CLT é melhor do que a anterior, pois não arrola quais seriam os empregados que estariam excluídos de ter direito a horas extras, apenas menciona que são os que exercem atividades externas incompatíveis com a fixação de horário de trabalho, podendo enquadrar-se nessa definição qualquer empregado. O que interessa é que exista incompatibilidade entre a natureza da atividade exercida pelo empregado e a fixação de seu horário de trabalho. Se tais empregados são subordinados a horário, têm direito a horas extras, principalmente quando é possível prever que a jornada normal não é suficiente para a entrega ou cobrança das mercadorias vendidas, como em relação a motoristas e cobradores.

Há, ainda, uma condição cumulativa a ser observada: registro na CTPS da não-observância de horário de trabalho e também no livro ou ficha de registro de empregados. Caso falte algum dos dois requisitos, o empregado terá direito a horas extras, salvo se tiver ciência inequívoca de sua condição ou for feita prova da referida condição.

Na anterior redação da alínea a do art. 62 da CLT, falava-se que os empregados que exerciam atividades externas não tinham direito a horas extras, mas assegurava-se o direito ao repouso semanal remunerado. Com acerto, a atual redação do inciso I do art. 62 da CLT suprimiu a referida disposição, pois o repouso semanal remunerado, hoje, é previsto no inciso XV do art. 7.° da Constituição, sendo um direito de todo empregado, urbano, rural, doméstico e avulso, mesmo não subordinado a horário, como o doméstico. A mesma expressão "assegurado o repouso semanal remunerado" é também suprimida no atual inciso II,

art. 62, da CLT em relação à antiga alínea b do mesmo art. 62, pois o repouso semanal também é assegurado aos gerentes.

Pág. 439

10.3 Encargos de gestão

Na redação anterior do art. 62 considerava-se gerente ou empregado de confiança aquele que tinha mandato da empresa, que, como qualquer contrato, pode ser escrito ou verbal. Devia, assim, exercer encargos de gestão, admitindo ou dispensando funcionários, fazendo compras e vendas em nome da empresa, além de ter padrão mais elevado de vencimentos do que outros funcionários. Exercia encargos e prerrogativas do empregador, atuando como se fosse o próprio empregador.

O inciso II do art. 62 da CLT continua utilizando a palavra gerente. A maior dificuldade consiste em dizer quem é gerente, pois o empregado pode ser rotulado de gerente, mas efetivamente não o ser, ou não ter poderes para tanto.

É gerente o que tem poderes de gestão, como de admitir ou dispensar funcionários, adverti-los, puni-los, suspendê-los, de fazer compras ou vendas em nome do empregador, sendo aquele que tem subordinados, pois não se pode falar num chefe que não tem chefiados.

O atual inciso II do art. 62 da CLT já não menciona a expressão mandato que tanto poderia ser expresso ou tácito, mas o gerente, para ter poderes de gestão, deve ter um mandato conferido pelo empregador, ainda que verbal ou tácito, para administrar o empreendimento do empresário. Embora a atual norma mencione apenas "encargos de gestão", podemos entender que a pessoa que tem encargo de gestão é a que tem mandato, ainda que verbal ou tácito.

Não mais se sujeitam também a ter direito a horas extras os diretores e chefes de departamento ou filial, que se equiparam aos gerentes, pois também exercem encargos de gestão, devendo ter o mesmo tratamento. Talvez, o legislador tivesse agido com mais acerto se colocasse na lei que não se sujeitam à jornada de trabalho aqueles que exercem encargos de gestão. Nesse conceito, estariam incluídos os gerentes, os diretores e chefes e até os superintendentes da empresa, pois difícil é dizer o que é chefe de departamento ou de filial, que são atribuições determinadas pelo empregador ao nomear tais pessoas. Da mesma forma, é difícil explicar o que é empregado de confiança, pois, para o empregador, o empregado é de confiança e o empregado muitas vezes não se considera de confiança, pois não tem amplos poderes para tanto. O cargo de confiança importa fidúcia depositada pelo empregador no empregado. É geralmente exercido em caráter temporário ou em comissão, podendo o comissionado reverter ao cargo que anteriormente ocupara na empresa. Mesmo assim, o empregado que exerce cargo de confiança, agora, está expressamente excluído do regime de horas extras, pois o parágrafo único esclarece que seria uma das pessoas que têm encargos de gestão.

Continuaremos, com certeza, a ter problemas de interpretação sobre o que vem a ser o exercício do cargo de confiança, como ocorre com os bancários. Aliás, o legislador ordinário parece que inspirou-se no bancário comissionado para dizer quem exerce cargo de gestão, ao se utilizar da expressão gratificação de fundão no parágrafo único do art. 62 da CLT, expressamente prevista no § 2.° do art. 224 da CLT, pertinente aos bancários.

O fato, porém, de o inciso II do art. 62 da CLT não fazer remissão expressa em relação à pessoa que exerce cargo de chefe de divisão não quer dizer que o referido empregado está excluído de sua aplicação, pois é possível dizer que há um exemplo no inciso II do art. 62 ao equiparar aos gerentes os diretores de departamento ou filial.

Pág. 440

Desde que o chefe exerça também encargo de gestão, não terá direito a horas extras.

O gerente vai continuar a ser a pessoa que tem um padrão mais elevado de vencimentos do que os demais funcionários da empresa. Não seria possível entender como padrão mais elevado de vencimentos o fato de o gerente ganhar um real a mais do que seus subordinados, mas alguma coisa razoável a mais do que os demais empregados, no contexto da empresa. Na redação anterior da alínea b do art. 62 da CLT, contudo, não havia um critério para dizer como se caracterizaria esse padrão mais elevado de vencimentos, o que agora é feito no parágrafo único do mesmo artigo.

Para caracterização do cargo de confiança, não é preciso o pagamento de gratificação de função, que é facultativa, podendo ou não ser paga ao empregado, pois a lei emprega a expressão se houver, denotando exemplo. O empregador, contudo, vai ter que demonstrar que o empregado recebe a gratificação pela função, nos casos em que houver o pagamento, que não são muitas pessoas que o possuem, mesmo muitos gerentes ou outros administradores empregados têm um salário maior, mas não têm gratificação de função, ou, então, deverá mostrar que o gerente tem um padrão mais elevado de vencimentos do que os demais empregados.

O pagamento da gratificação sempre teve por objetivo compensar a maior responsabilidade pelo cargo exercido, como também cobrir despesas decorrentes de seu desempenho, mas pode-se também entender que a gratificação paga pela maior responsabilidade já inclui eventual remuneração de horas extras que possam ser prestadas.

Não será, porém, cargo de confiança aquele em que o desempenho seja exclusivamente técnico.

A redação do parágrafo único do art. 62 da CLT, no que diz respeito à gratificação de função, vem a ser pior do que a da legislação anterior, pois dará margem a uma série de problemas de interpretação, principalmente se o trabalhador exerce efetivamente encargo de gestão, mas não tem gratificação de função.

Se o trabalhador receber gratificação de função inferior ao valor do salário efetivo acrescido de 40%, pode-se entender que, mesmo tendo cargo de gerente, terá direito a horas extras. Entretanto, não se pode dizer que esse fator será preponderante, pois a própria lei menciona a expressão se houver, denotando facultatividade de tal pagamento e indicando que, mesmo inexistindo gratificação de função, o empregado não estará sujeito a horas extras desde que tenha encargo de gestão. Logo, o critério da gratificação de função será meramente exemplificativo ou indicativo da condição de gerente, mas não será essencial, bastando, para tanto, que o salário do gerente tenha padrão bem mais elevado do que o de seu subordinado imediatamente inferior ou que seja superior a 40% deste. Não se pode interpretar o parágrafo em confronto com o artigo, mas os dois devem ser interpretados harmonicamente ou sistematicamente, pois, senão, um iria anular o outro.

Se a empresa não pagava gratificação de função a seus gerentes quando da edição da Lei n.º 8.966/94, não tem obrigação de fazê-lo agora, para caracterizar o exercício de encargo de gestão. Como dissemos, o que interessa como fator determinante é o exercício de encargo de gestão pelo empregado, pouco importando se tinha ou não gratificação de função.

Isso quer dizer que a empresa não está obrigada a pagar gratificação de função a seus gerentes se não o fazia, pois o principal é o exercício de encargo de gestão por parte do empregado. Se o funcionário exerce encargo de gestão, é o suficiente, mesmo que não tenha gratificação de função; continuará, assim, a não ter direito a horas extras. Se houver a gratificação de função, esta deverá ser

de pelo menos 40% sobre o salário efetivo. Entretanto, se inexistir a referida gratificação, continuamos a entender que o gerente não terá direito a horas extras desde que tenha encargo de gestão, pois a hipótese contida no parágrafo único do art. 62 da CLT é meramente exemplificativa.

É claro que aquele que ganhar gratificação superior a 40% do salário-base também se incluirá no conceito de gerente.

Estando o empregado, porém, sujeito a controle de horário, na entrada e saída do serviço, terá direito a horas extras, inclusive o gerente, porque, aí, não se poderá falar em liberdade total do empregado, devendo ser aplicada a duração do trabalho de oito horas diárias e 44 semanais.

A regra do parágrafo único do art. 62 da CLT não veio a alterar, porém, o § 2.° do art. 224 da CLT, pois esta regra é específica em relação ao bancário, sendo que "a lei nova que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes não revoga nem modifica a lei anterior" (§ 2.° do art. 2.° da Lei de Introdução ao Código Civil). A gratificação de função dos que exercem função de direção, gerência, fiscalização, chefia ou outros cargos de confiança bancária continua sendo de pelo menos 1/3 do salário do cargo efetivo, e não de 40%, como prevê o parágrafo único do art. 62 da CLT, tendo jornada de trabalho de oito horas, e não de seis horas (Ens. 232, 233, 234 e 238 do TST). O gerente bancário somente não terá direito a horas extras além da oitava "quando investido de mandato, em forma legal, tenha encargos de gestão e usufrua de padrão salarial que o distingue dos demais empregados" (En. 287 do TST).

10.4 Trabalhadores avulsos

Não mais se incluem no art. 62 da CLT os trabalhadores avulsos, ou os de estiva e de capatazia dos portos, sujeitos a regime especial. Se eles têm regime especial, já não deveriam ser incluídos na CLT, mas a própria lei deveria tratar do assunto, como o faz a Lei n.° 8.630/93 (Lei dos Portuários), que revogou inclusive os arts. 285 a 292 da CLT. É certo que os próprios trabalhadores avulsos estão sujeitos à jornada de oito horas diárias e 44 semanais, por força do inciso XIII do art. 7.° da CF, combinado com o inciso XXXIV do art. 7.° da mesma norma, pois é vedada a distinção entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o avulso, isto é, deve haver igualdade de direitos entre os referidos trabalhadores. Se há, porém, incompatibilidade entre a atividade que os avulsos exercem e a fixação de horário, podem ser incluídos no inciso I, do art. 62 da CLT.

10.5 Conclusões

O art. 62 da CLT exclui da aplicação do Capítulo II da mesma norma ("Da Duração do Trabalho") os trabalhadores que especifica. Isso significa não só da duração máxima da jornada de trabalho, e, por conseqüência, do direito de receber horas extras, mas também do direito a horas noturnas, adicional noturno e hora noturna reduzida, pois o trabalho noturno está incluído no mesmo capítulo, que trata da duração do trabalho, incluindo jornada de trabalho, períodos de descanso e intervalos, trabalho noturno e compensação da jornada de trabalho.

Verifica-se, portanto, que não é apenas da jornada de trabalho que o trabalhador está excluído no art. 62 da CLT, mas de todo o capítulo. O direito à remuneração do trabalho noturno superior à do diurno e à remuneração de horas extras com adicional de 50% dependerá da previsão da lei ordinária, mais precisamente do capítulo da CLT que trata da duração do trabalho.

11. CONCEITO DE HORAS EXTRAS

Horas extras são as prestadas além do horário contratual, legal ou normativo, que devem ser remuneradas com o adicional respectivo. A hora extra pode ser realizada tanto antes do início do expediente, como após seu término normal ou durante os intervalos destinados a repouso e alimentação. São usadas as expressões horas extras, horas extraordinárias ou horas suplementares, que têm o mesmo significado.

12. ACORDO DE PRORROGAÇÃO DE HORAS

O acordo de prorrogação de horas é o ajuste de vontade feito pelas partes para que a jornada de trabalho possa ser elastecida além do limite legal, mediante o pagamento de adicional de horas extras. O acordo pode ser feito por prazo determinado ou indeterminado.

O art. 59 da CLT permite que as partes façam um pacto da prorrogação da duração normal da jornada de trabalho. O acordo deverá ser necessariamente escrito, podendo ser um adendo ao contrato de trabalho ou inserido no próprio pacto laboral ou, ainda, por meio de acordo ou convenção coletiva, que é o significado da expressão contrato coletivo encontrada no artigo consolidado. Do documento deveria constar que a remuneração da jornada suplementar seria de 20% (§ 1.° do art. 59 da CLT). Quando inexistia o acordo escrito, o adicional era de 25% (antigo En. 215 do TST). Hoje, já não se aplica essa orientação, pois o adicional é de pelo menos 50% (art. 7.°, XVI da CF). Mesmo que não haja acordo entre as partes para a prorrogação da jornada, o empregado poderá reivindicar em processo trabalhista as horas extras com adicional.

O limite da prorrogação de horas é de mais duas por dia, totalizando 10 horas (art. 59 da CLT). É claro que, se o empregado prestar mais de duas horas extras por dia, terá que recebê-las, pois geraria enriquecimento ilícito do empregador em detrimento do esforço do empregado, além do que as partes não poderiam voltar ao estado anterior, devolvendo ao obreiro a energia despendida. Excedido o limite de duas horas por dia, haverá multa administrativa.

O art. 413 da CLT veda a prorrogação do horário de trabalho do menor, salvo em se tratando de acordo de compensação ou na hipótese de força maior. Os cabineiros de elevadores não podem, também, prorrogar sua jornada de trabalho (art. 1.° da Lei n.° 3.270/57).

Os bancários podem prorrogar excepcionalmente sua jornada até oito horas, ou 40 horas semanais (art. 225 da CLT). A jurisprudência veda a contratação de jornada extraordinária quando da admissão do empregado bancário (En. 199 do TST).

Estabelece o art. 60 da CLT que nas atividades insalubres "quaisquer prorrogações" só poderão ser feitas por intermédio de licença prévia das autoridades competentes em matéria de segurança e higiene de trabalho, sendo nula a prorrogação que não atenda a essa regra de ordem pública. O trabalho prorrogado em atividade insalubre é mais nocivo ao empregado, atentando contra sua saúde, diminuindo sua atenção e podendo favorecer a ocorrência de acidentes, em virtude de seu cansaço; daí a necessidade de autorização prévia da autoridade do Ministério do Trabalho para o prolongamento do horário de trabalho nessas atividades. Poucas, contudo, foram as empresas que conseguiram obter a citada licença prévia da DRT para a prorrogação do horário de trabalho. O art. 60 da CLT refere-se apenas a insalubridade e não a periculosidade.

Havia entendimento de que a não-obtenção da mencionada licença prévia geraria apenas uma infração administrativa, cuja penalidade estaria capitulada no art. 75 da CLT. Outra corrente afirmava que o art. 60 da CLT delegava ao

Ministério do Trabalho a normatização das regras de medicina e segurança do trabalho, o que está previsto no art. 200 da CLT e regulamentado minuciosamente pela Portaria n.° 3.214/78, que permite a prorrogação em se tratando de trabalho em condições ruidosas, mas não por muito tempo (NR 15, anexos 1 e 2), no trabalho sob ar comprimido (anexo 6 da NR 15), no trabalho subterrâneo (NR 22) etc.

A jurisprudência não tinha posição unânime a respeito do tema, mas a maioria dos julgados e da doutrina entendia, como Mozart Victor Russomano (1990, v. 1:101), que "a conseqüência imediata dessa exigência é a ilegalidade do regime de compensação em atividades insalubres sem autorização prévia da autoridade competente, considerando-se como horas extras as que excederem ao limite normal de oito horas". Na verdade, mandava-se pagar apenas o adicional de horas extras, utilizando-se da orientação do Enunciado 85 do TST.

Com o advento do inciso XIII do art. 7.° da Lei Fundamental surge a dúvida se o art. 60 da CLT ainda está em vigor.

Afirmam alguns que o art. 60 da CLT seria uma norma de segurança e medicina do trabalho, que se compatibilizaria e seria decorrente do inciso XXII do art. 7.° da Lei Maior, que prevê a redução de riscos inerentes ao trabalho, de acordo com normas de saúde, higiene e segurança. Não se pode dizer, entretanto, que aquele comando legal é uma norma de segurança e medicina do trabalho, pois está inserido na Seção II (Da Jornada de Trabalho) do Capítulo II, do Título II, da CLT, que trata da duração do trabalho, e não no Capítulo V do mesmo título, que prescreve sobre medicina e segurança do trabalho (arts. 154 a 223). Embora o art. 60 da CLT se refira ao capítulo sobre segurança e medicina do trabalho, a questão nele versada é sobre prorrogação da jornada de trabalho.

O art. 60 da CLT e o inciso XIII do art. 7.° da Constituição não versam, porém, sobre questões diversas. Ao contrário, a compensação não deixa de ser uma espécie de prorrogação do horário de trabalho, que somente poderá ser feita por convenção ou acordo coletivo.

O artigo consolidado, ao falar em "qualquer prorrogação", implicitamente engloba a compensação do horário de trabalho, que vem a ser uma forma de prorrogação da jornada de trabalho. Como o texto constitucional estabeleceu uma única condição para a compensação do horário de trabalho, que é a celebração de acordo ou convenção coletiva de trabalho, já não há necessidade de autorização prévia da DRT para prorrogação da jornada de trabalho, havendo incompatibilidade entre o art. 60 da CLT e o inciso XIII do art. 7.° da Constituição, estando revogado, assim, o primeiro.

A lei anterior (art. 60 da CLT) não passa a ser inconstitucional em face do inciso XIII do art. 7.° da Constituição, pois não seria possível que o legislador ordinário fosse infringir norma constitucional futura, de que não tinha conhecimento. Na verdade, a Constituição, por ser posterior e hierarquicamente superior à lei ordinária, revoga, por incompatibilidade, a norma anterior, o art. 60 da CLT, por ter regulado diferentemente a matéria e por ser contrária ao último dispositivo legal. Quando a Constituição explicita como um direito vai ser exercitado, esta especificação implica a proibição implícita de qualquer interferência legislativa do legislador ordinário, que não pode sujeitar a norma constitucional a outras condições. O legislador estabeleceu o limite máximo diário e semanal e a compensação ou redução mediante acordo ou convenção coletiva. Não pode a legislação ordinária estabelecer de modo diverso. Qualquer outro requisito importa colidência direta com a Lei Maior, fazendo restrição de forma indevida onde o legislador constitucional não pretendeu fazer qualquer restrição, inclusive quanto à negociação ou à liberdade de negociação coletiva.

Há, portanto, uma única condição para a prorrogação do horário de trabalho em atividade insalubre: a existência de acordo ou convenção coletiva de trabalho. Não há, assim, outra condição, nem é preciso ser feita regulamentação infraconstitucional, pois o único requisito é a negociação coletiva. Logo, é possível a compensação de horário de trabalho ser feita por acordo ou convenção coletiva nas atividades insalubres e prescinde da inspeção prévia da autoridade competente em matéria de higiene do trabalho (En. 349 do TST).

Antigamente, o TST entendia que o valor das horas extras prestadas por mais de dois anos ou durante todo o contrato de trabalho, se suprimidas, integraria o salário do empregado (En. 76 do TST). Hoje, a orientação é de que as horas extras prestadas com habitualidade, por pelo menos um ano, se suprimidas, dão ao empregado o direito a uma indenização de um mês das horas suprimidas para cada ano ou fração igual ou superior a seis meses e prestação de serviços acima da jornada normal. O cálculo irá observar a média das horas suplementares efetivamente trabalhadas nos últimos 12 meses, multiplicada pelo valor da hora extra do dia da supressão (En. 291 do TST).

Se as horas extras foram contratadas pelo empregado, este não poderá furtar-se a prestá-las, a não ser que existam motivos justificáveis; caso contrário, o empregado estará sujeito ao poder disciplinar do empregador, podendo até mesmo ser dispensado por justa causa.

Não é possível a prorrogação de horas para os cabineiros de elevador (art. 1.° da Lei n.° 3.270/57). O bancário só excepcionalmente pode prorrogar sua jornada (art. 225 da CLT).

As telefonistas somente podem fazer horas extras em decorrência de indeclinável necessidade (§ 1.° do art. 227 da CLT).

O adicional de horas extras é de 50% (art. 7.°, XVI, da CF). Com isso, os adicionais de horas extras que existiam para as telefonistas (§ 1.° do art. 227 da CLT), operadores cinematográficos (parágrafo único do art. 234 da CLT), ferroviários (art. 241 da CLT), pessoal de equipagem de trens (parágrafo único do art. 241 da CLT), jornalistas (art. 305 da CLT), fica elevado para 50%. O advogado terá adicional de horas extras de 100% (Lei n.° 8.906, art. 20, § 2.°).

A jurisprudência não é pacífica sobre se considerar como trabalho extraordinário os minutos que antecedem e sucedem a jornada de trabalho, o que também poderia ser denominado de período residual. É certo que, em muitos casos, é impossível que os empregados se comportem de forma homogênea, ordenada, para a marcação do ponto, sendo impraticável que todos marquem o ponto no mesmo horário.

Parte da jurisprudência não considera como hora extra os minutos que o empregado registra no cartão de ponto antes e depois da jornada de trabalho, pois se destinam à marcação do próprio ponto. Os minutos que antecedem ou sucedem a jornada de trabalho não podem ser considerados como tempo à disposição do empregador se não provada a prestação de serviços, não gerando direitos e obrigações para as partes, inexistindo direito a horas extras.

Certos acórdãos nem mesmo estabelecem um limite de tolerância para a marcação de ponto, devendo a contagem da jornada de trabalho ser feita minuto a minuto e paga como extra se exceder a jornada normal; como é considerada a hora noturna, que tem 52min e 30s.

A outra consideração é a de estimar um limite de tolerância para a marcação aos cartões de ponto, geralmente de cinco minutos. O que exceder esse limite será considerado como minutos extras, pois se configura como tempo à disposição do empregador.

A Constituição estabelece jornada de trabalho de oito horas diárias e 44 semanais. O que exceder esse horário é jornada extra, salvo havendo acordo ou convenção coletiva para a redução e compensação da jornada (art. 7.°, XIII). Não

menciona a Lei Maior que os minutos não serão considerados como extras. Assim, é possível concluir que tudo o que exceder aquele limite será considerado como jornada extraordinária, inclusive os minutos extras.

É a lei que determina a anotação da entrada e saída do empregado em registro de ponto. O § 2.° do art. 74 da CLT preconiza que, nos estabelecimentos com mais de 10 empregados, será obrigatória a anotação da hora de entrada e saída, em registros mecânicos ou eletrônicos, devendo haver pré-assinalação do período de repouso.

O art. 4.° da CLT considera como tempo à disposição do empregador aquele em que o empregado esteja aguardando ou executando ordens. Nesse sentido, poder-se-ia entender que, se ao empregado é determinada a anotação de ponto pelo empregador, a partir do momento em que anota o cartão de ponto ou até a referida marcação, o empregado está executando ordens de seu patrão, devendo tal período ser considerado como tempo à disposição da empresa. Entretanto, em muitos casos, é sabido que, nos minutos que antecedem ou sucedem a jornada de trabalho, o empregado ainda não está trabalhando.

Muitas vezes, fica conversando com os colegas antes ou após o expediente, vai ao grêmio da empresa ou tem de aguardar outros funcionários para iniciar o trabalho e só a partir do momento em que efetivamente começa a prestar os serviços é que se consideraria como tempo de serviço à disposição do empregador. Seria, portanto, falso o argumento de que o empregado está à disposição do empregador até o momento em que deixa o emprego.

Para serem evitadas dúvidas, é mister que se fixe margem de tolerância para a marcação dos cartões de ponto, visando evitar abusos, pois não seria possível que o empregador viesse a instalar uma máquina de ponto para cada trabalhador, até porque a lei nada menciona sobre o fato.

Parece um critério justo determinar que haja tolerância para marcar os cartões de ponto pelo período de cinco minutos antes ou depois da jornada, razoável para que o empregado marque o ponto, pois não se leva tanto tempo para esse ato. Os minutos excedentes de cinco devem, portanto, ser considerados como extras, aplicando-se o princípio da razoabilidade, pois, do contrário, se o empregado chegasse atrasado ao emprego, o empregador também não poderia descontar os minutos de atraso do salário do empregado, o que normalmente é feito. Não se pode, porém, desprezar o período que antecede e sucede a jornada efetiva de trabalho, sob pena de o trabalhador prestar o serviço e não receber por seu labor. Seria computado o tempo de anotação dos cartões de ponto, com a tolerância de cinco minutos, salvo se demonstrado que o empregado é que deu causa ao atraso na marcação do ponto.

Despiciendo o argumento de que o empregado estaria à disposição de si mesmo quando anota os cartões de ponto e não do empregador, pois o empregado está à disposição do empregador quando executa ordens, de anotar os controles de ponto, além de estar dentro da empresa para essa atividade. Se a própria empresa tem aparelho que marca minuto a minuto a jornada, não se pode deixar de considerar o tempo à disposição do empregador dessa forma, apenas deve-se estabelecer um limite para tal fim.

Tal Seção de Dissídios Individuais, do TST tem decidido que se deve estabelecer uma margem de tolerância de cinco minutos para a anotação do cartão de ponto na entrada e na saída. O excedente será considerado como minutos extras.

Devem, portanto, ser remunerados como extras os minutos anotados nos cartões de ponto, na entrada e na saída, que forem superiores a cinco minutos, por se tratar de tempo à disposição do empregador.

Os minutos destinados à troca do uniforme, quando o empregador o exige, são considerados tempo à disposição do empregador (art. 4.° da CLT), devendo ser remunerados.

Os comissionistas que têm controlada sua jornada de trabalho fazem jus "ao adicional de, no mínimo, 50%, pelo trabalho em horas extras, calculado sobre o valor das comissões a elas referentes" (En. 340 do TST).

13. COMPENSAÇÃO DA JORNADA DE TRABALHO

A compensação da jornada de trabalho ocorre quando o empregado trabalha mais horas em determinado dia para prestar serviços em um número menor de horas em outro dia, ou não prestá-las em certo dia da semana.

Normalmente, as empresas costumam fazer com que o empregado trabalhe uma hora a mais por dia, de segunda a sexta-feira, e não há trabalho aos sábados. Por exemplo: o empregado trabalha das 8 às 12h e das 13 às 18h, de segunda a quinta-feira, e nas sextas-feiras sai às 17h, porém não presta serviços aos sábados. Nesse caso, não se excede o módulo semanal de 44 horas, pois temos exatamente 44 horas semanais. Há a possibilidade também de o empregado trabalhar mais horas por dia, por intermédio do sistema de compensação, para não prestar serviços durante a semana de carnaval, de Natal e Ano Novo ou para não trabalhar nos dias intercalados entre feriados e fins de semana (os chamados dias-pontes).

Não se confunde a compensação da jornada de trabalho com a chamada semana inglesa, pois nesta o empregado trabalha oito horas diárias e 40 semanais.

13.1 Flexibilização das normas trabalhistas

O Direito do Trabalho é um ramo da ciência do Direito muito dinâmico, que vem sendo modificado constantemente, principalmente para resolver o problema do capital e do trabalho. Para adaptar esse dinamismo à realidade laboral, surgiu uma teoria chamada de flexibilização dos direitos trabalhistas.

A flexibilização do Direito do Trabalho vem a ser um conjunto de regras que têm por objetivo instituir mecanismos tendentes a compatibilizar as mudanças de ordem econômica, tecnológica ou social existentes na relação entre o capital e o trabalho. Os exemplos mais comuns seriam a flexibilização da jornada de trabalho (flex time), que é usada principalmente nos países de língua inglesa, em que o funcionário entra mais cedo, saindo mais cedo do trabalho, ou ingressa mais tarde no serviço, saindo, também, em horário mais adiantado do que o normal, estabelecendo, assim, seu próprio horário de trabalho, trabalhando mais horas em determinado dia ou semana para trabalhar um menor número de horas em outros dias (há necessidade, porém, de se observar um número mínimo de horas trabalhadas no ano, no mês ou na semana); o job sharing ou a divisão do posto de trabalho por mais de uma pessoa; o contrato segundo as necessidades do empreendimento (Kapovaz do Direito alemão), conforme Lei de 26-4-1985.

Visa a flexibilização das normas do Direito do Trabalho assegurar um conjunto de regras mínimas ao trabalhador e, em contrapartida, a sobrevivência da empresa, por meio da modificação de comandos legais, procurando assegurar aos trabalhadores certos direitos mínimos e ao empregador a possibilidade de adaptação de seu negócio, mormente em épocas de crise econômica. Para fiscalizar essa flexibilização, com essa maleabilidade, é que o sindicato passa a deter o papel principal, ou seja, na participação das negociações coletivas que conduzirão ao acordo ou à convenção coletiva de trabalho, de modo a permitir também a continuidade do emprego do trabalhador e a sobrevivência da empresa, assegurando um grau de lucro razoável à última e certas garantias mínimas ao

trabalhador. É uma forma de adaptação das normas vigentes às necessidades e conveniências de trabalhadores e empresas.
A Constituição de 1988 prestigiou em vários momentos a flexibilização das regras do Direito do Trabalho, determinando: que os salários poderão ser reduzidos por convenção ou acordo coletivo de trabalho (art. 7.°, VI); a compensação ou a redução da jornada de trabalho só poderá ser feita mediante acordo ou convenção coletiva (art. 7.°, XIII); o aumento da jornada de trabalho nos turnos ininterruptos de revezamento para mais de seis horas diárias por intermédio de negociação coletiva (art. 7.°, XIV).

O inciso XXVI do art. 7.° do Estatuto Supremo reconheceu não só as convenções coletivas, mas também os acordos coletivos de trabalho. O inciso VI do art. 8.° da mesma norma estatuiu a obrigatoriedade da participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho. Pode-se dizer, também, que até mesmo a participação nos lucros e na gestão da empresa são formas de flexibilização laboral, de maneira que o empregado possa participar democraticamente na gestão da empresa e em seus resultados positivos (art. 7.°, XI, da Lei Ápice), sendo que a participação em relação aos lucros pode ser feita por convenção ou acordo coletivo (art. 621 da CLT).

Como vemos, há uma flexibilização de certas regras do Direito do Trabalho que só pode ser realizada com a participação do sindicato, podendo tanto ser instituídas condições de trabalho in mellius (redução da jornada) ou in pejus, para pior, como no aumento da jornada nos turnos ininterruptos de revezamento ou na redução de salários.

13.2 Compensação de horário

Antes da Constituição atual os homens faziam a compensação de horários de trabalho mediante acordo individual, às vezes inserido no próprio contrato de trabalho (§ 2.° do art. 59 da CLT). As mulheres somente poderiam fazer a compensação da jornada de trabalho mediante convenção ou acordo coletivo de trabalho (art. 374 da CLT, que foi revogado pela Lei n.° 7.855/89). O Enunciado 108 do TST deixava claro que "a compensação de horário semanal deve ser ajustada por acordo escrito, não necessariamente em acordo coletivo ou convenção coletiva, exceto quanto ao trabalho da mulher".

Como se observa, a ressalva que se fazia era apenas quanto à compensação de horários da mulher, que deveria ser feita necessariamente por convenção ou acordo coletivo de trabalho.

O inciso XIII do art. 7.° da Constituição trouxe dúvida se o acordo nele contido é individual ou coletivo. Sua redação é a seguinte: "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 interpretação sistemática leva o intérprete a entender que se trata de acordo individual.

O inciso VI do art. 7.° da Constituição dispõe sobre irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo. Nota-se que aqui é expressa a menção ao acordo coletivo.

Usa o inciso XIV do art. 7.° da Lei Magna um sinônimo para permitir a jornada superior a seis horas nos turnos ininterruptos de revezamento: "negociação coletiva", que importa em convenção ou acordo coletivo.

Reconhece o inciso XXVI do art. 7.° da Lei Maior as convenções e os acordos coletivos.

Por essa interpretação, se o constituinte usou a expressão "acordo ou convenção coletiva", é sinal que queria que o acordo fosse individual. Do contrário, usaria a frase invertida: "convenção ou acordo coletivo", em que o acordo seria necessariamente coletivo.

A interpretação gramatical do inciso XIII do art. 7.° da Constituição não é pacífica entre os especialistas, havendo posições em um sentido e em outro.

Entendo que o adjetivo coletiva, qualificando o substantivo convenção, diz respeito tanto à convenção como ao acordo, até mesmo em razão da conjunção ou empregada no texto, que mostra a alternatividade tanto da convenção como do acordo serem coletivos. A palavra coletiva deve concordar com a palavra imediatamente anterior, que é feminina, mas aquela se refere também ao acordo. Por esse raciocínio, o acordo deve ser coletivo e não individual.

O filólogo Celso Cunha (1970:130), que fez a revisão gramatical da Constituição, entende que a última palavra numa frase deve concordar com a anterior, se esta for feminina. São seus os exemplos: "Comprei uma gravata e um chapéu escuro", "Estudo o idioma e a literatura portuguesa." No mesmo sentido, a lição de Napoleão Mendes de Almeida (1967:413): "Coragem e disciplina digna de granadeiros." Sá Nunes (1938:237) mostra o mesmo tipo de exemplo: "Foi o pobre homem ao convite no dia e hora assinada." A. M. de Souza e Silva (1958:24) emprega exemplo semelhante: "O exército e a marinha brasileira." Rodrigues Lapa (1984:228) indica os seguintes exemplos: "Isso requer estudo e paciência demorada;" "O estudo e a profissão monástica."

Na verdade, o que o constituinte pretendeu foi apresentar sinônimos para as mesmas expressões. Por isso usou a expressão "acordo ou convenção coletiva" no inciso XIII do art. 7.°, "negociação coletiva" no inciso XIV do art. 7.°, "convenção e acordo coletivo" no inciso VI do art. 7.° e "convenção e acordo coletivo", no inciso XXVI do mesmo artigo. O objetivo do constituinte foi de não ser repetitivo, não empregando expressões repetidas, adotando variações ou sinônimos.

Fazendo a interpretação das palavras empregadas na CLT, verificamos que o legislador ordinário usa a expressão acordo escrito para designar o acordo individual feito pelo empregado para prorrogação da jornada de trabalho, como se observa do art. 59 da CLT. O próprio Enunciado 108 do TST fez também essa distinção para a compensação de horários de trabalho, usando a expressão acordo escrito para o acordo individual e acordo coletivo ou convenção coletiva para a norma coletiva, sendo estas últimas as formas de compensação do horário de trabalho da mulher. Com base nessa orientação, já seria possível dizer que o constituinte, ao falar em acordo, quis se referir a acordo coletivo e não a acordo escrito ou individual, até mesmo para prestigiar a participação dos sindicatos nas negociações coletivas (art. 8.°, VI, da Constituição).

Se o empregado pactuar, mediante acordo individual com o empregador, a compensação do horário de trabalho, terá o segundo de pagar como extras as horas trabalhadas além da oitava diária, pois a compensação de horários, a partir de 5-10-88, somente pode ser feita por acordo coletivo ou por convenção coletiva de trabalho, nunca por acordo individual.

Pág. 450

O § 2.° do art. 59 da CLT mencionava que poderia ser feita a compensação mediante acordo ou contrato coletivo, desde que não houvesse excedimento do horário normal da semana, nem fosse ultrapassado o limite máximo de 10 horas diárias. Era a redação original da CLT, de 1943. O contrato coletivo a que se referia a lei era a convenção ou acordo coletivo, conforme nova nomenclatura determinada pelo Decreto-lei n.° 229/67. Pela antiga redação do preceito citado, não poderia ser excedido o limite semanal de 44 horas para efeito de

compensação. Assim, não poderia ser feita a compensação de horas no mês ou no ano.

A Lei n.° 9.601 deu nova redação ao § 2.° do art. 59 da CLT, dispondo que o acordo de compensação seria feito por acordo ou convenção coletiva, sendo que o período de compensação não poderia exceder a 120 dias.

A nova redação ao § 2.° do art. 59 da CLT dispõe que o acordo de compensação será celebrado em acordo ou convenção coletiva e o período será de um ano.

Se a Constituição for interpretada no sentido de que cabe à norma coletiva estabelecer o limite da compensação, será inconstitucional a determinação do § 2.° do art. 59 da CLT.

O regime de compensação de horas poderá ser usado por empresas que têm acréscimo de produção sazonal ou para ciclos conjunturais. Nesses casos, a contratação e a dispensa do trabalhador eram mais onerosas para a empresa. Esta investia em treinamento da mão-de-obra e logo em seguida era obrigada a dispensar o empregado em razão da sazonalidade ou da conjuntura econômica. Agora, há uma possibilidade de melhor adequar a produção com o sistema de compensação em um ano, porém o empregador poderá melhor distribuir as horas trabalhadas no referido período, seja aumentando ou diminuindo a jornada quando necessário.

O período de um ano será contado a partir da data em que entrar em vigor o acordo ou a convenção coletiva que estabelecer o regime de compensação.

O limite máximo de horas a serem prestadas por dia não poderá ser superior a duas, totalizando 10 horas diárias. Essa previsão já existia na antiga redação do § 2.° do art. 59 da CLT. As horas excedentes de oito diárias não serão remuneradas com adicional, no caso do acordo de compensação. Assim, será possível trabalhar uma ou duas horas a mais por dia. Será vedado, porém, o trabalho em mais de 10 horas por dia para efeito de compensação de horas. Assim, haverá apenas o trabalho de duas horas a mais por dia, tomando-se por base o limite de oito horas diárias. O excedente de 10 horas deverá ser remunerado como hora extra, com o respectivo adicional, além de a empresa incorrer em multa administrativa.

Para empregados que trabalhem menos de oito horas por dia, o limite também será de duas horas. Exemplo: médico trabalhar seis horas por dia, pois tem jornada de quatro horas; mineiro prestar serviços por oito horas, quando tem jornada de seis horas; jornalista prestar serviços por sete horas, em razão de que sua jornada é de cinco horas. Tudo isso objetiva a compensação da jornada de trabalho.

Utiliza, ainda, o § 2.° do art. 59 da CLT de termo incorreto, ao usar a expressão jornada semanal, pois a jornada é o que ocorre diariamente. O mais correto seria falar em módulo semanal, duração semanal do trabalho ou regime semanal do trabalho.

Dispõe a nova redação do § 2.° do art. 59 da CLT que no período de um ano não pode ser ultrapassado o limite máximo de 10 horas diárias e a soma das jornadas semanais de trabalho previstas. A lei não faz referência a 44 horas semanais, mas "à soma das jornadas semanais previstas". A palavra prevista poderia referir-se tanto ao módulo semanal legal previsto para certos trabalhadores: 44 horas, em geral; 36 horas, para mineiros (art. 293 da CLT) e telefonistas. Também poderia dizer respeito à previsão em acordo ou convenção coletiva, pois a palavra previstas seria referente ao que está na oração, isto é, o acordo e a convenção coletiva. Parece que essa soma deverá ser prevista no acordo ou convenção coletiva, isto é, na negociação coletiva que for feita para se estabelecer o sistema de compensação. Poderão esses módulos semanais ser de

44 horas ou menos, mas parece que também poderão ser superiores, como de 10 horas por dia em cinco ou seis dias por semana.

As empresas que fazem compensação da jornada de trabalho deverão observar o prazo de um ano, pois na redação anterior da CLT não havia esse limite. É o que ocorre com os empregados que trabalham uma hora a mais por dia para não prestar serviços nos sábados. Nesses casos, as empresas terão de observar o prazo de um ano, devendo modificar a forma de compensação até então existente. Assim, se for excedido o limite de um ano e a compensação continuar a ser feita, deverá haver pagamento de horas extras com adicional.

O Enunciado 85 do TST mostra o entendimento de que "o não-atendimento das exigências legais para adoção do regime de compensação de horário semanal não implica a repetição do pagamento das horas excedentes, sendo devido, apenas, o adicional respectivo".

Entendemos que deixa de prevalecer a orientação do Enunciado 85 do TST, pois o trabalho além da oitava hora diária "e" 44 semanais será considerado como extra, a não ser que seja feito acordo ou convenção coletiva para a compensação do horário de trabalho. Tal verbete tipifica situação injusta para o empregado que presta serviços extraordinários e recebe apenas o adicional, quando na verdade todas as horas excedentes de oito diárias e 44 semanais já são consideradas como extras, sendo que o empregado foi contratado para trabalhar apenas dentro dos limites mencionados. Argumenta Francisco Antonio de Oliveira (1993:213) que o referido verbete deve "ser repensado, de forma que o não-atendimento da exigência de acordo escrito redunde no pagamento de horas extras que excederem à jornada normal naqueles dias, como o respectivo adicional".

A partir de 5-10-88, todas as horas excedentes à oitava hora são extras, sendo devidas as horas extras e o adicional (art. 7.°, XIII e XVI, da Constituição).

Assim, todas as horas trabalhadas além de oito horas, na inexistência de acordo de compensação, deverão ser pagas como extras, acrescidas do respectivo adicional, deixando de prevalecer a orientação do Enunciado 85 do TST, uma vez que a jornada diária de trabalho foi excedida. O adicional será de no mínimo 50% (art. 7.°, XVI, da Constituição), podendo ser superior se previsto em norma coletiva.

Não é válido o acordo individual que as empresas continuam trazendo em juízo, sendo que nesse caso as horas trabalhadas além da oitava diária serão consideradas como extras.

As disposições dos parágrafos do art. 59 da CLT não se aplicam ao rural, nem ao doméstico. A CLT não se observa ao rural (art. 7.°, b), salvo quando houver expressa determinação em sentido contrário. O Decreto n.° 73.626/74, que regulamenta a Lei n.° 5.889/73, não faz referência à observância do art. 59 da CLT (art. 4.°). O doméstico não tem jornada de trabalho, nem faz jus a horas extras, pois não se lhe aplicam os incisos XIII e XVI do art. 7.° da Constituição. A CLT também não se observa ao doméstico (art. 7.°, a).

Havendo trabalho superior à jornada normal, de modo a compensar o trabalho não realizado no sábado, e se o sábado for feriado, deve o empregador pagar como extras as horas suplementares trabalhadas com o adicional de 50%, e não pagamento em dobro, pois não há trabalho no feriado. Poderá a empresa redistribuir as horas da semana referentes ao feriado ocorrido no sábado. Se o feriado recair na segunda ou sexta-feira, poderá o empregador exigir compensação complementar de modo a compensar o trabalho a menor na semana, por causa do feriado.

É válido acordo coletivo ou convenção coletiva para estabelecer na empresa o regime de compensação de 12 horas de trabalho por 36 de descanso, que é muito utilizado na área hospitalar, sendo até de preferência dos próprios

funcionários. Não serão extras, no caso, as horas trabalhadas além da oitava diária. Será vedado, contudo, estabelecer o regime por acordo individual. Agora, segundo a determinação do § 2.° do art. 59 da CLT, a compensação deverá ficar restrita ao período de um ano.

Se o empregado trabalha em horas extras no sábado, deixa de existir o acordo de compensação, pois a compensação visa a que o empregado não trabalhe no sábado. Se há trabalho neste dia, deixa de haver acordo de compensação. Devem, portanto, ser pagas como extras as supostas horas trabalhadas para efeito de compensação.

Caso a rescisão do contrato de trabalho ocorra antes que exista a compensação integral da jornada extraordinária, fará o trabalhador jus ao pagamento das horas extras não compensadas, calculadas sobre o valor da remuneração na data da rescisão. Isso revela que o cálculo não será feito de acordo com o valor do salário na data em que foram prestadas as horas extras, de acordo com sua média, mas com base no número de horas extras não compensadas multiplicado pelo valor da remuneração na data da rescisão do pacto laboral. O cálculo será feito com base no valor da remuneração (§ 3.° do art. 59 da CLT), que compreende o salário mais as gorjetas (art. 457 da CLT) e não com base na hora normal, como indica o § 1.°, do art. 59 da CLT para horas extras. O TST entende que o cálculo é feito com base na globalidade salarial, isto é, hora normal, integrado por parcelas de natureza salarial e acrescido do adicional previsto em lei, contrato, acordo, convenção coletiva ou sentença normativa (En. 264 do TST).

Sendo a remuneração variável, como integrada de comissões ou gorjetas, deve-se apurar a média dos últimos 12 meses ou dos meses de trabalho, se o empregado tiver menos de um ano de casa. A norma coletiva poderia também prever a forma do cálculo das horas extras, indicando o período a ser considerado.

Mesmo que o empregado seja dispensado com justa causa, haja rescisão indireta ou peça demissão, deverá o empregador pagar as horas extras que não obedecerão ao sistema de compensação. A causa de cessação do contrato de trabalho não irá influenciar o referido pagamento, mas se foi ou não cumprida a compensação estipulada.

A compensação de horas não poderá ser feita em relação ao empregado doméstico, pois este não tem jornada de trabalho, não se lhe aplicando o inciso XIII do art. 7.° da Constituição, em razão de que o parágrafo único do mesmo artigo a ele não faz referência. A CLT também não se aplica ao doméstico, como se verifica da alínea a do art. 7.° da norma consolidada.

13.3 Ajuste tácito

Na jurisprudência, há quem entenda que o ajuste para a compensação de horas pode ser tácito. Se é feita a compensação por longo tempo sem que haja oposição do trabalhador, estaria configurado o ajuste tácito.

Depreende-se do art. 59 da CLT que o acordo para prorrogação ou compensação de horas deve ser escrito e não tácito, visando inclusive evitar fraudes. Tanto um caso como outro implicam a necessidade de elastecimento da jornada, que depende, portanto, de acordo escrito para ser prorrogada. O próprio § 1.° do art. 59 da CLT dispõe que do acordo deverá haver a fixação do porcentual de horas extras, devendo, portanto, ser indicado por escrito, sob pena de não se saber qual o porcentual fixado.

14. REDUÇÃO DA JORNADA

O inciso XIII do art. 7.° da Constituição permite a redução da jornada mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho, não mediante acordo individual. A redução dos salários também é lícita, pois o inciso VI do art. 7.° da mesma norma assegura a redução por meio de acordo ou convenção coletiva de trabalho. O art. 503 da CLT, que tratava da redução de salários em casos de força maior, foi revogado pela Lei Maior, que só permite a redução da remuneração por intermédio de negociação coletiva.

A Lei n.° 4.923, de 23-12-65, que permite a redução da jornada ou do número de dias de trabalho em casos de crise econômica devidamente comprovada, continua, porém, em vigor, pois esta norma já dizia que a redução deveria ser feita mediante acordo com a entidade sindical. O prazo da redução não será de até três meses, nem o salário poderá ser reduzido em até 25%, respeitado o salário mínimo, pois o inciso XIII do art. 7.° da Constituição não faz limitações.

15. NECESSIDADE IMPERIOSA

Permite-se a prorrogação da jornada normal de trabalho ocorrendo necessidade imperiosa. Esta pode ser entendida como a decorrente de força maior, para atendimento de serviços inadiáveis ou cuja inexecução possa acarretar prejuízo manifesto (art. 61 da CLT).

15.1 Força maior

O art. 61 da CLT permite que em casos de força maior a jornada seja prorrogada além do limite legal ou contratual. Não há necessidade de previsão contratual ou de acordo ou convenção coletiva para a citada prorrogação.

O art. 501 da CLT conceitua força maior como o acontecimento inevitável, imprevisível, para o qual o empregador não deu causa, direta ou indiretamente, como ocorre em casos de incêndio, inundação, terremoto, furacão etc.

Em casos de força maior, a lei não determina quanto seria o máximo da jornada de trabalho do trabalhador, o que leva a crer que não há limite. O empregador deverá fazer a comunicação da prorrogação à DRT no prazo de 10 dias (§ 1.° do art. 61 da CLT). Haverá necessidade de pagamento de adicional de horas extras, por se tratar de horas suplementares, sendo que a Constituição não faz qualquer distinção quanto a este aspecto. O adicional será de 50% (art. 7.°, XVI). Nesse ponto não mais prevalece a primeira parte do § 2.° do art. 61 da CLT, que dizia que a remuneração não será inferior à da hora normal, o que mostrava que não havia adicional de horas extras.

O menor poderá fazer horas extras em casos de força maior, até o limite máximo de 12 horas, desde que seu trabalho seja imprescindível ao funcionamento do estabelecimento, mediante o pagamento do adicional de 50% (art. 413, II, e art. 7.°, XVI, da CF). A prorrogação da jornada do menor deverá ser comunicada à autoridade competente em 48 horas (parágrafo único do art. 413 c/c parágrafo único do art. 376 da CLT).

15.2 Serviços inadiáveis

Serviços inadiáveis são aqueles que não podem ser terminados durante a própria jornada de trabalho. Como exemplo temos o trabalho com produtos perecíveis, que devem ser acondicionados em refrigeradores e que não podem ser interrompidos, sob pena da deterioração do produto.

Não há necessidade de acordo individual ou acordo ou convenção coletiva para a prorrogação. Haverá, porém, necessidade de pagamento de adicional de 50%

e o limite máximo da jornada não poderá ser superior a 12 horas (§ 2.° do art. 61 da CLT).

O menor não poderá prorrogar sua jornada no caso presente, pois o art. 413 da CLT só fala na prorrogação em casos de força maior e para a compensação da jornada.

15.3 Recuperação de tempo em razão de paralisações

O § 3.° do art. 61 da CLT mostra a possibilidade da prorrogação da jornada em virtude de interrupção do trabalho da empresa como um todo, resultante de causas acidentais, ou de força maior, que determinem a impossibilidade da realização do serviço.

A prorrogação será de no máximo 2 horas, durante o número de dias indispensáveis à recuperação do tempo perdido, desde que não sejam excedidas 10 horas diárias, em período não superior a 45 dias por ano. Há necessidade de prévia autorização da DRT. Assim, o empregado fará no máximo 90 horas por ano, isto é, duas por dia e até 45 dias por ano.

O empregado deverá receber as horas trabalhadas além da jornada normal como extras, pois se trata de tempo à disposição do empregador (art. 4.° da CLT), além do que o empregador é que deve assumir os riscos da atividade econômica decorrentes da paralisação (art. 2.° da CLT). A Constituição também não faz distinção quanto às horas extras para a recuperação em razão de paralisações, pois não deixam de ser horas suplementares, revelando, assim, que haverá pagamento de adicional de horas extras, que será de 50%.

16. TURNOS ININTERRUPTOS DE REVEZAMENTO

16.1 Histórico

O inciso XIV do art. 7.° da Constituição teve origem histórica na Lei n.° 5.811/72, que trata do 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, que prestavam serviços em regime de turnos de revezamento. Pretendeu o constituinte acabar com esse sistema, que se tinha generalizado para outras atividades, estabelecendo jornada de seis horas.

Houve várias redações antes de chegarmos à atual do mandamento em comentário. Na Subcomissão dos Direitos dos Trabalhadores, a redação do dispositivo em análise era "jornada diária de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento". Na Comissão da Ordem Social, foi utilizada a expressão "jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento". Na Comissão de Sistematização, verificava-se a "jornada máxima de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento". Emenda aditiva pretendia incluir a expressão "conforme convenção ou acordo coletivo", prevalecendo ao final a expressão "salvo negociação coletiva", como forma de flexibilizar a aplicação dos turnos ininterruptos de revezamento e se estabelecer jornada superior a seis horas. Por isso, retirou-se a palavra "máxima", que se referia ao limite da jornada, mediante acordo entre representantes de empregados e empregadores, de modo a que por meio de negociação das partes pudesse ser estabelecida jornada superior a seis horas. Ficou o inciso XIV do art. 7.° da Constituição assim redigido: "jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva".

16.2 Objetivo

Pretendeu o constituinte, com o inciso XIV do art. 7.° da Constituição, conceder uma jornada de trabalho menor àqueles trabalhadores que prestavam serviços em plataformas de petróleo ou em siderúrgicas, que um dia trabalhavam pela manhã, noutro à tarde e no seguinte à noite, como das 6 às 14h, das 14 às 22h ou das 22 às 6 horas.

Pág. 456

Sabe-se que esse trabalho é muito desgastante para o empregado, pois o ritmo circadiano, correspondente ao relógio biológico do ser humano, que controla variações de temperatura, segregação de hormônios, digestão, sono, é alterado constantemente, tratando-se, portanto, de um trabalho penoso. Assim, o intuito foi o de diminuir a jornada para o trabalho realizado nos referidos turnos, pelo maior desgaste que causa ao empregado, e não o de favorecer a atividade produtiva do empregador. A exceção foi a negociação coletiva, em que poderia ser estabelecida jornada superior a seis horas diárias.

Pode-se afirmar que o inciso XIV do art. 7.° da Constituição revogou, por incompatibilidade, as jornadas de 8 e 12 horas previstas no § 1.° do art. 2.° e no art. 3.° da Lei n.° 5.811/72, que passaram a ser de 6 horas, pois o objetivo do constituinte foi acabar com o trabalho superior a seis horas, que se tinha generalizado em outras atividades empresariais, como na indústria siderúrgica, nos hospitais etc.

Entrou em vigor o preceito constitucional em comentário em 5 de outubro de 1988, não sendo necessária lei complementar para sua explicitação.

16.3 Conceito

Turno é palavra de origem espanhola que significa turma de trabalho, que não se confunde com jornada ou horário ininterrupto.

O trabalho por turno é aquele em que grupos de trabalhadores se sucedem nas mesmas máquinas do empregador, cumprindo horários que permitam o funcionamento ininterrupto da empresa. O substantivo "turno" refere-se, portanto, às divisões dos horários de trabalho, dizendo respeito ao trabalhador, ao que este faz, tendo em vista a onerosidade do trabalho desenvolvido pelo obreiro, inclusive por questões higiênicas, e o fato de o trabalho em turnos ser prejudicial à saúde do empregado, principalmente porque em uma semana labora pela manhã, noutra à tarde e na seguinte à noite. O operário fica privado do contato familiar, de hábitos alimentares, do repouso à noite, do contato com a sociedade e até de poder continuar sua educação ou aprimorá-la.

De acordo com alguns preceitos da CLT, já se nota que "turno" vem a ser a divisão dos horários de trabalho, como se observa do art. 245, que se refere ao ferroviário, e do art. 412, que trata do trabalho do menor.

O fato de um único empregado trabalhar em turnos de revezamento ou alguns empregados, como os vigias, não descaracteriza a jornada de seis horas, pois a palavra "turno" diz respeito ao empregado que presta serviços nessa condição, e não à empresa. O turno não se confunde, porém, com a jornada, porque esta corresponde à duração normal do trabalho diário, e turno se refere à divisão da jornada.

O substantivo "revezamento" trata dos trabalhadores escalados para prestar serviços em diferentes períodos de trabalho (manhã, tarde ou noite), em forma de rodízio. É a troca de posição dos trabalhadores, a substituição de um empregado por outro no posto de trabalho. Os trabalhadores têm diferentes horários de trabalho e trabalham em diferentes dias da semana.

Pág. 457

A CLT, em alguns artigos, trata de revezamento, como no parágrafo único do art. 67, que se refere à escala de revezamento mensalmente organizada, para os serviços que exijam trabalho aos domingos; no art. 73, que versa sobre trabalho noturno, especificando o trabalho noturno em revezamento semanal ou quinzenal; no art. 386, quando trata do trabalho da mulher aos domingos, em que deve ser organizada uma escala de revezamento quinzenal, que favoreça o repouso dominical. Geralmente, o revezamento é feito por turmas ou por equipes, mas nada impede que seja feito por um ou alguns trabalhadores, como ocorre com os vigias.

Esclarece Amauri Mascaro Nascimento (1989:174) que "por ininterrupto entende-se o sistema contínuo, habitual, seguido, de trabalho em turnos. Não será ininterrupto o trabalho em duas turmas diurnas, paralisado durante a noite, no qual o estabelecimento fica fechado. Nesse caso, a jornada diária observará a mesma regra geral de oito horas".

Seria o caso de o empregado trabalhar das 6 às 14 horas e das 14 às 22 horas, não prestando serviços das 22 às 6 horas, embora a empresa trabalhe ou não nesse último horário. Inexiste, no caso, turno ininterrupto, pois o turno foi interrompido, faltando o trabalho no último horário, que seria o noturno.

O adjetivo "ininterrupto" refere-se, portanto, ao turno, e não ao revezamento, pois ininterrupto está qualificando o substantivo "turno". A ininterruptividade vai dizer respeito à forma como a empresa opera, no sentido de que uma turma termina a jornada e imediatamente é substituída por outra, e também de o trabalhador prestar serviços, por exemplo, nos três horários anteriormente mencionados.

Por turno ininterrupto de revezamento deve-se entender o trabalho realizado pelos empregados que se sucedem no posto de serviço, na utilização dos equipamentos, de maneira escalonada, para períodos distintos de trabalho. O legislador constituinte referiu-se, porém, a turnos ininterruptos de revezamento e não a jornadas ininterruptas de revezamento. Se a jornada fosse ininterrupta não haveria necessidade de interrompê-la para a concessão de intervalo. O objetivo do constituinte foi reduzir a jornada nos turnos ininterruptos de revezamento para seis horas; caso contrário, não teria sentido manter a jornada normal em oito horas (art. 7.°, XIII), pois, se já havia a obrigatoriedade do intervalo na jornada, não haveria necessidade de se reduzir a jornada para seis horas. Trata-se, portanto, de uma garantia do empregado e não do empregador. Irrelevante o fato de a atividade empresarial ser interrompida; o que importa é a atividade do trabalhador, se é ou não interrompida, mas não pelo intervalo para refeição, como veremos adiante.

16.4 Aplicação

Os turnos ininterruptos de revezamento aplicam-se a qualquer tipo de atividade ou profissão, como nas siderúrgicas, empresas que exploram atividades petrolíferas, vigias ou vigilantes, porteiros, hospitais. O direito à jornada de seis horas pertence ao trabalhador urbano e rural, além do avulso, que tem igualdade de direitos com os demais trabalhadores (art. 7.°, XXXIV, da Lei Maior).

16.5 Concessão de intervalo

Não se pode dizer que, havendo intervalo para refeição, não se aplica o turno de seis horas. O intervalo para refeição não vai descaracterizar o turno assim como o repouso semanal também não o desqualificaria (art. 7.°, XV, da CF), por serem direitos do trabalhador, visto que a Lei Maior apenas estabelece direitos mínimos, cabendo ao legislador ordinário complementá-los. O intervalo

intrajornada é, porém, norma de ordem pública, tendo que ser concedido em todo trabalho superior a quatro horas (§ 1.° do art. 71 da CLT). Não há incompatibilidade entre este preceito consolidado e o inciso XIV do art. 7.° da Lei Magna. Ressalte-se que o intervalo para refeição, inclusive, não é computado na duração do trabalho, como se observa do § 2.° do art. 71 da CLT, o que evidencia que o turno, mesmo com intervalo, tem a mesma duração. Mesmo o art. 245 da CLT, ao tratar de turnos dos ferroviários, reza sobre interrupção de pelo menos uma hora para repouso. O intervalo constitui, inclusive, hipótese de necessidade fisiológica do trabalhador, vindo a ser uma norma de higiene do trabalho. O empregado precisa parar para fazer intervalo. Não pode trabalhar oito horas sem qualquer intervalo, principalmente para fazer refeição ou descansar. O uso do intervalo para poder interromper o turno poderia dar ensejo a fraude, justamente para descaracterizar o turno ininterrupto de revezamento. A ininterruptividade diz respeito à operacionalização da empresa, ao revezamento, à alternância de turnos, e não ao intervalo para repouso ou alimentação concedido na jornada de trabalho; caso contrário, também se entenderia que, se a empresa concede o intervalo de 11 horas entre um turno e outro (intervalo interjornadas), também estaria descaracterizado o turno. Ininterrupta deve ser considerada a alternância do trabalho, e não o turno. Logo, o inciso XIV do art. 7.° da Constituição não revogou o art. 71 da CLT, no que diz respeito à concessão de intervalos.

Fazendo-se um paralelo com a Lei n.° 5.811/72, verifica-se que esta também prevê alimentação gratuita no posto de trabalho, durante o turno em que o empregado estiver de serviço (art. 3.°, III). O empregado, mesmo tendo alimentação fornecida pela empresa, conforme preconiza a mencionada norma, pára de trabalhar quando faz as refeições. Então, nesse caso, também estaria descaracterizado o turno ininterrupto de revezamento, pois estaria interrompido o turno quando o empregado estivesse se alimentando. Todavia, não é de se adotar tal argumentação, pois o intuito do legislador constituinte, com o inciso XIV do art. 7.° da Lei Maior, foi de acabar com os turnos ininterruptos de revezamento, tais como os realizados em empresas siderúrgicas e os previstos na Lei n.° 5.811/72, que são notoriamente prejudiciais à saúde do trabalhador. Caso o empregador entenda de manter o turno ininterrupto de revezamento, terá que conceder jornada de seis horas, sendo devidas como extras as horas trabalhadas além do referido horário. Há, ainda, uma exceção, que é a negociação coletiva, permitindo-se, nesta, que seja estabelecida jornada superior a seis horas; porém, haverá a necessária participação dos sindicatos dos empregados (art. 8.°, VI, da CF) nas conversações.

O TST já entendeu que a concessão do intervalo no turno ininterrupto de revezamento não o descaracteriza (En. 360).

16.6 Folgas

Dizer que, se a empresa não trabalha aos domingos ou, o empregado tem folga nesse dia, haveria a desconfiguração do turno ininterrupto de revezamento é uma afirmação falaciosa, pois "a circunstância de uma empresa trabalhar ininterruptamente - de segunda-feira a sábado e cessar suas atividades completamente no domingo - não retira do campo de incidência da disposição em comentário" (Saad, 1989:126), até porque é um direito assegurado pelo inciso XV do art. 7.° da Constituição, que consagra o "repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos". O fato de a empresa conceder folga no domingo ou em outros dias, de maneira a compensar a folga que foi trabalhada, não vai descaracterizar o turno ininterrupto de revezamento, pois pode ser decorrente de circunstâncias técnicas da empresa, da própria produção, além de atender a preceito constitucional e legal.

Prestando serviços o empregado no sistema 12 x 36 (hospitais, por exemplo), haverá o turno ininterrupto se existir o revezamento em horários diversos, de modo a não interromper a atividade da empresa. O mesmo pode-se dizer se o trabalho é realizado no sistema 24 x 24 ou 12 x 24, ou até em número de dias maiores, em que existirá o turno ininterrupto de revezamento desde que haja o revezamento e a ininterruptividade. O fato de haver folga no sábado e no domingo também não irá descaracterizar o turno se o empregado prestar serviços no sistema ininterrupto de revezamento feito semanalmente ou quinzenalmente, pois continuará havendo a agressão ao relógio biológico do trabalhador. O TST já decidiu da mesma forma (En. 360).

Caso não se entendesse da forma acima mencionada, bastaria ao empregador conceder um intervalo de 15 minutos a duas horas ou a folga em dia fixo, suspendendo ou não a atividade produtiva, para que fosse descaracterizado o turno ininterrupto de revezamento, o que daria ensejo a fraudes, que não é, com certeza, o objetivo do legislador.

16.7 Fixação do turno

Entendemos ser lícito ao empregador fixar o turno de trabalho do empregado de modo que ele não mais seja ininterrupto, pois se encontra dentro do poder de direção do empregador e do jus variandi. A fixação do turno importa, inclusive, numa condição mais benéfica ao trabalhador, que não tem de prestar serviços uma semana pela manhã, noutra à tarde e na seguinte à noite, propiciando-lhe melhores condições biológicas e físicas de trabalho. Inexiste violação ao art. 468 da CLT ou ao inciso XXXVI do art. 5.° da Constituição, pois não se trata de direito adquirido do empregado, nem de alteração ilícita do contrato de trabalho, de modo a causar prejuízo ao obreiro. O próprio TST admite a transferência para o período diurno do empregado que trabalhava à noite, perdendo este o direito ao adicional noturno (En. 265), justamente por se tratar de uma situação mais favorável à saúde do trabalhador. Nada impede, portanto, a fixação do turno para que o operário não mais preste serviços em regime de revezamento.

Trabalhando, portanto, o empregado em turno fixo ou fixado pelo empregador, sempre de dia ou sempre de noite, no mesmo horário, sem revezamento, não faz jus à jornada de seis horas.

16.8 Remuneração

Pensamos que, caracterizado o turno e o empregado trabalhando mais de seis horas, terá direito às horas extras e ao adicional respectivo a partir da 7.ª hora diária, pois a partir desta não foi remunerado seu trabalho, já que era obrigado a cumprir apenas seis horas. A jornada normal é de seis horas, e o que for trabalhado além de seis horas será anormal ou extraordinário, devendo ser pagas as horas extras e o adicional, pois o inciso XVI do art. 7.° da Lei Maior não faz qualquer distinção. Logo, deixa de prevalecer a orientação do En. 85 do TST, que mandava pagar apenas o adicional de horas extras.

Quando o empregado é horista, só é pago o adicional, pois o trabalhador ganha por hora.

O empregador também deverá obedecer à orientação do En. 110 do TST, que esclarece que, "no regime de revezamento, as horas trabalhadas em seguida ao repouso semanal de 24 horas, com prejuízo do intervalo mínimo de 11 horas, consecutivas para descanso entre jornadas, devem ser remuneradas como extraordinárias, inclusive com o respectivo adicional".

Mesmo nos turnos ininterruptos de revezamento o empregado terá direito ao adicional noturno e à hora noturna reduzida, caso preste serviços das 22 às 5 horas.

17. HORAS IN ITINERE

Mostra o Enunciado 90 do TST que "o tempo despendido pelo empregado, em condução fornecida pelo empregador, até o local de trabalho de difícil acesso ou não servido por transporte regular público, e para o seu retorno, é computável na jornada de trabalho". O Precedente da SDC n.° 114 dá a mesma orientação. O requisito básico aqui é a condução ser fornecida pelo empregador; caso não o seja, não haverá o cômputo como horas in itinere.

O Enunciado 90 do TST não dispõe que são horas in itinere o tempo em que o empregado permanece aguardando condução fornecida pelo empregador, sendo indevidas horas extras nesse sentido.

Se existe transporte público, mas ele é insuficiente, não há direito a pagamento de horas in itinere (En. 324 do TST).

Havendo, porém, transporte particular em parte do percurso em que a empresa fornece condução, não seria admissível determinar que o empregador pagasse as horas in itinere, pois caso contrário deixaria de fornecer a condução, visto que teria dois ônus: fornecer a condução e ainda pagar horas extras. É por esse motivo que "havendo 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" (En. 325 do TST).

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 (En. 320 do TST). No caso, o que ocorre com a cobrança do transporte é que este não é considerado salário in natura, por ser oneroso e não gratuito, mas para efeito das horas in itinere não há qualquer influência, pois o que importa é ser fornecido transporte pelo empregador para local de difícil acesso ou não servido por transporte regular.

Há entendimento de que a jornada in itinere também pode ser negociada com o sindicato, mediante acordo ou convenção coletiva (art. 7.°, XIII, da CF), pois há concessões mútuas visando vantagens recíprocas, inclusive para obtenção de novas condições de trabalho, como se a empresa fornecesse transporte gratuito em troca de não se exigir a hora in intinere. O acordo será um ato jurídico perfeito que poderá ser oposto à pretensão do empregado, principalmente porque a orientação do Enunciado 90 do TST não tem previsão em lei.

18. SOBREAVISO, PRONTIDÃO E BIP

O art. 244 da CLT, que trata do ferroviário, prevê que as estradas de ferro poderão ter empregados extranumerários, de sobreaviso e de prontidão, para executarem serviços imprevistos ou para substituições de outros empregados que faltem à escala organizada.

O sistema estabelecido pelo art. 244 da CLT se justifica para que o empregador tenha pessoal na reserva para qualquer imprevisto, pois trata-se de transporte coletivo. O pessoal de reserva é classificado em extranumerários, empregados em "sobreaviso" e em "prontidão".

O § 2.° do art. 244 da CLT considera 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 24 horas. As horas de

"sobreaviso", para todos os efeitos, serão contadas à razão de 1/3 do salário normal.

O sobreaviso caracteriza-se pelo fato de o empregado ficar em sua casa (e não em outro local) aguardando ser chamado para o serviço. Permanece em estado de expectativa durante seu descanso, aguardando ser chamado a qualquer momento. Não tem o empregado condições de assumir compromissos, pois pode ser chamado de imediato, comprometendo até seus afazeres familiares, pessoais ou até seu lazer. Aplica-se o § 2.° do art. 244 da CLT ao ferroviário que normalmente mora em casa da empresa ferroviária, no curso da ferrovia. Por estar em casa, é que pode ser chamado a qualquer momento para assumir seu serviço, sendo prevista a hora de sobreaviso para o ferroviário. Assim, se o empregado não estiver aguardando em sua casa o chamado do empregador, a princípio não seria hora de sobreaviso. É importante que o empregado seja cientificado de que estará de sobreaviso.

Distingue-se o sobreaviso do regime de prontidão, em que o § 3.° do art. 244 da CLT considera como "prontidão" o empregado que ficar nas dependências da estrada, aguardando ordens. A escala de prontidão será, no máximo, de 12 horas. As horas de prontidão serão, para todos os efeitos, contadas à razão de 2/3 do salário-hora normal.

Nota-se, portanto, que no sobreaviso o empregado fica em casa, podendo ser chamado a qualquer momento, por isso deve ficar aguardando a comunicação do empregador. No regime de prontidão, o empregado não fica em casa, mas nas dependências da estrada de ferro, aguardando ordens, estando, portanto, à disposição do empregador (art. 4.° da CLT).

A escala de sobreaviso pode ter no máximo 24 horas, enquanto a de prontidão terá no máximo 12 horas. A remuneração do sobreaviso é de 1/3 do salário normal, enquanto a de prontidão é de 2/3 do salário-hora normal.

Em razão da evolução dos meios de comunicação, o empregado tanto pode ser chamado pelo telefone ou pelo telégrafo (como ocorria nas estradas de ferro), como também por BIP, pagers, laptop ligado à empresa, telefone celular etc. O art. 244 da CLT foi editado exclusivamente para os ferroviários, pois os últimos meios de comunicação na época ainda não existiam. O Direito do Trabalho passa, assim, a ter de enfrentar essas novas situações para considerar se o empregado está ou não à disposição do empregador, principalmente quanto à liberdade de locomoção do obreiro.

Na prática, a hora de sobreaviso, que era aplicada exclusivamente aos ferroviários, acabou sendo estendida a outros tipos de empregados.

O Enunciado 229 do TST afirma que "por aplicação analógica do art. 244, § 2.°, da Consolidação das Leis do Trabalho, as horas de sobreaviso dos Eletricitários são remuneradas à razão de 1/3 (um terço) do salário normal". Entretanto, para que o eletricitário tenha direito a sobreaviso, deve ficar em sua residência aguardando ser chamado.

Preconizam alguns que a hora de sobreaviso prevista no § 2.° do art. 244 da CLT seja aplicada não só ao ferroviário, mas por analogia aos médicos, engenheiros, motoristas etc.

O § 1.° do art. 5.° da Lei n.° 5.811/72 prevê que os empregados de empresas que explorem petróleo fiquem em regime de sobreaviso, em que o obreiro permanece à disposição do empregador por um período de 24 horas para prestar assistência aos trabalhos normais ou atender a necessidades ocasionais de operação. Em cada jornada de sobreaviso o trabalho efetivo não excederá de 12 horas. Durante o regime de sobreaviso, o empregado tem direito a alimentação gratuita, no posto de trabalho, transporte gratuito, além do repouso de 24 horas consecutivas para cada período de 24 horas de sobreaviso, remuneração adicional de 20% (hoje 50%) do respectivo salário básico, para compensar a eventualidade de trabalho noturno ou a variação de horário para repouso e alimentação (art.

6.°). Verifica-se que o sobreaviso do empregado de empresas petrolíferas é diverso do ferroviário, pois este necessariamente tem de ficar em casa, enquanto o outro não, visto que já se encontra à disposição do empregador.

Pág. 463

A remuneração do ferroviário é de 1/3 do salário normal, enquanto em relação ao outro obreiro há pagamento de hora extra com adicional.

Para o aeronauta, o sobreaviso é o período não excedente a 12 horas em que permanece em local de sua escolha, à disposição do empregador, devendo apresentar-se no aeroporto ou outro local determinado, até 90 minutos após receber comunicação para o início de nova tarefa (art. 25 da Lei n.° 7.183/84). O número de sobreavisos que o aeronauta poderá concorrer não deverá exceder a dois semanais ou oito mensais. Essa última regra não se aplica aos aeronautas de empresas de táxi-aéreo ou serviço especializado. O sobreaviso é remunerado à razão de 1/3 (art. 23).

O uso de BIP não caracteriza "sobreaviso", pois o empregado pode se locomover e, teoricamente, poderia até trabalhar para outra empresa. Não se está, com isso, restringindo a liberdade de locomoção do empregado. A liberdade de ir e vir da pessoa não fica prejudicada. Somente se o empregado permanece em sua residência, aguardando a qualquer momento o chamado para o serviço, é que há sobreaviso, pois sua liberdade está sendo controlada.

A jurisprudência da SDI do TST passou a entender, de forma reiterada, que o fato de o empregado portar BIP não caracteriza o sobreaviso. (TST E-RR 106.196/94.1 - Ac. SBDI 1 0144/96, j. 6-8-96, Rel. Min. Manoel Mendes de Freitas, in LTr 60-11/1511.)

O mesmo raciocínio anteriormente mencionado pode ser utilizado para o empregado que porta pager ou laptop ligado à empresa, pois o empregado pode locomover-se sem ter de ficar em casa esperando chamada do empregador.

Num primeiro momento, o fato de o empregador instalar aparelho telefônico na residência do empregado não quer dizer nada. O importante é que o empregado seja cientificado que o aparelho está sendo instalado em sua residência para que possa ser chamado a qualquer momento. Ficando o empregado em sua residência, aguardando a qualquer momento ser chamado, estará configurada a hora de sobreaviso, pois não pode sair ou se locomover. Entretanto, o mesmo não ocorre com o telefone celular, pois o empregado pode locomover-se, não necessitando ficar aguardando o chamado do empregador em sua residência.

A partir do momento em que o empregado atende ao chamado do empregador, fica a sua disposição, sendo considerada como jornada de trabalho, pois se trata de tempo à disposição do empregador (art. 4.° da CLT).

19. ADICIONAL DE HORAS EXTRAS

Atualmente, o adicional de horas extras é de pelo menos 50% (art. 7.°, XVI). Assim, encontram-se derrogados os preceitos da CLT ou da legislação ordinária que falem em adicional de 20 ou 25%. Nada impede, entretanto, que a legislação ordinária ou as normas coletivas estabeleçam porcentual superior, o que normalmente é feito. O adicional de horas extras do advogado é de 100% sobre a hora normal (§ 2.° do art. 20 da Lei n.° 8.906).

Pág. 464

A natureza do adicional de horas extras é de salário e não de indenização, pois representa um trabalho desenvolvido pelo empregado.

As horas extras prestadas com habitualidade integram a indenização por antiguidade (En. 24 do TST), o 13.° salário (En. 45 do TST), o FGTS (En. 63 do TST), o aviso prévio indenizado (En. 94 do TST), as gratificações semestrais

(En. 115 do TST), as férias (§ 5.° do art. 142 da CLT e En. 151 do TST) e o DSR (En. 172 do TST e art. 7.°, a e b, da Lei n.° 605/49).

20. TRABALHO NOTURNO

20.1 Horário noturno

O trabalho noturno é aquele executado no período da noite. As legislações não são unânimes em apontar o horário que se considera noturno. Na Espanha, considera-se noturno o horário das 22 às 6h00 (Estatuto de los Trabajadores, art. 34.6); na Alemanha, das 20 às 6h00; em Portugal, das 20 às 7h00; na França e na Itália, das 22 às 5h00; na Argentina, das 21 às 6h00 (Ley de Contrato de Trabajo, art. 200).

No Brasil, considera-se horário noturno para os empregados urbanos o trabalho executado entre as 22h00 de um dia e 5h00 do dia seguinte (§ 2.° do art. 73 da CLT). Para os empregados rurais, o horário noturno será das 21 às 5h00, na lavoura, e das 20 às 4h00 na pecuária. Para o advogado, será das 20 às 5h00 (§ 3.° do art. 20 da Lei n.° 8.906).

Como se verifica, o horário considerado noturno é determinado pela lei, não o sendo no período que vai do pôr ao nascer-do-sol, o que seria mais lógico, mas dependeria das estações do ano, quando o sol nasce ou se põe mais cedo ou mais tarde. Certo é que no período noturno o organismo humano faz um esforço maior, pois a noite é o período biológico em que a pessoa deve dormir, e não trabalhar.

20.2 Adicional noturno

Por razões de ordem econômica ou social, certos trabalhos têm que ser realizados à noite, como ocorre em questões de produção em siderúrgicas, onde a máquina não pode parar; ou num hospital, que precisa ficar aberto diuturnamente para atender aos pacientes. Assim, a legislação optou por melhor remunerar o trabalho noturno.

A primeira determinação constitucional sobre o trabalho noturno foi a da Constituição de 1937, prevendo que "o trabalho à noite, a não ser nos casos em que é efetuado periodicamente por turnos, será retribuído com remuneração superior à do diurno" (art. 137, j). A Constituição de 1946 não mais fez a distinção em função de turnos, apenas dizendo: "salário do trabalho noturno superior ao do diurno" (art. 157, III). A Constituição de 1967 repete a mesma disposição da Norma Ápice anterior (art. 158, IV). O mesmo faz a EC n.° 1, de 1969 (art. 165, IV).

A Constituição de 1988 mudou um pouco a redação do dispositivo objeto do caso em estudo, ao explicitar "remuneração do trabalho noturno superior à do diurno" (art. 7.°, IX).

Entendemos que a legislação ordinária foi recepcionada pela Lei Maior, sendo que o art. 73 da CLT determina que "o trabalho noturno terá remuneração superior à do diurno e, para esse efeito, sua remuneração terá um acréscimo de 20%, pelo menos, sobre a hora diurna".

Em relação aos trabalhadores rurais, o adicional noturno foi fixado em 25% sobre a hora normal (parágrafo único do art. 7.° da Lei n.° 5.889/73). O adicional noturno do advogado é de 25% (§ 3.° do art. 20 da Lei n.° 8.906/96).

Dever-se-ia aumentar o porcentual do adicional noturno para 50%, equiparando-o ao de horas extras (art. 7.°, XVI, da CF), porém até o momento a legislação não foi alterada. Como o adicional é de pelo menos 20%, nada impede que em dissídios coletivos seja fixado um porcentual superior, como vem fazendo

o TST, pois a Constituição não fixou o valor do adicional, deixando que a lei ordinária estabelecesse o porcentual mínimo.

Os vigias noturnos, como qualquer trabalhador, têm direito ao adicional (Súmula 402 do STF), pois o art. 62 da CLT foi modificado, retirando-se o vigia da previsão legal que não concedia a ele horas extras. O TST deixou claro que "é assegurado ao vigia, sujeito ao trabalho noturno, o direito ao respectivo adicional" (En. 140).

Os empregados domésticos não têm direito a adicional noturno e hora noturna reduzida, pois o parágrafo único do art. 7.° da Constituição não faz remissão ao inciso IX do art. 7.° da mesma norma. O trabalhador temporário, porém, terá direito ao adicional noturno (art. 12, e, da Lei n.° 6.019/74).

O obreiro que trabalhava no período noturno e passa a trabalhar no período diurno perde o direito ao adicional noturno (En. 265 do TST), visto que o fato gerador é o trabalho à noite, que deixa de existir. Não há que se falar em direito adquirido ou redução de salários, pois o adicional visava compensar o trabalho noturno. Se este não mais existe, deixa de haver direito a sua conseqüência, que era o pagamento do adicional.

O adicional noturno que for pago com habitualidade integra o salário do empregado para todos os efeitos, como férias, 13.° salário, aviso prévio indenizado, DSR's, FGTS etc. (En. 60 do TST).

20.3 Hora noturna reduzida

A lei estabeleceu, ainda, uma ficção jurídica, no sentido de que a hora noturna é considerada reduzida, ou seja, a hora do trabalho noturno será computada como 52 minutos e 30 segundos (§ 1.° do art. 73 da CLT). Assim, cada hora trabalhada no período considerado pela lei como noturno será computada como 52 minutos e 30 segundos e não como uma hora, o que se constitui numa vantagem até mesmo salarial ao empregado.

Não se pode dizer que a hora noturna reduzida foi revogada pela Constituição. Em primeiro lugar, porque a Constituição não é expressa nesse sentido. Em segundo lugar, porque o inciso IX do art. 7.° da Constituição apenas menciona que a remuneração do trabalho noturno deve ser superior à do diurno, como já se verificava nas Constituições anteriores, abrindo espaço a que a lei ordinária fixe o adicional e a hora noturna reduzida.

Em terceiro lugar, porque nada impede que sejam estabelecidos outros direitos na lei ordinária, pois a Constituição fixa direitos mínimos, conforme se verifica da parte final do art. 7.°. Em quarto lugar, quando a Constituição determina a jornada de cinco horas diárias e 44 semanais ou os turnos ininterruptos de revezamento de seis horas diárias, não está dizendo que a lei ordinária não possa fixar o adicional noturno, ou estabelecer a hora noturna reduzida. Logo, persiste vigente a hora noturna reduzida. O STF já havia decidido anteriormente à edição da Constituição de 1988 que "a duração legal da hora de serviço noturno (cinqüenta e dois minutos e trinta segundos) constitui vantagem suplementar, que não dispensa o salário adicional" (Súmula 214). Assim, cada hora trabalhada no período considerado pela lei como noturno será computada como 52 minutos e 30 segundos e não como uma hora.

O ideal não seria o estabelecimento da hora noturna reduzida, mas a diminuição da jornada no trabalho noturno, como a limitação da jornada noturna em seis horas.

É possível fazer uma tabela, demonstrando que o empregado que trabalhar das 22 às 5h00 prestará sete horas de trabalho, mas ganhará oito horas, em razão da hora noturna reduzida:

Trabalho noturno Hora noturna reduzida

1.ª hora - de 22h00 às 22h52min30s
2.ª hora - de 22h0052min30s às 23h0045min
3.ª hora - de 23h0045min à 00h37min30s
4.ª hora - de 00h37min30s à 1h30min
5.ª hora - de 1h30min às 2h22min30s
6.ª hora - de 2h22min30s às 3h15min
7.ª hora - de 3h15min às 4h7min30s
8.ª hora - de 4h7min30s às 5h

O trabalhador rural não é beneficiário da hora noturna reduzida, pois o adicional de 25% visa compensar a inexistência da hora noturna reduzida (parágrafo único do art. 7.° da Lei n.° 5.889/73).

Para o advogado não há redução da hora noturna. Considera-se como período noturno das 20 às 5h00. O adicional noturno será de 25%. Por ser maior o adicional, há compensação pela inexistência da hora noturna reduzida. Por se tratar de lei especial que regula o tema (Lei n.° 8.906/94, art. 2.°, § 3.°), não se observa a CLT. É o mesmo caso do trabalhador rural.

O vigia noturno também tem direito à hora noturna reduzida de 52 minutos e 30 segundos (En. 65 do TST). Entretanto, "o trabalho noturno dos empregados nas atividades de exploração, perfuração, produção e refinação do petróleo, industrialização do xisto, indústria petroquímica e transporte de petróleo, e seus derivados por meio de dutos é regulado pela Lei n.° 5.811/72, não se lhes aplicando a hora reduzida de 52′ e 30" do art. 73, § 1.°, da CLT" (En. 112 do TST), pois no caso a legislação específica (Lei n.° 5.811) não prevê tal questão.

20.4 Regime de revezamento

O caput do art. 73 da CLT determina que nos casos de revezamento semanal ou quinzenal não há direito ao adicional noturno. Essa disposição foi derrogada pelo inciso III do art. 157 da Constituição de 1946, pois foi prevista na Constituição de 1937, mas não foi repetida na Norma Ápice de 1946, que, portanto, derrogou o caput do art. 73 da CLT no que diz respeito à exceção da não-incidência do adicional noturno no regime de revezamento. O STF já decidiu que "é devido o adicional de serviço noturno ainda que sujeito o empregado ao regime de revezamento" (Súmula 213). Mesmo o TST editou o Enunciado 130 dizendo que "o regime de revezamento no trabalho não exclui o direito do empregado ao adicional noturno, face à derrogação do art. 73 da CLT, pelo art. 157, item III, da Constituição de 18-9-46".

20.5 Empresas que mantêm ou não o trabalho noturno

Reza o § 3.° do art. 73 da CLT que "o acréscimo a que se refere o presente artigo (20%), em se tratando de empresas que não mantêm, pela natureza de suas atividades, trabalho noturno habitual, será feito tendo em vista os quantitativos pagos por trabalhos diurnos de natureza semelhante. Em relação às empresas cujo trabalho noturno decorra da natureza de suas atividades, o aumento será calculado sobre o salário mínimo geral vigente na região, não sendo devido quando exceder desse limite, já acrescido da percentagem".

Verifica-se que o preceito legal em comentário contém duas hipóteses: uma quanto às empresas que não mantêm trabalho noturno, a outra quanto às empresas que têm por atividade o trabalho no período noturno. No primeiro caso, a lei determina que se verifique a existência de um trabalhador do período diurno que

faça a mesma coisa, tomando-se seu salário para efeito da base de cálculo do adicional noturno.

O STF decidiu, porém, que, "provada a identidade entre o trabalho diurno e o noturno, é devido o adicional, quanto a este, sem a limitação do art. 73, § 3.°, da CLT, independentemente da natureza da atividade do empregador" (Súm. 313).

20.6 Horários mistos

A CLT dispõe no § 4.° do art. 73 que consideram-se horários mistos aqueles que abranjam períodos diurnos e noturnos. Não são horários mistos os abrangidos por períodos noturnos e diurnos.

Na legislação panamenha, por exemplo considera-se jornada mista "a que compreenda horas de distintos períodos de trabalho, sempre que não abarque mais de 3 horas do período noturno" (art. 30 do Código de Trabajo). As horas diurnas que antecederem a jornada noturna, evidentemente, não terão adicional noturno, pois não foram prestadas durante o período que a lei considera como noturno.

O § 4.° do art. 73 da CLT, assim como todo o artigo, teve nova redação determinada pelo Decreto-lei n.° 9.666, de 28-8-46. O comando legal anterior mandava aplicar apenas o disposto no citado artigo, e não seus parágrafos, sendo que o atual dispõe que se utilize não só do caput, mas também dos seus parágrafos.

É claro, porém, que só no período noturno é que serão devidos o adicional noturno e a hora noturna reduzida, ou seja, no período das 22 às 5h00, salvo na hipótese adiante mencionada.

20.7 Trabalho prestado após as 5 horas em seqüência ao horário noturno

Determina o § 5.° do art. 73 da CLT que às prorrogações do trabalho noturno aplicam-se as determinações do Capítulo II, "Da Duração do Trabalho".

Indaga-se, por conseguinte, no caso de o empregado continuar a trabalhar após as 5h00, qual mandamento legal deve ser aplicado: o § 4.°, que trata dos horários mistos, ou o § 5.°, que versa sobre as prorrogações do trabalho noturno?

Ao se analisar a Constituição da República de 1988, nota-se que a remuneração do trabalho noturno deve ser superior à do diurno (art. 7.°, IX). No entanto, não dispõe a Lei Magna que só a remuneração do trabalho noturno deve ser "superior à do diurno". Nada impede que na prorrogação do trabalho noturno o empregado tenha o mesmo salário do labor realizado à noite, acrescido, se for o caso, do respectivo adicional de horas extras.

Possui a CLT duas hipóteses específicas: a) a primeira, que se refere a horários mistos (§ 4.° do art. 73), ou seja, ao serviço realizado em períodos diurnos e noturnos; b) a outra, que trata da prorrogação do trabalho noturno (§ 5.° do art. 73), quando o labor se estenda após as 5h.

A CLT, ao tratar de horas extraordinárias, não contém termos precisos, que muitas vezes são empregados como sinônimos, pois em certa ocasião menciona horas suplementares (art. 59), ora versa sobre prorrogação (art. 60, § 3.°, do art. 61 e §§ 3.° e 5.° do art. 73), em outra oportunidade refere-se a "exceder o limite legal" (art. 61). Mesmo o § 5.° do art. 73 contém uma redação imperfeita.

O § 5.° do art. 73 reza que "às prorrogações do trabalho noturno aplica-se o disposto neste Capítulo". Contudo, qual é o sentido da palavra prorrogação?

"Prorrogação vem do latim prorrogatio, de prorrogare (alongar, dilatar, adiar, ampliar)." "Não se prorroga o que já se mostra acabado", pois aí ocorreria uma coisa nova. Deve-se promover a prorrogação "antes que termine o

prazo ou aquilo que se quer prorrogar, para que o tempo prefixo se dilate ou se amplie" (De Plácido e Silva, 1990, v. III:482).

Não se pode falar em prorrogação do trabalho noturno se este já terminou, pois é realizado das 22 às 5h00. O que ocorre após as 5h00, se o empregado continua trabalhando, é uma renovação, uma seqüência àquilo que o obreiro já havia começado: o horário de trabalho. O horário noturno já se findou. O que se inicia é outro espaço de tempo, pois não há descontinuidade na prorrogação.

O art. 73 da CLT e seus parágrafos devem ser interpretados sistematicamente, de modo a que não haja disposições vazias de conteúdo, nem incompatibilidade ou incongruências na aplicação de um ou outro dos comandos legais do artigo em exame.

Fácil é dizer que o horário das 20 às 6h00, das 22 às 6h00 (em que teríamos nove horas de trabalho, com o cômputo da hora noturna reduzida), ou das 22 às 8h00 é prorrogação da jornada normal. Difícil é explicar, à luz do § 5.° do art. 73 da CLT, se o horário das 24 às 6h00 é prorrogação do trabalho noturno. Prorrogação da jornada de trabalho não é, porque aquela tem menos de oito horas. Prorrogação do horário noturno também não é, pois a hora noturna, por definição legal, é das 22 às 5h00. A hora noturna terminou às 5h00, mas o serviço continuou a ser prestado pelo assalariado. O mais correto seria falar-se em seqüência do trabalho realizado após as 5h00, daí se aplicando o disposto no Capítulo II da CLT, sobre "Duração do Trabalho" (§ 5.° do art. 73), ou seja: computar-se-ia a hora noturna reduzida, pagar-se-ia o adicional noturno e o adicional de horas extras, se cabível.

Existem juristas que entendem que, ao se interpretar o § 5.° do art. 73 da CLT, a prorrogação do horário noturno não se utilizaria da orientação contida na citada determinação legal e seus parágrafos, porque o horário já seria diurno. É ilógico, à primeira vista, falar-se em pagar adicional noturno durante o dia, mas é a única maneira de se remunerar o trabalho que continuar a ser feito após as 5h00 sem a ocorrência de perda salarial para o obreiro.

O intuito tutelar da lei pressupõe que prestar serviços à noite é mais penoso que o trabalho realizado durante o dia. A própria Constituição consagra "adicional de remuneração para atividades penosas" (art. 7.°, XXIII). Seria um contra-senso do legislador mandar pagar o adicional noturno e a hora noturna reduzida e, se for o caso, o adicional de horas extras nas prorrogações do horário noturno, e não determinar o pagamento de tais valores após o horário misto, pois o período das 5 às 6h00 é seqüência da hora noturna. Tanto é nocivo à saúde do laboralista o trabalho realizado à noite, como mais ainda o é o realizado nesse período e continuado após as 5h00, que atenta, inclusive, contra princípios higiênicos da Medicina do Trabalho. É sabido que os acidentes do trabalho ocorrem sempre em maior escala nas horas extras ou até durante a noite. O deferimento do adicional noturno e o cômputo da hora noturna reduzida mais o adicional de horas extras, após as 5h00, servem para desestimular o empregador que impuser a prestação de serviços após este espaço de tempo, pagando, para isso, um salário mais elevado, pelo maior desgaste do obreiro na seqüência ao trabalho noturno. Se o horário do empregado fosse prorrogado após as 5h00, e este percebesse um salário inferior ao que recebeu até esse período, haveria um prejuízo ao trabalhador (art. 468 da CLT).

Normalmente, quando a empresa disciplina que o operário deve prestar serviços das 22 às 6h00, o trabalho realizado após as 5h00 já não é horário misto, mas prorrogação da jornada de trabalho após o horário noturno. Daí, ser aplicável o § 5.° do art. 73 da CLT e não o § 4.° do referido artigo da lei.

Prorrogação do trabalho noturno dar-se-ia quando alguém laborou das 22 às 4h00 e continuou prestando serviços até as 5h00, pois não houve término do horário noturno. Não teria qualquer sentido o § 4.° do art. 73 da CLT explicitar

que, no horário misto, assim definido como o realizado em períodos diurnos e noturnos, se aplicaria às horas de trabalho noturno o disposto no mencionado artigo e seus parágrafos, ou seja, computar-se-ia a hora noturna reduzida e pagar-se-ia o adicional noturno.

Ao se asseverar tal fato, poder-se-ia inferir que a hora extra realizada no horário misto não seria devida ao empregado só porque se aplicaria "às horas de trabalho noturno o disposto" no art. 73 e seus parágrafos e não todo o Capítulo da "Duração do Trabalho" da CLT; ou só se pagaria o adicional noturno de 20%, conforme redação do § 4.° do art. 73 da CLT, no período anterior ao Decreto-lei n.° 9.666/46, em que não existia a palavra parágrafos. Fazer tais afirmações seria incorrer numa falácia. Para que, então, estariam na lei os §§ 4.° e 5.° do art. 73? Para nada?!

O § 5.° do art. 73 da CLT menciona prorrogação do horário noturno, que ocorre após o horário noturno. Não faz referência a prorrogação no horário noturno, que seria dentro do próprio horário noturno das 22 às 5 horas.

É necessário, portanto, conjugarem-se as disposições contidas nos §§ 4.° e 5.° do art. 73 da CLT para se obter uma interpretação lógica da lei. No horário misto realizado das 21 às 5h00, o período das 21 às 22h00 não teria adicional noturno ou hora noturna reduzida, porque não é realizado no espaço de tempo considerado pela lei como hora noturna. Das 22 às 5h00 seriam observados os quatro primeiros parágrafos do art. 73. E das 5 às 6h00 o que se aplicaria? Utilizar-se-ia do referido § 5.° do citado artigo, em que na continuação "do trabalho realizado pelo empregado após as 5h" se observaria o disposto no Capítulo da "Duração do Trabalho" (Capítulo II da CLT), mais especificamente: empregar-se-ia o adicional noturno de 20%, com o cômputo da hora noturna de 52 minutos e 30 segundos, e pagar-se-ia o adicional de horas extras de 50%, desde que houvesse trabalho extraordinário. Dessa maneira, o § 5.° vai regular o serviço prestado em seqüência à hora noturna, abrangendo períodos noturnos e diurnos - que não são horários mistos -, não sendo aplicável apenas o art. 73 da CLT, mas todas as determinações que tratam da "Duração do Trabalho" (Capítulo II da CLT), inclusive a Seção IV, que versa sobre o trabalho noturno.

Há na lei, por conseguinte, duas situações distintas. Caso contrário, qualquer um dos §§ 4.° e 5.° do art. 73 da CLT poderia ser considerado letra morta no referido mandamento legal, e a norma jurídica não contém palavras ou disposições inúteis.

A lei, no caso, é mais sábia do que o legislador (Carlos Maximiliano, 1965:34). Não há, portanto, incompatibilidade lógica entre os §§ 4.° e 5.° do art. 73 da CLT.

Na jurisprudência, a melhor orientação é a que já foi sufragada pelo Pleno do TST, ao assim decidir: "é princípio básico que a hora suplementar deve ser paga em quantitativo superior ao da hora normal. Neste espírito, coloca-se o § 5.° do art. 73 da CLT, segundo o qual as prorrogações do trabalho noturno, ainda que se trate de horário misto, devem respeitar o disposto no Capítulo II do mesmo diploma normativo. Aplica-se o adicional noturno quer nos horários mistos, quer nas prorrogações". (AG ERR 4.789/84, Rel. Min. Marco Aurélio Mendes Farias Mello, DJU 19-12-85, p. 23.869.)

20.8 Cálculo do adicional

Quando o empregado trabalha à noite e faz horas extras é que surge a dúvida a respeito do cálculo do adicional. Entendem alguns autores que se toma como base de cálculo adicional sobre adicional, proporcionando-se o efeito em cascata.

Deve-se lembrar que o cálculo do adicional de horas extras ou noturno não é feito sobre a remuneração, que compreende o salário mais as gorjetas (art. 457 e seu § 3.° da CLT). Nem a Constituição de 1988 dá respaldo a esse entendimento, pois a remuneração tratada nos incisos IX (adicional noturno), XVI (serviço extraordinário) e XVII (férias) do art. 7.° refere-se a pagamento, e não tem o significado da remuneração versada no art. 457 da CLT. O inciso VIII do art. 7.° da Constituição é que prevê o cálculo do 13.° salário com base na remuneração integral, na forma do art. 457 do estatuto consolidado.

Examinando-se os dispositivos da CLT pertinentes à matéria, notamos que: o adicional de horas extras será calculado sobre o salário da hora normal (§ 1.° do art. 59 e § 2.° do art. 61 da CLT); o adicional noturno terá por base o salário da hora diurna (caput do art. 73 da CLT), não se observando a hora normal já acrescida do adicional de horas extras. Inexiste dúvida, então, para o cálculo dos adicionais mencionados. Não há que se indagar qual o adicional que será utilizado em primeiro lugar, porque o cálculo de cada adicional será feito em separado. Só o cálculo do adicional noturno é cumulado com o cômputo da hora noturna reduzida (§ 1.° do art. 73 da CLT), visto que "a duração legal da hora de serviço noturno (cinqüenta e dois minutos e trinta segundos) constitui vantagem suplementar, que não dispensa o salário adicional" (Súmula 214 do STF).

Mais se justifica nosso entendimento ao verificarmos a orientação jurisprudencial consubstanciada no verbete 191 do TST: "o adicional de periculosidade incide, apenas, sobre o salário básico e não sobre este acrescido de outros adicionais", o que, mutatis mutandis, se aplicaria aos adicionais de horas extras e noturno. Na jurisprudência, há reflexo de tal orientação no tocante ao cálculo do adicional noturno: "Adicional noturno. Os adicionais não se acumulam para efeito do cálculo, incidindo cada qual sobre o salário-base e não sobre este acumulado de outro adicional. Revista parcialmente provida." (Ac. un. da 2.ª T. do TST, RR 608/89-1, Rel. Min. Barata Silva, j. 23-10-89, DJU I 1.°-12-89, p. 17.823.)

Conclui-se que não se pode acumular o cálculo de adicional sobre adicional, nem para efeito de horas extras, muito menos para o adicional noturno.

VERIFICAÇÃO DE APRENDIZAGEM

1. O que é jornada de trabalho?
2. Qual é a jornada de trabalho legalmente prevista?
3. O que é sistema de compensação de horas?
4. O que são horas suplementares?
5. Qual a natureza jurídica da jornada de trabalho?
6. O que são turnos ininterruptos de revezamento?
7. Qual o período considerado pela lei como de trabalho noturno para os empregados urbanos e rurais?
8. O que é hora noturna reduzida?
9. O que é horário de trabalho misto?

31

INTERVALOS PARA DESCANSO

1. DENOMINAÇÃO

Poderíamos usar da denominação períodos de descanso ou então intervalos para descanso. O período para descanso diria respeito ao tempo entre dois fatos; um ciclo, podendo se confundir com as férias ou com o descanso semanal

remunerado, que não deixam de ser períodos de descanso, em que o trabalhador irá repor suas energias gastas no ano, no primeiro caso, ou na semana, na segunda hipótese. Assim, o período de descanso seria o gênero, do qual seria espécie o intervalo.

Preferimos, portanto, utilizar o termo intervalo, que revela um período menor, além de ser mais específico, por dizer respeito apenas às pausas existentes na ou entre as jornadas de trabalho, e não a outras hipóteses.

2. CONCEITO

Intervalos para descanso são períodos na jornada de trabalho, ou entre uma e outra, em que o empregado não presta serviços, seja para se alimentar ou para descansar.

Da definição já se nota que vamos tratar neste capítulo apenas dos intervalos que dizem respeito à jornada de trabalho. Não vamos versar sobre outros períodos de descanso, como o repouso semanal remunerado e as férias, que serão estudados em capítulos separados.

Dessa forma, iremos analisar apenas os intervalos intrajornada ou interjornadas.

3. INTERVALOS INTRAJORNADA

Os intervalos intrajornada são os que são feitos dentro da própria jornada de trabalho.

O art. 71 e seu § 1.°, da CLT, revelam um dos exemplos de intervalo intrajornada:

"em qualquer trabalho contínuo cuja duração exceda de 6 horas, é obrigatória a concessão de um intervalo para repouso ou alimentação, o qual será, no mínimo, de 1 hora e, salvo acordo escrito ou contrato coletivo em contrário, não poderá exceder de 2 horas. § 1.° Não excedendo de 6 horas o trabalho, será, entretanto, obrigatório um intervalo de 15 minutos quando a duração ultrapassar 4 horas".

Pelo que se observa, se o empregado trabalhar menos de quatro horas diárias, não será obrigatória a concessão de nenhum intervalo. Prestando serviços o obreiro entre quatro e seis horas, será obrigatório um intervalo de 15 minutos. Se a duração do trabalho for de mais de seis horas, será concedido um intervalo de, no mínimo, uma hora até duas horas.

O intervalo concedido será para o trabalhador poder alimentar-se ou descansar, recompondo seu organismo para que possa continuar a jornada de trabalho.

Se o trabalho do empregado não for contínuo, sofrendo várias interrupções, não terá direito o obreiro a intervalo para refeição e descanso, pois provavelmente já o terá feito.

O intervalo tem que ser de, no mínimo, uma hora, mas pode ser superior a Visse horário, até duas horas. Assim, o empregador pode conceder, v.g., um intervalo de uma hora e 30 minutos, uma hora e 55 minutos. Para que o intervalo seja superior a duas horas, há necessidade de acordo escrito com o empregado, seja por intermédio de cláusula do contrato de trabalho ou termo separado, ou de contrato coletivo. Em relação a este último, deve-se entender que seria o acordo ou convenção coletiva, que é a atual denominação do contrato coletivo a que se referia a CLT em 1943. Entendemos, entretanto, que o acordo individual já não tem validade, devendo ser feito apenas por acordo ou convenção coletiva, de acordo com a determinação do inciso XIII do art. 7.° da Lei Maior, pois se trata de hipótese imprópria de compensação da jornada de trabalho.

O repouso mínimo de uma hora pode ser reduzido apenas por ato do Ministro do Trabalho e ouvida a Secretaria de Segurança e Medicina do Trabalho, desde que se verifique que o estabelecimento atende integralmente às exigências concernentes à organização dos refeitórios e quando os respectivos empregados não estiverem sob regime de horas extras (§ 3.° do art. 71 da CLT). A norma legal, contudo, não dispõe qual o limite da redução, entendendo-se, em função de orientação administrativa, que a redução seria de até 30 minutos, que corresponde a um intervalo mínimo razoável para alimentação. Nos períodos noturnos o Ministério do Trabalho tem concedido intervalos mínimos de 40 minutos.

Os intervalos disciplinados no art. 71 da CLT não são computados na duração do trabalho, ou seja, são deduzidos da jornada normal de trabalho, não sendo considerados como tempo à disposição do empregador (§ 2.° do art. 71 da CLT). As pausas realizadas pelo empregado para atendimento de necessidades fisiológicas não serão, porém, deduzidas da jornada normal de trabalho, sendo computadas como tempo à disposição do empregador.

As telefonistas que têm jornada de trabalho variável devem ter no máximo sete horas diárias de trabalho, com 17 horas de folga, deduzindo-se desse tempo 20 minutos para descanso, de cada um dos empregados, sempre que se verificar um esforço contínuo de mais de três horas (art. 229 da CLT). O intervalo de 20 minutos é deduzido da jornada de trabalho, não sendo computado como tempo de serviço à disposição do empregador.

O § 2.° do art. 2.° da Lei n.° 5.811, de 11-10-72, versa sobre regras a serem observadas na exploração, produção e refinação de petróleo, podendo o empregador suprimir o intervalo de repouso e alimentação para garantir a normalidade das operações ou para atender a imperativos de segurança nacional. Deverá, para tanto, fazer o pagamento em dobro (art. 3.°, II, da Lei n.° 5.811/72). Esse pagamento realmente é em dobro e não em triplo, aplicando-se por analogia o Enunciado 146 do TST, devendo o empregado receber nove horas pelas oito horas trabalhadas sem intervalo.

O trabalhador rural tem seu intervalo um pouco diferente do intervalo do empregado urbano. Nos serviços intermitentes, que são os executados em duas ou mais etapas diárias, não serão computados como tempo de serviço os intervalos entre etapas, desde que haja ressalva de tal hipótese na CTPS do empregado (art. 6.° da Lei n.° 5.889/73). Em qualquer trabalho contínuo de duração superior a seis horas, será obrigatória a concessão de um intervalo para repouso e alimentação de acordo com os usos e costumes da região, e não conforme a previsão da CLT (art. 5.° da Lei n.° 5.889/73). O art. 10 do Decreto n.° 73.626/74 considera serviço intermitente aquele que, por sua natureza, seja normalmente executado em duas ou mais etapas diárias distintas, desde que haja interrupção de trabalho de, no mínimo, cinco horas entre uma e outra parte da execução da tarefa.

A Lei n.° 8.923, de 27-7-94, acrescentou um parágrafo ao art. 71 da CLT: "§ 4.° 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 cinqüenta por cento sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho."

O legislador parece que andou na contramão com a nova lei, pois o objetivo principal sempre foi o de se conceder o intervalo ao empregado, de proteger a integridade psicossomática do trabalhador, isto é, o Estado estabelecer regras para que o intervalo realmente fosse gozado, para que o obreiro pudesse efetivamente descansar. Agora, pode ocorrer de muito empregador exigir o trabalho durante o intervalo, pagando-o com o adicional de horas extras, pois há essa previsão na lei. Na prática, isso já vinha sendo observado nos processos

trabalhistas, de se mandar pagar como hora extra o intervalo não concedido, porém se deveria verificar a orientação do antigo Enunciado 88 do TST, de que "o desrespeito ao intervalo mínimo entre dois turnos de trabalho, sem importar em excesso na jornada efetivamente trabalhada, não dá direito a qualquer ressarcimento ao obreiro, por tratar-se apenas de infração sujeita a penalidade administrativa" (art. 71 da CLT).

Dessa maneira, remunerava-se como hora extra apenas se o trabalho prestado durante o intervalo não concedido somado com o realizado durante a jornada de trabalho excedesse oito horas diárias de trabalho. Se, mesmo não concedido o intervalo, trabalhava o empregado neste, porém não excedia oito horas diárias de trabalho, era indevido o adicional.

A partir da edição do § 4.° do art. 71 da CLT, o intervalo não concedido ao empregado deverá ser pago com o adicional de 50% sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho, mesmo que não haja excedimento da jornada de oito horas. Ao especificar a lei que o período de intervalo não concedido será remunerado com um acréscimo de 50%, não se utiliza apenas do adicional, como se verifica na orientação do Enunciado 85 do TST, até porque a hipótese não é de regime de compensação, mas todo o período deverá ser remunerado como extra.

O período correspondente ao intervalo não concedido não está pago pelo empregador, daí mais uma razão para se pagar todo o período e mais o adicional, e não apenas o adicional. Aliás, o inciso XVI do art. 7.° da Constituição dá a entender que se remunera o período extraordinário com acréscimo de 50%, não se pagando apenas adicional. Entretanto, a orientação do Enunciado 88 do TST, que está direcionada em caminho diverso, deixa de prevalecer, tanto que foi cancelado pela Resolução Administrativa n.° 42 do TST, de 8-2-95.

Assim haverá duas sanções: a primeira consistirá no pagamento do período não concedido de intervalo com acréscimo de 50%, sendo devido ao empregado; a segunda estará consubstanciada na multa administrativa prevista no art. 75 da CLT e devida à União.

Antigamente, havia orientação da jurisprudência de que, se o intervalo era concedido em tempo inferior a uma hora, por exemplo, todo o intervalo deveria ser remunerado como extra.

Será, contudo, devida a jornada extraordinária só quanto ao intervalo não gozado pelo empregado. Assim, o adicional de 50% será devido apenas no tocante ao intervalo que não foi concedido, pois o § 2.° do art. 71 da CLT estabelece que os intervalos de descanso não serão computados na duração do trabalho. O próprio § 4.° do art. 71 da CLT menciona que o adicional é devido pelo "período correspondente" ao intervalo não concedido, que quer dizer que o período concedido de intervalo, ainda que não integral, será válido e não será remunerado como hora extra. Dessa forma, se o empregado tinha uma hora de intervalo e goza apenas 20 minutos, a empresa não terá que pagar uma hora com o adicional de 50%, apenas deverá pagar os 40 minutos de intervalo que não foram concedidos.

É claro que, se houver negociação coletiva e o intervalo for estabelecido em período inferior ao previsto no art. 71 da CLT, será válido, pois se trata de uma forma de compensar ou reduzir a jornada de trabalho, fazendo com que o intervalo seja menor e o empregado fique menos tempo na empresa, podendo retirar-se mais cedo. O fundamento será o inciso XIII do art. 7.° da Constituição e não haverá que se falar em pagamento de adicional de horas extras de 50%, pois será uma forma de flexibilização de direitos trabalhistas com a participação do sindicato.

De outro modo, se o intervalo é concedido em período inferior, porém por determinação do Ministério do Trabalho, com base no § 3.° do art. 71 da CLT, da mesma forma inexistirá direito ao pagamento de adicional de horas extras, pois

deve haver uma interpretação sistemática dos parágrafos do art. 71, sob pena de considera-los incompatíveis entre si, sendo que a interpretação da lei não pode levar ao absurdo. Entendemos que o § 3.° do art. 71 da CLT não foi revogado com a edição da Lei n.° 8.923/94, que acrescenta mais um parágrafo, o 4.°, ao citado artigo, pois não há disposição expressa na referida lei revogando o primeiro, muito menos o § 4.° é incompatível com o disposto no § 3.° do art. 71 da CLT.

Entretanto, se inexistir negociação coletiva ou autorização do Ministério do Trabalho para intervalo inferior ao previsto no art. 71 da CLT e seu § 1.°, deverá o período não concedido de intervalo ser remunerado como hora extra. A empresa não poderá, portanto, estabelecer, por sua conta, intervalo inferior ao legal, mesmo com a concordância do empregado, pois estará violando a lei e será obrigada a pagar o intervalo como hora extra.

A remuneração do período não concedido de intervalo consistirá num acréscimo de 50% sobre a hora normal. É a mesma forma de cálculo que se encontra no § 1.° do art. 59 da CLT, que também encontra respaldo no inciso XVI do art. 7.° da Constituição. Não se trata de cálculo de adicional sobre adicional, em que não se saberia qual iria ser calculado em primeiro lugar, mas sobre a hora normal de trabalho.

Em função da determinação da Lei n.° 8.923/94, que acrescenta o § 4.° ao art. 71 da CLT, temos que a orientação do Enunciado 88 do TST deixa de prevalecer; tanto que houve seu cancelamento pela Resolução Administrativa n.° 42 do TST. Agora, uma coisa será ultrapassar a jornada de trabalho de oito horas diárias e 44 semanais, que dará ensejo a hora extra; outra coisa será a não-concessão de intervalo, em que a lei já determina o pagamento do adicional de hora extra peto intervalo não gozado pelo empregado. São, portanto, situações distintas, dando a lei dois tratamentos para cada uma delas.

O intervalo não concedido, ou seja, o período correspondente, será remunerado com o adicional de horas extras, de 50%. Paga-se, portanto, como extra todo o período mais o adicional, e não se utiliza apenas do adicional.

Havendo negociação coletiva ou o Ministério do Trabalho concedendo autorização para a instituição de intervalo inferior ao previsto em lei, estará a empresa devidamente respaldada, tendo por fundamento o inciso XIII do art. 7.° da Constituição ou o § 3.° do art. 71 da CLT.

Para as pessoas que trabalham no período noturno das 22 às 5 horas, o intervalo também será de uma hora, mesmo tendo a jornada noturna 52 minutos e 30 segundos, pois inexiste exceção para essa hipótese.

3.1 Serviços de mecanografia

Nos serviços permanentes de mecanografia (datilografia, escrituração e cálculo), a cada período de 90 minutos de trabalho consecutivo haverá um intervalo de 10 minutos, que não será deduzido da duração normal de trabalho (art. 72 da CLT).

Os serviços de mecanografia explicitados no art. 72 são meramente exemplificativos e não taxativos, justamente por serem arrolados entre parênteses, podendo outros serviços ser enquadrados na hipótese vertente. É o caso do operador de telex e dos digitadores, que também fazem serviços de mecanografia, que se assemelham ao de datilografia, que seria o gênero (En. 346 do TST). O serviço de escrituração seria, por exemplo, aquele em que a pessoa faz serviços à mão, como quando se fazia a escrituração contábil do livro Diário sem qualquer processo de mecanização. Cálculos intensos podem, v. g., ser realizados por aquela pessoa que faz a apuração de impostos na empresa.

A pausa será de 10 minutos a cada 90 minutos de trabalho consecutivo, ou seja, não se admitindo interrupções. O intervalo mencionado será considerado

como tempo à disposição do empregador, não sendo deduzido da jornada de trabalho como ocorre, por exemplo, com o intervalo de uma hora para refeição. No caso em tela, mesmo o empregado não trabalhando os 10 minutos, terá o empregador de considerá-los como de serviço efetivo e haverá, por conseqüência, a remuneração do referido período, pois estará incluído na jornada normal de trabalho.

Pág. 477

O Ministério do Trabalho expediu, com base no art. 200 da CLT, a Portaria n.° 3.435, de 19-6-90, alterando a Norma Regulamentadora (NR) 17 da Portaria n.° 3.214/78, que trata de ergonomia, estabelecendo um intervalo ao digitador de, no mínimo, 10 minutos para cada 50 trabalhados, que também será considerado incluído na jornada de trabalho e, portanto, não poderá ser deduzido da mesma jornada, devendo ser remunerado (NR 17.7.4, d). A Portaria n.° 3.751, de 23-11-90, deu nova redação à NR 17 da Portaria n.° 3.214/78, determinando, nas atividades de processamento de dados, salvo hipótese de acordo ou convenção coletiva, que na "entrada de dados deve haver, no mínimo, uma pausa de 10 minutos para cada 50 minutos trabalhados, não deduzidos da jornada normal de trabalho" (item 17.6.4, d).

Se o empregador não cumprir os intervalos especificados, o empregado poderá exigi-los como horas extras.

O intervalo previsto no art. 72 da CLT deve ser concedido cumulativamente com os intervalos para refeição de que trata o art. 71 da CLT, ou seja, o empregado terá direito aos dois intervalos, pois um não absorverá o outro.

3.2 Serviços em frigoríficos

Nos serviços em frigoríficos, como aqueles em que os empregados trabalham em câmaras frias, havendo movimentação de mercadorias do ambiente quente ou normal para o frio, e vice-versa, após uma hora e 40 minutos de trabalho contínuo, será assegurado um intervalo de 20 minutos de repouso, computada essa pausa como de trabalho efetivo (art. 253 da CLT).

Considera-se como ambiente de trabalho artificialmente frio, para o caso em comentário, o que for inferior, na primeira, segunda e terceira zonas climáticas do mapa oficial do Ministério do Trabalho, a 15 graus; na quarta zona, a 12 graus; e na quinta, sexta e sétima zonas, a 10 graus (parágrafo único do art. 253 da CLT).

O intervalo de 20 minutos a cada uma hora e 40 minutos de trabalho não será descontado da jornada de trabalho, sendo considerado como tempo de serviço à disposição do empregador e remunerado normalmente. Caso o empregador não cumpra o citado intervalo, poderá o empregado reivindicá-lo como hora extra.

3.3 Mineiros

Os mineiros devem ter um intervalo de 15 minutos para repouso após cada período de três horas consecutivas de trabalho (art. 298 da CLT). Esse intervalo também será computado na duração normal, sendo considerado como tempo de serviço à disposição do empregador.

3.4 Mulher em fase de amamentação

A mulher que se encontra em fase de amamentação de seu filho, até que este complete seis meses de idade, tem direito, durante a jornada de trabalho, a dois descansos especiais, de meia hora cada um (art. 396 da CLT).

Pág. 478

Entretanto, a lei não dispõe que esses intervalos não serão deduzidos da jornada de trabalho ou serão computados como tempo de serviço à disposição do empregador, ao contrário dos arts. 72, 253 e 298 da CLT. Onde a lei não distingue, não cabe ao intérprete fazê-lo. Assim, deve-se entender que esses intervalos serão deduzidos da jornada de trabalho e não serão remunerados.

3.5 Outros intervalos

Os intervalos concedidos pelo empregador devem ser apenas os especificados em lei ou, até mesmo, em norma coletiva, se for o caso. Outros intervalos não previstos em lei são considerados como tempo de serviço à disposição do empregador (art. 4.° da CLT), devendo ser remunerados como horas extras, se acrescidos ao final da jornada (En. 118 do TST). Seria o caso de a empresa conceder intervalos para café (um pela manhã, outro à tarde) durante a jornada de trabalho, posteriormente acrescendo esse período ao final da jornada. Deverá, assim remunerá-lo como horas extras, por não ser previsto em lei e representar tempo de serviço à disposição do empregador. Se o intervalo para café mencionado não for acrescido ao final da jornada, mas considerado como tempo à disposição do empregador, não há que se falar em pagamento de horas extras.

4. INTERVALO INTERJORNADA

O intervalo interjornada diz respeito ao espaço de tempo que deve haver entre uma jornada de trabalho e outra, ou seja, o intervalo entre jornadas.

Esclarece o art. 66 da CLT que entre duas jornadas de trabalho deve haver um intervalo mínimo de 11 horas consecutivas para descanso. Esse intervalo, portanto, é para descanso.

Pelo que se verifica do dispositivo legal, as 11 horas de descanso devem ser consecutivas, não podendo ser interrompidas.

Surge a questão de, se o empregado trabalhar de segunda a sábado, como serão contadas essas 11 horas, e se juntamente com o repouso semanal remunerado. Aqui, há necessidade de que as 11 horas de intervalo interjornada sejam somadas com as 24 horas do repouso semanal remunerado, correspondendo a 35 horas, pois o primeiro não está absorvido pelo último. Assim, o empregado, saindo no sábado às 12 horas, só poderá voltar a trabalhar domingo após as 23 horas. A contagem das 11 horas deve ser feita a partir da última hora trabalhada, inclusive hora extra, ou seja, a partir do momento em que o empregado cessa a prestação de serviços ao empregador.

O TST decidiu que,

"no regime de revezamento, as horas trabalhadas em seguida ao repouso semanal de 24 horas com prejuízo do intervalo mínimo de onze horas consecutivas, para descanso entre jornadas, devem ser remuneradas como extraordinárias, inclusive com o respectivo adicional" (En. 110 do TST).

Apesar de o verbete só falar do regime de revezamento, entendemos que ele possa ser aplicado aos demais casos. O adicional de horas extras será de, no mínimo, 50% (art. 7.°, XVI, da CF).

Na escalação diária do trabalhador portuário avulso deverá sempre ser observado um intervalo mínimo de 11 horas consecutivas entre duas jornadas, salvo em situações excepcionais, constantes de acordo ou convenção coletiva de trabalho (art. 8.° da Lei n.° 9.719/98).

VERIFICAÇÃO DE APRENDIZAGEM

1. O que são intervalos para descanso?

2. Quais são os intervalos interjornada? Eles são remunerados?

3. O que é intervalo interjornada? O que ocorre se o trabalhador prestar serviços nesse horário?

4. O que pode ser considerado como serviço de mecanografia, escrituração ou cálculo?

32

REPOUSO SEMANAL REMUNERADO

1. HISTÓRIA

A origem do repouso semanal remunerado é encontrada nos costumes religiosos. Os hebreus, por exemplo, descansavam aos sábados, palavra que era proveniente de sabbath, que tem o significado de descanso.

De acordo com a Bíblia, Deus, ao criar o Mundo, trabalhou seis dias e no sétimo repousou (Gênesis), que era o sábado. O Deuteronômio mostra que se deve observar "o dia de sábado, para o santificares, como o Senhor teu Deus te mandou. Seis dias trabalharás, e farás todas as tuas obras. Mas o dia sétimo é o sábado, isto é, o dia do descanso do Senhor teu Deus. Não farás nele algum trabalho nem tu, nem teu filho, nem tua filha, nem teu escravo, nem a tua escrava, nem o teu boi, nem o teu jumento, nem animal algum teu, nem o forasteiro que vive das tuas portas para dentro; para que descanse o teu escravo e a tua escrava, como tu também descansas" (V, 12 a 14).

A partir da morte de Cristo, o descanso aos sábados foi substituído pelo descanso aos domingos, do latim dies domini, que significa celebrar o dia do Senhor, recordando a ressurreição de Jesus Cristo, que ocorreu num domingo.

Constantino, em 321, proibiu o trabalho de qualquer espécie aos domingos, salvo nas atividades agrícolas.

O Concílio de Laodicea, em 366, determinou que os cristãos deveriam trabalhar nos sábados, sendo reservado o domingo para repouso (cânon 29).

A Suíça, desde 1877, tem seu descanso semanal aos domingos.

A Encíclica Rerum Novarum, do Papa Leão XIII, declarou 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".

2. DIREITO INTERNACIONAL

A Conferência de Paz, de 1919, recomendou, no Tratado de Versalhes, "a adoção do descanso hebdomadário de 24 horas, no mínimo, que deverá compreender o domingo, sempre que possível" (art. 427, 5).

A Convenção n.° 1 da OIT, de 1919, celebrada em Washington, esclareceu que a jornada de trabalho deve ser de 8 horas por dia ou 48 por semana (art. 2.°), assegurando implicitamente o repouso semanal remunerado, pois se trabalharia seis dias por semana, ficando o sétimo dia para repouso.

A Convenção n.° 14, de 1921, estabeleceu o repouso semanal nos estabelecimentos industriais, que seria a cada período de sete dias, compreendendo o mínimo de 24 horas consecutivas. A Recomendação n.° 18, de 1921, tratou do repouso semanal obrigatório aos comerciários.

A Convenção n.° 31, de 1931, que trata da duração do trabalho nas minas de carvão, e a Convenção n.° 67, de 1939, que versa sobre a duração de trabalho e descanso no transporte em rodovias, trouxeram normas referentes ao repouso semanal.

A Convenção n.° 106, de 1957, repete aproximadamente as regras estabelecidas na Convenção n.° 14. A Recomendação n.° 103, de 1957, determinou o repouso hebdomadário no comércio e nos escritórios, especificando que seria de 36 horas, devendo ser calculado de meia-noite a meia-noite, sem a inclusão de outros descansos anteriores ou posteriores.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, mostrou que "todo homem tem direito a repouso e lazer, inclusive à limitação razoável das horas de trabalho e férias remuneradas periódicas" (art. XXIV). O Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, assegura "o repouso, os lazeres, a limitação razoável da duração do trabalho e as ausências periódicas pagas, tanto quanto a remuneração dos dias de férias" (art. 7.°, d).

3. EVOLUÇÃO NO BRASIL

A primeira norma que veio tratar do tema foi o Decreto n.° 21.186, de 22-3-1932, estabelecendo o descanso semanal obrigatório para os trabalhadores do comércio, de 24 horas, de preferência aos domingos. O Decreto n.° 21.364, de 4-5-1932, tratou do mesmo benefício para os trabalhadores na indústria, estabelecendo que ele poderia ser suspenso em caso de serviços urgentes. O Decreto n.° 23.152, de 15-9-1933, versou sobre o repouso semanal nas casas de diversões, dizendo que após seis dias de trabalho efetivo haveria 24 horas consecutivas de descanso obrigatório e remunerado (art. 6.°), revelando pela primeira vez, em legislação ordinária, que o descanso deveria ser remunerado na atividade mencionada. O Decreto n.° 23.766, de 18-1-1934, estendeu o repouso semanal aos empregados em transportes terrestres, eliminando-se a possibilidade de sua suspensão (art. 10). O Decreto n.° 24.562, de 3-7-1934, especificou o direito aos empregados na indústria frigorífica, requerendo para tanto a assiduidade ao trabalho.

A Constituição de 1934 dispunha que o trabalhador teria direito ao repouso hebdomadário, de preferência aos domingos (art. 121, § 1.°, e). Verifica-se que o repouso não era remunerado e deveria ser concedido de preferência aos domingos, mas não necessariamente nesse dia.

Esclarecia a Constituição de 1937 que o "operário terá direito ao repouso semanal aos domingos e, nos limites das exigências técnicas da empresa, aos feriados civis e religiosos, de acordo com a tradição local" (art. 137, d).

Ainda não se falava em repouso semanal remunerado. A Carta de 1937 aumenta a previsão da norma constitucional anterior, dizendo que seria concedido também o repouso nos feriados civis e religiosos, de acordo com a tradição local, nos limites das exigências técnicas da empresa.

A CLT, de 1943, tratou do tema nos arts. 67 a 70.

A Constituição de 1946 estabelecia "repouso semanal remunerado, preferentemente aos domingos e, no limite das exigências técnicas das empresas, nos feriados civis e religiosos, de acordo com a tradição local" (art. 157, VI). Pelo que se nota, pela primeira vez, em âmbito constitucional, o repouso semanal passa a ser remunerado.

A Lei n.° 605, de 5-1-49, versou especificamente sobre o repouso semanal remunerado e o pagamento de salário nos dias feriados civis e religiosos. O Decreto n.° 27.048, de 12-8-49, regulamentou a Lei n.° 605/49.

Mostrava a Constituição de 1967 que o trabalhador teria direito ao "repouso semanal remunerado e nos feriados civis e religiosos, de acordo com a tradição local" (art. 158, VII).

A EC n.° 1, de 1969, repetia a redação da Norma Ápice anterior no inciso VII do art. 165.

A Constituição de 1988 foi mais sintética, mencionando apenas "repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos" (art. 7.°, XV). Nada foi versado) sobre os feriados civis e religiosos, o que não impede a legislação ordinária de fazê-lo. O repouso necessariamente não precisa ser concedido aos domingos, mas de preferência nesses dias, podendo, portanto, ser concedido em outro dia.

4. DENOMINAÇÃO

Várias são as denominações empregadas para o instituto em estudo, como as seguintes: repouso semanal remunerado, descanso semanal remunerado, repouso hebdomadário, descanso hebdomadário, folga semanal, repouso dominical, descanso dominical, descanso semanal, repouso semanal.

A Constituição de 1934 usava a expressão repouso hebdomadário (art. 121, § 1.°, e). Nessa linha de pensamento, poderia também ser usada a expressão descanso hebdomadário. No entanto, a palavra hebdômada diz respeito não só ao período de sete dias, mas a sete semanas ou sete anos, razão pela qual as expressões repouso hebdomadário e descanso hebdomadário são impróprias.

Utilizam-se as expressões repouso dominical ou descanso dominical, que não servem também para identificar a matéria em exame, pois o descanso é de preferência aos domingos, podendo ocorrer a folga compensatória em outro dia da semana, e não só nos domingos.

O uso apenas da denominação repouso semanal é inadequado, pois desde a Lei n.° 605/49 o descanso semanal passou a ser remunerado.

São usadas, ainda, as expressões repouso semanal remunerado (rsr), descanso semanal remunerado (dsr) ou folga semanal. Todas elas são sinônimas, pois indicam a ausência de trabalho uma vez por semana, tanto em relação ao repouso, como ao descanso ou à folga.

Prefiro empregar a expressão repouso semanal remunerado em função de que é o nome utilizado pela Constituição (art. 7.°, XV) e pela Lei n.° 605/49.

5. CONCEITO

O repouso semanal remunerado é o período em que o empregado deixa de prestar serviços uma vez por semana ao empregador, de preferência aos domingos, e nos feriados, mas percebendo remuneração. Esse período é de 24 horas consecutivas (art. 1.° da Lei n.° 605/49).

Como já vimos, o repouso semanal deve ser remunerado. Nesse período, o trabalhador não presta serviços ao empregador. Isso ocorre de preferência aos domingos e, também, nos feriados, sendo incorreto dizer que seria um intervalo a cada seis dias de trabalho, justamente porque o descanso pode não recair no domingo, porém em outro dia da semana (folga compensatória).

Trata-se, portanto, de um direito do trabalhador, que o empregador deve observar, tutelado pelo Estado, que tem interesse em que o operário efetivamente desfrute do descanso.

6. NATUREZA JURÍDICA

O repouso semanal remunerado não deixa de ter natureza salarial, pois o empregado desfruta do descanso, mas recebe pelo dia que não presta serviços. O Estado também tem interesse em que o empregado goze efetivamente do descanso, daí a natureza tutelar do instituto, de ordem pública e higiênica, para que o operário possa recuperar as energias gastas na semana inteira de trabalho que enfrentou, inclusive para ter convivência com a família ou a sociedade, desfrutando, até mesmo, de lazer.

O repouso semanal remunerado é, para o trabalhador, o direito de se abster de trabalhar, percebendo remuneração; e o empregador estará obrigado a não exigir trabalho, tendo a obrigação de pagar o salário correspondente, isto é, uma obrigação de não fazer e de pagar.

O fundamento do repouso semanal é recuperar as energias gastas pelo trabalhador durante a semana. A não-concessão do intervalo ou repouso importa diminuição do rendimento no trabalho.

7. VIGÊNCIA DOS ARTS. 67 A 70 DA CLT

Existe dúvida se os arts. 67 a 70 da CLT ainda estão em vigor em face da Lei n.º 605/49.

A LICC declara no § 1.º do art. 2.º que "a lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior".

No caso, não há revogação expressa dos arts. 67 a 70 da CLT pela Lei n.º 605/49. A Lei n.º 605/49 dispôs sobre o mesmo tema dos arts. 67 a 70, abrangendo os mesmos fatos e o mesmo instituto de maneira geral.

Há necessidade, todavia, de se analisar cada um dos dispositivos citados, para verificar se foram revogados.

O art. 67 da CLT foi revogado pelo art. 1.º da Lei n.º 605, pois naquele se menciona que o repouso deve coincidir com o domingo, enquanto no último o repouso deve ser de preferência aos domingos, sendo, portanto, o primeiro dispositivo incompatível com o segundo, que, inclusive, é mais recente, tendo, assim, prevalência. O parágrafo único do art. 67 da CLT trata dos serviços que devem ser feitos em domingos, o que é esclarecido nos arts. 8.º e 9.º da Lei n.º 605/49, com a regulamentação do art. 6.º e seus parágrafos do Decreto n.º 27.048/49, especialmente do § 2.º, estando o dispositivo consolidado revogado.

A regra do art. 68 e seu parágrafo único da CLT fica subsumida no art. 10 da Lei n.º 605/49, que foi regulamentada no art. 7.º do Decreto n.º 27.048/49, estando também revogado o preceito consolidado.

Trata o art. 69 da CLT da regulamentação das atividades realizadas nos descansos semanais, o que é feito pelo Decreto n.º 27.048/49, por força do parágrafo único do art. 10 da Lei n.º 605/49.

As determinações do art. 70 da CLT estão incluídas no art. 8.º da Lei n.º 605/49, que veda o trabalho em dias feriados, civis e religiosos. Logo, o primeiro artigo tinha sido revogado pela segunda norma. Ocorre que o Decreto-lei n.º 229/67, que é posterior à vigência da Lei n.º 605/49, deu nova redação ao art. 70 da CLT. A remissão aos arts. 68 e 69 é desnecessária, pois tais artigos encontram-se revogados. De outro modo, o preceito é inútil, pois a matéria é regulada na Lei n.º 605/49. Se tal dispositivo não existisse, não iria fazer nenhuma diferença, pois quem rege a matéria é a Lei n.º 605/49.

O fato de o Decreto n.º 73.626/74 (trabalho rural) fazer remissão aos arts. 67 a 70 da CLT (art. 4.º) vem a ser falha do regulamento da Lei n.º 5.889/73, além de exorbitância de seu conteúdo.

Assim, podemos dizer que os arts. 67 a 69 da CLT foram revogados pela Lei n.º 605/49, pois esta regula inteiramente a matéria e certos preceitos são incompatíveis com suas disposições.

8. TRABALHADORES BENEFICIADOS

A Lei n.º 605/49 menciona que suas disposições não se aplicam: (a) aos empregados domésticos; (b) aos funcionários públicos da União, dos Estados e dos Municípios, e aos respectivos extranumerários em serviço nas próprias

repartições; (c) aos servidores de autarquias paraestatais, desde que sujeitos a regime próprio de proteção ao trabalho que lhes assegure situação análoga à dos funcionários públicos (art. 5.°); (d) aos trabalhadores rurais que trabalhem em regime de parceria, meação, ou forma semelhante de participação na produção, que não são considerados empregados (art. 2.°).

Pág. 485

O repouso remunerado será, porém, devido aos trabalhadores das autarquias e de empresas industriais, ou sob administração da União, dos Estados e dos Municípios, ou incorporadas em seus patrimônios, desde que sejam regidos pela CLT e não por estatuto do funcionalismo público (art. 4.° da Lei n.° 605/49).

A Constituição estabelece no inciso XV do art. 7.° que o repouso semanal remunerado é devido aos trabalhadores urbanos e rurais. Quanto a estes últimos já havia previsão do direito ao repouso no art. 2.° da Lei n.° 605/49, que estendia suas determinações ao referido trabalhador. O parágrafo único do art. 7.° da Constituição, ao tratar do direito dos empregados domésticos, também assegurou o repouso semanal remunerado, de preferência aos domingos, com o que aqueles trabalhadores passaram a ter direito ao descanso semanal. O inciso XXXIV do art. 7.° daquela norma outorga os mesmos direitos do trabalhador com vínculo empregatício permanente ao avulso, mostrando que este também tem direito ao repouso semanal remunerado. Nesse ponto, o art. 3.° da Lei n.° 605/49 estende suas disposições àqueles que, sob forma autônoma, trabalhem agrupados, por intermédio de sindicato, caixa portuária ou entidade congênere, que são os trabalhadores avulsos.

O trabalhador temporário também tem direito ao repouso semanal remunerado (art. 12, d, da Lei n.° 6.019/74).

O inciso V do art. 3.° da Lei n.° 5.811/72 estabelece ao empregado sujeito a trabalhar na exploração, perfuração e refinação de petróleo, em regime de revezamento por turnos, o direito a um repouso de 24 horas consecutivas para cada três turnos trabalhados.

9. REMUNERAÇÃO

Corresponde a remuneração do repouso semanal remunerado: (a) para os que trabalham por dia, semana, quinzena ou mês, à de um dia de serviço; (b) para os que trabalham por hora, à de sua jornada normal de trabalho; (c) para os que trabalham por tarefa ou peça, ao equivalente ao salário das 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, equivalente ao quociente da divisão por seis da importância total da sua produção na semana (art. 7.° da Lei n.° 605/49); (e) para o trabalhador avulso, consistirá no acréscimo de 1/6 calculado sobre os salários efetivamente percebidos pelo trabalhador e pago juntamente com tais salários (art. 3.° da Lei n.° 605/49).

Os empregados cujos salários não sofram descontos por motivo de feriados civis ou religiosos são considerados já remunerados por esses dias de repouso, tendo direito, entretanto, à remuneração dominical.

O empregado mensalista ou quinzenalista já tem remunerados os dias de repouso semanal, pois as faltas são calculadas com base no número de dias do mês ou de 30 e 15 dias, respectivamente (§ 2.° do art. 7.° da Lei n.° 605/49).

Pág. 486

9.1 Horas extras

O Enunciado 172 do TST esclareceu que as horas extras prestadas com habitualidade integram o repouso semanal remunerado. Esse verbete surgiu num momento em que a legislação dizia justamente o contrário: que não se incluíam as horas extras prestadas no repouso semanal remunerado.

Com base na orientação do Enunciado 172 do TST, a Lei n.° 7.415, de 9-12-85, deu nova redação às alíneas a e b do art. 7.° da Lei n.° 605/49, determinando que as horas extras habitualmente prestadas deveriam integrar o repouso semanal remunerado, mesmo que o trabalhador preste serviços por hora, por dia, semana, quinzena ou mês.

Não haverá, porém, reflexos de horas extras sobre os feriados, pois inexiste previsão legal nesse sentido.

9.2 Comissionistas

Os vendedores que têm remuneração à base de comissões reivindicavam o direito ao recebimento também do repouso semanal remunerado, que corresponderia a um dia de vendas por semana. A Súmula 201 do STF esclareceu que "o vendedor pracista remunerado mediante comissão não tem direito ao repouso remunerado". O Enunciado 27 do TST mostra que "é devida a remuneração do repouso semanal e dos dias feriados ao empregado comissionista, ainda que pracista". Essa parece ser a melhor orientação, pois o comissionista não deixa de ser trabalhador urbano, tendo direito ao repouso semanal remunerado. Como a matéria provavelmente não poderá ser discutida em termos constitucionais, temos que prevalece a orientação do Enunciado 27 do TST.

A dúvida é quanto à forma de cálculo do repouso do comissionista. A Lei n.° 605/49 trata dos empregados que recebem por dia, semana, quinzena ou mês, por hora, por peça ou tarefa, para o empregado em domicílio, mas não para o comissionista. Assim, deve ser feita a operação aplicando-se, por analogia, o cálculo dos que percebem por peça ou tarefa, à razão de 1/6 sobre as comissões dos dias trabalhados (art. 7.°, c, da Lei n.° 605/49).

9.3 Gratificações

Observa o Enunciado 225 do TST que "as gratificações de produtividade e por tempo de serviço, pagas mensalmente, não repercutem no cálculo do repouso semanal remunerado". Isso ocorre justamente porque se o pagamento é mensal, o repouso já está nele incluído (§ 2.° do art. 7.° da Lei n.° 605/49).

As gorjetas não refletirão nos drs's, pois, se o pagamento é mensal, já engloba aqueles valores (§ 2.° do art. 7.° da Lei n.° 605/49), além do que fazem parte da remuneração e não do salário. O Enunciado 354 do TST adotou essa orientação.

9.4 Férias

Houve reivindicações de pagamento do repouso semanal remunerado das férias. Ocorre que, se o empregado está gozando as férias, recebe um salário por todo o período, já se incluindo o repouso semanal remunerado, pois inclusive os repousos estão incluídos nos dias corridos de férias. Se as férias são indenizadas, o empregado vai receber o valor correspondente ao período de férias, que já engloba os repousos correspondentes. O Enunciado 147 do TST informou que é "indevido o pagamento dos repousos semanais e feriados intercorrentes nas férias indenizadas".

9.5 Bancários

Os bancários trabalham seis horas por dia, nos dias úteis (art. 224 da CLT). Nos sábados, os bancários não trabalham, havendo pretensão de receber também o sábado como repouso remunerado. O TST fixou entendimento de que "o sábado do bancário é dia útil não trabalhado e não dia de repouso remunerado, não cabendo assim a repercussão do pagamento de horas extras habituais sobre a sua remuneração" (Enunciado 113 do TST). Algumas normas coletivas dos bancários têm estabelecido que as horas extras devem integrar os sábados. Por se tratar de norma mais benéfica ao trabalhador, deve ser observada.

9.6 Professor

Havia dúvida sobre o repouso semanal do professor, pois a CLT não trata especificamente do tema. O Enunciado 351 do TST esclareceu que o professor que recebe salário mensal à base de hora-aula tem direito ao acréscimo de 1/6 a título de repouso semanal remunerado, considerando-se para esse fim o mês de quatro semanas e meia.

9.7 Reflexos do adicional de insalubridade ou periculosidade

O adicional de insalubridade ou periculosidade não tem reflexo nos dsr's e feriados, pois tais pagamentos são feitos de forma mensal, já incluindo o repouso (§ 2.° do art. 7.° da Lei n.° 605/49).

9.8 Condição de pagamento

O art. 6.° da Lei n.° 605/49 determina que o empregado terá direito ao repouso semanal remunerado se tiver trabalhado durante toda a semana anterior, cumprindo integralmente seu horário de trabalho. Logo, verifica-se que são dois os requisitos para pagamento do repouso semanal: assiduidade e pontualidade. A assiduidade diz respeito ao fato de o empregado ter trabalhado durante toda a semana anterior, não tendo faltas no referido período.

A pontualidade implica o empregado chegar todo dia no horário determinado pelo empregador, não se atrasando para o início da prestação dos serviços, daí por que se falar em cumprimento de todo seu horário de trabalho de maneira integral. Essas são as condições para o pagamento do repouso semanal remunerado. Aquele dispositivo se aplica tanto ao empregado horista, como ao mensalista, pois não há qualquer distinção na lei. Não poderá haver, porém, o desconto do sábado, caso o empregado não trabalhe durante um dia da semana, ou o desconto de 1/5 do sábado em função de um dia não trabalhado durante a semana, pois o sábado é dia útil não trabalhado, se a empresa não exige serviço nesse dia. Desconta-se apenas o domingo se o empregado não trabalhou durante um ou mais dias na semana.

Será vedado, também, descontar os dias entre feriado e fim de semana (os chamados dias-pontes), caso o empregado falte durante a semana. Seria o caso de um feriado cair na quinta-feira e a empresa dispensar seus empregados do trabalho na sexta-feira e no sábado, tendo o empregado faltado um dia entre segunda e quarta-feira. Se o empregador não exige trabalho nesses dias, por sua conveniência, não pode descontá-los do empregado, pois o obreiro poderia ter sido chamado a prestar serviços. Não o fazendo, o empregador deve assumir os riscos de sua atividade e não transferi-la para o obreiro. Dispensado o empregado de prestar serviços nos referidos dias, é proibido a empresa considerá-los como falta. A alínea c do § 1.° do art. 6.° da Lei n.° 605/49 dispõe expressamente que são motivos justificados para não se considerar como falta para o cálculo do repouso a paralisação do serviço nos dias em que, por conveniência do empregador, não tenha havido trabalho.

Entende-se como semana o período de segunda-feira a domingo, anterior à semana em que recair o dia de repouso semanal (§ 4.° do art. 11 do Decreto n.° 27.048/49).

Nas empresas em que vigorar regime de trabalho reduzido, a freqüência exigida corresponderá ao número de dias em que o obreiro tiver de trabalhar (§ 3.° do art. 6.° da Lei n.° 605/49). Assim, se a empresa não proporciona atividade ao empregado de segunda a sábado, mas apenas em cinco dias da semana, ou número inferior, a assiduidade será observada em relação ao número de dias trabalhados pelo empregado.

São consideradas faltas justificadas: (a) as previstas no art. 473 e seu parágrafo único da CLT; (b) as faltas justificadas pelo empregador; (c) a paralisação do serviço nos dias em que, por conveniência do empregador, não tenha havido trabalho; (d) as decorrentes de acidente do trabalho; (e) a doença do empregado, devidamente comprovada (§ 1.° do art. 6.° da Lei n.° 605/49) e não a doença de pessoa de sua família.

O § 2.° do art. 6.° da Lei n.° 605/49 estabelece a ordem dos atestados médicos a serem observados para efeito do abono da falta do empregado que se encontra doente. O parágrafo único do art. 25 da Lei n.° 3.807/60, com a redação determinada pela Lei n.° 5.890/73, veio a versar sobre o mesmo tema. Por se tratar de lei, especificando sobre o mesmo tema, revoga a anterior, o § 2.° do art. 6.° da Lei n.° 605, por ser com ela incompatível. O § 4.° do art. 60 da Lei n.° 8.213/91 repetiu a mesma Lei n.° 3.807/60. Assim, a empresa que dispuser de serviço médico próprio ou em convênio procederá ao exame médico e ao abono das faltas do empregado.

Caso a empresa não possua médico ou convênio médico, ficará a cargo do médico da previdência, do sindicato ou de entidade pública o fornecimento do atestado (§ 4.° do art. 60 da Lei n.° 8.213/91). Os atestados médicos deverão obedecer a esta ordem para efeito de abono dos dias em que houve falta do empregado (Ens. 15 e 282 do TST). Assim, primeiro vale o atestado médico da empresa ou do convênio e depois os atestados dos médicos da previdência, do sindicato ou de entidade pública, para efeito do abono do dia em que houve ausência do obreiro ao serviço.

10. FERIADOS

Podem os feriados ser classificados como civis e religiosos. A Lei n.° 9.093, de 12-9-95, estabelece que são feriados civis: (a) os declarados em lei federal; (b) a data magna do Estado fixada em Lei Estadual. Essa última orientação não estava prevista anteriormente no art. 11 da Lei n.° 605/49, que foi revogado pela Lei n.° 9.093/95. Os civis são os seguintes: 1.° de janeiro (Dia da Paz Mundial, Lei n.° 662, de 6-4-49), 21 de abril (Tiradentes, conforme Lei n.° 1.266, de 8-12-50), 1.° de maio (Dia do Trabalho, conforme Lei n.° 662/49), 7 de setembro (Independência do Brasil, conforme Lei n.° 662/49), 12 de outubro (Nossa Senhora Aparecida, padroeira do Brasil, Lei n.° 6.802, de 30-6-80), 15 de novembro (Proclamação da República, conforme Lei n.° 662/49) e 25 de dezembro (Natal, conforme Lei n.° 662/49). O dia de eleições gerais também será considerado feriado civil (Lei n.° 1.266, art. 1.°).

São feriados religiosos os dias de guarda, declarados em lei municipal, de acordo com a tradição local e em número não superior a quatro, nestes incluída a sexta-feira da Paixão. Normalmente, nesses feriados são incluídos os dias de fundação dos próprios municípios, como 25 de janeiro (fundação da Cidade de São Paulo), 8 de dezembro (fundação da Cidade de Guarulhos). Na Cidade de São Paulo, são incluídos, ainda, o dia de Corpus Christi e Finados (2 de novembro), conforme a Lei municipal n.° 7.008, de 6-4-67.

São também feriados os dias do início e do término do ano do centenário de fundação do Município, fixados em lei municipal (art. 1.°, III, da Lei n.° 9.093/95).

Além dos feriados mencionados, outros não poderão ser estabelecidos, a não ser mediante lei federal. A terça-feira de Carnaval e os outros dias carnavalescos não são considerados feriados, pois não são previstos em lei, podendo ser exigido o trabalho nesses dias. Apenas por força do costume é que isso não ocorre. O empregador poderia, portanto, exigir trabalho nesses dias, sem ter de pagá-los em dobro.

* A Lei Paulista n.° 9.497, de 5-3-97, instituiu o dia 9 de julho como "data magna do Estado de São Paulo".

11. DIAS DE REPOUSO TRABALHADOS

Nos feriados civis e religiosos, assim como no dia de repouso, é vedado o trabalho, porém o empregado perceberá a remuneração respectiva, embora não preste serviços (art. 8.° da Lei n.° 605/49).

Há casos, porém, em que a execução do serviço é necessária em virtude de exigências técnicas das empresas (como hospitais, prontos-socorros, siderúrgicas, serviços públicos e transportes), em casos de força maior ou de serviços inadiáveis, em que o empregado deverá prestar serviços.

Consideram-se exigências técnicas as que, pelas condições peculiares às atividades da empresa, ou em razão do interesse público, tornem indispensável a continuidade do serviço (§ 5.° do art. 5.° da Lei n.° 605/49).

O art. 7.° do Decreto n.° 27.048/49 estabelece, em relação anexa, as atividades em que há permissão do trabalho nos dias de repouso. A permissão é concedida por meio de decreto do Presidente da República.

Fica autorizado o funcionamento aos domingos do comércio varejista em geral, respeitado o inciso I do art. 30 da Constituição, que trata do fato de o Município legislar sobre assuntos de interesse local. O repouso semanal deverá coincidir, pelo menos uma vez, no período máximo de quatro semanas, com o domingo, respeitadas as demais normas de proteção ao trabalho e outras previstas em acordo ou convenção coletiva.

Para os demais casos, não há, entretanto, a possibilidade do trabalho em todos os domingos. A Portaria n.° 509, de 15-6-67, estabelece que, de sete em sete semanas, a folga deverá recair em domingo, organizando-se para tanto escala de revezamento. Os elencos teatrais e congêneres, como atividades circenses e desportivas, não terão a referida escala. O art. 386 da CLT estabelece que, se houver trabalho aos domingos para as mulheres, será organizada uma escala de revezamento quinzenal, de modo a favorecer o repouso dominical.

A Lei n.° 605/49 e o inciso XV do art. 7.° da Constituição dispõem que o repouso semanal remunerado será concedido de preferência aos domingos. Nada impede, portanto, que a empresa conceda o repouso em outro dia que não o domingo. Para o trabalho em domingos, em casos de exigências técnicas, é preciso autorização do Ministro do Trabalho. Haverá possibilidade, ainda, de trabalho aos domingos: (a) em casos de força maior, justificada a ocorrência perante a DRT no prazo de 10 dias; (b) para a realização ou conclusão de serviços inadiáveis ou cuja inexecução possa acarretar prejuízo manifesto (art. 8.° do Decreto n.° 27.048/49). É autorizado o trabalho aos domingos, em caráter permanente: (a) na indústria, como de laticínios, frio industrial etc.; (b) comércio varejista de peixe, feiras-livres, entrepostos de combustíveis etc.; (c) transportes; (d) comunicações e publicidade; (e) educação e cultura (art. 7.° do Decreto n.° 27.048/49 e relação anexa ao mesmo Decreto).

11.1 Remuneração

Se o funcionário trabalha em dias de repouso ou feriados, deve receber em dobro (art. 9.° da Lei n.° 605/49), exceto se o empregador conceder a folga em outro dia. O art. 9.° da Lei n.° 605/49 só trata dos feriados, e não dos domingos, mas entendemos que se aplica por analogia aos domingos trabalhados sem folga compensatória. Qual a forma legal de compensação a título de folgas? A lei não dispõe. Não precisará, porém, ser feita por acordo ou convenção coletiva.

Pág. 491

Basta que seja concedida a folga em outro dia da semana. Não se está compensando a jornada de trabalho, mas o repouso semanal não gozado. A folga, porém, deve ser concedida dentro de sete dias. Se for concedida no oitavo dia, já deverá haver pagamento em dobro.

Havia dúvida sobre se o pagamento deveria ser feito em dobro ou em triplo. O Enunciado 146 do TST mostra que o repouso semanal não concedido em outro dia deverá ser remunerado em dobro e não em triplo, pois isso corresponde ao pagamento das horas trabalhadas e às do dia de repouso. Se se remunerasse em triplo, estar-se-ia remunerando uma vez mais do que o correto. O STF tem o mesmo entendimento: "é duplo, e não triplo, o pagamento de salário nos dias destinados a descanso" (Súmula 461). Assim, se o empregado já recebe o repouso semanal em seu salário, por ter remuneração mensal, terá o empregador de pagar mais uma vez o repouso trabalhado sem folga compensatória, para atingir o pagamento em dobro e não se aplicar a dobra sobre a verba já recebida, pois isso implicaria o pagamento em triplo.

O empregador não deve pagar o dia trabalhado em domingo e feriado com o adicional de horas extras de 100%, pois inexiste o direito a horas extras ou adicional de horas extras para esse dia, apenas penalidade de remunerá-lo em dobro. Da mesma forma, não há que se falar em reflexos de trabalho em feriados e domingos em outras verbas, porque as penalidades devem ser interpretadas restritivamente. Inexiste previsão legal desses reflexos, além de que não se trata de horas extras, para que houvesse reflexos.

A remuneração em dobro também é devida em casos de trabalho em dia de repouso por motivo de força maior e de serviços inadiáveis, pois o art. 9.° da Lei n.° 605/49 não faz qualquer distinção nesse sentido, que não pode ser extraída dos arts. 6.° e 8.°, b, do Decreto n.° 27.048/49.

Se o feriado cair no domingo e o empregado trabalhar nesse dia, não deverá haver o pagamento do feriado e mais do domingo. O § 3.° do art. 11 do Decreto n.° 27.048/49 dispõe que "não serão acumuladas a remuneração do repouso semanal e a do feriado civil ou religioso, que recaírem no mesmo dia".

VERIFICAÇÃO DE APRENDIZAGEM

1. O que é repouso semanal remunerado?
2. A partir de quando o repouso semanal passou a ser remunerado?
3. Qual a natureza jurídica do repouso semanal remunerado?
4. A Lei n.° 605/49 revogou os artigos 67 a 70 da CLT?
5. A que trabalhadores se aplica o repouso semanal remunerado?
6. Há alguma condição para o pagamento do repouso semanal?
7. Como é remunerado o trabalho em dias de repouso?
8. Os vendedores comissionistas têm direito ao dsr?
9. As horas extras integram os dsr's? Por quê?

FÉRIAS

1. INTRODUÇÃO

As férias visam proporcionar descanso ao trabalhador, após certo período de trabalho, quando já se acumularam no organismo toxinas que não foram eliminadas adequadamente. Os estudos da medicina do trabalho revelam que o trabalho contínuo sem férias é prejudicial ao organismo. Sabe-se que, após o quinto mês de trabalho sem férias, o empregado já não tem o mesmo rendimento, principalmente em serviço intelectual. Pode-se, ainda, dizer, em relação às férias, que elas são um complemento ao descanso semanal remunerado.

Nas férias, o interesse não é apenas do trabalhador, que quer gozá-las, mas também do Estado, que pretende que o obreiro as usufrua. Trata-se de verdadeiro direito do empregado, irrenunciável, tendo caráter eminentemente higiênico.

2. HISTÓRIA

Na Inglaterra, a primeira lei de férias surgiu em 1872, destinada aos operários das indústrias. Somente em 30 de julho de 1919, foi promulgada a primeira lei que concedeu férias a todos os trabalhadores assalariados, na Áustria.

A partir do término da Primeira Guerra Mundial, os países passaram a legislar sobre férias.

3. DIREITO INTERNACIONAL

A Declaração Universal dos Direitos do Homem tratou do tema no art. 24: "Toda pessoa tem direito ao descanso e à remuneração, especialmente a uma limitação racional das horas de trabalho e a férias remuneradas periódicas".

No âmbito da OIT houve a expedição de várias convenções e recomendações sobre o tema. A Convenção n.° 52, de 1936, que foi ratificada pelo Brasil em 1938, previa a concessão de férias de seis dias úteis. A Recomendação n.° 47, de 1936, esclareceu que as férias não seriam fracionadas. Ainda em 1936, foi aprovada a Convenção n.° 54, versando sobre as férias dos marítimos, que mais tarde foi revista pela Convenção n.° 72, de 1946, e pela de n.° 91, de 1949.

Em 1951, foi editada a Convenção n.° 101, que foi ratificada pelo Brasil em 1957, tratando das férias dos trabalhadores agrícolas. A Recomendação n.° 158, de 1954, estabeleceu que as férias anuais seriam proporcionais ao tempo de serviço prestado ao empregador no decorrer de um ano, informando que seriam de duas semanas, no mínimo, após 12 meses de serviço. A Convenção n.° 132, de 1970, que reviu as Convenções n.°s 52 e 101. Foi aprovada pelo Decreto Legislativo n.° 47, de 23-9-91 e promulgada pelo Decreto n.° 3.197, de 5-10-99. Versa sobre férias anuais remuneradas, com duração mínima de três semanas a cada ano de serviço (art. 3.°).

Afirma que as férias seriam aplicadas a todos os trabalhadores, não só aos marítimos. Concede férias proporcionais desde que o empregado tenha trabalhado pelo menos seis meses na empresa. Os feriados não seriam computados no período de gozo. As faltas justificadas do empregado seriam abonadas. Estipula que o fracionamento das férias seria autorizado pela lei de cada país, desde que um dos períodos não fosse inferior a duas semanas.

4. NO BRASIL

No Brasil, as férias foram concedidas pela primeira vez pelo Aviso Ministerial do Ministério da Agricultura, Comércio e Obras Públicas, em 18-12-1889, por 15 dias, e eram remuneradas. Essas férias foram estendidas aos operários diaristas e aos ferroviários da Estrada de Ferro Central do Brasil pelo Aviso Ministerial de 17-1-1890. Somente em 1925 é que foi estendido esse direito a todos os empregados e operários das empresas em geral, por meio da Lei n.° 4.582, de 24 de dezembro daquele ano. As férias eram concedidas a empregados de estabelecimentos comerciais, industriais e bancários e de instituições de caridade no Distrito Federal e nos Estados, por 15 dias, sem prejuízo da remuneração. A concessão poderia ser feita de uma vez ou parceladamente.

O Decreto n.° 19.808, de 28-3-1931, suspendeu a aplicação da Lei n.° 4.582, determinando que o parcelamento das férias poderia ser feito em períodos não inferiores a três dias, sendo que a época de sua concessão seria a que fosse mais conveniente ao empregador. O Decreto n.° 23.103, de 19-8-1933, tratou das férias dos empregados em estabelecimentos comerciais e bancários e em instituições de assistência privada. O Decreto n.° 3.768, de 18-1-1934, versou sobre férias a todos os empregados de qualquer ramo da indústria, em empresas jornalísticas, de comunicação, transportes e serviços públicos, exigindo que os empregados fossem sindicalizados, sendo que o direito de férias era concedido depois de 12 meses de trabalho na empresa.

A Lei n.° 222, de 10-7-1936, excluiu do direito de férias as pessoas que tivessem participação nos lucros das empresas e os representantes com firma comercial autônoma ou com economia própria. Em 24-7-1936, foram concedidas férias aos empregados em hotéis, restaurantes e similares pela Lei n.° 229. A Lei n.° 450, de 19-6-1937, concedeu férias aos trabalhadores de embarcações. O Decreto-lei n.° 505, de 16-6-38, estendeu o direito de férias aos empregados de usinas de açúcar e fábricas de álcool, informando que o direito de férias seria concedido independentemente de o empregado ser sindicalizado.

Em 1943, foram consolidados na CLT todos os diversos textos a respeito do assunto. Em 13-4-77, o Decreto-lei n.° 1.535 deu nova redação a todo o Capítulo IV da CLT, que versa sobre o direito de férias anuais.

A primeira Constituição brasileira a tratar de férias foi a de 1934, prevendo férias anuais remuneradas (art. 121, § 1.°, f). A Constituição de 1937 estabeleceu a observância de um prazo de aquisição para que as férias fossem concedidas: "depois de um ano de serviço ininterrupto em uma empresa de trabalho contínuo, o operário terá direito a uma licença anual remunerada" (art. 137, e). A Constituição de 1946 voltou a usar a expressão prevista na Constituição de 1934, férias anuais remuneradas (art. 157, VII), sem especificar mais detalhes. A Constituição de 1967 (art. 158, VIII) e a EC n.° 1, de 1969 (art. 165, VIII) mantiveram o uso da mesma expressão. A novidade veio com a Constituição de 1988 que, além de prever o gozo de férias anuais remuneradas, concedeu um terço a mais do que o salário normal (art. 7.°, XVII).

5. CONCEITO

Férias vem do latim feria, "dias feriales". Eram dias em que havia a suspensão do trabalho. Para os romanos, férias eram seus dias de festas.

Existem vários descansos que ocorrem no curso do contrato de trabalho. Há descansos, dentro da jornada, de 15 minutos a duas horas. Existem descansos, entre uma jornada e outra, de 11 horas. Temos o descanso semanal remunerado, de preferência aos domingos. Por fim, existe um descanso mais longo, que são as férias.

Férias são o período do contrato de trabalho em que o empregado não presta serviços, mas aufere remuneração do empregador, após ter adquirido o direito no

decurso de 12 meses. Visam, portanto, as férias à restauração do organismo após um período em que foram despendidas energias no trabalho.

6. NATUREZA JURÍDICA

A natureza jurídica das férias pode ser analisada sob dois aspectos: o negativo e o positivo. Do ponto de vista negativo, é o período em que o empregado não deve trabalhar e o empregador não pode exigir serviços do obreiro. No tocante ao aspecto positivo, podemos dizer que é o período em que o empregador deve conceder as férias e pagar a remuneração, o que mostra a existência de obrigação de fazer e de dar ao mesmo tempo.

Sob o ângulo do empregado, podemos dizer que é o direito de exigi-las do empregador e de se abster de trabalhar no referido período. No enfoque do empregador, é o período em que este deve abster-se de exigir trabalho do empregado e pagar a remuneração correspondente.

Constata-se que as férias têm um aspecto de direito irrenunciável para o empregado, de que este não pode abrir mão. O Estado, de outro modo, também tem o interesse de verificar a concessão das férias, assegurando a saúde física e mental do trabalhador.

É possível analisar, ainda, outros aspectos: como seu caráter social, em que o operário irá ter convívio com sua família e a sociedade, e, também, do ponto de vista econômico, que diz respeito à remuneração, pois mesmo em férias o empregador é obrigado a pagar-lhe salários. Outra acepção que deve ser analisada é que o turismo, normalmente, é decorrente das férias.

7. PERÍODO AQUISITIVO

Para o empregado ter direito às férias, há necessidade de cumprir um período que é denominado aquisitivo daquele direito. Assim, após cada período de 12 meses de vigência do contrato de trabalho do empregado é que haverá o direito às férias, ou seja, houve o cumprimento da condição, do interstício legal para sua concessão.

É certo que esse direito de concessão de férias anuais é remunerado. Ocorre a suspensão do trabalho, mas o empregador continua tendo a obrigação de pagar os salários.

No período anterior ao do Decreto-lei n.° 1.535/77, as férias eram concedidas em dias úteis. O empregado geralmente tinha direito a 20 dias úteis de férias. Essa orientação continua existente em relação ao empregado doméstico, que tem direito a 20 dias úteis de férias, após cada 12 meses de trabalho (art. 3.° da Lei n.° 5.859/72), pois a norma especial que regula o trabalho dos domésticos não foi alterada pelo Decreto-lei n.° 1.535/77, que modificou a redação dos artigos que versam sobre férias na CLT. Assim, o empregado doméstico não tem direito a 30 dias corridos de férias, mas apenas a 20 dias úteis.

Em relação ao empregado regido pela CLT, os dias de férias são corridos, de acordo com a tabela prevista no art. 130:

N.° de faltas injustificadas no período aquisitivo	Período de gozo de férias
Até 5	- 30 dias corridos
De 6 a 14	- 24 dias corridos
De 15 a 23	- 18 dias corridos
De 24 a 32	- 12 dias corridos

Acima de 32 faltas, o empregado não tem direito a férias.

A proporcionalidade das férias pode ser estabelecida à razão de 1/12 de 30, 24, 18 ou 12 dias, por mês de serviço ou fração superior a 14 dias, de acordo com a (seguinte tabela:

Proporcionalidade em n.° de avos	Base para apuração da proporcionalidade
	30 dias - até 5 faltas
1/12	2,5 dias
2/12	5 dias
3/12	7,5 dias
4/12	10 dias
5/12	12,5 dias
6/12	15 dias
7/12	17,5 dias
8/12	20 dias
9/12	22,5 dias
10/12	25 dias
11/12	27,5 dias
12/12	30 dias
	24 dias - de 6 a 14 faltas
1/12	2 dias
2/12	4 dias
3/12	6 dias
4/12	8 dias
5/12	10 dias
6/12	12 dias
7/12	14 dias
8/12	16 dias
9/12	18 dias
10/12	20 dias
11/12	22 dias
12/12	24 dias
	18 dias - de 15 a 23 faltas
1/12	1,5 dia
2/12	3 dias
3/12	4,5 dias
4/12	6 dias
5/12	7,5 dias
6/12	9 dias
7/12	10,5 dias

12 dias
13,5 dias
15 dias
16,5 dias
18 dias

12 dias - de 24 a 32 faltas
1 dia
2 dias
3 dias
4 dias
5 dias
6 dias
7 dias
8 dias
9 dias
10 dias
11 dias
12 dias

Há férias diferenciadas para os empregados submetidos ao regime de trabalho de tempo parcial. A proporção é a seguinte:

a. 8 dias, para a duração do trabalho semanal superior a 22 horas, até 25 horas;

b. 16 dias, para a duração do trabalho semanal superior a 20 horas, até 22 horas;

c. 14 dias, para a duração do trabalho semanal superior a 15 horas, até 20 horas;

d. 12 dias, para a duração do trabalho semanal superior a 10 horas, até 15 horas;

e. 10 dias, para a duração do trabalho semanal superior a cinco horas, até 10 horas;

f. 8 dias, para a duração do trabalho semanal igual ou inferior a cinco horas.

O empregado contratado para o regime de tempo parcial que tiver mais de sete faltas injustificadas ao longo do período aquisitivo terá seu período de férias reduzido à metade. Não perde, portanto, o direito às férias. Apenas suas férias são reduzidas à metade. Assim, se o empregado tiver a partir de oito faltas injustificadas no período aquisitivo, suas férias serão reduzidas à metade, de acordo com o número de dias a que fizer jus, segundo a tabela supra-indicada, que depende do número de horas trabalhadas por semana.

Nada impede que a lei estabeleça férias diferenciadas para trabalhadores contratados a tempo parcial, de forma diversa da prevista para o empregado comum contratado para trabalhar tempo integral.

A previsão é legal. São situações de trabalho diferenciadas, pois o cansaço do trabalhador será menor, ao prestar serviços de forma parcial.

De qualquer modo, o período de férias será computado como tempo de serviço do empregado na empresa, para todos os efeitos (§ 2.° do art. 130 da CLT). Entretanto, o período de férias indenizadas, após a cessação do contrato de trabalho, não será considerado como tempo de serviço do empregado, em função do término do contrato de trabalho.

Durante as férias porém, a empresa não poderá combinar com o empregado que irá descontar as faltas deste no curso do período aquisitivo, pois as férias

visam proporcionar descanso ao trabalhador. O mesmo se diga em relação a dias-ponte entre feriados em que não tenha havido trabalho.

As férias não decorrem da pontualidade do empregado, de chegar sempre na hora à empresa, mas de ter trabalhado. Se a empresa permite que o empregado trabalhe em certo dia, embora tenha chegado atrasado, esse fato não será levado em consideração para efeito de férias, que serão integrais. De outro modo, se o empregado tem direito a 30 dias de férias, mas faltou na empresa três vezes, nem por isso a empresa poderá descontar esses dias de suas férias, até porque, no caso, terá direito integral às férias de 30 dias, por não ter faltado mais de cinco vezes (art. 130, I, da CLT). Se a falta ainda é considerada justificada pelo empregador, ou se o empregador paga o dia correspondente, embora não tenha havido trabalho, mais um motivo existe para que não seja descontada das férias do empregado.

8. FALTAS

O art. 131 da CLT estabelece as hipóteses em que não se considera a falta para efeito da concessão de férias.

A primeira hipótese é a dos casos previstos no art. 473 da CLT. Assim, se o empregado falta dois dias por motivo de falecimento do cônjuge; três dias em virtude de casamento; um dia em caso de nascimento de filho; um dia a cada 12 meses de trabalho em caso de doação voluntária de sangue; dois dias em função de alistamento eleitoral; três dias no período em que o empregado tiver de cumprir as exigências do Serviço Militar, a falta será considerada justificada.

A segunda hipótese diz respeito ao período em que a empregada tem direito à licença compulsória por motivo de maternidade ou aborto, observados os requisitos para percepção do salário-maternidade custeado pela Previdência Social. O inciso II do art. 131 da CLT teve redação determinada pela Lei n.° 8.921, de 25-7-94, não mencionando mais a expressão "aborto não criminoso"; agora, se o aborto for criminoso, ainda assim dará direito ao abono da falta. O período de licença da empregada para efeito de gravidez é de 120 dias. Em caso de aborto não criminoso, comprovado por atestado médico oficial, a mulher terá um repouso remunerado de duas semanas (art. 395 da CLT).

A terceira hipótese é a concernente ao acidente do trabalho ou enfermidade atestada pelo INSS, excetuando o caso previsto no inciso IV do art. 133 da CLT, isto é, tiver percebido da Previdência Social prestações de acidente do trabalho ou de doença por mais de seis meses, embora descontínuos.

Deixa claro o Enunciado 46 do TST que "as faltas ou ausências decorrentes de acidente do trabalho não são consideradas para os efeitos de duração de férias". O STF tem a mesma orientação: "as ausências motivadas por acidente do trabalho não são descontáveis do período aquisitivo de férias" (Súmula 198).

É claro que será necessário que o empregado cumpra o período de carência para a concessão do auxílio-doença (que é de 12 meses), porém, em prestações decorrentes de acidente do trabalho, não há período de carência.

A quarta hipótese é a correspondente às faltas que já foram consideradas justificadas pela empresa, ou seja, aquelas em que não houve desconto no salário do empregado.

A quinta hipótese é a condizente ao caso de o empregado ser suspenso, preventivamente, para responder a inquérito para apuração de falta grave de empregado estável ou para prisão preventiva, quando for pronunciado ou absolvido.

A sexta hipótese é a que versa sobre os dias em que não tenha havido serviço, por determinação do próprio empregador.

Os atrasos ou saídas injustificadas não são faltas. Mesmo perdendo o empregado o direito ao dsr, por ter chegado atrasado em certo dia da semana, não se considera tal fato como falta para efeito de férias, pois o empregado chegou a trabalhar no referido dia.

9. PERDA DO DIREITO DE FÉRIAS

O empregado não terá direito a férias se no curso do período aquisitivo:

a) deixar o emprego e não for readmitido dentro dos 60 dias subseqüentes a sua saída. É a hipótese em que o empregado pede demissão, tendo que voltar ao emprego dentro dos 60 dias subseqüentes para ter direito de contagem do tempo de serviço do período anterior, que foi incompleto. Voltando o empregado dentro dos 60 dias após seu desligamento, pode contar o período aquisitivo anterior, recomeçando a correr as férias no ponto em que houve a interrupção. Se o empregado voltar à empresa depois dos 60 dias, perde o direito ao período incompleto de férias, iniciando-se novo período aquisitivo. Havendo período aquisitivo completo, as férias já são devidas, de maneira integral;

b) permanecer em gozo de licença, com percepção de salários, por mais de 30 dias. Aqui a condição é que o empregado fique em gozo de licença remunerada por pelo menos 31 dias. Parece que os 30 dias referidos na lei podem ser descontínuos, pois não se fala em dias corridos, como no art. 130 da CLT;

c) deixar de trabalhar, com percepção do salário, por mais de 30 dias, em virtude de paralisação parcial ou total dos serviços da empresa. Nessa hipótese, o empregado não trabalhou em virtude de paralisação parcial ou total de um setor de toda a empresa, por pelo menos 31 dias;

d) tiver percebido da Previdência Social prestações de acidente do trabalho ou de auxílio-doença por mais de seis meses, ainda que descontínuos. Essa é a exceção à regra do inciso III do art. 131 da CLT. Se o empregado perceber prestações previdenciárias a título de acidente do trabalho ou de auxílio-doença por mais de seis meses, mesmo que por períodos descontínuos, perde o direito às férias.

Se o empregado ficar afastado por período inferior a seis meses, no curso do período aquisitivo, terá direito a férias integrais (art. 131, III, c/c art. 133, IV).

Na hipótese da letra c, a empresa comunicará ao órgão local do Ministério do Trabalho, com antecedência mínima de 15 dias, as datas de início e fim da paralisação total ou parcial dos serviços da empresa, e, em igual prazo, comunicará, nos mesmos termos, ao sindicato representativo da categoria profissional, bem como afixará avisos nos respectivos locais de trabalho (§ 3.° do art. 133 da CLT). O objetivo desse dispositivo foi evitar a concessão indiscriminada de licença remunerada ao empregado com a finalidade de não pagar o terço constitucional; daí a necessidade da comunicação. A comunicação será feita tanto à DRT, como ao sindicato da categoria profissional. Deverá ser indicado o período em que existir a paralisação (início e término). É oportuno requerer, tanto na DRT como no sindicato, o protocolo da comunicação para fins de futura comprovação.

O período em que houver a interrupção da prestação de serviços deverá ser anotado na CTPS do empregado. Inicia-se novo período aquisitivo quando o empregado incorrer em quaisquer das situações expostas nos itens de a a d, anteriormente descritos, a partir do momento do seu retorno ao serviço (§ 2.° do art. 133 da CLT).

Quando o empregado se encontrar servindo as Forças Armadas, terá 90 dias para se apresentar ao serviço, a contar da baixa, para poder contar o período anterior a sua incorporação ao Serviço Militar, para efeito das férias.

Verifica-se que a condição para o empregado contar o tempo anterior que trabalhou na empresa, antes de se engajar no serviço militar, é que compareça à empresa nos 90 dias seguintes após a baixa.

A licença não remunerada a pedido do empregado não obriga o empregador a pagar salários, porém para efeito de férias há a suspensão da contagem do período aquisitivo, que só se reinicia quando o empregado voltar a trabalhar até completar 12 meses de serviço.

10. PERÍODO CONCESSIVO

As férias serão concedidas ao empregado nos 12 meses subseqüentes à data em que aquele haja adquirido o direito. É o que se chama de período concessivo, de gozo ou de fruição. Assim, existem 12 meses para que o empregado adquira o direito a suas férias, tendo o empregador mais 12 meses para concedê-las.

É o empregador que irá fixar a data da concessão das férias do empregado e não este, de acordo com a época que melhor atenda aos interesses da empresa (art. 136 da CLT).

A regra geral é que as férias são concedidas num só período. Entretanto, em casos excepcionais as férias poderão ser gozadas em dois períodos, desde que um deles não seja inferior a 10 dias corridos. Os maiores de 50 anos e os menores de 18 anos terão a concessão das férias feita de uma só vez (art. 134, § 2.°, da CLT).

Os membros de uma mesma família que trabalhem no mesmo estabelecimento ou na mesma empresa, terão direito de gozar suas férias num mesmo período, desde que assim o requeiram e não cause prejuízo ao serviço.

A outra exceção à regra é que o empregado estudante, que tenha menos de 18 anos, terá direito a fazer coincidir suas férias com as férias escolares (§ 2.° do art. 136 da CLT). A empresa poderá exigir do empregado uma declaração da escola para confirmar o período de férias escolares.

Trabalhando o empregado para duas empresas, do mesmo grupo, mediante um único contrato de trabalho, terá direito apenas a um único período de férias. Se trabalhar para mais de uma empresa do grupo econômico, por intermédio de dois ou mais contratos de trabalho, terá direito o obreiro a gozar férias em cada emprego.

O empregado que ficar doente no curso das férias não tem seu gozo suspenso. Se persistir a doença após as férias, terá direito a receber da empresa os primeiros 15 dias de trabalho. Ocorrendo durante as férias o nascimento de filho da empregada, haverá a suspensão das férias pelos 120 dias. Em relação ao empregado que for pai durante as férias, não há previsão de suspensão de suas férias para o gozo da licença-paternidade.

11. COMUNICAÇÃO DAS FÉRIAS

As férias devem ser comunicadas por escrito ao empregado. Não há a possibilidade da comunicação das férias de maneira verbal. Antigamente, essa comunicação era feita com uma antecedência mínima de 10 dias. A Lei n.° 7.414, de 9-12-85, modificou essa orientação, dispondo que a comunicação das férias deve ser feita com antecedência de, no mínimo, 30 dias. Dessa participação o empregado dará recibo (art. 135 da CLT).

As férias deverão ser anotadas na CTPS do empregado, que não poderá entrar, em seu gozo sem apresentá-la ao empregador, para a devida anotação. A concessão das férias será também anotada no livro ou na ficha de registro de empregados. A microempresa e empresa de pequeno porte ficam dispensadas de

anotar a concessão das férias no livro ou ficha de registro de empregados (art. 11 da Lei n.º 9.841).

O pagamento das férias deverá ser feito até dois dias antes do início do período de gozo (art. 145 da CLT).

Durante as férias, o empregado está proibido de prestar serviços a outro empregador, salvo se estiver obrigado a fazê-lo em virtude da existência de outro contrato de trabalho mantido com outro empregador.

12. FÉRIAS CONCEDIDAS APÓS O PERÍODO CONCESSIVO

Sempre que as férias forem concedidas após o período concessivo, ou seja, nos 12 meses subseqüentes à aquisição do direito, deverão ser pagas em dobro (art. 137 da CLT).

Se houver o vencimento do período concessivo de férias sem que o empregador as conceda, o empregado poderá ajuizar reclamação trabalhista pedindo sua fixação, por sentença, para efeito de gozá-las. Assim, o juiz é que irá fixar os dias em que as férias serão concedidas ao empregado. A sentença irá cominar uma pena diária de 5% do salário mínimo da região, que é devida ao empregado, até que seja cumprida a concessão das férias. Transitada em julgado a sentença, o juiz remeterá uma cópia da decisão ao órgão local do Ministério do Trabalho para o fim de aplicar a multa administrativa pela concessão das férias fora do prazo legal (§ 3.º do art. 137 da CLT).

Há que se esclarecer que, se o descanso anual é integralmente gozado fora do período concessivo, todos os dias correspondentes às férias serão devidos em dobro. Se houver a concessão de parte das férias dentro do período concessivo e parte fora desse lapso de tempo, apenas a remuneração dos últimos dias é que será paga em dobro (En. 81 do TST). Exemplo: 20 dias das férias foram concedidos dentro do período concessivo e 10 dias foram gozados fora daquele período. Apenas esses últimos 10 dias é que serão devidos em dobro, pois foi o lapso de tempo que excedeu o período concessivo. Não se justificaria a concessão de férias em dobro da parte que foi gozada dentro do período concessivo.

A licença-maternidade não prejudica o direito à contagem de férias, embora a empregada não preste serviços. Quando a empregada retornar da licença-maternidade serão concedidas as férias, sem se falar em pagamento em dobro caso tenha sido excedido o prazo de concessão, pois as condições da empregada é que impediram o direito de fruição das férias. Se a criança nasce no decurso das férias, há a suspensão destas, que serão gozadas pelo prazo remanescente quando do término da licença de 120 dias.

Se o empregado recebe as férias dentro do prazo concessivo, mas não as goza, há pagamento em dobro. É preciso o pagamento ser feito mais uma vez para atingir a dobra, pois o intuito do legislador é também que o trabalhador goze as férias, e não apenas receba seu pagamento. Se as férias não foram gozadas, o objetivo do legislador não foi alcançado, incidindo a hipótese do art. 137 da CLT, que determina que, se as férias forem concedidas fora do período concessivo, o empregador deverá pagá-las em dobro.

No caso de as férias do empregado não serem gozadas por motivo de acidente do trabalho, não há que se falar em dobra, pois a empresa não poderia prever a referida situação. Quando o empregado retornar, deverá sair de férias, sem o pagamento em dobro, mesmo que já excedido o período concessivo.

13. FÉRIAS COLETIVAS

13.1 Introdução

As férias são chamadas coletivas quando concedidas não apenas a um empregado, mas a todos os empregados da empresa ou de determinados estabelecimentos ou setores da empresa (art. 139 da CLT).

Pág. 502

Normalmente, as férias coletivas ocorrem no final do ano, coincidindo com Natal e Ano-Novo; muitas vezes, porém, as empresas concedem férias coletivas quando diminui sua produção ou a procura de seus produtos, como ocorre na indústria automobilística e em outras empresas.

Na redação anterior da CLT, não havia disposição sobre férias coletivas, que eram disciplinadas em regulamentos de empresas ou normas coletivas. Quem passou a estabelecer regras nesse sentido foi o Decreto-lei n.° 1.535, de 13-4-77, que introduziu a Seção III no Capítulo da CLT. Mesmo nas férias coletivas, o empregador deverá remunerá-las com um terço a mais.

Não há obrigação da concessão das férias coletivas, sendo que o empregador é que irá verificar quando elas serão necessárias.

13.2 Estabelecimentos abrangidos

O art. 139 da CLT dispõe que as férias coletivas poderão abranger todos os empregados da empresa, ou de determinados estabelecimentos ou setores da empresa. Poderão, portanto, abranger toda a empresa ou apenas parte dela, como estabelecimentos ou setores. Seria o caso de a empresa conceder férias coletivas apenas ao setor de produção, em razão de estar fazendo poucas vendas, mantendo o trabalho nos demais setores, como no departamento de pessoal.

13.3 Períodos

As férias poderão ser gozadas em dois períodos anuais. Entretanto, será vedada a concessão de períodos em que um deles seja inferior a 10 dias corridos. Os dias de férias serão corridos e não úteis, como era na sistemática anterior ao Decreto-lei n.° 1.535/77. Assim, um período terá pelo menos 10 dias e, o outro, provavelmente, terá 20 dias, para totalizar os 30 dias. Será proibida a concessão de um período de sete dias e outro de 23 dias. Na prática, o fracionamento das férias coletivas só poderá ser feito em relação às hipóteses dos incisos I e II do art. 130 da CLT, pois nas férias de 18 e 12 dias um dos períodos será inferior a 10 dias. Uma solução será a concessão de licença remunerada nos períodos superiores aos dias de férias do empregado.

A lei, no caso, não determinou que o fracionamento das férias coletivas só pode ser feito em casos excepcionais como o fez o § 1.° do art. 134 da CLT. Logo, é possível dizer que o fracionamento pode ser feito mesmo que não haja casos excepcionais. O próprio § 1.° não é imperativo, mas facultativo, pois usa a palavra poderão, deixando ao livre alvedrio do empregador fracioná-las de acordo com seus interesses, principalmente os da produção.

O empregador não precisará consultar os empregados sobre a data em que as férias coletivas serão concedidas. Concederá as férias no período que melhor lhe convier, com base na regra do art. 136 da CLT. Trata-se também de uma faculdade do empregador, que pode ou não concedê-las.

Tratando-se de férias de menores de 18 anos e maiores de 50 anos de idade, as férias devem ser concedidas de uma só vez, aplicando-se a regra do § 2.° do art. 134 da CLT, pois se trata de proibição genérica, que também se aplica às férias coletivas.

Pág. 503

Em casos de férias coletivas que forem inferiores ao direito desses empregados, o empregador deverá conceder integralmente as férias ou, em sua impossibilidade, considerar as férias coletivas como licença remunerada. Adotando-se a licença remunerada, as férias individuais serão gozadas em outra época.

O empregado estudante, menor de 18 anos, terá direito a fazer coincidir suas férias com as férias escolares (§ 2.° do art. 136 da CLT). O empregador, portanto, não poderá obrigá-lo a sair em férias coletivas, salvo se estas coincidirem com suas férias escolares. Se as férias coletivas forem concedidas em época diversa das férias escolares, pode-se considerá-las como licença remunerada e as férias normais serão concedidas juntamente com as férias escolares, de acordo com o período concessivo.

Não poderá, porém, o empregador descontar as faltas do empregado das férias coletivas, pois aqui há a incidência da regra do § 1.° do art. 130 da CLT.

Os membros de uma família que trabalharem no mesmo estabelecimento ou empresa terão direito a gozar férias no mesmo período, se assim o desejarem e se disto não resultar prejuízo para o serviço (§ 1.° do art. 136 da CLT). Suas férias coletivas também serão num mesmo período, ficando a escolha a cargo dos membros da família, salvo se algum prejuízo resultar para o serviço.

Poderá o empregador incluir os empregados contratados a tempo parcial nas férias coletivas que conceder aos demais empregados.

13.4 Comunicações

O empregador comunicará ao órgão local do Ministério do Trabalho, com antecedência mínima de 15 dias, datas de início e fim das férias coletivas, precisando quais os estabelecimentos ou setores abrangidos pela medida.

A empresa também terá de comunicar aos sindicatos representativos dos trabalhadores, com a antecedência de 15 dias, a concessão de férias coletivas. O correto é a expressão no plural, pois na empresa pode haver mais de um sindicato de trabalhadores naquela base territorial, como, v. g., de categoria diferenciada etc. Não haverá, porém, a necessidade de a comunicação ser feita ao sindicato dos empregadores, apenas à DRT e aos sindicatos dos trabalhadores, pois a lei não traz previsão nesse sentido.

O prazo de 15 dias previstos na lei também é para a afixação dos avisos no local de trabalho de que as férias coletivas serão concedidas. O não-cumprimento do prazo e da colocação dos avisos implica multa administrativa.

Se o empregador não comunicar à DRT e aos sindicatos de trabalhadores até 15 aias antes da concessão das férias coletivas, incorrerá em multa administrativa. As férias coletivas não serão consideradas ineficazes, pois se trata de simples comunicação e não requisito substancial para a validade do ato jurídico.

Se as férias forem efetivamente gozadas, não deverão ser pagas ou concedidas novamente, caso seja desrespeitado o prazo de aviso à DRT e aos sindicatos ou não tenha sido observado que o fracionamento seja inferior a 10 dias. Haverá apenas infração administrativa.

A empresa não terá, contudo, de pedir autorização da DRT ou do sindicato para conceder as férias. Apenas irá comunicá-los de que irá concedê-las.

A microempresa e a empresa de pequeno porte precisam fazer a notificação à DRT e comunicar aos sindicatos de trabalhadores.

13.5 Empregados com menos de 12 meses

Os empregados que tiverem menos de 12 meses de empresa gozarão férias coletivas proporcionais (art. 140 da CLT). A empresa poderá convocar o empregado para trabalhar após o término das férias proporcionais. Os que tiverem mais de 12 meses gozarão férias de acordo com a escala do art. 130 da CLT e o período determinado de férias coletivas pelo empregador.

Caso seja concedido ao empregado um número de dias de férias a que não teria direito, em função de seu pouco tempo de serviço na empresa, o restante deverá ser considerado como licença remunerada por parte do empregador. Vamos admitir que o empregado tivesse menos de um ano na empresa; concedendo o empregador 20 dias de férias coletivas, mas o empregado só tendo direito a 10 dias, os restantes 10 dias seriam, assim, considerados como licença remunerada por parte da empresa. Como o risco da atividade econômica deve ficar a cargo do empregador (art. 2.° da CLT), sendo ele que entendeu por bem paralisar os serviços, compreende-se que o período em que o empregado não teria direito às férias seja considerado como licença remunerada.

Reza o art. 140 da CLT que "os empregados contratados há menos de 12 (doze) meses gozarão, na oportunidade, férias proporcionais, iniciando-se, então, novo período aquisitivo".

Não há dúvida de que o período de férias é contado como tempo de serviço do empregado, porém este não se confunde com o início do período aquisitivo.

A palavra então refere-se ao término das férias proporcionais coletivas e não ao período do início das mesmas férias coletivas.

O § 2.° do art. 133 da CLT ajuda a entender a questão, pois dispõe que inicia-se o decurso de novo período aquisitivo quando o empregado, após o implemento de qualquer das condições previstas nos incisos do art. 133 da CLT, retornar ao serviço. Pela redação do citado § 2.° do art. 133 da CLT o início de novo período aquisitivo é contado do implemento de uma das condições dos incisos do mesmo artigo, como permanecer em licença por mais de 30 dias com pagamento de salários. Terminada a licença, inicia-se novo período aquisitivo.

O mesmo raciocínio pode ser utilizado em relação às férias coletivas do empregado que tem menos de 12 meses. Terminadas as férias coletivas, inicia-se novo período aquisitivo. É a interpretação sistemática e literal da CLT.

A regra do art. 140 da CLT pode ser aplicada aos empregados que tiverem mais de um ano de empresa. É o que ocorreria com a empresa que concedesse férias coletivas e o empregado ainda não tivesse outro período completo de 12 meses. Nesse caso, gozará o trabalhador de férias proporcionais, iniciando, após o término destas, novo período aquisitivo.

Após o término das férias coletivas é que se inicia novo período aquisitivo para o obreiro.

Na hipótese de o empregado ter direito a férias em proporção inferior às coletivas que seriam concedidas, poderia ser o caso de considerá-las como férias individuais, fazendo a anotação na CTPS do obreiro. Se as férias forem gozadas e pagas, não poderão ser concedidas e pagas novamente. Entretanto, se houver violação aos parágrafos do art. 136 e ao § 2.° do art. 134 da CLT, o empregador incorrerá em multa administrativa.

Se as férias coletivas forem inferiores ao período de férias a que o trabalhador teria direito, o empregador deverá conceder o saldo restante em outra oportunidade, porém dentro do período concessivo. Vamos admitir que o empregado já tivesse direito a 30 dias de férias. A empresa concede 20 dias de férias coletivas. Os 10 dias restantes serão concedidos em outra oportunidade pela empresa, porém dentro do período concessivo.

O empregador não poderá descontar das férias do empregado os períodos superiores às férias proporcionais a que teria direito, quando da concessão de férias coletivas, conforme a orientação analógica do § 1.° do art. 130 da CLT.

13.6 Carimbo de férias

Quando o número de empregados contemplados com as férias coletivas for superior a 300, a empresa poderá promover, mediante carimbo, anotações da concessão das férias. Tendo a empresa menos de 300 empregados, não é o caso de se aplicar a regra do carimbo.

O carimbo, cujo modelo será aprovado pelo Ministério do Trabalho, dispensará a referência ao período aquisitivo a que correspondem, para cada empregado, as férias concedidas. Atualmente, não há modelo padronizado de carimbo determinado pelo Ministério do Trabalho, pois a Portaria n.° 3.560, de 10-10-79, que tratava do assunto, foi revogada pelo art. 15 da Portaria n.° 3.626, de 13-11-91. Assim, a empresa, por enquanto, poderá utilizar o carimbo que desejar para esse fim. O art. 12 da Portaria n.° 3.626/91 permite que sejam feitas anotações na CTPS por etiquetas gomadas, autenticadas pelo empregador ou seu representante legal. Esse procedimento não é previsto na CLT, mas pode ser prático e não sujeitará a empresa a multa administrativa.

Mesmo inexistindo no momento o modelo de carimbo, a empresa não precisará mencionar a referência ao período aquisitivo. Apenas quando da cessação do contrato de trabalho, o empregador anotará na CTPS do obreiro as datas dos períodos aquisitivos correspondentes às férias coletivas gozadas pelo empregado. Para evitar problemas com a prova da concessão das férias coletivas, é recomendável que o empregador já anote o período aquisitivo das férias coletivas do empregado em sua CTPS por ocasião da concessão das férias coletivas, embora nesse momento esteja dispensado de fazê-lo, se tiver mais de 300 empregados.

Adotado o procedimento da anotação da concessão mediante carimbo, caberá à empresa fornecer ao empregado cópia visada do recibo correspondente à quitação do pagamento de férias, com indicação do início e do término das férias (parágrafo único do art. 145).

Pág. 506

14. REMUNERAÇÃO

Durante as férias, o empregado não deixa de receber seu salário nem poderia isso ocorrer, pois as férias são remuneradas. No entanto, a remuneração das férias é a que seria devida ao empregado na data de sua concessão, ainda que se refira a período anterior.

Nas férias do empregado que receba apenas comissão não fará jus o obreiro às comissões de vendas feitas por outros empregados.

A Constituição inovou quanto à remuneração (art. 7.°, XVII), afirmando que o empregado tem direito a um terço a mais do que o salário normal. O TST entende que o terço é devido não só quando as férias são gozadas, mas também quando são indenizadas, sejam integrais ou proporcionais (En. 328 do TST), pois, caso contrário, se estaria desvirtuando sua finalidade, que é de proporcionar remuneração maior ao empregado. Nas férias coletivas, o terço também será devido, assim como nas férias pagas em dobro.

A Instrução Normativa SRT/MTb n.° 01, de 12-10-88, considera salário normal: "salário fixo acrescido de verbas de caráter salarial, tais como adicionais ao salário, gratificações ajustadas ou habituais, diárias para viagem, desde que excedentes de 50% do salário, prêmios, utilidades fornecidas com habitualidade gratuitamente, dentre outras".

Se a jornada de trabalho é variável, apurar-se-á a média do período aquisitivo, aplicando-se o valor do salário na data da concessão das férias.

Quando o salário é pago por tarefa ou peça, toma-se por base a média da produção no período aquisitivo das férias, aplicando-se o valor da remuneração

da tarefa na data da concessão das férias (§ 2.° do art. 142 da CLT e Enunciado 149 do TST).

Se o salário é pago por percentagem, comissão ou viagem, apura-se a média percebida pelo empregado nos 12 meses que precederem à concessão das férias.

Se o empregador paga salário em utilidade, como alimentação, habitação etc., há necessidade de que essas utilidades sejam apuradas para efeito do cálculo das férias, mediante, inclusive, anotação na CTPS do trabalhador.

Os adicionais de horas extras (En. 151 do TST), noturno (En. 60 do TST), insalubre ou perigoso serão computados no salário para efeito do cálculo da remuneração das férias (§ 5.° do art. 142 da CLT).

A gratificação semestral não repercute no cálculo das férias, ainda que indenizadas (En. 253 do TST).

É indevido o pagamento dos repousos semanais e feriados intercorrentes nas férias indenizadas (En. 147 do TST).

Se, no momento das férias, o empregado não estiver percebendo o mesmo adicional do período aquisitivo, ou quando o valor deste não tiver sido uniforme, será computada a média duodecimal naquele período, após a atualização das importâncias pagas, mediante incidência dos porcentuais dos reajustamentos salariais supervenientes.

5. ABONO

O empregado tem a faculdade de converter 1/3 de suas férias em abono pecuniário, no valor da remuneração que lhe seria devida nos dias correspondentes (art. 143 da CLT).

Esse abono não se confunde com o terço constitucional, não tendo sido revogado o art. 143 da CLT pela Constituição.

Na verdade, o abono e o terço constitucional têm a mesma finalidade, que é proporcionar recursos financeiros ao trabalhador para que possa gozar as férias. Entretanto, a natureza jurídica de ambos não é a mesma. Enquanto o abono é uma opção assegurada ao empregado, ou seja, é um direito do empregado, ao qual o empregador não poderá opor-se, o terço constitucional é irrenunciável por parte do obreiro. Mesmo que o trabalhador renuncie ao direito ao terço constitucional, isso não terá nenhuma validade, pois uma coisa não substitui a outra. A orientação administrativa do Ministério do Trabalho, por meio da Instrução Normativa SRT 01/88, de 12-10-88, item 3, quarto parágrafo, entende que persiste o abono previsto na CLT cumulativamente com o terço determinado na Constituição. A mesma instrução esclarece que o abono pecuniário deve ser calculado sobre a remuneração das férias já acrescida de 1/3.

O abono de férias deverá, porém, ser requerido 15 dias antes do término do período aquisitivo. Frise-se aqui que esse requerimento deve ser feito 15 dias antes do término do período aquisitivo e não 15 dias antes do início das férias.

Havendo a concessão de férias coletivas, a conversão do abono de férias deverá ser objeto de acordo coletivo entre o empregador e o sindicato representativo da respectiva categoria profissional, independendo de requerimento individual sua concessão. Pelo que se depreende do § 2.° do art. 143 da CLT, o abono não poderá ser negociado em convenção coletiva, mas apenas em acordo coletivo, justamente porque este é firmado entre a empresa e o sindicato de empregados e não entre sindicatos, que teria, inclusive, caráter genérico e não atenderia às peculiaridades de cada empresa. Se o empregado não concordar com o abono negociado no acordo coletivo, terá de se contentar com a vontade da maioria estabelecida no acordo coletivo.

Não sendo excedente de 20 dias do salário do obreiro, o abono não integra a remuneração para os efeitos da legislação do trabalho (art. 144 da CLT). Logo, não há incidência do FGTS.

O pagamento do abono deverá ser feito até dois dias antes do início das férias, assim como ocorre com o pagamento das férias.

O empregado contratado a tempo parcial não poderá converter parte de suas férias em abono pecuniário, nem no caso de férias coletivas, pois o § 3.° do art. 143 da CLT exclui o trabalho a tempo parcial das regras do art. 143 da CLT.

Dará o empregado quitação do pagamento das férias, assim como do abono, com a indicação do início e do término das férias.

16. DOS EFEITOS DA CESSAÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO

As férias podem ser divididas da seguinte forma, quando da cessação do contrato de trabalho: (a) férias vencidas, que se referem ao período aquisitivo de 12 meses já transcorrido; (b) férias proporcionais, correspondentes ao período incompleto de férias que não atingiu os 12 meses para efeito de aquisição. Haverá direito a férias em dobro se elas não forem concedidas no período apropriado.

Pagas as férias na rescisão do contrato de trabalho, terão natureza de indenização, pois só teriam natureza salarial se fossem gozadas. Neste caso, como são indenizadas, perdem sua natureza salarial, quando pagas na rescisão do contrato de trabalho.

Férias proporcionais pagas na rescisão do contrato de trabalho não são férias, mas indenização de férias.

Tendo o empregado mais de um ano de empresa e não sendo dispensado por justa causa, terá direito à remuneração das férias do período incompleto, à razão de 1/12 por mês de serviço ou fração superior a 14 dias. Mesmo pedindo demissão o empregado, mas tendo mais de um ano de empresa, terá direito às férias proporcionais correspondentes ao período incompleto de 12 meses anteriores (En. 171 do TST).

Quando o obreiro tem menos de um ano de casa e não é despedido por justa causa, tem direito a férias proporcionais. Quando o empregado pede demissão, não tendo um ano de empresa, perde direito às férias do período incompleto (En. 261 do TST). No entanto, se já tem mais de um ano na empresa, mesmo pedindo demissão, terá direito às férias proporcionais referentes ao período incompleto de férias. Tem-se entendido também que, se o empregado requer sua aposentadoria e tem menos de um ano de casa, não terá direito a férias proporcionais, pois a aposentadoria é uma forma da cessação do contrato de trabalho, além do que o empregado ainda não adquiriu o direito a férias, tendo ele dado causa à cessação do contrato de trabalho, e não o empregador.

Quanto às férias vencidas, o empregado fará jus a elas, mesmo pedindo demissão ou sendo dispensado com justa causa, ou se aposentando espontaneamente, pois já adquiriu o direito.

O trabalhador temporário, quando do término do seu contrato com a empresa de trabalho temporário, faz jus a férias proporcionais indenizadas, à razão de 1/12 por mês de trabalho, considerando-se mês o período igual ou superior a 15 dias (art. 12, c, da Lei n.° 6.019).

Para os efeitos de falência ou concordata, a remuneração das férias, mesmo após a cessação do contrato de trabalho, terá natureza salarial (art. 148 da CLT).

O cálculo das férias indenizadas será feito com base na remuneração devida ao empregado à época da reclamação, ou, se for o caso, à da época da cessação do contrato de trabalho (En. 7 do TST). Essa interpretação é feita com base no art. 142 da CLT, que determina que a remuneração das férias será calculada na data da sua concessão. Não sendo o caso de conceder as férias, mas de indenizá-las, o cálculo será feito com base no salário vigente à época da cessação do contrato de trabalho.

Pág. 509

17. PRESCRIÇÃO

O art. 149 da CLT regula os prazos de prescrição para efeito de férias. Estabelece o referido artigo que o prazo começa a correr do término do período concessivo de férias, ou, se for o caso, da cessação do contrato de trabalho.

Há necessidade de observar os prazos prescricionais previstos no inciso XXIX do art. 7.° da Constituição e art. 11 da CLT. Começa o prazo de prescrição a ser contado, para o trabalhador urbano, a partir do término do período concessivo, tendo o empregado cinco anos para reclamar a concessão das férias, estando em vigor o contrato de trabalho. O empregado urbano terá dois anos a contar da cessação do contrato de trabalho para propor a ação. Ajuizada a ação nesse prazo, poderá reclamar as férias dos últimos cinco anos a contar do término do período concessivo correspondente. Os empregados rurais poderão ingressar com a ação no espaço de dois anos a contar do término do contrato de trabalho, reclamando as férias que entenderem devidas, pois não há limitação de cinco anos. No decorrer do contrato de trabalho do empregado rural, não há, portanto, prescrição.

Há a possibilidade de que as férias tenham sido concedidas e pagas no período oportuno, porém o trabalhador acha que tem direito a receber diferenças, em virtude de reajuste salarial ou de integração de horas extras, por exemplo. Nesse caso, a prescrição começa a correr da data em que o pagamento foi feito incorretamente, observado o que já foi dito.

Há que se lembrar que contra menores de 18 anos não corre prazo de prescrição (art. 440 da CLT). Somente quando fizerem 18 anos é que o prazo de prescrição começa a correr.

18. OUTROS TIPOS DE EMPREGADOS

Os temporários têm direito a férias proporcionais (art. 12, c, da Lei n.° 6.019/74). Contudo, pode-se afirmar que não têm direito ao terço constitucional, pois a Constituição não prevê direitos para os temporários e a Lei n.° 6.019/74 não trata do terço constitucional, a não ser que se lhes aplique por analogia a Lei Maior, inclusive para que possam ter a mesma remuneração equivalente à dos empregados da tomadora dos serviços.

Os domésticos têm direito apenas a férias de 20 dias úteis (art. 3.° da Lei n.° 5.859/72). A Constituição não fixa o número de dias das férias do doméstico, apenas prevê o pagamento do terço constitucional, sendo que tal número fica a cargo da legislação ordinária, que informa que são 20 dias úteis (art. 3.° da Lei n.° 5.859/72). O Decreto-lei n.° 1.535, de 13-4-77, deu nova redação a todo capítulo da CLT que trata de férias, alterando inclusive o número de dias de férias de 20 dias úteis para 30 dias corridos (art. 130 da CLT). Contudo, não houve alteração do art. 3.° da Lei n.° 5.859/72, que continua prevendo 20 dias úteis de férias aos domésticos, e dessa forma é que devem ser pagas as férias desse trabalhador. O doméstico não tem direito a férias proporcionais, pois o art. 3.° da Lei n.° 5.859/72 menciona que o direito a férias ocorre após cada período de 12 meses de trabalho, o que quer dizer que, tendo menos de 12 meses de trabalho, o empregado doméstico não faz jus a férias proporcionais.

Pág. 510

O art. 2.° do Decreto-lei n.° 71.885/73 não poderia ir além da lei e dizer que o capítulo de férias se aplica ao doméstico, pois a Lei n.° 5.859/72 nada fala sobre o tema. Logo, tal artigo é nulo, por ir além do previsto em lei. Como a

alínea a do art. 7.° da CLT estabelece que os dispositivos consolidados não se aplicam ao doméstico, nem a Constituição trata do tema, não há direito a férias proporcionais a tal trabalhador. O doméstico também não faz jus a férias em dobro, mesmo que elas sejam concedidas fora do período concessivo, pois o art. 137 da CLT, que versa sobre o pagamento em dobro, não é observado em relação ao doméstico (art. 7.°, a, da CLT).

As férias dos professores ocorrem geralmente no mês de julho de cada ano. Nos outros períodos, como o de dezembro a fevereiro, há o recesso escolar. No período de exames e no de férias escolares, é assegurado aos professores o pagamento, na mesma periodicidade contratual, da remuneração por eles percebida, na conformidade dos horários, durante o período de aulas (art. 322 da CLT). Na hipótese de dispensa sem justa causa, ao término do ano letivo ou no curso das férias escolares, é assegurado ao professor o pagamento da remuneração das férias escolares ou do período de exames. O Enunciado 10 do TST já esclarecia essa situação: "é assegurado ao professor o pagamento dos salários no período de férias escolares. Se despedido sem justa causa, ao terminar o ano letivo ou no curso dessas férias, faz jus aos referidos salários".

O § 2.° do art. 322 da CLT prevê que durante as férias não será possível a exigência de serviços dos professores, salvo o relacionado com a realização de exames.

VERIFICAÇÃO DE APRENDIZAGEM

1. O que são férias?
2. Qual a natureza jurídica das férias?
3. O que são férias coletivas?
4. Podem ser as férias coletivas concedidas em três vezes?
5. São devidas as férias quando o empregado tem menos de um ano e pede demissão?
6. O terço constitucional é devido quando o empregado pede demissão?
7. De quantos dias são as férias do doméstico?

34

TRABALHO DA MULHER

1. INTRODUÇÃO

No decorrer da Revolução Industrial (século XIX), o trabalho da mulher foi muito utilizado, principalmente para a operação de máquinas. Os empresários preferiam o trabalho da mulher nas indústrias porque elas aceitavam salários inferiores aos dos homens, porém faziam os mesmos serviços que estes. Em função disso, as mulheres sujeitavam-se a jornadas de 14 a 16 horas por dia, salários baixos, trabalhando em condições prejudiciais à saúde e cumprindo obrigações além das que lhes eram possíveis, só para não perder o emprego. Além de tudo, a mulher deveria, ainda, cuidar dos afazeres domésticos e dos filhos. Não se observava uma proteção na fase de gestação da mulher, ou de amamentação.

Com base nesses problemas é que começou a surgir uma legislação protecionista em favor da mulher.

Na Inglaterra, surge o "Coal Mining Act", de 19-8-1842, proibindo o trabalho da mulher em subterrâneos. O "Factory Act", de 1844, limitou a jornada de trabalho da mulher a 12 horas de trabalho, proibindo-a no período noturno. O Factory and Workshop Act, de 1878, vedou o emprego da mulher em trabalhos perigosos e insalubres.

Na França, houve uma lei de 19-5-1874 que proibiu o trabalho da mulher em minas e pedreiras, assim como o trabalho noturno para menores de 21 anos. A lei de 2-11-1892 limitou a jornada de trabalho das mulheres em 11 horas. A lei de

28-12-1909 outorgou o direito às mulheres grávidas do repouso não remunerado de oito semanas, vedando o carregamento de objetos pesados.

Na Alemanha, o Código Industrial de 1891 fixou algumas normas mínimas quanto ao trabalho da mulher.

O Tratado de Versalhes estabeleceu o princípio da igualdade salarial entre homens e mulheres, que foi albergado por muitos países, entre os quais o Brasil.

2. ÂMBITO INTERNACIONAL

No âmbito da OIT, a própria Constituição dessa entidade já realça a necessidade de proteção ao trabalho da mulher. Começam posteriormente a ser editadas convenções e recomendações sobre o tema.

A Convenção n.° 3, de 1919, ratificada pelo Brasil, diz respeito ao trabalho da mulher antes e depois do parto; a Convenção n.° 4, de 1919, veda o trabalho da mulher em indústrias, sejam elas públicas ou privadas, salvo se o trabalho for feito em oficinas de família; a Convenção n.° 41, de 1934, dispõe sobre o trabalho noturno da mulher, exceto de mulheres que ocupavam cargos diretivos de responsabilidade, desde que não executassem serviços manuais; a Convenção n.° 45, de 1935, veda o trabalho da mulher em subterrâneos e minas; a Convenção n.° 89, de 1948, trata do trabalho noturno da mulher, excetuando-se as trabalhadoras na indústria que ocupam postos diretivos ou de caráter técnico, com acentuada responsabilidade, ou se o trabalho for feito em serviços de saúde e bem-estar, desde que não executadas atividades manuais; permitia-se, ainda, o trabalho noturno da mulher quando houvesse interesse nacional, não se aplicando as referidas proibições quando fosse o caso de força maior; foi a referida norma revista pelo Protocolo de 1990, que autoriza o trabalho noturno das mulheres empregadas na indústria, de modo a compatibilizar os critérios de igualdade, oportunidade e competitividade; permite à legislação nacional prever exceções ao trabalho noturno após consulta às entidades sindicais mais representativas; a Convenção n.° 100, de 1951, trata da igualdade de remuneração entre homem e mulher para trabalho igual; a Convenção n.° 103, de 1952, ratificada pelo Brasil, e a Recomendação n.° 95, do mesmo ano, dizem respeito à proteção à maternidade; a Convenção n.° 111, de 1958, trata da discriminação em matéria de emprego e profissão; a Convenção n.° 127, de 1967, ratificada pelo Brasil, versa sobre o limite máximo de levantamento de pesos; a Convenção n.° 156, de 1981, evidencia igualdade de oportunidades e de tratamento para trabalhadores dos dois sexos em relação às responsabilidades familiares; a Convenção n.° 171, de 1990, fala sobre trabalhos noturnos, que são realizados por um período de sete horas, entre meia-noite e 5h da manhã, tendo as mulheres proteção especial apenas em função da maternidade. Algumas recomendações da OIT também trataram do tema: n.° 12, de 1921, sobre proteção antes e depois do parto; n.° 13, de 1921, sobre trabalho noturno das mulheres na agricultura; n.° 26, de 1927, sobre a proteção das mulheres emigrantes a bordo de embarcações; n.° 67, de 1944, sobre auxílio-maternidade; n.° 90, de 1951, sobre igualdade de remuneração entre homem e mulher; n.° 92, de 1952, sobre a proteção da maternidade; n.° 111, de 1958, trata da discriminação no emprego ou ocupação; n.° 123, de 1965, sobre o emprego das mulheres com responsabilidades familiares; n.° 165, de 1981, sobre igualdade de oportunidade e tratamento para os trabalhadores.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10-12-1948, versou sobre regras de não-discriminação por motivo de sexo. O Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 16-12-66, em seu art. 3.°, determina a igualdade de direitos entre homens e mulheres.

A Convenção da ONU sobre Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1975, foi ratificada pelo Brasil e promulgada por meio do

Decreto 89.460, de 20-3-84. O art. 11 da referida norma trata da não-discriminação da mulher nas questões de emprego e profissão. O item 2 do art. 11 pretende impedir a discriminação contra a mulher por razões de casamento ou maternidade.

A Convenção da ONU, de 1979, ratificada pelo Brasil, proíbe discriminação no emprego e profissão, conferindo igualdade de remuneração entre homem e mulher para trabalho de igual valor.

Pág. 513

Em Portugal, o Decreto-lei n.° 392, de 1979, estabelece garantias às mulheres de igualdade de tratamento no trabalho, visando evitar discriminação em relação aos homens. Considera, no art. 4.°, 2, nulas as disposições que limitam de qualquer forma o acesso das mulheres a qualquer emprego, profissão ou posto de trabalho. O art. 7.° veda, nos anúncios de contratação de emprego, qualquer restrição ou preferência com base em sexo, salvo tratando-se de atividade ligada à moda, arte ou espetáculo.

3. NO BRASIL

A primeira norma que tratou do trabalho da mulher foi o Decreto n.° 21.417-A, de 17-5-1932. Tal mandamento legal proibia o trabalho da mulher à noite, das 22 às 5 h, vedando a remoção de pesos. Já se nota a proibição do trabalho da mulher em subterrâneos, em locais insalubres e perigosos, no período de quatro semanas antes e quatro semanas depois do parto. Concedia à mulher dois descansos diários de meia hora cada um para amamentação dos filhos, durante os primeiros seis meses de vida daqueles.

A primeira Constituição brasileira que versou sobre o tema foi a de 1934. Proibia a discriminação do trabalho da mulher quanto a salários (art. 121, § 1.°, a). Vedava o trabalho em locais insalubres (art. 121, § 1.°, d). Garantia o repouso antes e depois do parto, sem prejuízo do salário e do emprego, assegurando instituição de previdência a favor da maternidade (art. 121, § 1.°, h). Previa os serviços de amparo à maternidade (art. 121, § 3.°).

A Constituição de 1937 proibia o trabalho da mulher em indústrias insalubres (art. 137, k), além de assegurar assistência médica e higiênica à gestante, prevendo um repouso antes e depois do parto, sem prejuízo do salário (art. 137, l).

Em 1.°-5-1943, foi editada a CLT, consolidando a matéria existente na época. A primeira alteração foi do Decreto-lei n.° 6.353, de 20-3-1944, admitindo o trabalho noturno da mulher apenas se ela tivesse 18 anos, e em algumas atividades.

A Constituição de 1946 proibia a diferença de salário por motivo de sexo (art. 157, II); vedava o trabalho da mulher em indústrias insalubres (art. 157, IX); assegurava o direito da gestante a descanso antes e depois do parto, sem prejuízo do emprego nem do salário (art. 157, X); reconhecia a assistência sanitária, inclusive hospitalar e médica, à gestante (art. 157, XIV); previa a previdência em favor da maternidade (art. 157, XVI).

A Constituição de 1967 proibia diferença de salários e de critérios de admissão por motivo de sexo (art. 158, III); vedava o trabalho da mulher em indústrias insalubres (art. 158, X); assegurava o descanso remunerado à gestante, antes e depois do parto, sem prejuízo do emprego e do salário (art. 158, XI); previa a previdência social, visando à proteção à maternidade (art. 158, XVI). Tinha a mulher direito a aposentadoria aos 30 anos de trabalho, com salário integral (art. 158, XX).

O Decreto-lei n.° 229, de 28-2-67, é que fez várias alterações na CLT. Alterou o art. 374 da CLT, permitindo o regime de compensação apenas por acordo coletivo. Modificou também os arts. 389 e 392 da CLT para proporcionar a guarda

de filhos das mulheres na empresa de descanso no período de quatro semanas antes e oito semanas depois do parto etc.

Pág. 514

O Decreto-lei n.° 546, de 18-4-69, permitiu o trabalho da mulher na compensação bancária noturna. O Decreto-lei n.° 744, de 6-8-69, autorizou o trabalho da mulher em cargos técnicos ou postos de direção, de gerência ou de confiança; na industrialização de produtos perecíveis.

A EC n.° 1, de 1969, estabeleceu que não seria possível a diferença de salários e de critérios de admissão por motivo de sexo (art. 165, III); proibiu o trabalho da mulher em indústrias insalubres (art. 165, X); assegurou o descanso remunerado da gestante, antes e depois do parto, sem prejuízo do emprego e do salário (art. 165, XI); previu regras de previdência social, visando à proteção à maternidade (art. 165, XVI); possibilitou à mulher a aposentadoria aos 30 anos de trabalho, com salário integral (art. 165, XIX).

A Lei n.° 5.673, de 6-7-71, possibilitou o trabalho noturno da mulher em serviços de processamento de dados (art. 379, IX, da CLT), em indústrias de manufaturados de couro que mantenham contratos de exportação devidamente autorizados pelos órgãos públicos competentes (art. 379, X, da CLT).

A Lei n.° 6.136, de 7-11-74, transferiu da empresa para a Previdência Social o ônus da licença-maternidade.

A Lei n.° 7.189, de 4-6-84, deu nova redação ao art. 379 da CLT, permitindo o trabalho noturno da mulher com mais de 18 anos.

A Constituição de 5-10-1988 não proibiu o trabalho da mulher em atividades insalubres, o que o tornou permitido. Assegurou a licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de 120 dias (art. 7.°, XVIII), quando anteriormente era de apenas 84 dias. Passou a haver uma previsão de proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, conforme fossem determinados em lei (art. 7.°, XX). Proibiu a diferença de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão por motivo de sexo (art. 7.°, XXX). O art. 5.°, I, da Constituição assegura que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, não mais se justificando qualquer distinção entre ambos. O art. 10, II, b, do ADCT prevê a garantia de emprego à mulher gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto, o que nunca havia sido previsto em âmbito constitucional ou legal, apenas em normas coletivas de certas categorias.

A Lei n.° 7.855, de 24-10-89, revogou os arts. 379 e 380 da CLT, que proibiam o trabalho noturno da mulher e especificavam certas condições; os arts. 374 e 375, que tratavam da prorrogação e compensação do trabalho da mulher; o art. 387 da CLT, que versava sobre a proibição do trabalho da mulher nos subterrâneos, nas minerações em subsolo, nas pedreiras e obras de construção civil, pública ou particular, e nas atividades perigosas e insalubres.

4. FUNDAMENTOS DE PROTEÇÃO AO TRABALHO DA MULHER

Nosso Código Civil vem de um sistema patriarcal em que a mulher era tratada como incapaz. O art. 446 da CLT adotava essa orientação ao "presumir autorizado" o trabalho da mulher casada.

Pág. 515

Em caso de oposição conjugal, poderia a mulher recorrer ao suprimento da autoridade judiciária competente. Essa situação modificou-se com o Estatuto da Mulher Casada, com a Lei n.° 4.121, de 27-8-62, que modificou o Código Civil, deixando a mulher de ser incapaz. Por fim, o art. 446 da CLT foi revogado pela Lei n.° 7.855/89.

Os fundamentos da proteção ao trabalho da mulher dizem respeito a sua fragilidade física.

As guerras, em que são recrutadas muitas pessoas do sexo masculino, são apontadas como estímulo ao trabalho da mulher. Na verdade, há muitos preconceitos em relação à mulher, oriundos de uma sociedade paternalista, que enxerga o pai como chefe de família e que só ele deve trabalhar. As mulheres, assim, ficam marginalizadas, aceitando salários inferiores aos dos homens, prestando serviços em jornadas excessivas, apenas para conseguir o emprego e obter um salário.

As medidas paternalistas, porém, só se justificam em relação ao período de gravidez e após o parto, de amamentação e a certas situações peculiares à mulher, como de sua impossibilidade física de levantar pesos excessivos, que são condições inerentes à mulher. As demais formas de discriminação deveriam ser abolidas.

O art. 5.° da Constituição proclama a igualdade de todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. O inciso I do mesmo artigo estabelece que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações. No entanto, a CLT ainda tem uma série de artigos discriminatórios quanto ao trabalho da mulher, que já não se justificam.

Verifica-se que os motivos de proteção ao trabalho da mulher são conservadores e, em vez de protegê-la, acabam discriminando-a.

5. A CONTRATAÇÃO DO TRABALHO DA MULHER

Aos 18 anos, a mulher adquire a capacidade plena para os fins trabalhistas. Não mais vigora o art. 446 da CLT, que presumia autorizado o trabalho da mulher casada, pois este dispositivo já estava revogado indiretamente pelo Estatuto da mulher casada (Lei n° 4.121/62). No entanto, a Lei n.° 7.855/89 revogou expressamente esse artigo.

6. DURAÇÃO DO TRABALHO

A duração do trabalho da mulher é igual à de qualquer outro trabalhador: de 8 horas diárias e 44 horas semanais, nos termos do inciso XIII do art. 7.° da Constituição.

A Lei n.° 7.855/89 revogou os arts. 374 e 375 da CLT, que tratavam da prorrogação e compensação da jornada da mulher. Quanto à compensação, ela só pode ser feita mediante acordo ou convenção coletiva, como já era a previsão do art. 374 da CLT e Enunciado 108 do TST. Em relação à prorrogação do trabalho da mulher, o art. 376 da CLT é expresso no sentido de que somente será possível em casos excepcionais, por motivo de força maior, até 12 horas, com o adicional de 50%, o que importa dizer que não será possível em outros casos. A prorrogação, que somente se dará nesses casos extraordinários, deverá ser comunicada por escrito à autoridade competente, dentro do prazo de 48 horas (parágrafo único do art. 376 da CLT). A proibição contida no art. 376 da CLT pode ser entendida como revogada pela Constituição, ante a igualdade prevista no inciso I do art. 5.° da Lei Maior.

7. SALÁRIO

Não se justifica diferença de salário entre o homem e a mulher. A Constituição traz a mesma idéia no inciso XXX do art. 7.°. O art. 5.° da CLT também veda a distinção de salário por motivo de sexo. Esclarece, ainda, o art. 377 da CLT que "a adoção de medidas de proteção ao trabalho das mulheres é considerada de ordem pública, não justificando, em hipótese alguma, a redução do salário". É claro que as questões pertinentes à equiparação salarial serão reguladas pelo art. 461 da CLT.

8. TRABALHO NOTURNO

A Lei n.° 7.855/89 revogou os arts. 379 e 380 da CLT, que versavam sobre a proibição do trabalho noturno da mulher. Temos, então, que o trabalho noturno da mulher é permitido em qualquer local, devendo-se observar as determinações do art. 73 da CLT quanto ao adicional noturno de 20% sobre a hora diurna, hora noturna reduzida de 52 minutos e 30 segundos, compreendida entre as 22 e as 5 h. Logo, não há nenhuma distinção entre o trabalho noturno do homem e o da mulher, só em relação ao menor, que é proibido.

9. PERÍODOS DE DESCANSO

Os períodos de descanso quanto ao homem e à mulher são aproximadamente iguais.

Entre duas jornadas de trabalho, deve haver um intervalo de 11 horas, no mínimo, destinado ao repouso.

Em caso de prorrogação do trabalho da mulher, será obrigatório um intervalo de 15 minutos, antes do período extraordinário de trabalho.

A mulher também tem direito ao descanso semanal remunerado de 24 horas, de preferência aos domingos, salvo motivo de conveniência pública ou necessidade imperiosa de serviço, quando poderá recair em outro dia. A única exceção à regra quanto ao trabalho do homem é que a mulher que trabalhar aos domingos terá uma escala de revezamento quinzenal para que de 15 em 15 dias o repouso seja aos domingos (art. 386 da CLT).

Terá a mulher um descanso para refeição, que não poderá ser inferior a uma hora nem superior a duas horas, excetuando a hipótese da redução do limite mínimo de uma hora de repouso por ato do Ministro do Trabalho, quando 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 em horas suplementares. Trabalhando a mulher mais de quatro horas e menos de seis horas, terá um intervalo de 15 minutos.

10. TRABALHOS PROIBIDOS

A Lei n.° 7.855/89 revogou o art. 387 da CLT, sendo que agora não é mais proibido o trabalho em subterrâneos, nas minerações em subsolo, nas pedreiras e obras de construção pública e particular. Quanto às atividades perigosas e insalubres, a própria Constituição já não veda o trabalho na última condição, além do que a alínea b, do art. 387, da CLT foi também revogada pela Lei n.° 7.855/89. Temos como conseqüência que a mulher pode trabalhar em locais perigosos, insalubres ou penosos, mesmo em postos de gasolina, como vem ocorrendo.

Ao empregador será vedado empregar a mulher em serviço que demande o emprego de força muscular superior a 20 quilos para o trabalho contínuo, ou 25 quilos para o trabalho ocasional. Entretanto, se esse trabalho for feito por impulsão ou tração de vagonetes sobre trilhos, de carros de mão ou quaisquer aparelhos mecânicos, haverá permissão legal (parágrafo único do art. 390 da CLT).

A Convenção n.° 136, de 1971, ratificada pelo Brasil, trata da proteção contra os riscos de intoxicação provocados por benzeno, proibindo o trabalho das mulheres grávidas e em estado de amamentação em locais em que haja exposição ao benzeno.

11. MÉTODOS E LOCAIS DE TRABALHO

Toda empresa deverá:

a) prover os estabelecimentos de medidas concernentes à higienização dos métodos e locais de trabalho, principalmente ventilação e iluminação e outros que se fizerem necessários à segurança e ao conforto das mulheres;

b) instalar bebedouros, lavatórios, aparelhos sanitários; dispor de cadeiras ou bancos, em número suficiente, que permitam às mulheres trabalhar sem grande esforço físico;

c) instalar vestiários com armários individuais privativos das mulheres, exceto os estabelecimentos comerciais, escritórios, bancos e atividades afins, em que não seja exigida a troca de roupa e outros, admitindo-se como suficientes as gavetas ou escaninhos, nos quais possam as empregadas guardar seus pertences;

d) fornecer, gratuitamente, os recursos de proteção individual, como óculos, máscaras, luvas e roupas especiais, para a defesa dos olhos, do aparelho respiratório e da pele, de acordo com a natureza do trabalho.

Como vemos, essas regras esculpidas no art. 389 da CLT não diferem da proteção do trabalho masculino, nem deveriam estar no capítulo do trabalho da mulher previsto na CLT, pois se trata de regras gerais que devem ser observadas em relação a qualquer trabalhador, como notamos no art. 200 da CLT.

12. PROTEÇÃO À MATERNIDADE

Inicialmente, o empregador era quem pagava o período em que a gestante ficava afastada para dar à luz. Em conseqüência, a contratação de mulheres era mais escassa, pois o empregador não se interessava em ter esse encargo. Havia necessidade de a legislação determinar que o pagamento da licença-maternidade ficasse a cargo da Previdência Social, principalmente como uma forma de incentivar a contratação de mulheres como empregadas.

O Decreto n.° 51.627, de 18-12-62, promulgou a Convenção n.° 3 da OIT, de 1919, que prevê o pagamento das prestações para a manutenção da empregada e de seu filho, que serão pagas pelo Estado ou por sistema de seguro. O Brasil ratificou também a Convenção n.° 103 da OIT, de 1952, promulgada pelo Decreto n.° 58.020, de 14-6-66, que reviu a Convenção n.° 3, dispondo que "em caso algum o empregador deverá ficar pessoalmente responsável pelo custo das prestações devidas à mulher que emprega" (art. IV, 8). As prestações devidas à empregada gestante, tanto antes como depois do parto, devem ficar a cargo de um sistema de seguro social ou fundo público, sendo que a lei não pode impor esse ônus ao empregador, inclusive com o objetivo de evitar a discriminação do trabalho da mulher.

Somente com a edição da Lei n.° 6.136, de 7-11-74, é que o salário-maternidade passou a ser uma prestação previdenciária, não mais tendo o empregador que pagar o salário da empregada que vai dar à luz. O custeio do salário-maternidade era de 0,3% (art. 4.° da Lei n.° 6.136/74), que foi extinto pela Lei n.° 7.787/89, pois ficou englobado no porcentual de 20% que a empresa deve recolher sobre a folha de pagamento (§ 1.° do art. 3.° da Lei n.° 7.787/89). Essa orientação foi repetida no inciso I do art. 22 da Lei n.° 8.212/91.

O período em que a segurada ficava afastada em gozo do salário-maternidade era de 84 dias, ou seja: 28 dias antes (quatro semanas) e 56 dias depois do parto (oito semanas), totalizando 12 semanas. Esse período foi aumentado pela Constituição de 1988, que estabeleceu o período de afastamento de 120 dias (art. 7.°, XVIII), sem prejuízo do emprego e do salário. Agora, a Lei n.° 8.213/91 especificou que a segurada empregada, a trabalhadora avulsa, a empregada doméstica e a segurada especial terão direito à licença de 28 dias antes e 92 dias depois do parto (art. 71), totalizando os 120 dias (aproximadamente, sete

semanas). Mesmo em caso de parto antecipado, a segurada terá direito aos 120 dias de salário-maternidade.

O salário-maternidade da empregada será pago diretamente pelo INSS e não pelo empregador. O mesmo ocorrerá com o salário-maternidade da segurada especial.

O início do afastamento será determinado por atestado médico, que deverá ser visado pela empresa.

Pág. 519

Em casos excepcionais, os períodos de repouso antes e depois do parto poderão ser aumentados por mais duas semanas cada um, mediante atestado médico. Em caso de parto antecipado, a mulher também terá direito aos 120 dias. Em casos excepcionais, a empregada poderá mudar de função mediante determinação do médico. A mulher grávida também poderá rescindir o contrato de trabalho em função da gravidez, desde que a continuação do trabalho lhe seja prejudicial à saúde, conforme determinação médica, não sendo necessário conceder aviso prévio ao empregador. Mesmo em caso de parto antecipado, a mulher terá direito aos 120 dias do salário-maternidade.

Os atestados médicos serão fornecidos pelo SUS, exceto no caso de a empresa dispor de serviço médico próprio ou em convênio com o SUS, quando o atestado deverá ser fornecido pelo serviço médico da empresa. O atestado médico deverá indicar os períodos antes e após o parto e a data do afastamento do trabalho. O início do afastamento será determinado pelo atestado médico. Quando o parto ocorrer sem acompanhamento médico, o atestado será fornecido pela perícia médica do INSS.

Durante a licença, a gestante terá direito a seu salário integral e, quando variável, calculado de acordo com a média dos seis últimos meses de trabalho, bem como às vantagens adquiridas no decorrer de seu afastamento pelas normas coletivas da categoria ou de outra regra legal, principalmente a decorrente da política salarial. Poderá também retornar à função anterior que antigamente ocupava na empresa. O direito à licença-maternidade não fica, entretanto, condicionado ao nascimento do filho com vida. A empregada doméstica terá direito ao salário-maternidade em valor correspondente ao do seu último salário-de-contribuição e a segurada especial terá direito a um salário mínimo.

O salário-maternidade da trabalhadora avulsa consistirá numa renda mensal igual a sua remuneração integral e será pago pelo INSS.

O STF concedeu liminar em ação direta de inconstitucionalidade, em relação ao art. 14 da Emenda Constitucional n.° 20/98 (ADIn 1.946, j. 29-4-99, Rel. Min. Sydney Sanches DJU 1 10-5-99, p. 30). Entende o STF que o salário-maternidade não está sujeito ao limite de R$ 1.200,00, devendo o INSS pagar o benefício integralmente, independentemente do valor do salário da trabalhadora gestante. Os ministros do STF afirmaram que a limitação contraria a Constituição, em razão de que a gestante tem garantido o direito à licença-maternidade, sem prejuízo do emprego e do salário, com duração de 120 dias (art. 7.°, XVIII). A decisão ainda não é definitiva, mas a tendência é o STF confirmar a liminar no julgamento do mérito da questão, tanto que antecipou seu ponto de vista.

A natureza jurídica do salário-maternidade continua, assim, a ser de benefício previdenciário, pois é a previdência social que faz seu pagamento. Não se trata de uma prestação de assistência social, por não ser prevista no art. 203 da Constituição, mas de prestação previdenciária incluída no inciso II do art. 201 e inciso XVIII do art. 7.° da Constituição.

Havendo aborto não criminoso, comprovado por atestado médico, a mulher terá direito a um repouso remunerado de duas semanas, podendo retornar à função que ocupava antes de seu afastamento. Em caso de aborto criminoso, não terá direito a licença remunerada.

Pág. 520

O nascimento de filhos gêmeos ou o parto múltiplo não implica o pagamento de salário-maternidade maior ou de licença superior à legal.

A comprovação da gravidez durante o aviso prévio dará direito à empregada ao salário-maternidade, pois o período de aviso prévio integra o contrato de trabalho.

O contrato de trabalho da empregada não poderá ser rescindido sob o argumento de que a obreira contraiu matrimônio ou se encontra grávida. Da mesma forma, os regulamentos de empresa, contratos de trabalho ou normas coletivas não poderão fazer qualquer restrição nesse sentido.

É preciso analisar se a mãe adotiva também tem direito à licença-maternidade de 120 dias.

Os que entendem que o direito à licença-maternidade deve ser estendido à mãe adotiva enumeram vários argumentos. É explicável que a mãe adotiva, sob um aspecto social, deva também ter direito à licença-maternidade, com o objetivo de amamentar o recém-nascido, se for o caso, assim como dar afeto ao adotado, inclusive para que este possa integrar-se à nova família que o acolhe. Entende-se que também nesse caso a criança necessita da mãe nos primeiros meses de contato. Dessa forma, é preciso que o Direito ampare essa situação, isto é, o direito a ser protegido não é apenas o da gestante, mas também da criança recém-nascida, com o objetivo de que esta possa adaptar-se ao mundo exterior e desenvolver-se. Haveria, portanto, uma lacuna na lei, e o juiz deveria interpretar a norma atendendo aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum (art. 5.° da Lei de Introdução ao Código Civil). A mãe adotiva tem os mesmos encargos que a mãe natural, devendo, assim, ser protegida, pois a proteção é destinada não só à mulher, mas também ao recém-nascido, com cuidados com alimentação, afeto etc.

A Constituição menciona em diversos dispositivos a proteção que deve ser dada à maternidade e à infância. O art. 6.° estabelece que são direitos sociais a proteção à maternidade e à infância. O inciso II do art. 201 explicita que a previdência social deve atender, nos termos da lei, à proteção à maternidade, especialmente à gestante. A assistência social deve ser prestada com o objetivo de proteção à maternidade e à infância (art. 203, I), o amparo às crianças e adolescentes carentes (art. 203, II). É claro que a família é a base da sociedade e deve ter proteção especial do Estado (art. 226 da Lei Fundamental), mas "os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação" (§ 6.° do art. 228 da Lei Maior.) O art. 41 da Lei n.° 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) completa a regra constitucional, dizendo que "a adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais".

O Direito Civil não distingue entre o filho legítimo e o adotado dizendo que, legalmente, este tem os mesmos direitos; inclusive, sob o aspecto de sucessão, equipara-se ao filho legítimo (art. 1.605 do CC). O mesmo raciocínio deveria ser aplicado no Direito do Trabalho em relação ao adotado e à mãe adotiva, estabelecendo a licença-maternidade à segunda.

Pág. 521

Ressalte-se que a Lei n.° 8.112/90, que instituiu o regime jurídico único no âmbito federal, é clara ao dispor, no art. 210, que "à servidora que adotar ou obtiver guarda judicial de criança até 1 ano de idade, serão concedidos 90 dias de licença remunerada". O parágrafo único do mesmo artigo mostra que, no caso de adoção ou guarda judicial de criança com mais de 1 ano de idade, o prazo será de 30 dias.

A interpretação da lei, contudo, não pode ser feita sob um aspecto sentimental, mas objetivo, verificando até mesmo se o intuito do legislador foi também o de conceder a licença-maternidade à mãe adotiva. O juiz não é legislador, para fazendo as vezes deste, conceder um direito não previsto em lei. Assim, será vedado ao juiz fazer uma interpretação extensiva da lei sem haver previsão nesse sentido.

De acordo com o inciso XVIII do art. 7.° da Constituição, a licença-maternidade destina-se apenas à gestante. Fala-se em licença à gestante, e não em licença à mãe adotante. O uso da expressão gestante, substantivo feminino, refere-se à mulher em período de gravidez. A Lei Maior objetiva, assim, tutelar a gestante, e não a maternidade, implicando proteger apenas a mãe biológica. Isso revela que, muitas vezes, a interpretação literal é a que conduz o intérprete ao melhor resultado.

Verificando-se os anais da Constituinte, nota-se que o intuito foi proteger a gestante, nada se falando em relação à mãe adotiva. Na Subcomissão dos Direitos dos Trabalhadores tratava-se da "licença remunerada da gestante, antes e depois do parto, por período não inferior a 120 dias". Na Comissão da Ordem Social, falava-se em "licença remunerada à gestante, antes e depois do parto, por período não inferior a 120 dias". Na Comissão de Sistematização, mencionava-se "licença remunerada à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração mínima de 120 dias". A redação do inciso XVIII do art. 7.° da Lei Maior versa sobre a "licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de 120 dias". Mostra-se, portanto, falso o argumento de que o constituinte tinha por interesse também tutelar a mãe adotiva ou o adotado. A mãe adotiva não precisa de um tempo para que seu organismo retorne ao status quo anterior à gravidez, justamente porque não a teve. Não se pode também, querer aplicar por isonomia a regra de que todos são iguais perante a lei (art. 5.° da Lei Fundamental), sem distinção de qualquer natureza. Não se está, portanto, discriminando nem o infante, nem a adotante, pois as circunstâncias não são as mesmas em relação à gestante, já que esta necessita de tempo para que seu corpo retorne ao estado anterior; a adotante, não. Antes da adoção a adotante não era considerada mãe, e o momento da adoção não pode equiparar-se ao nascimento.

Argumentar-se-ia até mesmo que, se a adoção é feita com criança com mais de 120 dias, também não se poderia falar em direito de licença-maternidade à mãe adotiva, já que o período é de apenas 120 dias da referida licença.

Da mesma forma, a mãe adotante não tem direito à garantia de emprego de cinco meses após o parto (art. 10, II, b, do ADCT), pois não houve parto, sendo que a referida garantia é contada a partir do parto. Inexistindo este, não há que se falar em garantia de emprego. Caso a Lei Magna falasse apenas em maternidade, e não em gestante, poder-se-ia entender que a adotante também é mãe, tendo de ser protegida, mas não é o caso do inciso XVIII do art. 7.° da Lex Legum, nem da alínea b do inciso II do art. 10 do ADCT.

Sob o aspecto histórico, nota-se que a Convenção n.° 103 da OIT, de 1952, foi editada com o objetivo de proteger a empregada que fosse dar à luz, nada mencionando em relação à mãe adotiva. A Lei n.° 6.136/74, ou as normas legais que se seguiram não versaram sobre a proteção previdenciária à mãe adotiva.

A Constituição de 1988 também não tratou do tema, e ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo a não ser em virtude de lei (art. 5.°, II, da Lei Fundamental). O direito de licença à mãe adotiva pode ser criado por lei, como o fez o art. 210 da Lei n.° 8.112/90 em relação à funcionária pública federal que adotar uma criança. No entanto, enquanto inexistir lei determinando que há licença-maternidade para a mãe adotiva, tal encargo não pode ser transferido

para o empregador ou para o INSS, já que também a autarquia está adstrita ao princípio da legalidade (art. 37 da Lei Maior).

É claro que isso poderia ser determinado por acordo, convenção ou contrato coletivo; porém, se as partes assim não procederem, não estará o empregador obrigado a conceder licença remunerada à mãe adotiva. Nesse ponto, o Precedente n.º 12 do TRT da 2.ª Região concede licença remunerada de 90 dias às mães adotantes no caso de adoção de crianças na faixa etária de zero a seis meses de idade, embora isso não possa ser feito por sentença normativa, pois o poder normativo deve ser exercitado nos termos da lei. Inexistindo esta, a Justiça do Trabalho não pode fazer-se de legislador e editar normas.

12.1 Práticas discriminatórias contra a mulher

A OIT dispõe sobre a não-discriminação em matéria de salário (Convenção n.º 100/51, aprovada pelo Decreto Legislativo n.º 24, de 29-5-56 e promulgada pelo Decreto n.º 41.721, de 25-6-57) e de emprego ou ocupação (Convenção n.º 111/58, aprovada pelo Decreto Legislativo n.º 104, de 24-11-64 e promulgada pelo Decreto n.º 62.150, de 19-1-68), sobre trabalhadores com responsabilidades familiares, cujo alvo principal é a mulher (Convenção n.º 156/81, não ratificada pelo Brasil).

A Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher foi aprovada pela ONU em 1974, sendo promulgada pelo Decreto n.º 89.460, de 20-3-84. Prevê que os direitos relativos ao emprego sejam assegurados "em condições de igualdade entre homens e mulheres" (art. 11). Menciona que as medidas "destinadas a proteger a maternidade não serão consideradas discriminatórias" (§ 2.º do art. 4.º).

A Lei n.º 9.029, de 13-4-95, estabeleceu normas quanto à proibição de exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho.

Trata-se de norma que versa sobre questões relativas ao trabalho, como se observa do art. 1.º, que veda práticas discriminatórias contra a mulher, como também a respeito do crime pelo descumprimento da primeira regra, ou seja, de norma de Direito Penal (art. 2.º), que fixa a pena para os casos de transgressão da lei. Nada impede que uma lei explicite mais de uma matéria ou, como no caso, que trate de questões de Direito do Trabalho, como também de Direito Penal.

Para se interpretar a Lei n.º 9.029/95 é mister observar a diretriz da Constituição, segundo a qual a empregada não poderá ser dispensada desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto (art. 10, II, b, do ADCT). A Lei Maior também proíbe critério de admissão por motivo de sexo (art. 7.º, XXX), sendo invioláveis a intimidade e a honra das pessoas (art. 5.º, X). O mesmo se deve dizer quanto à Convenção n.º 103 da OIT, que foi aprovada pelo Brasil pelo Decreto Legislativo n.º 20/65, em que, se a mulher se ausentar de seu trabalho em virtude de gravidez, é ilegal para seu empregador despedi-la durante a referida ausência ou data tal que o prazo do aviso prévio termine e enquanto durar a ausência mencionada (art. V).

Pelo que se verifica do art. 1.º da Lei n.º 9.029/95, é vedada a prática de ato discriminatório e limitativo para efeito do ingresso na relação de emprego ou para sua manutenção.

Os atos discriminatórios também estarão ligados: (1) à exigência de teste, exame, perícia, laudo, atestado, declaração ou qualquer outro procedimento relativo à esterilização ou a estado de gravidez; (2) à adoção de quaisquer medidas, de iniciativa do empregador, que configurem: (a) indução ou instigamento à esterilização genética; (b) promoção de controle de natalidade,

salvo os serviços realizados por instituições públicas ou privadas, submetidas às normas do SUS (art. 2.°).

Nada impede, contudo, à empresa solicitar exame médico na dispensa da empregada, visando verificar se esta se encontra grávida, justamente por ter por objetivo manter a relação de emprego, caso o resultado seja positivo. O empregador não poderá saber se a empregada se encontra ou não grávida se não proceder ao exame. A prática de o empregador solicitar o exame médico para a dispensa da empregada é um ato de garantia para as próprias partes da condição de estabilidade da obreira, para efeito da manutenção da relação de emprego no caso de estar ela grávida, não representando crime, infração administrativa ou outra qualquer. Não se trata, assim, de discriminação, pois, ao contrário, está verificando se a empregada pode ou não ser dispensada, pois sem o exame não se saberá se a empregada estava ou não grávida quando da dispensa, que implicaria ou não a reintegração.

Ao contrário, a empresa não poderá exigir teste para efeito da verificação da constatação de que a empregada se encontra ou não esterilizada, pois aí será nítida a prática discriminatória.

Inexistirá, também, qualquer procedimento incorreto se a empregada, espontaneamente, fizer o teste de gravidez, até mesmo para provar sua condição, pois aí a exigência não será do empregador.

A lei tem por objetivo admitir inclusive empregadas grávidas, justamente por não se poder fazer teste de admissão para verificar se a empregada está ou não grávida, o que, agora, se considera crime, se dessa forma o empregador proceder.

A empregada poderá optar entre: (a) rescindir o contrato com o pagamento em dobro da remuneração do período de afastamento, com juros de 1% ao mês, calculados de maneira simples e a partir da propositura da ação (§ 1.° do art. 39 da Lei n.° 8.177/91) e correção monetária com base na taxa referencial; (b) ser readmitida com o pagamento da remuneração devida entre a data do afastamento e a data do retorno, com juros e correção monetária, como já descrito anteriormente, sendo que esse direito terá de ser exercitado em juízo. O termo mais correto deveria ser reintegração e não readmissão, pois há contagem do tempo anterior e pagamento dos salários desde o afastamento. A faculdade da rescisão ou readmissão é uma opção da empregada e não do empregador, e será exercida como a primeira o desejar. O pagamento em dobro, porém, será pertinente apenas ao período de afastamento, no caso da não-readmissão e não em caso do retorno ao serviço. É uma penalidade semelhante à descrita no art. 496 da CLT, sendo que esta regra é dirigida ao juiz, que poderá converter a reintegração da obreira estável em pagamento em dobro. No caso da Lei n.° 9.029/95, o juiz não poderá aplicar o art. 496 da CLT, pois se trata de faculdade de a parte pedir a reintegração ou indenização. A lei não fala em estabilidade; todavia, manda reintegrar.

A reintegração da empregada será, porém, feita sem se fixar um prazo, que não é determinado nem mesmo pela legislação. O prazo de estabilidade será o descrito na alínea b do inciso II do art. 10 do ADCT, que vai desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto. Posteriormente, o empregador poderá dispensar normalmente a empregada, pagando as verbas rescisórias pertinentes, exercendo, portanto, seu poder potestativo, que apenas sofre limitações quanto aos títulos que serão pagos ao trabalhador. Terminado o período de estabilidade, o empregador não será obrigado a manter a empregada na empresa.

Em caso de readmissão, o período de afastamento, contudo, não será apenas o relativo à estabilidade da gestante, pois não se depreende essa situação do inciso I, do art. 4.° da Lei n.° 9.029/95, mas todo o período de afastamento da

empregada até seu retorno em virtude da prática discriminatória. Quando do retorno da empregada, poderá o empregador dispensá-la caso não goze de estabilidade no emprego, bastando, nesse caso, pagar as verbas rescisórias pertinentes.

Se a empregada não estiver grávida, mesmo assim terá direito a readmissão, não por causa de estabilidade da gestante, mas apenas pela prática discriminatória contida na Lei n.° 9.029/95.

A Lei n.° 9.029/95 não poderá ser utilizada por analogia para reintegração em outros casos, como, v. g., de aidéticos, pois se refere apenas a exames relativos à esterilização (art. 2.°, I e II, a), a estado de gravidez (art. 2.°, I) ou controle de natalidade (art. 2.°, II, b), preceitos que dizem respeito à mulher e não a determinada doença.

As infrações da Lei n.° 9.029/95 são passíveis, ainda, de: (a) multa administrativa de 10 vezes o valor do maior salário pago pelo empregador, elevado em 50% em caso de reincidências; (b) proibição de obter empréstimo ou financiamento de instituições financeiras oficiais.

Parece-nos que a segunda disposição diz respeito a qualquer entidade financeira, desde que seja oficial. Não serão apenas os bancos do governo, por exemplo, mas também as entidades financeiras privadas, que não deixam de ser oficiais, pois só funcionam mediante autorização do Banco Central (art. 18 da Lei n.° 4.595/64).

A Lei n.° 9.029/95 fixa uma multa de natureza administrativa, que será devida à União e não ao empregado, na importância de 10 vezes o valor do maior salário pago pelo empregador. Não se trata de remuneração, mas de salário, isto é, aquilo que for pago diretamente pelo empregador ao empregado e não por terceiros. Será, assim, o maior salário pago na empresa, como o dos gerentes e até de diretores, se estes forem empregados, pois aí terão salário. A multa é realmente elevada e vai atender aos padrões de cada empresa, pois na pequena empresa vai ser o maior salário nela pago, na grande empresa, idem, e assim por diante. Poderá ser, ainda, elevada em 50% no caso de reincidência na prática dos atos descritos no art. 2.° da Lei n.° 9.029/95.

Não se trata, porém, de bis in idem, pois uma coisa é o crime e sua pena, outra é a multa administrativa devida à União e outra é a proibição de obter empréstimo. Haveria dupla penalidade se a empresa tivesse de pagar duas multas administrativas pelo mesmo fato gerador, o que não é o caso, pois se tipifica um crime, uma multa administrativa e uma sanção quanto à obtenção de empréstimos.

O inciso XXXIX do art. 5.° da Constituição estabelece que não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal (nullun crimen, nulla poena sine lege).

Esses requisitos são atendidos pelo art. 2.° da Lei n.° 9.029/95. O art. 2.° tipifica os crimes de: (1) exigência de teste, exame, perícia, laudo, atestado, declaração ou qualquer outro procedimento relativo à esterilização ou a estado de gravidez; (2) adoção de quaisquer medidas, de iniciativa do empregador, que configurem: (a) indução ou instigamento à esterilização genética; (b) promoção do controle de natalidade, assim não considerado o oferecimento de serviços e de aconselhamento ou planejamento familiar, realizados por meio de instituições, públicas ou privadas, submetidas às normas do Sistema Único de Saúde - SUS. O mesmo art. 2.° estabelece as penas pela transgressão das regras anteriormente mencionadas: detenção de um a dois anos e multa.

A adoção de medidas que forem tomadas pelo empregado não serão consideradas como crime, inclusive relativas a controle de natalidade.

Observa-se que o sujeito ativo do crime é a pessoa física, não podendo ser a pessoa jurídica. Assim, a prática do crime será feita: (a) pela pessoa física

empregadora, isto é, o empregador que explore sua atividade sem estar constituído sob a forma de sociedade; (b) o representante legal do empregador, como definido na legislação trabalhista. Entretanto, a legislação trabalhista não estabelece quem é o representante legal do empregador; em certos casos, apenas o CPC o faz, como no art. 12, mas para efeitos processuais. O § 1.° do art. 843 da CLT apenas menciona que o empregador pode fazer-se substituir pelo gerente ou preposto, desde que tenham conhecimento dos fatos, porém apenas para efeito de representa-lo em audiência. Não há disposição clara na legislação trabalhista a respeito do conceito de representante legal do empregador, que só poderá ser a pessoa que exigir as práticas discriminatórias determinadas no art. 2.° da Lei n.° 9.029/95, na qualidade de representante legal - que seriam os sócios, gerentes ou outras pessoas que estivessem autorizadas legalmente. Ressente-se, portanto, de clareza esse dispositivo para sua completa aplicação, o que dará ensejo a dúvidas; (c) o dirigente, direto ou por delegação, de órgãos públicos e entidades das administrações públicas direta, indireta e fundacional de qualquer dos Poderes da União dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

A Lei n.° 9.029/95 vai desestimular a empresa a contratar mulheres, em função de suas proibições. Em vez de proteger, irá desproteger a obreira, impedindo a admissão de trabalhadoras. Na verdade, em vez de se proteger o mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos (art. 7.°, XX, da Constituição), aqui se está desprestigiando a contratação de mulheres pelo empregador, que não poderá exigir exame médico da mulher para admiti-la, o que poderá ser interpretado em prejuízo da própria trabalhadora.

Dúvidas haverá quanto à exigência de teste de gravidez pelo empregador para dispensar a empregada, que em nosso modo de ver não constituirá prática discriminatória.

Pág. 526

12.2 Proteção do mercado de trabalho da mulher

As Constituições anteriores não tratavam do tema proteção do mercado de trabalho da mulher. Na Subcomissão dos Direitos dos Trabalhadores, na Comissão da Ordem Social ou na Comissão de Sistematização não constava dispositivo no sentido da proteção do mercado de trabalho da mulher.

A redação final restou configurada no inciso XX, do art. 7.° da Lei Magna: "proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei". A referida norma é programática, dependente de lei para a sua regulamentação. Não tem, portanto, eficácia imediata, mas limitada.

Os incentivos deveriam ser estabelecidos na área tributária ou previdenciária, sendo determinados pela legislação ordinária.

Dispõe, ainda, o inciso I, do art. 5.° da Lei Maior que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos da Constituição. Essa regra já era consagrada no art. VII da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948. Trata-se de determinação indireta de proteção ao trabalho da mulher, de forma que não haja discriminações entre homens e mulheres, salvo aquelas determinadas na própria Lei Magna (§ 7.°, do art. 201, por exemplo, que trata de idade diferenciada para aposentadoria entre homens e mulheres).

Já previa a Lei n.° 5.473, de 9 de julho de 1968, serem "nulas as disposições e providências que direta ou indiretamente, criem discriminações entre brasileiros de ambos os sexos, para o provimento de cargos sujeitos à seleção" art. 1.°).

O Brasil aprovou a Convenção n.° 103 da OIT, de 1952, promulgada pelo Decreto n.° 58.020, de 14 de junho de 1966, dispondo que "em caso algum o empregador deverá ficar pessoalmente responsável pelo custo das prestações devidas à mulher que emprega" art. IV, 8). As prestações devidas à empregada

gestante, tanto antes como depois do parto, devem ficar a cargo de um sistema de seguro social ou fundo público, sendo que a lei não pode impor esse ônus ao empregador, inclusive com o objetivo de evitar a discriminação do trabalho da mulher. Apenas com a edição da Lei n.° 6.136, de 7 de novembro de 1974, é que o salário-maternidade passou a ser uma prestação previdenciária, não mais tendo o empregador que pagar o salário da empregada que vai dar a luz. A conjugação dessas regras importa indiretamente a proteção do mercado de trabalho da mulher, pois se o empregador tiver de pagar o salário da empregada no período de gestação e após o parto, não irá contratar mulheres.

Reza o caputdo art. 373A da CLT que ressalvadas as disposições legais destinadas a corrigir as distorções que afetam o acesso ao mercado de trabalho e certas especificidades previstas nos acordos trabalhistas são vedadas várias situações.

Indaga-se aqui qual o sentido da expressão "acordos trabalhistas". É acordo individual ou coletivo? Parece que a expressão "acordos trabalhistas" não quer dizer acordos individuais. Está empregada no plural e num sentido genérico, envolvendo as convenções e os acordos coletivos, que poderão estabelecer certas especificidades. Dificilmente o empregador estabeleceria em acordo individual alguma especificidade relativa ao trabalho da mulher.

Pág. 527

No anúncio ao emprego não se poderá fazer discriminação quanto a sexo, cor ou idade, para a admissão, salvo quando a natureza da atividade seja notória e publicamente incompatível. Não havia disposição específica em nossa legislação sobre o tema anúncio ao emprego, que são publicados, por exemplo, em jornais e em que os empregadores muitas vezes faziam referência a apenas um ou outro sexo, que agora estarão vedados. Atividade específica talvez seja a das secretárias, telefonistas e recepcionistas, que normalmente são exercidas por mulheres. Essas atividades, porém, podem também ser exercidas por homens. O exemplo mais adequado seria de uma atividade que necessitasse de força física, como de segurança, para levantar pesos acima de certos limites, para fazer cargas e descargas etc.

É vedado recusar emprego, promoção ou motivar a dispensa do trabalho em razão do sexo, idade, cor, situação familiar, salvo quando a natureza da atividade seja notória e publicamente incompatível.

Não é permitido considerar o sexo, a idade, a cor ou situação familiar como variável determinante para fins de remuneração, formação profissional e oportunidades de ascensão profissional.

A disposição acrescenta formação profissional e oportunidades de ascensão profissional, que não eram previstas na legislação.

Fica proibida a exigência de atestado ou exame de qualquer natureza, para comprovação de esterilidade ou gravidez, na admissão ou permanência no emprego. O mandamento legal tanto diz respeito à admissão como à permanência no emprego e não apenas à última hipótese.

Exigir tem o sentido de obrigar, ordenar, impor como obrigação. Envolve procedimento intimidatório.

Solicitar implica convidar, rogar, pedir, requerer.

Nada impede, contudo, à empresa solicitar exame médico na dispensa da empregada, visando verificar se esta encontra-se grávida, justamente por ter por objetivo manter a relação de emprego, caso o resultado seja positivo. O empregador não poderá saber se a empregada se encontra ou não grávida se não proceder ao exame. A prática do empregador de solicitar o exame médico para a dispensa da empregada é um ato de segurança para as próprias partes da condição de garantia de emprego da obreira, para efeito da manutenção da relação de emprego no caso de estar ela grávida, não representando crime, infração administrativa ou outra qualquer.

Inexistirá, também, qualquer procedimento incorreto se a empregada, espontaneamente, fizer o teste de gravidez, até mesmo para provar a sua condição, pois aí a exigência não será do empregador.

É defeso impedir o acesso ou adotar critérios subjetivos para deferimento de inscrição ou aprovação em concurso, em empresas privadas, em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez.

Concursos quer dizer, à primeira vista, a exigência de exame no setor público e nas empresas da União, Estados, Distrito Federal e municípios. Empresas privadas seriam as sociedades de economia mista e suas subsidiárias, que têm essa característica e a elas é aplicada a CLT (art. 173, § 1.°, da Constituição), tendo de fazer concursos para admitir pessoal.

A palavra concurso dá margem a dúvidas, em razão de que na maioria dos casos não se admitem empregados nas empresas privadas por concurso, nem há inscrição ou aprovação em concursos. Entretanto, como o dispositivo se refere a empresas privadas, se estas fizerem concursos não poderão estabelecer procedimentos discriminatórios.

Há agora determinação específica no sentido de que o empregador ou preposto não poderá proceder a revistas íntimas nas empregadas ou funcionárias. Preposto, no caso, é o representante ou funcionário do empregador.

Poderá, ao contrário, proceder a tais revistas nos funcionários ou empregados, pois não há proibição nesse sentido na lei. Apenas deve-se observar o inciso X do art. 5.° da Constituição que prevê ser inviolável a intimidade da pessoa, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

As vagas dos cursos de formação de mão-de-obra, ministrados por instituições governamentais, pelos próprios empregadores ou por qualquer órgão de ensino profissionalizante, serão oferecidas aos empregados de ambos os sexos (art. 390B da CLT).

Normalmente os cursos de formação de mão-de-obra são ministrados pelo Senai, Senac, Senar, Senat, mas podem ser ministrados por instituições governamentais ou por outras entidades privadas.

Segundo o art. 390B da CLT, apenas em relação às vagas de cursos ministrados por instituições governamentais é que serão oferecidas aos empregados de ambos os sexos, não podendo haver discriminação.

As empresas com mais de 100 empregados, de ambos os sexos, deverão manter programas especiais de incentivos e aperfeiçoamento profissional da mão-de-obra (art. 390C).

O número 100 é relativo, pois se a empresa tiver 99 empregados não terá por obrigação atender à determinação do art. 390C.

A CLT não trata de estabelecimento, mas de empresa. Assim, se a empresa tiver mais de um estabelecimento, que individualmente não tem mais de 100 empregados, mas que somados todos os empregados atingir o número 100, estará obrigada a cumprir o dispositivo.

Não esclarece o artigo como serão esses programas especiais de incentivo e aperfeiçoamento profissional da mão-de-obra. Esse dispositivo provavelmente se tornará letra morta, por falta de previsão específica para a sua implementação.

A pessoa jurídica poderá associar-se a entidade de formação profissional, sociedades civis, sociedades cooperativas, órgãos e entidades públicas ou entidades sindicais, bem como firmar convênios para o desenvolvimento de ações conjuntas; visando à execução de projetos relativos ao incentivo ao trabalho da mulher.

Outro dispositivo meramente programático, pois a lei emprega o verbo "poderá" e não "deverá". A empresa não terá obrigação de cumprir a regra em exame, em razão de que não é obrigatória, mas uma mera faculdade de se associar

com outras pessoas. Em razão de ser facultativa, não poderá ser multada pela fiscalização, caso descumpra o art. 390E da CLT.

O mandamento diz respeito apenas a pessoas jurídicas e não a pessoas físicas, como autônomos, eventuais etc.

Pág. 529

É garantida à empregada, durante a gravidez, sem prejuízo do salário e demais direitos: a - transferência de função, quando as condições de saúde o exigirem, assegurada a retomada da função anteriormente exercida, logo após o retorno ao trabalho; b - dispensa do horário de trabalho pelo tempo necessário para a realização de, no mínimo, seis consultas médicas e demais exames complementares.

A empregada terá direito a ser transferida para outra função, em razão das suas condições de saúde. Quando retornar ao trabalho terá direito a voltar à função de origem. Trata-se de hipótese de modificações das condições de trabalho da empregada autorizada pela lei, pelo motivo das condições de saúde da trabalhadora, como, por exemplo, de gravidez de risco.

A referência a seis consultas significa que a empregada tem direito de faltar no dia e será remunerada, pois o § 4.° faz referência a expressão "sem prejuízo do salário". São consultas chamadas de pré-Natal, com o objetivo de acompanhar a gravidez.

Os exames complementares se referem às seis consultas médicas a serem realizadas pela empregada. Serão, por exemplo, exames complementares: de sangue, de urina, ultra-som etc.

13. AMAMENTAÇÃO

A Convenção n.° 103 da OIT estabelece no art. V que "se a mulher amamentar seu filho, será autorizada a interromper seu trabalho com esta finalidade durante um ou vários períodos cuja duração será fixada pela legislação nacional".

O art. 396 da CLT é que regula a situação.

A empregada terá direito a dois intervalos de descansos especiais de meia hora cada um até que seu filho complete seis meses de idade, para efeito de amamentação. Esse período de seis meses poderá ser dilatado, a critério da autoridade competente. No entanto, a lei não dispõe que o intervalo seja remunerado. Isso quer dizer que a empresa não é obrigada a pagar por esse intervalo, ao contrário do intervalo previsto no art. 72 da CLT, que é remunerado e não deduzido da jornada de trabalho.

Os estabelecimentos que tiverem pelo menos 30 mulheres com mais de 16 anos de idade terão local apropriado onde seja permitido às empresas guardar sob vigilância seus filhos no período de amamentação. A referida exigência poderá ser suprida mediante creches distritais mantidas, diretamente ou mediante convênios, com outras entidades públicas ou privadas, pelas próprias empresas, em regime comunitário, ou a cargo do Sesi, do Sesc, da LBA ou de entidades sindicais. O Sesi, o Sesc e a LBA poderão subvencionar essa assistência à infância, de acordo com suas possibilidades financeiras, para efeito das escolas maternais e jardins de infância, distribuídos nas zonas de maior densidade de trabalhadores, destinados especialmente aos filhos das mulheres empregadas. A Portaria n.° 3.296/86 do Ministério do Trabalho permite a substituição da concessão das creches pelo reembolso-creche.

Os locais destinados à guarda dos filhos das operárias durante o período de amamentação deverão possuir, no mínimo, um berçário, uma saleta de amamentação, uma cozinha dietética e uma instalação sanitária (art. 400 da CLT).

Pág. 430

O disposto no art. 399 da CLT não incentiva nem um pouco as empresas a se organizarem para a manutenção de creches e instituições de proteção aos menores, pois o fato de conceder o Ministro do Trabalho diploma de benemerência às empresas que procederem dessa forma não implica que elas tenham interesse em assim agir.

Como vimos, muitos dos dispositivos da CLT já não se justificam, principalmente em função da igualdade entre homens e mulheres prevista no art. 5.°, I, da Constituição. A mulher somente deveria ter tratamento especial da legislação quando em época de gravidez, amamentação e em função da proteção de seu mercado de trabalho. No mais, as normas deveriam ser as mesmas, tanto para o homem quanto para a mulher.

VERIFICAÇÃO DE APRENDIZAGEM

1. A mulher pode trabalhar no período noturno?
2. Quais são os intervalos de descanso da mulher?
3. A mulher pode trabalhar em posto de gasolina? Por quê?
4. A quantos dias tem direito a empregada de licença-maternidade?
5. Qual o período que a empregada tem para amamentar seu filho?
6. De quantos dias é a estabilidade da gestante?
7. Quantos devem ser os dias a anteceder e suceder o parto na licença-maternidade?

35

TRABALHO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

1. INTRODUÇÃO

A preocupação com o trabalho do menor vem da época das Corporações de Ofício, em que sua assistência era feita para preparação profissional e moral, para conferir-lhe aprendizagem.

Com a Revolução Industrial (século XVIII), o menor ficou completamente desprotegido, passando a trabalhar de 12 a 16 horas diárias. Equiparavam-se os menores às mulheres. Utilizava-se muito do trabalho do menor, inclusive em minas de subsolo.

Na Inglaterra, com o Moral and Health Act, de 1802, Robert Peel pretendia salvar os menores, o que culminou com a redução da jornada diária de trabalho do menor para 12 horas. Por iniciativa de Robert Owen, foi proibido o trabalho do menor de 9 anos, restringindo-se o trabalho do menor de 16 anos para 12 horas diárias, nas atividades algodoeiras.

Na França, foi proibido, em 1813, o trabalho dos menores nas minas. Em 1841, vedou-se o trabalho dos menores de 8 anos, fixando-se a jornada de trabalho dos menores de 12 anos em oito horas.

Na Alemanha, a lei industrial de 1869 vedou o trabalho dos menores de 12 anos. Na Itália, em 1886, o trabalho do menor foi proibido antes dos 9 anos.

Verificamos do art. 2.° da Declaração Universal dos Direitos da Criança que a finalidade principal da proteção do trabalho dos menores está em "lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, de forma sadia e normal e em condições de liberdade e dignidade".

No passado, os menores eram equiparados às mulheres, como se verifica em dois capítulos da CLT sobre a tutela que deva ser dada a essas pessoas. Hoje, isso já não se justifica, principalmente diante do fato de que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações. A tutela do trabalho do menor apenas se evidencia no momento em que o trabalho interfere em sua formação moral, física, cultural etc.

2. MEDIDAS DE PROTEÇÃO NO ÃMBITO INTERNACIONAL

A OIT passou a expedir uma série de convenções e recomendações sobre o tema. A Convenção n.° 5, de 1919, estabeleceu a idade mínima de 14 anos para o trabalho na indústria, tendo sido ratificada pelo Brasil em 1934.

Pág. 532

A Convenção n.° 6, de 1919, promulgada pelo Decreto n.° 423, de 12-12-1935, proibiu o trabalho do menor no período noturno nas indústrias. A Convenção n.° 10, de 1921, fixou o limite de idade mínima para o trabalho na agricultura. A Recomendação n.° 45, de 1935, versou sobre o desemprego dos menores. As Convenções nos 59 e 60, de 1937, trataram do resguardo da moralidade do menor. A Convenção n.° 78, de 1946, tratou do exame médico em trabalhos não industriais. A Convenção n.° 79, de 1946, especificou o trabalho noturno em atividades industriais. A Convenção n.° 128, de 1967, versou sobre o peso máximo a ser transportado pelo menor. A Convenção n.° 138, de 1973, ressalvou sobre a idade mínima de admissão no emprego em relação aos menores; a idade mínima não deve ser inferior ao fim da escolaridade obrigatória, nem inferior a 15 anos, admitindo-se o patamar de 14 anos, como primeira etapa, para os países insuficientemente desenvolvidos. A Convenção n.° 146, de 1973, versou sobre idade mínima para admissão no emprego.

Ainda no âmbito internacional, verificamos que em novembro de 1959 foi editada pela ONU a Declaração Universal dos Direitos da Criança. Estabelece a referida norma, entre outras coisas, proteção especial para o desenvolvimento físico, mental, moral e espiritual da criança (art. 2.°); proibição de empregar a criança antes da idade mínima conveniente (art. 9.°, 2.ª alínea).

Em 26-1-90, vários Estados subscreveram, em New York, na sede da ONU, a Convenção sobre os Direitos da Criança, que entrou em vigor internacional em 2-9-90. Tal norma foi ratificada pelo Brasil em 24-9-90, entrando em vigor em 23 de outubro do mesmo ano, aprovada pelo Decreto Legislativo n.° 28, de 14-9-90, e promulgada pelo Decreto n.° 99.710/90, de 21 de novembro.

3. ÂMBITO NACIONAL

Os primórdios da proteção do trabalho do menor no Brasil são encontrados no Decreto n.° 1.313, de 17-1-1890, que estabelecia medidas gerais de proteção ao trabalho dos menores, mas nunca foi regulamentado.

O Decreto n.° 16.300/23 estabeleceu que era vedado o trabalho do menor de 18 anos por mais de seis horas em 24 horas. Em 12-10-27, foi aprovado o Código de Menores pelo Decreto n.° 17.943-A, vedando o trabalho dos menores de 12 anos e o trabalho noturno aos menores de 18 anos.

A Constituição de 1934 proibia a diferença de salário para um mesmo trabalho por motivo de idade (art. 121, § 1.°, a). Era vedado o trabalho a menores de 14 anos, o trabalho noturno a menores de 16 anos, e em indústrias insalubres a menores de 18 anos (art. 121, § 1.°, d). Falava-se, ainda, de maneira genérica, nos serviços de amparo à infância (art. 121, § 3.°).

Vedava a Constituição de 1937 o trabalho a menores de 14 anos, o trabalho noturno a menores de 16 anos e o trabalho em indústrias insalubres a menores de 18 anos (art. 137, k).

Em 1943, foi consolidada a legislação esparsa existente na época, dando origem à CLT, nos arts. 402 a 441.

Pág. 533

A Constituição de 1946 estabelecia a proibição de diferença de salário para um mesmo trabalho por motivo de idade (art. 157, II). O trabalho do menor era proibido aos menores de 14 anos e em indústrias insalubres a menores de 18 anos, ocorrendo o mesmo quanto ao trabalho noturno (art. 157, IX).

A Constituição de 1967 proibia o trabalho do menor de 12 anos e o trabalho noturno aos menores de 18 anos, assim como o trabalho nas indústrias insalubres (art. 158, X).

A EC n.° 1, de 1969, vedou o trabalho do menor em indústrias insalubres, assim como o trabalho noturno, proibindo qualquer trabalho a menores de 12 anos (art. 165, X).

A Constituição de 1988 proibiu a diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de idade (art. 7.°, XXX). Vedou o trabalho noturno, perigoso ou insalubre aos menores de 18 anos, e qualquer trabalho a menores de 14 anos, salvo na condição de aprendiz (art. 7.°, XXXIII). A Constituição voltava ao limite de 14 anos para o menor trabalhar, previsto nas Constituições de 1934, 1937 e 1946.

A Emenda Constitucional n.° 20/98 alterou a redação do inciso XIII, do art. 7.° da Constituição, que tem a seguinte redação: "proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de 18 anos e de qualquer trabalho a menores de 16 anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de 14 anos".

4. DENOMINAÇÃO

A CLT emprega a palavra menor, tendo um capítulo inteiro (Capítulo IV) destinado à proteção do trabalho desse trabalhador. Menor é o trabalhador de 14 a 18 anos. É a pessoa que ainda não tem capacidade plena, ou seja, é a pessoa não adulta.

A palavra menor normalmente é utilizada no Direito Civil ou Penal para significar inimputabilidade daquela pessoa, o que não ocorre no Direito do Trabalho. No Direito Civil, faz-se a distinção entre menor de 16 anos ou impúbere, que deve ser representado pelos pais para a prática de atos civis e que é absolutamente incapaz (art. 5.°, I, do CC). São relativamente incapazes os maiores de 16 e os menores de 21 anos (art. 6.°, I, do CC), que são os menores púberes, que serão assistidos pelos progenitores. A capacidade absoluta dá-se aos 21 anos, ou seja, quando cessa a menoridade (art. 9.° do CC). No Direito Penal, considera-se que os menores de 18 anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial (art. 27 do CP, que foi elevado ao nível de dispositivo constitucional no art. 228 da CF). A rigor, a palavra menor nada significa, apenas coisa pequena.

O jovem, ou a juventude, é a faixa de idade compreendida entre 15 e 24 anos. O termo menor, porém, tem sido utilizado mais para demonstrar a incapacidade daquela pessoa para os atos da vida jurídica. Tem, assim, a palavra natureza civilista. As legislações estrangeiras costumam empregar as seguintes expressões para tratar da criança: child, em inglês; enfant, em francês; fanciulli, em italiano; niño, em espanhol.

Os termos mais corretos são, realmente, criança e adolescente. A criança pode ser entendida como a pessoa que se encontra antes da fase da puberdade. A puberdade é o período de desenvolvimento da pessoa, em que ela se torna capaz de gerar um filho. Já a adolescência é o período que vai da puberdade até a maturidade.

Como vemos, o menor não é incapaz de trabalhar, ou não está incapacitado para os atos da vida trabalhista; apenas, a legislação dispensa-lhe uma proteção especial. Daí por que os termos a serem empregados são criança ou adolescente.

A atual Constituição, nesse aspecto, adotou a referida nomenclatura, mais acertada. Há no inciso II do art. 203 uma regra de assistência social destinada a dar amparo "às crianças e adolescentes". O Capítulo VII do Título VIII ("Da Ordem Social") da Constituição empregou expressamente a denominação "Da Criança e do Adolescente", destinando proteção especial a essas pessoas; utiliza a Constituição a expressão criança e adolescente no art. 227, § 1.°, II, § 3.°, III, § 4.°, § 7.°. Quando o constituinte quis referir-se à incapacidade, utilizou a expressão menor, como no art. 228, que informa ser o menor de 18 anos penalmente inimputável.

Fundada na Constituição, foi editada a Lei n.° 8.069, de 13-7-90, que é denominada de "Estatuto da Criança e do Adolescente". O art. 2.° dessa norma considera criança a pessoa que tem de 0 a 12 anos incompletos, e adolescente, de 12 a 18 anos de idade.

Andou certo o constituinte ao tratar da questão, adotando expressão com origem na legislação italiana, pois a palavra menor mostra um indivíduo que ainda não atingiu pleno desenvolvimento psicossomático, normalmente abrangendo a pessoa entre 12 e 18 anos, ficando a juventude para as pessoas entre 15 e 24 anos, prestes a entrar para o mercado de trabalho.

O ideal seria que o adolescente pudesse ficar no seio de sua família, usufruindo das atividades escolares necessárias, sem entrar diretamente no mercado de trabalho, até por volta dos 24 anos, obtendo plena formação moral e cultural, mas, no caso de nosso país, isto se tem verificado impossível, tendo em vista a necessidade que todas as famílias têm de que suas crianças, atingindo por volta dos 12 anos, ou às vezes até antes, passem a trabalhar para conseguir a subsistência para o lar. Porém, entre a criança ficar abandonada, ou perambulando pelas ruas, onde provavelmente partirá para a prática de furtos e roubos e uso de drogas, certamente melhor é que tenha um ofício, ou até um aprendizado, para que possa contribuir para a melhoria das condições de vida de sua família.

5. PROTEÇÃO DO TRABALHO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Podemos dizer que os fundamentos principais da proteção do trabalho da criança e do adolescente são quatro: de ordem cultural, moral, fisiológica e de segurança. Justifica-se o fundamento cultural, pois o menor deve poder estudar, receber instrução. No que diz respeito ao aspecto moral, deve haver proibição de o menor trabalhar em locais que prejudiquem a moralidade. No atinente ao aspecto fisiológico, o menor não deve trabalhar em locais insalubres, perigosos, penosos, ou à noite, para que possa ter desenvolvimento físico normal. Por último, o menor, assim como qualquer trabalhador, deve ser resguardado com normas de proteção que evitem os acidentes do trabalho, que podem prejudicar sua formação normal.

O inciso XXXIII do art. 7.° da Constituição proibiu o trabalho noturno, perigoso ou insalubre aos menores de 18 anos e de qualquer trabalho a menores de 16 anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de 14 anos.

6. TRABALHOS PROIBIDOS

Assegura o art. 7.° da Lei n° 8.069/90 que "a criança e o adolescente têm direito à proteção, à vida e à saúde, mediante efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência".

Idade

A idade de 14 anos para o ingresso do adolescente no mercado de trabalho já era prevista na Constituição de 1946, com respaldo nas Convenções da OIT, principalmente a de n.° 5, sobre idade mínima para o trabalho na indústria; n.° 10, sobre trabalho rural; n.°s 33, 59 e 60, sobre a proteção à moralidade do menor, prevendo a idade para o ingresso no mercado de trabalho aos 15 anos; e n.° 138.

A Constituição Federal de 1967 diminuiu a idade para o trabalho do menor para 12 anos, o que mereceu muitas críticas dos doutrinadores, tendo em vista que muitas vezes, nessa idade, o menor ainda nem está alfabetizado ou não terminou o 1.° grau escolar, pois há países em que o trabalho do menor somente se inicia por volta dos 15 anos. O menor de 12 anos não estaria apto a entrar no mercado de trabalho, principalmente por estar sujeito à jornada de trabalho de oito horas, à compensação da jornada de trabalho, mediante acordo ou convenção coletiva, o que poderia atingir 10 horas de trabalho diário. Verifica-se que, na verdade, há trabalho excessivo da criança, com salários ínfimos, que, no fim, fazem concorrência com o próprio trabalhador adulto, em detrimento da formação da própria criança.

O menor de 14 anos estava proibido de executar qualquer trabalho, salvo na condição de aprendiz (redação anterior do inciso XXXIII do art. 7.° da Constituição de 1988), entendendo-se como aprendiz o menor entre 12 e 18 anos que esteja sujeito à formação metódica de um mister em que exerça seu trabalho (parágrafo único do art. 80 da CLT). A OIT preconiza a proibição do trabalho do menor de 15 anos, por meio das Convenções n.°s 59 e 60, vedando também o trabalho do menor de 18 anos em locais que lhe forem prejudiciais à moralidade (Convenção n.° 38). O art. 431 da CLT menciona que, para ser aprendiz, é preciso ter 14 anos.

A Emenda Constitucional n.° 20/90 alterou a redação do inciso XXXIII do art. 7.° da Lei Maior quanto a idade mínima para o trabalho. É vedado o trabalho de menores de 16 anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de 14 anos. A fixação da idade para o trabalho em 16 anos mostra a tese de que lugar do menor é na escola e não no trabalho. Entretanto, é preferível o menor trabalhar do que praticar furtos e roubos nas ruas ou usar drogas.

A redação do art. 402 da CLT fica modificada com a previsão constitucional, sendo menor a pessoa que se encontra entre 14 a 18 anos. É proibido o trabalho do menor de 14 anos, mesmo na condição de aprendiz, o que derroga o art. 403 da CLT. Aprendiz é a pessoa que estiver entre 14 e 18 anos, derrogando o parágrafo único do art. 80 da CLT.

No período entre 14 e 16 anos o trabalho do aprendiz irá gerar vínculo de emprego, pois é permitido o trabalho nesse interregno na condição de aprendiz, como menciona a Constituição, o que só pode ser feito mediante contrato de trabalho. Entende-se, no entanto, que ficou vedado o trabalho do menor em serviços temporários, na pequena empreitada, no trabalho avulso, no trabalho autônomo, tanto em atividades urbanas como rurais, porque a Norma Ápice fala em qualquer trabalho, salvo se na condição de aprendiz.

O art. 68 da Lei n.° 8.069/90 estabelece a possibilidade de um programa social de caráter educativo, sob responsabilidade de entidade governamental ou não governamental, sem fins lucrativos, que assegure ao adolescente que dele participe condições de capacitação para o exercício de atividade regular remunerada. O trabalho educativo é considerado a atividade laboral cujas exigências pedagógicas relativas ao desenvolvimento pessoal e social do educando prevalecem sobre o aspecto produtivo. A remuneração que o adolescente recebe pelo trabalho efetuado ou a participação na venda dos produtos de seu trabalho

não desfiguram o caráter educativo (§ 2.° do art. 68 da Lei n.° 8.069/90) e, por conseguinte, não caracterizam o vínculo empregatício.

Caso o menor venha a trabalhar com menos de 16 anos, mediante subordinação e os demais requisitos do vínculo empregatício, deverá receber remuneração pelo serviço prestado, sob pena de enriquecimento ilícito do empregador em detrimento do empregado, além de ser reconhecido o contrato de trabalho entre as partes. Se houver acidente do trabalho, terá direito o adolescente às prestações pertinentes. Assim, trabalhando o menor com menos de 16 anos, deve ser reconhecido o vínculo de emprego, pois a garantia prevista constitucionalmente não pode ser contra ele interpretada, ou em seu detrimento.

Não se observam as regras de proteção quando o menor esteja laborando em empresas em que trabalhem exclusivamente pessoas de sua família, desde que esteja sob a direção do pai, mãe ou tutor (art. 402, parágrafo único), exceto as proibições do trabalho noturno, perigoso ou insalubre (arts. 404 e 405 da CLT). Essa orientação é adotada com base no art. 6.° da Convenção n.° 59 da OIT, de 1937.

6.2 Trabalho noturno

O trabalho noturno é realmente prejudicial não só ao menor como também a todos os trabalhadores, pois é sabido que o período noturno se destina ao repouso ou descanso de todos os obreiros para voltarem a enfrentar o trabalho no dia seguinte, de às vezes até 10 horas. A própria legislação ordinária já previa a proibição do trabalho noturno do menor (art. 404 da CLT), que é aquele realizado das 22 às 5 h na atividade urbana; das 20 às 4 h, na pecuária; das 21 às 5 h na lavoura, para o empregado rural. Essa orientação encontra respaldo no art. 2.° da Convenção n.° 6 da OIT, de 1919.

Certo é que, na maioria das vezes, o período noturno é utilizado pelo menor para estudar, pois é dever do empregador proporcionar ao menor tempo para que este possa freqüentar aulas (art. 427 da CLT). O inciso XXXIII do art. 7.° da Lei Maior proíbe o trabalho do menor no período noturno.

6.3 Trabalho insalubre

Com o advento da EC n.° 1, de 1969, que alterou a Carta de 1967, houve a proibição ao menor de 18 anos de trabalhar em indústrias insalubres, e também no período noturno. Melhor seria se o legislador constituinte tivesse abrangido não só indústrias insalubres, mas também atividades insalubres. O texto da Constituição de 1988 é muito melhor que o anterior, pois versa sobre a proibição de qualquer trabalho insalubre ao menor, e não apenas o realizado nas indústrias. O inciso I do art. 405 da CLT já vedava o trabalho do menor em locais insalubres, conforme quadro aprovado pelo Ministério do Trabalho.

A Convenção n.° 136, de 1971, foi ratificada pelo Brasil, tratando da proteção contra os riscos de intoxicação provocados por benzeno. Proíbe o trabalho de menores de 18 anos em locais onde haja exposição ao benzeno ou a seus derivados.

6.4 Trabalho perigoso

Certo foi também incluir a vedação do trabalho perigoso para os adolescentes, que é aquele que utiliza explosivos ou inflamáveis, e mais recentemente para empregados que manipulam energia elétrica, fios de alta tensão, conforme determina a Lei n.° 7.369/85. Tais serviços são realmente

perniciosos para o menor, sendo acertada sua proibição, que é feita, inclusive, no inciso I do art. 405 da CLT.

O trabalho do menor não é só vedado em atividades industriais, como mencionava a Constituição anterior, mas também em qualquer trabalho. Nesse ponto, fica revogado o § 1.° do art. 405 da CLT que permitia o trabalho perigoso e insalubre a menores aprendizes com mais de 16 anos, pois a Constituição veda literalmente o trabalho perigoso ou insalubre a menores de 18 anos. A ressalva que a Lei Maior faz em relação ao aprendiz refere-se a que este poderá trabalhar tendo a partir de 14 anos, mas de qualquer forma será vedado seu trabalho à noite e em atividades perigosas ou insalubres.

6.5 Trabalho penoso

A Constituição proibiu o trabalho do menor nas atividades noturnas, insalubres ou perigosas, mas nada mencionou sobre o trabalho penoso. Parece, portanto, que seria permitido o trabalho penoso ao menor. Poder-se-ia argumentar que não seria tão prejudicial à saúde ou à moral do menor o trabalho penoso; todavia, houve descuido do constituinte e era ampla a intenção de proibir todo trabalho prejudicial ao menor.

Pág. 538

A Constituição, de outro modo, prescreve direitos mínimos, nada impedindo que a legislação ordinária venha a restringir outros direitos. Certamente, não foi a intenção do legislador constituinte que o adolescente viesse a trabalhar em minas ou subsolos, em pedreiras, em obras de construção civil etc. O inciso II do art. 67 da Lei n.° 8.069/90 supriu essa deficiência, proibindo o trabalho do menor em atividades penosas.

6.6 Serviços prejudiciais

O inciso II do art. 405 da CLT proíbe o trabalho da criança e do adolescente em locais ou serviços prejudiciais a sua moralidade. O § 3.° do art. 405 da CLT menciona que se considera prejudicial à moralidade do menor o trabalho: (a) prestado em teatros de revista, cinemas, boates, cassinos, cabarés, danceterias e outros; (b) em empresas circenses, em funções de acrobata, saltimbanco, ginasta; (c) de produção, composição, entrega ou venda de escritos, impressos, cartazes, desenhos, gravuras, pinturas, emblemas, imagens e quaisquer outros objetos que possam, a juízo da autoridade competente, prejudicar sua formação moral; (d) consistente na venda, a varejo, de bebidas alcoólicas. Esclarece, ainda, o art. 67 da Lei n.° 8.069/90 que é vedado o trabalho do menor que seja realizado em locais prejudiciais a sua formação e a seu desenvolvimento físico, psíquico, moral e social (inc. III) e o realizado em horários e locais que não permitam a freqüência à escola (inc. IV). Daí chega-se à conclusão de que não será permitido o trabalho do menor em salões de bilhar, bochas, sinuca ou boliche, até porque nem se permite sua entrada nesses locais (art. 80 da Lei n.° 8.069/90 - ECA). O trabalho em teatros e cinemas nada tem de prejudicial ao menor, pois muitas vezes nesses locais passam peças ou filmes educativos e dirigidos ao menor. Prejudicial seria apenas se fosse exibido algum filme pornográfico. Quanto a boates, cabarés e dancings, não há representação. O trabalho em empresas circenses também nada tem de prejudicial ao menor, sendo que este é quem vai assistir aos espetáculos. Logo, não andou bem o legislador da CLT ao estabelecer as referidas proibições.

O Juiz da Infância e da Juventude poderá autorizar o trabalho do menor nas hipóteses previstas nas alíneas a e b do § 3.° do art. 405 da CLT, desde que: a representação tenha fim educativo ou a peça de que participe não possa ser prejudicial a sua formação moral; se certifique ser a ocupação do menor

indispensável à própria subsistência ou à de seus pais, avós, irmãos e dela não advir nenhum prejuízo a sua formação moral.

O menor também não poderá fazer serviços que demandem o emprego de força muscular superior a 20 quilos para o trabalho contínuo ou 25 quilos para o trabalho ocasional. A remoção de material feita por impulsão ou tração de vagonetes sobre trilhos, de carros de mão ou quaisquer aparelhos mecânicos será permitida ao menor (art. 390 e seu parágrafo único c/c § 5.° do art. 405 da CLT). Essa orientação está de acordo com a Recomendação n.° 128 da OIT, de 1967.

O trabalho exercido nas ruas, praças e outros logradouros dependerá de prévia autorização do Juiz da Infância e da Juventude, que irá verificar se a ocupação é indispensável à subsistência do menor, de seus pais, avós ou irmãos e se dessa ocupação não poderá advir prejuízo moral (§ 2.° do art. 405 da CLT). Esse dispositivo, se fosse cumprido à risca, impediria o trabalho dos office boys, que é exercido, praticamente, na maior parte do tempo nas ruas.

7. DEVERES E RESPONSABILIDADES EM RELAÇÃO AO MENOR

Os responsáveis legais dos menores, pais, mães ou tutores, deverão afastá-los de empregos que diminuam consideravelmente seu tempo de estudo, reduzam o tempo de repouso necessário a sua saúde e constituição física, ou prejudiquem sua educação moral (art. 424 da CLT). Não se trata de faculdade, mas de obrigação. Em relação aos demais responsáveis pelos menores, que não os indicados no art. 424 da CLT, é que a lei determina a faculdade de pleitear a cessação do contrato de trabalho do menor, desde que o serviço possa acarretar para ele prejuízos de ordem física ou moral (art. 408 da CLT). Entende-se que nesse caso não haverá necessidade de aviso prévio por parte do menor ao empregador.

Quando a autoridade competente, que é o Juiz da Infância e Juventude, verificar que o trabalho executado pelo menor é prejudicial a sua saúde, a seu desenvolvimento físico ou a sua moralidade, poderá obrigá-lo a abandonar o serviço, devendo a respectiva empresa, quando for o caso, proporcionar ao menor todas as facilidades para mudar de funções. Não tomando a empresa as medidas possíveis e recomendadas pelo Juiz da Infância e Juventude para que o menor mude de função, configurar-se-á a rescisão indireta do contrato de trabalho, na forma do art. 483 da CLT (art. 407 da CLT e seu parágrafo único). O empregador terá o dever de proporcionar ao menor todas as facilidades para mudar de serviço, quando constatado pelo Juiz da Infância e Juventude que o menor trabalha em atividades que lhe são prejudiciais (art. 426 da CLT).

Os empregadores de menores de 18 anos são obrigados a velar pela observância, em seus estabelecimentos ou empresas, dos bons costumes e da decência pública, bem como das regras de higiene e medicina do trabalho (art. 425 da CLT).

O art. 427 da CLT esclareceu de forma positiva que o empregador deve proporcionar tempo suficiente ao menor para que este possa freqüentar aulas, o que é medida louvável. O inciso I do art. 63 da Lei n.° 8.069/90 determinou que a formação técnico-profissional, a aprendizagem, deve garantir o acesso e freqüência obrigatória ao ensino regular. Não há que se falar, porém, que o empregador tem de pagar a escola do menor, o que ocorre apenas na aprendizagem.

Assegura a Constituição a assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até seis anos de idade em creches e pré-escolas (art. 7.°, XXV, c/c 208, IV).

O art. 20 da Lei n.° 5.692, de 11-8-71, já não permite a contratação de menores analfabetos.

O menor de 18 anos poderá firmar recibo de pagamento de salários, sendo que, quanto a isso, não haverá necessidade da assistência de seus pais ou

responsáveis. Quanto à rescisão do contrato de trabalho, o menor terá que ser assistido por seus responsáveis legais, quando for dar quitação das verbas que estiver recebendo (art. 439 da CLT), sob pena de nulidade.

Pág. 540

Contra menores de 18 anos não corre nenhum prazo de prescrição (art. 440 da CLT). O artigo refere-se apenas ao menor trabalhador e não a menores sucessores do pai ou mãe falecido que era empregado na empresa. É certo que o art. 165 do Código Civil declara que a prescrição iniciada contra uma pessoa continua a correr contra seu herdeiro. A prescrição só não irá correr em relação aos menores de 16 anos que forem herdeiros (art. 5.°, I, c/c art. 169, I, do CC).

8. DURAÇÃO DO TRABALHO DO MENOR

A duração do trabalho do menor é regida, hoje, pelo inciso XIII do art. 7.° da Constituição, pois a CLT determina que a jornada de trabalho do menor é a mesma de qualquer trabalhador, observadas certas restrições (art. 411 da CLT). Assim, o menor, como qualquer trabalhador, fará oito horas diárias e 44 horas semanais.

Após cada período de trabalho efetivo, quer contínuo, quer dividido em dois turnos, haverá um intervalo de repouso, não inferior a 11 horas (art. 412 da CLT). Os menores terão direito de intervalo para repouso e alimentação de uma a duas horas, para trabalhos com jornadas superiores a seis horas, e 15 minutos quando estiverem sujeitos a jornada superior a quatro horas e inferior a seis horas de trabalho. Para maior segurança do trabalho e garantia da saúde dos menores, a autoridade fiscalizadora poderá proibir-lhes o gozo dos períodos de repouso nos locais de trabalho (art. 409 da CLT).

A duração normal diária do trabalho do menor não pode ser prorrogada, exceto: (a) até mais duas horas, independentemente de acréscimo salarial, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho, desde que o excesso de horas em um dia seja compensado pela diminuição em outro, de modo a ser observado o limite máximo de 44 horas semanais; (b) excepcionalmente, apenas em casos de força maior, até o máximo de 12 horas, com acréscimo salarial de 50% sobre a hora normal e desde que o trabalho do menor seja imprescindível ao funcionamento do estabelecimento.

A primeira exceção à regra é a de que o menor poderá trabalhar até mais duas horas diárias para não trabalhar em outro dia da semana, como, por exemplo, trabalhar mais uma hora diária para não trabalhar no sábado. Nesse caso, a compensação da jornada só poderá ser feita mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho, como se verifica do inciso XIII do art. 7.° da Constituição, e como já era previsto no inciso I do art. 413 da CLT. Não é possível ser feito acordo individual para a compensação de horas de trabalho do menor. O limite máximo da jornada semanal de trabalho não poderá ser superior a 44 horas, estando derrogado o inciso I do art. 413 da CLT quando menciona o limite máximo semanal de 48 horas, que se aplicava no período anterior a 5-10-88. A segunda exceção diz respeito à prorrogação do trabalho do menor, porém essa prorrogação é restrita a casos excepcionais, que a lei dispõe que sejam apenas nas hipóteses de força maior. Em caso de força maior, porém, o trabalhador adulto não tem qualquer adicional, mas o menor o tem. Notamos, portanto, que há discrepância na legislação no que diz respeito ao adicional.

Pág. 541

Quanto ao adicional, o porcentual é de 50% para os casos de força maior, pois se trata de serviço extraordinário do menor. Nesse ponto, o inciso XVI do

art. 7.° da Constituição superou o porcentual contido no inciso II do art. 413 da CLT, no tocante ao adicional de horas extras.

A prorrogação extraordinária deverá ser comunicada ao Ministério do Trabalho, dentro do prazo de 48 horas. Em caso de prorrogação do horário normal, será obrigatório um descanso de 15 minutos no mínimo; antes do início do período extraordinário de trabalho.

Quando o menor de 18 anos for empregado em mais de um estabelecimento, as horas de trabalho em cada um serão totalizadas (art. 414 da CLT). Deve-se entender, porém, que a CLT quis referir-se a mais de um empregador, e não a mais de um estabelecimento.

9. REGISTRO DE MENORES

Os arts. 415 e 423 da CLT encontram-se revogados pela legislação superveniente, pois são aqueles que tratavam da CTPS do menor.

O art. 418 da CLT foi expressamente revogado pela Lei n.° 7.855/89. O art. 419 da CLT foi revogado pela Lei n.° 5.686/71. O art. 415 foi revogado pelo Decreto-lei n.° 926/69. Os demais artigos foram revogados tacitamente pela Lei n.° 5.686/71, que regulou as questões neles inseridas de modo diferente. Ressalte-se que o art. 16 da CLT, com a redação determinada pela Lei n.° 8.260, de 12-12-91, passou a estipular os documentos necessários para a expedição da CTPS.

Assim, o registro de menores e sua CTPS deverão ser iguais aos de qualquer trabalhador.

10. APRENDIZAGEM

Segundo a Recomendação n.° 60 da OIT, de 1930, a aprendizagem pode ser conceituada como o meio pelo qual o empregador se obriga, mediante contrato, a empregar um menor, ensinando-lhe ou fazendo com que lhe ensinem metodicamente um ofício, durante um período determinado, no qual o aprendiz se obriga a prestar serviços ao empregador.

Nossa legislação define a aprendizagem como o contrato individual de trabalho realizado entre um empregador e um trabalhador maior de 14 e menor de 18 anos, pelo qual o primeiro se obriga a submeter o empregado à formação profissional metódica do ofício ou ocupação para cujo exercício foi admitido e o menor assume o compromisso de seguir o respectivo regime de aprendizagem (art. 1.° do Decreto n.° 31.546/52). O menor deve ser considerado a pessoa entre 14 e 18 anos, além do que o inciso XXXIII do art. 7.° da Constituição permite o trabalho do menor de 16 anos desde que ele seja aprendiz, a partir de 14 anos.

Logo, é possível concluir que o aprendiz pode encontrar-se na faixa de 14 aos 18 anos.

A aprendizagem consiste num processo tendente a conferir, em certo período, a formação ao trabalhador, para que este esteja apto a exercer uma profissão, ou seja, é uma espécie de formação profissional do jovem trabalhador. Esse processo de aprendizagem envolve um método para ministrar a educação necessária ao trabalhador. A finalidade principal da aprendizagem é tornar apto o trabalhador a exercer certa função. Para tanto, é feito um contrato especial com o trabalhador. A Recomendação n.° 117 da OIT, de 1962, deixa claro que "a formação não é um fim em si mesma, senão meio de desenvolver as aptidões profissionais de uma pessoa, levando em consideração as possibilidades de emprego e visando ainda permitir-lhe fazer uso de suas potencialidades como melhor convenha a seus interesses e aos da comunidade".

A aprendizagem, entretanto, não se confunde com a orientação profissional, que tem por objeto orientar o trabalhador a escolher uma profissão.

Pelo que se verifica do art. 2.° e seus parágrafos do Decreto n.° 31.546/52, a aprendizagem ocorre quando o trabalhador é matriculado em curso do Senai, Senac, Senar ou Senat, ou em curso por eles reconhecido. Entende-se também como sujeito à formação profissional o trabalhador menor submetido, no próprio emprego, a aprendizagem metódica, quando não haja curso para ministrar, ou, havendo curso, não seja possível aceitar a inscrição do menor, por falta de vaga.

O Decreto n.° 31.546/52 prevê que o contrato de aprendiz é celebrado por 36 meses. Tal disposição é ilegal, pois fere o art. 445 da CLT, que é posterior a 1952, além do que a matéria é de reserva de lei e não de decreto. Assim, o prazo para a contratação do aprendiz também será de no máximo dois anos.

Estabelece o art. 80 da CLT que o menor aprendiz perceberá salário nunca inferior a 1/2 salário mínimo durante a primeira metade do aprendizado e 2/3 do salário mínimo na segunda metade. Entendemos, porém, que esse artigo foi derrogado pela Constituição, pois esta estabelece no inciso XXX do art. 7.° a proibição de diferença de salários por motivo de idade e não faz nenhuma ressalva em relação ao aprendiz. Dessa forma, o aprendiz, tanto na primeira metade do contrato, como na segunda, deve perceber pelo menos um salário mínimo. Ao menor não aprendiz já era devido o salário mínimo integral, como menciona o Enunciado 134 do TST. Da mesma forma, encontra-se revogado o parágrafo único do art. 11 da Lei n.° 5.889/73 (empregado rural), que previa o pagamento de metade do salário mínimo ao empregado rural menor de 16 anos.

Os candidatos à admissão como aprendizes deverão ter, no mínimo, 14 anos, devendo: (a) ter concluído o curso primário ou possuir os conhecimentos mínimos essenciais à preparação profissional; (b) ter aptidão física e mental, verificada por processo de seleção profissional, para a atividade que pretende exercer; (c) não sofrer de moléstia contagiosa e ser vacinado contra a varíola. O art. 431 da CLT, ao fazer referência a 14 anos, está de acordo com as determinações das Constituições de 1934 e 1937, que previam a impossibilidade do trabalho do menor de 14 anos, sendo a redação original da CLT.

O parágrafo único do art. 403 da CLT determina como condições para o trabalho do menor de 14 a 16 anos: (a) garantia de freqüência à escola que assegure formação ao menos em nível primário; (b) serviços de natureza leve, que não sejam nocivos a sua saúde e a seu desenvolvimento normal.

De acordo com a Lei n.° 5.274/67, que derrogou as alíneas a e b do art. 429 da CLT, as empresas em geral são obrigadas a ter menores de 18 anos a seu serviço num porcentual mínimo de 5% e máximo de 10% calculado sobre o número de empregados que trabalham em funções compatíveis com o trabalho do menor. As microempresas e empresas de pequeno porte ficam dispensadas da referida exigência (art. 11 da Lei n.° 9.841/99).

Terão preferência, em igualdade de condições, para admissão aos lugares de aprendizes de um estabelecimento industrial em primeiro lugar, os filhos, inclusive os órfãos, e, em segundo lugar, os irmãos de seus empregados.

Os aprendizes são obrigados a freqüentar o curso de aprendizagem em que estejam matriculados. O aprendiz não poderá faltar aos trabalhos escolares do curso de aprendizagem em que estiver matriculado, sem justificação plausível. Faltando sem justificativa, perderá o salário dos dias em que se der a falta. A falta reiterada no cumprimento do dever de freqüência à aprendizagem, ou a falta razoável de aproveitamento, será considerada justa causa para a dispensa do aprendiz (§ 2.° do art. 432 da CLT).

A relação de menores de que fala a alínea a do art. 433 da CLT não mais existe, em função da instituição da RAIS (Relação Anual de Informações Sociais)

de acordo com a Portaria n.° 3.007/80. Os empregadores estão, ainda, obrigados a afixar em lugar visível o quadro de horário de menores.

11. MENOR ASSISTIDO

O Decreto-lei n.° 2.318, de 30-12-86, e seu Regulamento, e o Decreto n.° 94.338, de 18-5-87, trataram do Programa do Bom Menino, estabelecendo a obrigação das empresas com seis ou mais empregados de admitirem menores assistidos entre 12 e 18 anos de idade, com duração de trabalho limitada a quatro horas por dia (art. 4.°). Essa obrigatoriedade fica apenas no papel, ou seja, é letra morta, pelo fato de as empresas não cumprirem tal disposição, nem haver sanção pelo descumprimento. Pode-se dizer que em sua instituição, o Decreto-lei n.° 2.318 era inconstitucional, pois a matéria somente podia ser regulada por lei, e não por decreto-lei, por inexistir urgência ou interesse público relevante, nem ser o caso de segurança nacional, finanças públicas, criação de cargos públicos ou fixação de vencimentos (art. 55 da EC n.° 1, de 1969).

Atualmente, o inciso XXXIII do art. 7.° da Constituição estabelece que é vedado o trabalho do menor de 16 anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de 14 anos. Somente o aprendiz pode trabalhar entre os 14 e os 16 anos e não o menor assistido. Logo, este só poderá trabalhar a partir dos 16 anos.

A rigor, o menor assistido não se confunde com o menor aprendiz, no aspecto formal. No entanto, verifica-se que as finalidades de ambos os institutos são as mesmas, podendo-se entender que o Programa do Bom Menino não deixa de ser uma espécie indireta de aprendizagem em sentido amplo, com objetivo eminentemente social.

O próprio exame do Decreto n.° 94.338/87 e do § 3.° do art. 2.° do Decreto n.° 31.546/52 mostra que há necessidade de freqüência à escola, com remuneração e horário reduzido de trabalho, embora no primeiro não haja vínculo, e no segundo, sim.

Cria o Decreto-lei n.° 2.318 a categoria do menor assistido, de modo a proporcionar uma oportunidade de iniciação à profissionalização, por meio de uma instituição de assistência social que o encaminha à empresa.

Dispõe o Decreto n.° 94.338, no art. 13, que a bolsa de iniciação ao trabalho do menor assistido não gera vínculo empregatício. Entretanto, se, na prática, existirem subordinação ao empregador e os demais requisitos do art. 3.° da CLT, o menor acabará sendo considerado empregado. A cobertura de seguro com acidentes pessoais (inc. V do art. 82 do Decreto) é apenas parcial, não protegendo o menor inteiramente. Não se estabelece também um prazo para a duração da iniciação ao trabalho do menor assistido, o que pode dar ensejo a fraudes. Na prática, o uso do trabalho do menor assistido pode levar ao desemprego de outro trabalhador adulto. O art. 64 da Lei n.° 8.069/90 estabeleceu que o adolescente menor de 14 anos de idade tem direito a bolsa de aprendizagem, o que, de certa forma, dá respaldo à bolsa de aprendizagem criada pelo Decreto-lei n.° 2.318. Não há recolhimento do FGTS ou incidência da contribuição previdenciária (§ 4.° do art. 4.° do Decreto-lei n.° 2.318).

As empresas deverão admitir, como assistidos, com duração máxima de quatro horas diárias de trabalho e sem vinculação com a previdência social, menores entre 14 e 18 anos de idade, que freqüentem escola. As empresas que tenham mais de cinco empregados ficam obrigadas a admitir, a título de iniciação ao trabalho, menores assistidos no equivalente a 5% do total de empregados existentes em cada um de seus estabelecimentos. As empresas que tiverem mais de 100 empregados terão de observar, no que exceder esse número, o porcentual não inferior a 1%. As frações de unidade darão lugar à admissão de um menor.

A bolsa de iniciação ao trabalho de menor deve ser paga até o décimo dia do mês subseqüente, em valor não inferior à metade do salário mínimo mensal. Terá o menor direito a 30 dias por ano de ausência às atividades de iniciação ao trabalho, durante o período de férias escolares, ou, a pedido do menor assistido, dos exames finais, sem prejuízo da percepção da bolsa. Deve-se anotar a bolsa de iniciação ao trabalho na CTPS.

Extinguem-se o pagamento da bolsa de iniciação: (a) na reincidência de faltas não justificadas; (b) no desempenho insuficiente ou inadaptação do menor ao serviço; (c) havendo falta disciplinar; (d) na freqüência irregular às atividades escolares, definida como ausência superior a 20% da carga horária obrigatória mensal; (e) ao completar o menor 18 anos de idade; (f) a pedido do menor assistido. O menor assistido perde 1/30 do valor mensal da bolsa de iniciação ao trabalho por dia de falta não justificada, a critério da empresa.

O recibo de pagamento da bolsa de iniciação ao trabalho poderá ser assinado pelo menor.

Com a extinção da bolsa de iniciação ao trabalho, a empresa terá 30 dias de prazo para promover a admissão de outro menor a fim de completar o porcentual de 5% sobre o total de seus empregados.

Apesar do disposto na Constituição e da existência da Lei n.° 8.069/90, o Brasil continua sendo o país que mais tem problemas decorrentes do abandono da criança e do adolescente nas ruas e com sua exploração. Apenas a legislação não é suficiente; há necessidade de maior participação de toda a sociedade, visando conseguir soluções para o problema.

VERIFICAÇÃO DE APRENDIZAGEM

1. O que é menor aprendiz? Qual sua idade?
2. O que é aprendizagem?
3. Há proibição do trabalho do menor em algum tipo de atividade? Quais?
4. O que é estágio e quando se evidencia?
5. O que vem a ser menor assistido?
6. Qual a duração do trabalho do menor?

36

NACIONALIZAÇÃO DO TRABALHO

1. HISTÓRIA

O Decreto n.° 19.482, de 12-12-1930, teve preocupação com o desemprego e a entrada desordenada de estrangeiros em nosso país. Para tanto, impôs às empresas que estas deveriam ter em seus quadros de empregados dois terços de trabalhadores nacionais. Era a chamada lei dos dois terços.

Getúlio Vargas, na época, levantava a bandeira contra os exploradores estrangeiros, e a lei dos dois terços serviu como dividendo político contra aquelas pessoas. A referida norma não foi apta, porém, para evitar a entrada de estrangeiros no território nacional, mas as leis de imigração, sim. O Decreto n.° 20.210, de 21-8-1931, regulamentou aquela disposição.

A Constituição de 1934 estabeleceu no art. 135 que "a lei determinará a percentagem de empregados brasileiros que devam ser mantidos obrigatoriamente nos serviços públicos dados em concessão, e nos estabelecimentos de determinados ramos de comércio e indústria".

A alínea a do § 1.° do art. 121 proibiu diferença de salário para um mesmo trabalho por motivo de nacionalidade.

A Constituição de 1937 repetiu o art. 135 da Lei Fundamental de 1934 no art. 153, com a mesma redação. A regulamentação da Lei Maior foi feita pelo Decreto-lei n.° 1.843, de 7-12-1939, que corresponde ao capítulo referente à nacionalização do trabalho contido na CLT.

A Constituição de 1946, no inciso XI do art. 157, tratou da "fixação das percentagens de empregados brasileiros nos serviços públicos dados em concessão e nos estabelecimentos de determinados ramos do comércio e da indústria".

O inciso II do art. 157 declarava a proibição de diferença de salário para um mesmo trabalho por motivo de nacionalidade.

A Constituição de 1967 repetiu o mesmo preceito do inciso XI do art. 157 da Lei Maior de 1946 no inciso XII do art. 158. O inciso XII do art. 165 da EC n.° 1, de 1969, versou sobre o tema da mesma forma.

A Constituição de 1988 não tratou do assunto como o faziam as Constituições anteriores. Apenas o § 2.° do art. 178 esclareceu que "serão brasileiros os armadores, os proprietários, os comandantes e dois terços, pelo menos, dos tripulantes de embarcações nacionais".

2. DIREITO INTERNACIONAL

No âmbito da OIT, temos algumas Convenções que tratam do tema genericamente.

A Convenção n.° 97, de 1949, entrou em vigor em 22-1-52. O Brasil aprovou a referida norma pelo Decreto Legislativo n.° 20, de 1965. Foi ratificada em 18-6-65 e promulgada pelo Decreto n.° 58.819, de 14-7-66. Trata a referida norma sobre a emigração e imigração.

A Convenção n.° 19, de 1925, entrou em vigor no plano internacional em 8-9-1926. Foi aprovada pelo Decreto Legislativo n.° 24, de 29-5-56, ratificada em 25-4-57 e promulgada pelo Decreto n.° 41.721, de 25-6-57, tendo vigência nacional em 25-4-58. Trata da igualdade entre estrangeiros e nacionais quanto a acidente do trabalho.

A Convenção n.° 118, de 1962, entrou em vigor no plano internacional em 25-4-64. Foi aprovada pelo Decreto Legislativo n.° 31, de 20-8-68. Foi promulgada pelo Decreto n.° 66.497, de 27-4-70. Trata da igualdade no que diz respeito à Seguridade Social.

O Brasil também ratificou a Convenção n.° 111, da OIT, de 1958, que trata da discriminação entre nacionais e estrangeiros.

Há, ainda, o tratado de reciprocidade de direitos trabalhistas e previdenciários de Itaipu, entre Brasil e Paraguai.

3. VIGÊNCIA

Na Constituição de 1967 (art. 150, § 1.°) e na EC n.° 1, de 1969 (art. 153, § 1.°), falava-se apenas que não haveria distinção de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas. O caput do art. 5.° da Constituição de 1988 não repete aquelas disposições, fazendo a ressalva expressa de que todos são iguais perante a lei, "sem distinção de qualquer natureza". Assim, não poderia haver distinção quanto aos estrangeiros, estando revogados por incompatibilidade com a Lei Fundamental os arts. 352 e 362 da CLT.

A Constituição de 1946 determinava a necessidade de lei para a "fixação das porcentagens de empregados brasileiros nos serviços públicos dados em concessão e nos estabelecimentos de determinados ramos do comércio e da indústria" (art. 157, XI). O inciso XII do art. 158 da Constituição de 1967 e o inciso XII do art. 165 da EC n.° 1, de 1969, repetiram aproximadamente a mesma redação da Constituição de 1946. A Constituição de 1988 não repetiu aquelas disposições. Assim, não foram recepcionados os arts. 352 a 371 da CLT, que

estavam de acordo com a EC n.° 1, de 1969, mas não estão conformes à Constituição atual, que não faz aquela ressalva.

No âmbito internacional a Convenção n.° 111 da OIT, de 1958, estabelece em seu art. 1.° que a nacionalidade não deve alterar a igualdade de oportunidade para a obtenção de emprego ou ocupação, bem como o tratamento a ser dispensado nessa ocasião. O Brasil aprovou a referida norma internacional pelo Decreto Legislativo n.° 104, de 24-11-64, depositando o instrumento de ratificação em 26-11-65, sendo promulgada mediante o Decreto n.° 62.150, de 19-1-68.

Pág. 548

Poder-se-ia argumentar que as disposições dos arts. 352 a 362 seriam incompatíveis com a Convenção n.° 111 da OIT, pois a lei posterior revoga a anterior, visto que as disposições da referida norma são incompatíveis com aqueles comandos legais da CLT, tendo a norma internacional, depois de ratificada, força de lei federal.

4. PROPORCIONALIDADE

Mostra o art. 352 da CLT que as empresas, individuais ou coletivas, que explorem serviços públicos dados em concessão, ou que exerçam atividades industriais ou comerciais, são obrigadas a ter em seu quadro de pessoal, quando composto de três ou mais empregados, uma proporção de brasileiros de 2/3 (art. 354 da CLT). O mesmo se observa em relação aos químicos (art. 349 da CLT) e quanto aos tripulantes de navios ou embarcações nacionais (art. 369 da CLT).

Na análise desse dispositivo, vamos observar que a proporção de brasileiros se dá em relação aos natos e naturalizados (§ 2.° do art. 12 da CF) e, também, com os portugueses, se houver reciprocidade de tratamento em favor dos brasileiros. O art. 353 da CLT estabelece que se equiparam a brasileiros os estrangeiros que, residindo no país há mais de 10 anos, tenham cônjuge ou filho brasileiro. A proporcionalidade deverá ser observada na empresa, ou seja, inclusive em cada um de seus estabelecimentos ou em toda a empresa. O parágrafo único do art. 354 da CLT mostra esse fato ao falar em proporcionalidade sobre a folha de salários, que vai incluir todos os estabelecimentos da empresa.

A proporcionalidade, de acordo com o art. 352 da CLT, pode ser reduzida por decreto do presidente da República, porém não poderá ser aumentada.

No cômputo da proporcionalidade podem ser incluídos os trabalhadores que exerçam funções técnicas especializadas, a não ser que o Ministério do Trabalho venha a excluí-los da relação, em função de falta de trabalhadores nacionais (art. 357 da CLT).

Se a empresa explorar várias atividades, tendo empregados sujeitos a proporções inferiores a dois terços, deverá observar, em relação a cada uma delas, a proporção que lhe corresponder (art. 356 da CLT). É o que ocorreria numa empresa em que, por exemplo, se exigisse a proporcionalidade de 1/3 de brasileiros para motoristas, tendo ela 30 desses profissionais. Supondo que a empresa tivesse três mil funcionários no total e desempenhasse atividade comercial, dois mil deveriam ser brasileiros, e, dos motoristas, 10 deveriam ser brasileiros.

5. EMPRESAS

O art. 352 da CLT determina que a proporcionalidade de 2/3 se aplica às empresas que exerçam atividades industriais e comerciais. Por exclusão: não se aplica essa proporcionalidade às sociedades civis e atividades rurais.

Pág. 549

Nas indústrias rurais, não se observa a proporcionalidade, desde que, em zona agrícola, se destinem ao beneficiamento ou transformação de produtos da região e a atividades industriais de natureza extrativa, salvo a mineração (§ 2.° do art. 352 da CLT).

A Portaria n.° 3.151, do Ministério do Trabalho, de 19-3-69, incluiu na relação das atividades sujeitas ao regime dos 2/3 autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e demais órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, que tenham empregados sujeitos ao regime da CLT. Entretanto, as autarquias e os órgãos da Administração Pública direta ou indireta não exercem atividades industriais ou comerciais, razão pela qual isso não poderia ter sido feito, porque exercem atividade típica de serviço público.

6. FRONTEIRIÇO E SERVIÇAL

Apenas o estrangeiro fronteiriço é que pode exercer atividade remunerada no território nacional sem ter CTPS, sendo suficiente o documento de identidade expedido pela Polícia Federal. Essa pessoa é a que habita país limítrofe em relação ao Brasil e é domiciliada em cidade contígua ao território nacional. Há, assim, a possibilidade de o fronteiriço trabalhar em Municípios que fazem fronteira com o Brasil. Se o fronteiriço pretender trabalhar em outras partes do território nacional, deverá possuir CTPS. Os estrangeiros que detêm visto de cortesia, oficial ou diplomático, não necessitam obter a CTPS, mas só podem exercer atividade remunerada adstrita ao Estado estrangeiro, organização ou agência internacional ou de caráter intergovernamental na qual se encontrem a serviço no Brasil, ou de Governo ou entidade brasileira, por meio de instrumento internacional pactuado com outro governo que trate do assunto (art. 104 da Lei n.° 6.815/80).

O serviçal com visto de cortesia só poderá exercer atividade remunerada a serviço particular de titular visto de cortesia, oficial ou diplomático (§ 1.° do art. 104 da Lei n.° 6.815/80). O serviçal mencionado pela lei é o doméstico. A missão, organização ou pessoa a cujo serviço se encontre o serviçal ficará responsável por sua saída do território nacional, no prazo de 30 dias, a contar da data em que cessar o vínculo empregatício, sob pena de deportação. Ao titular de quaisquer dos vistos referidos anteriormente não se aplica a legislação trabalhista brasileira.

Os empregadores não poderão contratar empregados estrangeiros com visto temporário, de turista ou de trânsito, que não podem exercer atividade remunerada no país. A única exceção é a do estrangeiro admitido temporariamente sob contrato, tendo de exercer sua atividade na empresa que o contratou, desde que haja autorização do Ministério da Justiça, sendo ouvido, para tal fim, o Ministério do Trabalho.

7. EQUIPARAÇÃO SALARIAL

A equiparação salarial entre brasileiros e estrangeiros faz-se por analogia, de acordo com o que se depreende do art. 358 da CLT. Não se poderia dizer que esse artigo teria sido revogado pelo inciso 11 do art. 157 da Constituição de 1946, que vedava a distinção de salários por motivo da nacionalidade, pois, no caso, a equiparação é do brasileiro com o estrangeiro e não vice-versa, pois o art. 358 da CLT não traz prejuízo ao estrangeiro, apenas aumenta o direito dos empregados brasileiros.

Entendemos, entretanto, que tal artigo foi revogado pelo art. 5.° da atual Constituição.

Ao se falar em equiparação por analogia não se aplica a regra do art. 461 da CLT, bastando apenas que as funções sejam semelhantes.

A equiparação salarial por analogia se excetua quando, nos estabelecimentos em que não haja quadro organizado em carreira, o brasileiro contar menos de dois anos de tempo de serviço na empresa e não na função e o estrangeiro mais de dois anos. Havendo quadro homologado em carreira pelo Ministério do Trabalho, em que seja garantido o acesso por antiguidade, não se aplica a equiparação. O mesmo se observa quando a remuneração resultar de maior produção, para os que trabalham à base de comissão ou tarefa.

A alínea b do art. 358 da CLT ainda distingue outra hipótese em que se exclui a equiparação, que é a de ser o empregado brasileiro aprendiz, ajudante ou servente, e não o for o estrangeiro. Quanto ao aprendiz, é justa a determinação, pois este não tem formação completa e o estrangeiro a possui.

8. DESPEDIMENTO

O parágrafo único do art. 358 da CLT já trata de outra regra discriminatória ao dizer que a dispensa do empregado estrangeiro deve preceder à do brasileiro que exerça função análoga, nos casos de falta ou cessação do serviço. Essa disposição já deveria ser considerada revogada pelas Constituições anteriores, pois fere o princípio da igualdade, ou pela Convenção n.° 111, e mais ainda com o advento do art. 5.° da atual Lei Maior.

9. RELAÇÃO DE EMPREGADOS

A relação de empregados de que trata o art. 360 da CLT fica substituída pela RAIS (Relação Anual de Informações Sociais), instituída pelo Decreto n.° 76.900, de 23-11-75, em que são comunicados todos os dados relativos aos empregados.

10. REGISTRO DE ESTRANGEIRO

A CTPS do estrangeiro já contém o número do documento de naturalização ou data da chegada ao Brasil e demais elementos constantes da identidade de estrangeiro (art. 16, IV, da CLT), que será transposta para a ficha de registro de empregados.

Pág. 551

VERIFICAÇÃO DE APRENDIZAGEM

1. O que vem a ser lei dos dois terços?
2. Está em vigor a disposição da CLT que trata dessa distinção?
3. Como se dá a equiparação salarial com os estrangeiros? Em que hipóteses ela não ocorre?

37

SEGURANÇA E MEDICINA DO TRABALHO

1. HISTÓRIA

Referia a Constituição de 1934, como direito do trabalhador, a assistência médica e sanitária (art. 121, § 1.°, h).

Tratava a Constituição de 1937, como norma que a legislação do trabalho deveria observar, da assistência médica e higiênica a ser dada ao trabalhador (art. 137, I).

A Constituição de 1946, no inciso VIII do art. 157, mencionava que os trabalhadores teriam direito à higiene e segurança do trabalho.

A Lei n.° 5.161, de 1966, criou a Fundação Centro Nacional de Segurança, Higiene e Medicina do Trabalho.

A Constituição de 1967 reconheceu, também, o direito dos trabalhadores à higiene e segurança no trabalho (art. 158, IX). A EC n.° 1, de 1969, repetiu a mesma disposição (art. 165, IX).

Os arts. 154 a 201 da CLT tiveram nova redação determinada pela Lei n.° 6.514, de 22-12-77, passando a tratar da segurança e medicina do trabalho e não de higiene e segurança no trabalho. A Portaria n.° 3.214, de 8-6-78, declarou as atividades insalubres e perigosas ao trabalhador.

A Constituição de 1988 modificou a orientação das normas constitucionais anteriores, especificando que o trabalhador teria direito à "redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança" (art. 7.°, XXII).

2. ÂMBITO INTERNACIONAL

Do ponto de vista internacional, a OIT vem-se preocupando com o tema medicina e segurança do trabalho. Para tanto, foram expedidas várias convenções.

A Convenção n° 12, de 1921, trata de acidentes do trabalho na agricultura, e foi ratificada pelo Brasil. A Convenção n.° 13, de 1921, versa sobre a proibição do emprego de menores de 18 anos e mulheres nos trabalhos em contato com serviços de pintura industrial em que sejam usados produtos com sais de chumbo. A Convenção n.° 17, de 1925, especificou sobre indenização por acidente do trabalho.

A Convenção n.° 18, de 1925, enfocou o tema indenização por enfermidades profissionais. A Convenção n.° 115, de 1960, tratou de proteção contra radiações, sendo ratificada pelo Brasil. A Convenção n.° 119, de 1963, aprovada pelo Decreto Legislativo n.° 232, de 16-12-91, e promulgada pelo Decreto n.° 1.255, de 29-9-94, trata sobre a proteção das máquinas. A Convenção n.° 127, de 1967, especificou o peso máximo de carga para o transporte humano e foi ratificada pelo Brasil. A Convenção n.° 133, de 1970, aprovada pelo Decreto Legislativo n.° 222, de 12-10-91, e promulgada pelo Decreto n.° 1.257, de 29-9-94, trata de alojamento a bordo de navios, inclusive da tripulação.

A Convenção n.° 136, de 1971, aprovada pelo Brasil pelo Decreto Legislativo n.° 76, de 19-9-92, e promulgada pelo Decreto n.° 1.253, de 27-9-94, trata da proteção contra riscos de intoxicação provocados por benzeno; esclarece que as mulheres grávidas e em estado de amamentação não poderão ser empregadas em trabalhos que acarretem exposição ao benzeno; os menores de 18 anos não poderão prestar serviços em trabalhos com exposição ao benzeno ou a seus derivados (art. 11). A Recomendação n.° 144 complementa a Convenção n.° 136, versando também sobre a proteção contra os riscos de intoxicação provocados pelo benzeno. A Convenção n.° 139, de 1974, versou sobre a prevenção e controle dos riscos profissionais causados por substâncias ou agentes cancerígenos.

A Convenção n.° 148, de 1977, visa proteger os trabalhadores contra os riscos profissionais devidos à contaminação do ar, ao ruído e às vibrações no local de trabalho, e foi ratificada pelo Brasil. A Convenção n.° 152, de 1979, aprovada pelo Brasil pelo Decreto Legislativo n.° 84, de 11-12-89, e promulgada pelo Decreto n.° 99.534, de 19-9-90, trata da segurança e higiene dos trabalhos portuários.

A Convenção n.° 155, de 1981, aprovada pelo Decreto Legislativo n.° 2, de 17-3-92, e promulgada pelo Decreto n.° 1.254, de 29-9-94, estabelece regras para a segurança e saúde dos trabalhadores e meio ambiente de trabalho. A Convenção

n.° 161, de 1985, versa sobre serviços de saúde do trabalho. A Convenção n.° 162, de 1986, trata da utilização do asbesto em condições de segurança. A Convenção n.° 164, de 1987, fala na proteção à saúde e assistência médica aos tripulantes marítimos. A Convenção n.° 167, de 1988, versa sobre segurança e saúde na construção. A Convenção n° 171, de 1990, especifica a utilização de produtos químicos perigosos nos locais de trabalho.

3. DENOMINAÇÃO

Anteriormente, o nome que se dava à matéria em estudo era higiene e segurança do trabalho, por força de que assim estava disposto na CLT. Com a edição da lei n.° 6.514, de 22-12-77, passou-se a utilizar a denominação segurança e medicina do trabalho. O uso da palavra higiene mostrava o enfoque que era feito apenas quanto à conservação da saúde do trabalhador. O vocábulo medicina é mais abrangente, pois evidencia não só o aspecto saúde, mas também a cura das doenças e sua prevenção no trabalho.

4. CONCEITO

A segurança e medicina do trabalho são o segmento do Direito do Trabalho incumbido de oferecer condições de proteção à saúde do trabalhador no local de trabalho, e de sua recuperação quando não se encontrar em condições de prestar serviços ao empregador.

5. FUNDAMENTOS

Até o início do século XVIII, não havia preocupação com a saúde do trabalhador. Com o advento da Revolução Industrial e de novos processos industriais - a modernização das máquinas -, começaram a surgir doenças ou acidentes decorrentes do trabalho. A partir desse momento, há necessidade de elaboração de normas para melhorar o ambiente de trabalho em seus mais diversos aspectos, de modo que o trabalhador não possa ser prejudicado com agentes nocivos a sua saúde. O direito passou, então, a determinar certas condições mínimas que deveriam ser observadas pelo empregador, inclusive aplicando sanções para tanto e exercendo fiscalização sobre as regras determinadas.

No Brasil, o legislador mostrou-se consciente das modificações tecnológicas e das conseqüências na saúde do trabalhador. Tanto que foi editada a Lei n.° 6.514/77, que deu nova redação aos arts. 154 a 201 da CLT, tendo sido complementada p Portaria n.° 3.214/78, que dispôs, entre outras coisas, sobre serviço especializa em segurança e medicina do trabalho, equipamento de proteção individual, atividades e operações insalubres e perigosas etc.

6. REGRAS GERAIS

As empresas têm por obrigação: (a) cumprir e fazer cumprir as normas de segurança e medicina do trabalho; (b) instruir os empregados, por meio de ordens de serviço, quanto às precauções a tomar para evitar acidentes do trabalho ou doenças ocupacionais; (c) adotar as medidas que lhes sejam determinadas pelo órgão regional competente; (d) facilitar o exercício da fiscalização pela autoridade competente (art. 157 da CLT).

Os empregados deverão observar as normas de segurança e medicina do trabalho, inclusive as instruções ou ordens de serviços quanto às precauções no local de trabalho, de modo a evitar acidentes do trabalho ou doenças ocupacionais. Devem, também, colaborar com a empresa na aplicação das normas de medicina e segurança do trabalho. Considera-se falta grave do empregado quando

este não observa as instruções expedidas pelo empregador, assim como não usa os equipamentos de proteção individual que lhe são fornecidos pela empresa (art. 158 da CLT). A falta grave do empregado dependerá da gravidade do ato praticado ou de sua reiteração, sendo passível, antes, de advertência ou suspensão, se o ato não foi considerado grave o bastante para rescindir o contrato de trabalho.

As Delegacias do Trabalho deverão promover a fiscalização do cumprimento das normas de segurança e medicina do trabalho nas empresas, adotando as medidas necessárias, determinando obras e reparos que, em qualquer local de trabalho, sejam exigíveis e impondo as penalidades pelo descumprimento de tais regras (art. 156 da CLT).

7. MEDIDAS PREVENTIVAS DE MEDICINA DO TRABALHO

O exame médico é uma das medidas preventivas de medicina do trabalho. Será obrigatório, mas sempre por conta do empregador. O empregado não deverá desembolsar nenhum valor para efeito do exame médico. O empregador está sujeito, quando solicitado, a apresentar ao agente de inspeção do trabalho os comprovantes de custeio de todas as despesas com os exames médicos. Assim, deve ser feito: (a) na admissão; (b) na dispensa e (c) periodicamente (art. 168 da CLT, com a redação da Lei n.° 7.855/89). O Ministério do Trabalho é que determinará quando serão exigíveis os exames médicos por ocasião da dispensa e os complementares.

Não mais se exige a abreugrafia quando da admissão do empregado, como se verificava da redação do § 1.° do art. 168 da CLT, que, inclusive, foi excluída dos exames obrigatórios (Portaria n.° 3.720, de 31-10-90). A abreugrafia é um processo de fixar, por meio de máquina fotográfica de pequeno formato, a imagem telerradiográfica, que se faz por meio de raios X. A abreugrafia foi substituída por uma radiografia do tórax sempre que o candidato a emprego tenha ficado exposto a agentes insalubres, capazes de causar lesão pulmonar, detectável por meio da telerradiografia.

O médico poderá exigir outros exames complementares, a seu critério, para apuração da capacidade ou aptidão física e mental do empregado em razão da função que deva exercer.

Os resultados dos exames médicos deverão ser comunicados ao trabalhador, inclusive o complementar, observados os preceitos da ética médica.

A NR 7 da Portaria n.° 3.214/78 dá maiores esclarecimentos sobre os exames médicos. Para trabalhadores cujas atividades envolvam os riscos mencionados nos quadros I e II da NR 7, a periodicidade de avaliação dos indicadores biológicos deverá ser, no mínimo, semestral, podendo ser reduzida a critério do médico coordenador, ou por notificação de médico agente da inspeção do trabalho, ou mediante negociação coletiva do trabalho.

O exame médico admissional será realizado antes que o trabalhador assuma suas atividades.

O exame médico periódico será feito da seguinte forma: (a) para trabalhadores expostos a riscos ou situações de trabalho que impliquem o desencadeamento ou agravamento de doença ocupacional, ou, ainda, para aqueles que sejam portadores de doenças crônicas, os exames deverão ser repetidos: a.1) a cada ano ou a intervalos menores, a critério do médico encarregado, ou se notificado pelo médico agente da inspeção do trabalho, ou, ainda, como resultado de negociação coletiva de trabalho; a. 2) de acordo com a periodicidade especificada no Anexo n.° 06 da NR 15, para os trabalhadores expostos a condições hiperbáricas; (b) para os demais trabalhadores: b. 1) anual, quando menores de 18 anos e maiores de 45 anos de idade; b. 2) a cada dois anos, para os trabalhadores entre 18 anos e 45 anos de idade.

O exame médico de retorno ao trabalho deverá ser realizado obrigatoriamente no primeiro dia da volta ao trabalho do trabalhador ausente por período igual ou superior a 30 dias por motivo de doença ou acidente, de natureza ocupacional ou não, ou parto. O exame médico de mudança de função será obrigatoriamente realizado antes da data da mudança. O exame médico demissional será obrigatoriamente realizado até a data da homologação, desde que o último exame médico ocupacional tenha sido realizado há mais de: 135 dias para as empresas de grau de risco 1 e 2; 90 dias para as empresas de grau de risco 3 e 4, segundo o Quadro I da NR 4. Por determinação do Delegado Regional do Trabalho ou de norma coletiva, os exames médico demissionais poderão ser feitos em outro período, dependendo do risco grave aos trabalhadores. Empresas enquadradas no grau de risco 1 e 2 poderão ampliar o período de 135 dias por negociação coletiva. Empresas enquadradas no grau de risco 3 e 4 poderão ampliar o período de 90 dias, por negociação coletiva. Para cada exame médico realizado, o médico emitirá o Atestado de Saúde Ocupacional (ASO), em duas vias.

O exame médico também compreende avaliação clínica, abrangendo anamnese ocupacional e exame físico e mental. Os registros de avaliação clínica e dos exames complementares deverão ser mantidos por período mínimo de 20 anos após o desligamento do trabalhador.

As microempresas estão dispensadas da obrigatoriedade de realização de exames médicos, conforme Decreto n.° 90.880/85.

Todo estabelecimento deverá estar equipado com material necessário à prestação de primeiros socorros, considerando-se as características da atividade desenvolvida. O material deverá ser guardado em local adequado e aos cuidados de pessoa treinada para esse fim.

Constatada doença profissional ou produzida em virtude de condições especiais do trabalho, ou se dela se suspeitar, a empresa deverá encaminhar o empregado imediatamente ao INSS.

8. CONDIÇÕES DE SEGURANÇA

Com base no art. 200 da CLT, foi expedida a Portaria n.° 3.214/78, que trata de uma série de normas complementares no que diz respeito a condições de segurança no trabalho.

8.1 Equipamento de proteção individual

As empresas devem fornecer obrigatoriamente aos empregados o Equipamento de Proteção Individual (EPI), gratuitamente, de maneira a protegê-los contra os riscos de acidentes do trabalho e danos a sua saúde. A NR 6 da Portaria n.° 3.214/78 especifica regras sobre EPIs.

O EPI só será posto à venda mediante certificado de aprovação (CA) do MTb, devendo estar em perfeito estado de conservação e de funcionamento.

São considerados, entre outros, equipamentos de proteção individual: protetores auriculares (tipo concha ou plug), luvas, máscaras, calçados, capacetes, óculos, vestimentas etc.

Há necessidade de que o empregador e seus prepostos fiscalizem o efetivo uso dos EPIs. Os EPIs no âmbito rural são especificados na NR 4 da Portaria n.° 3.067 do Ministério do Trabalho, de 12-4-88.

Quanto ao EPI, o empregador deverá adquirir o tipo adequado às atividades do empregado; treinar o trabalhador para o seu uso; substituí-lo quando danificado ou extraviado; e tornar obrigatório seu uso.

8.2 Órgãos de segurança e medicina do trabalho nas empresas

8.2.1 SESMT

As empresas estão obrigadas a manter serviços especializados em segurança e em medicina do trabalho, nos quais será necessária a existência de profissionais especializados exigidos em cada empresa (médico e engenheiro do trabalho). São os Serviços Especializados em Engenharia de Segurança e em Medicina do Trabalho (SESMT). Suas regras são especificadas na NR 4 da Portaria n.° 3.214/78.

O dimensionamento do SESMT depende da gradação do risco da atividade principal e do número total de empregados existentes no estabelecimento, de acordo com o quadro seguinte:

Grau de risco	Número de Empregados no estabelecimento/Técnicos	50 a 100	101 a 250	251 a 500	501 a 1.000	1.001 a 2.000	2.001 a 3.500	3.501 a 5.000	Acima de 5.000 para cada grupo de 4.000 ou fração acima de 2.000**
1	Técnico seg. trabalho				1	1	1	2	1
	Engenheiro seg. trabalho						1*	1	1*
	Aux. Enfermagem do trabalho						1	1	1
	Enfermeiro do trabalho							1*	
	Médico do trabalho					1*	1*	1	1*

Grau de risco	Número de Empregados no estabelecimento/Técnicos	50 a 100	101 a 250	251 a 500	501 a 1.000	1.001 a 2.000	2.001 a 3.500	3.501 a 5.000	Acima de 5.000 para cada grupo de 4.000 ou fração acima de 2.000**
2	Técnico seg. trabalho				1	1	2	5	1
	Engenheiro seg. trabalho					1*	1	1	1*
	Aux. Enfermagem do trabalho					1	1	1	1
	Enfermeiro do trabalho							1	

	Médico do trabalho					1*	1	1	1

Grau de risco	Número de Empregados no estabelecimento/Técnicos	50 a 100	101 a 250	251 a 500	501 a 1.000	1.001 a 2.000	2.001 a 3.500	3.501 a 5.000	Acima de 5.000 para cada grupo de 4.000 ou fração acima de 2.000**
3	Técnico seg. trabalho		1	2	3	4	6	8	3
	Engenheiro seg. trabalho				1*	1	1	2	1
	Aux. Enfermagem do trabalho					1	2	1	1
	Enfermeiro do trabalho							1	
	Médico do trabalho				1*	1	1	2	1

Grau de risco	Número de Empregados no estabelecimento/Técnicos	50 a 100	101 a 250	251 a 500	501 a 1.000	1.001 a 2.000	2.001 a 3.500	3.501 a 5.000	Acima de 5.000 para cada grupo de 4.000 ou fração acima de 2.000**
4	Técnico seg. trabalho	1	2	3	4	5	8	10	3
	Engenheiro seg. trabalho		1*	1*	1	1	2	3	1
	Aux. Enfermagem do trabalho				1	1	2	1	1
	Enfermeiro do trabalho							1	
	Médico do trabalho		1*	1*	1	1	2	3	1

* Tempo parcial (mínimo de três horas).

** O dimensionamento total deverá ser feito levando-se em consideração o dimensionamento da faixa de 3.501 a 5.000 mais o dimensionamento do(s) grupo(s) de 4.000 ou fração de 2.000.

OBS.: Os hospitais, ambulatórios, maternidades, casas de saúde e repouso, clínicas e estabelecimentos similares com mais de 500 (quinhentos) empregados deverão contratar um enfermeiro do trabalho em tempo integral.

O Serviço Especializado em Prevenção de Acidentes do Trabalho Rural - SEPATR - é especificado na NR 2 da Portaria n.° 3.067 do Ministério do Trabalho, 12-4-88, sendo que o quadro é diverso do mencionado.

Se a empresa tem mais de 50% de seus empregados em estabelecimento ou setor com atividade em que o grau de risco seja superior ao da atividade principal, deverá dimensionar os Serviços Especializados em função do maior grau de risco.

O Decreto n.° 99.530, de 7-4-86, dispôs sobre a especialização de engenheiros e arquitetos em engenharia de segurança do trabalho e sobre a profissão de técnico de segurança do trabalho. A Lei n.° 7.410, de 27-11-85, regulou a atividade de engenharia de segurança.

Pág. 559

8.2.2 Cipa

De acordo com o art. 163 da CLT, é obrigatória a constituição de Comissão Interna de Prevenção de Acidentes (Cipa), conforme as instruções do Ministério do Trabalho que estão contidas na NR 5 da Portaria n.° 3.214/78.

Tem a Cipa por objetivo observar e relatar as condições de risco nos ambientes de trabalho e solicitar as medidas para reduzir até eliminar os riscos existentes e/ou neutralizá-los, discutindo os acidentes ocorridos e solicitando medidas que os previnam, assim como orientando os trabalhadores quanto a sua prevenção.

Será a Cipa composta de representantes da empresa e dos empregados. Os representantes do empregador, titulares e suplentes, serão por ele designados, anualmente, entre os quais o presidente da Cipa. Os representantes dos empregados, titulares e suplentes, serão eleitos em escrutínio secreto pelos interessados, independentemente de serem sindicalizados, entre os quais estará o vice-presidente da Cipa. O mandato dos membros eleitos da Cipa é de um ano, permitida uma reeleição. Os representantes titulares do empregador não poderão ser reconduzidos por mais de dois mandatos consecutivos.

Deverá a Cipa ser registrada no órgão regional do Ministério do Trabalho até 10 dias depois da eleição, devendo suas atas ser registradas em livro próprio.

A eleição para o novo mandato da Cipa deverá ser convocada pelo empregador, com prazo mínimo de 45 dias antes do término do mandato e realizada com antecedência mínima de 30 dias de seu término.

O membro titular perderá o mandato e será substituído pelo suplente quando faltar a mais de quatro reuniões ordinárias sem justificativa. Os empregados deverão fazer um curso de Cipa.

O número de membros da Cipa é regulado pelo quadro seguinte. O quadro deve ser observado em cada estabelecimento da empresa. Tratando-se de empreiteiras ou de empresas prestadoras de serviços, considera-se estabelecimento o local em que seus empregados estiverem exercendo suas atividades.

Pág. 560

Quadro I

Dimensionamento de Cipa

* GRUPOS	N.° de Empregados no Estabelecimento N.° de membros da Cipa	0 a 19	20 a 29	30 a 50	51 a 80	81 a 100	101 a 120	121 a 140	141 a 300	301 a 500	501 a 1.000	1.001 a 2.500	2.501	5.001 a 10.000	Acima 10.000 pa cada gru de 2.5 acrescent
C-1	Efetivos		1	1	3	3	4	4	4	4	6	9	12	15	2
	Suplentes		1	1	3	3	3	3	3	3	4	7	9	12	2
C-1[A]	Efetivos		1	1	3	3	4	4	4	4	6	9	12	15	2
	Suplentes		1	1	3	3	3	3	3	4	5	8	9	12	2
C-2	Efetivos		1	1	2	2	3	4	4	5	6	7	10	11	2
	Suplentes		1	1	2	2	3	3	4	4	5	6	7	9	1

C-3	Efetivos		1	1	2	2	3	3	4	5	6	7	10	10	2
	Suplentes		1	1	2	2	3	3	4	4	5	6	8	8	2
C-3[A]	Efetivos				1	1	2	2	2	3	3	4	5	6	1
	Suplentes				1	1	2	2	2	3	3	3	4	5	1
C-4	Efetivos			1	1	1	1	1	2	2	2	3	5	6	1
	Suplentes			1	1	1	1	1	2	2	2	3	4	4	1
C-5	Efetivos		1	1	2	3	3	4	4	4	6	9	9	11	2
	Suplentes		1	1	2	3	3	3	4	4	5	7	7	9	2
C-5[A]	Efetivos				1	1	2	2	2	3	3	4	6	7	1
	Suplentes				1	1	2	2	2	3	3	3	4	5	1
C-6	Efetivos		1	1	2	3	3	4	5	5	6	8	10	12	2
	Suplentes		1	1	2	3	3	3	4	4	4	6	8	10	2

* GRUPOS	N.° de Empregados no Estabelecimento N.° de membros da Cipa	0 a 19	20 a 29	30 a 50	51 a 80	81 a 100	101 a 120	121 a 140	141 a 300	301 a 500	501 a 1.000	1.001 a 2.500	2.501	5.001 a 10.000	Acima 10.000 pa cada gru de 2.5 acrescent
C-7	Efetivos				1	1	2	2	2	2	3	4	5	6	1
	Suplentes				1	1	2	2	2	2	3	3	4	4	1
C-7[A]	Efetivos		1	1	2	2	3	3	4	5	6	8	9	10	2
	Suplentes		1	1	2	2	3	3	3	4	5	7	8	8	2
C-8	Efetivos		1	1	2	2	3	3	4	5	6	7	8	10	1
	Suplentes		1	1	2	2	3	3	3	4	4	5	6	8	1
C-9	Efetivos				1	1	1	2	2	2	3	5	6	7	1
	Suplentes				1	1	1	2	2	2	3	4	4	5	1
C-10	Efetivos		1	1	2	2	3	3	4	4	5	8	9	10	2
	Suplentes		1	1	2	2	3	3	3	4	4	6	7	8	2
C-11	Efetivos		1	1	2	3	3	4	4	5	6	9	10	12	2
	Suplentes		1	1	2	3	3	3	3	4	4	7	8	10	2
C-12	Efetivos		1	1	2	3	3	4	4	5	7	8	9	10	2
	Suplentes		1	1	2	3	3	3	3	4	6	6	7	8	2
C-13	Efetivos		1	1	3	3	3	3	4	5	6	9	11	13	2
	Suplentes		1	1	3	3	3	3	3	4	5	7	8	10	2
C-14	Efetivos		1	1	2	2	3	4	4	5	6	9	11	11	2
	Suplentes		1	1	2	2	3	3	4	4	5	7	9	9	2

* GRUPOS	N.° de Empregados no Estabelecimento N.° de membros da Cipa	0 a 19	20 a 29	30 a 50	51 a 80	81 a 100	101 a 120	121 a 140	141 a 300	301 a 500	501 a 1.000	1.001 a 2.500	2.501	5.001 a 10.000	Acima 10.000 pa cada gru de 2.5 acrescent
C-14[A]	Efetivos				1	1	2	2	2	3	3	4	5	6	1
	Suplentes				1	1	2	2	2	3	3	3	4	4	1
C-15	Efetivos		1	1	3	3	4	4	4	5	6	8	10	12	2
	Suplentes		1	1	3	3	3	3	3	4	4	6	8	10	2
C-16	Efetivos		1	1	2	3	3	3	4	5	6	8	10	12	2
	Suplentes		1	1	2	3	3	3	3	4	4	6	7	9	2
C-17	Efetivos		1	1	2	2	4	4	4	4	6	8	10	12	2
	Suplentes		1	1	2	2	3	3	3	4	5	7	8	10	2

C-18	Efetivos				2	2	4	4	4	4	6	8	10	12	2
	Suplentes				2	2	3	3	3	4	5	7	8	10	2
C-18Ā	Efetivos				3	3	4	4	4	4	6	9	12	15	2
	Suplentes				3	3	3	3	3	4	5	7	9	12	2
C-19	Efetivos				1	1	2	2	2	3	3	4	5	6	1
	Suplentes				1	1	2	2	2	3	3	3	4	4	1
C-20	Efetivos			1	1	3	3	3	3	4	5	5	6	8	2
	Suplentes			1	1	3	3	3	3	3	4	4	5	6	1
C-21	Efetivos				1	1	2	2	2	3	3	4	5	6	1
	Suplentes				1	1	2	2	2	3	3	3	4	5	1

Pág. 563

* GRUPOS	N.° de Empregados no Estabelecimento N.° de membros da Cipa	0 a 19	20 a 29	30 a 50	51 a 80	81 a 100	101 a 120	121 a 140	141 a 300	301 a 500	501 a 1.000	1.001 a 2.500	2.501	5.001 a 10.000	Acima 10.000 pa cada gru de 2.5 acrescent
C-22	Efetivos		1	1	2	2	3	3	4	4	6	8	10	12	2
	Suplentes		1	1	2	2	3	3	3	3	5	6	8	9	2
C-23	Efetivos				1	1	2	2	2	2	3	4	5	6	1
	Suplentes				1	1	2	2	2	2	3	3	4	5	1
C-24	Efetivos		1	1	2	2	4	4	4	4	6	8	10	12	2
	Suplentes		1	1	2	2	3	3	4	4	5	7	8	10	2
C-24Ā	Efetivos				1	1	2	2	2	2	3	4	5	6	1
	Suplentes				1	1	2	2	2	2	3	3	4	4	1
C-24B	Efetivos		1	1	3	3	4	4	4	4	6	9	12	15	2
	Suplentes		1	1	3	3	3	3	3	3	4	7	9	12	2
C-25	Efetivos				1	1	2	2	2	2	3	4	5	6	1
	Suplentes				1	1	2	2	2	2	3	3	4	5	1
C-26	Efetivos									1	2	3	4	5	1
	Suplentes									1	2	3	3	4	1
C-27	Efetivos						1	1	2	3	4	5	6	6	1
	Suplentes						1	1	2	3	3	4	5	5	1
C-28	Efetivos						1	1	2	3	4	5	6	6	1
	Suplentes						1	1	2	3	4	5	5	5	1

Pág. 564

* GRUPOS	N.° de Empregados no Estabelecimento N.° de membros da Cipa	0 a 19	20 a 29	30 a 50	51 a 80	81 a 100	101 a 120	121 a 140	141 a 300	301 a 500	501 a 1.000	1.001 a 2.500	2.501	5.001 a 10.000	Acima 10.000 pa cada gru de 2.5 acrescent
C-29	Efetivos									1	2	3	4	5	1
	Suplentes									1	2	3	3	4	1
C-30	Efetivos		1	1	1	2	4	4	4	5	7	8	9	10	2
	Suplentes		1	1	1	2	3	3	4	4	6	7	8	9	1
C-31	Efetivos				1	1	2	2	2	3	3	4	5	6	1
	Suplentes				1	1	2	2	2	3	3	3	4	5	1
C-32	Efetivos				1	1	2	2	2	3	3	4	5	6	1
	Suplentes				1	1	2	2	2	3	3	3	4	5	1
C-33	Efetivos						1	1	1	1	2	3	4	5	1

	Suplentes						1	1	1	1	2	3	3	4	1
C-34	Efetivos		1	1	2	2	4	4	4	4	6	8	10	12	2
	Suplentes		1	1	2	2	3	3	3	4	5	7	8	9	2
C-35	Efetivos				1	1	2	2	2	2	3	4	5	6	1
	Suplentes				1	1	2	2	2	2	3	3	4	5	1

Pág. 565

A Cipa não poderá ter seu número de representantes reduzido, nem ser desativada antes do término do mandato de seus membros, ainda que haja redução do número de empregados da empresa ou reclassificação de risco, salvo em caso de encerramento da atividade do estabelecimento (art. 5.° da Portaria n.° SSST n.° 9/96).

O art. 165 da CLT determina que os titulares da representação dos empregados nas Cipas não poderão sofrer despedida arbitrária, que é a que não se fundar em motivo econômico, financeiro, técnico ou disciplinar. Ocorrendo a despedida, se o empregado reclamar na Justiça do Trabalho, deverá o empregador comprovar os motivos retroindicados, sob pena de ter de reintegrar o trabalhador. A alínea a do inciso II do art. 10 do ADCT determinou que o empregado eleito para cargo de direção da Cipa tem estabilidade no emprego, desde o registro de sua candidatura até um ano após o final de seu mandato.

A garantia de emprego é para o empregado eleito e não para o indicado pelo empregador para ser o presidente da Cipa.

A Cipa na empresa rural é definida na NR 3 da Portaria n.° 3.067/88 do Ministério do Trabalho, de 12-4-88, tendo quadro diverso do mencionado. A Cipa é feita por estabelecimento para as empresas que tenham mais de 20 empregados.

8.3 Edificações

As edificações deverão contar com os requisitos técnicos necessários à perfeita segurança dos trabalhadores (art. 170 da CLT). Os locais de trabalho deverão ter, no mínimo, 3 metros de pé-direito, que é a altura livre do piso ao teto (art. 171 da CLT). Poderá ser reduzido esse limite desde que atendidas as condições de iluminação e conforto térmico compatíveis com a natureza do trabalho, de acordo com as regras da NR 8 da Portaria n.° 3.214/78.

Os pisos nos locais de trabalho não deverão conter saliências nem depressões de modo a prejudicar a circulação de pessoas ou coisas. As aberturas nos pisos e paredes serão protegidas de forma a impedir a queda de pessoas ou de objetos. Os pisos, as escadas e as rampas devem oferecer resistência suficiente para suportar as cargas móveis e fixas, para as quais a edificação se destina. Nos pisos, escadas, rampas, corredores e passagens dos locais de trabalho, onde houver perigo de escorregamento, serão empregados materiais ou processos antiderrapantes. Os locais de trabalho deverão observar as normas técnicas quanto à resistência ao fogo, isolamento térmico, isolamento e condicionamento acústico, resistência estrutural e impermeabilidade.

8.4 Iluminação

Em todos os locais de trabalho, deverá haver iluminação adequada, natural ou artificial, apropriada à natureza da atividade (art. 175 da CLT).

A iluminação deverá ser uniformemente distribuída, geral e difusa, a fim de evitar ofuscamento, reflexos incômodos, sombras e contrastes excessivos.

Pág. 566

Os níveis mínimos de iluminação a serem observados nos locais de trabalho são os valores de iluminâncias estabelecidos na NBR n.° 5.413, norma brasileira do Inmetro (NR 17, item 17.5.3.3).

8.5 Conforto térmico

Os locais de trabalho deverão ter ventilação natural, compatível com o serviço realizado (art. 176 da CLT). A ventilação artificial será obrigatória sempre que a natural não preencha as condições de conforto térmico.

Se as condições de ambientes se tornarem desconfortáveis, em virtude de instalações geradoras de frio ou de calor, será obrigatório o uso de vestimentas adequadas para o trabalho em tais condições ou de capelas, anteparos, paredes duplas, isolamento térmico e recursos similares, de forma que os empregados fiquem protegidos contra radiações térmicas.

8.6 Instalações elétricas

Somente profissional qualificado poderá instalar, operar, inspecionar ou reparar instalações elétricas (art. 180 da CLT). Os que trabalharem em serviços de eletricidade ou instalações elétricas devem estar familiarizados com os métodos de socorro a acidentados por choque térmico (art. 181 da CLT).

A NR 10 da Portaria n.° 3.214/78 trata de instalações e serviços em eletricidade.

Deverá haver proteção aos empregados para evitar perigos com choque elétrico ou outros tipos de acidentes. Existirá cobertura por material isolante nas partes das instalações elétricas em que isso possa ser realizado. As partes das instalações elétricas, sujeitas à acumulação de eletricidade estática, devem ser aterradas. Os ambientes das instalações elétricas que contenham risco de incêndio devem ter proteção contra fogo.

8.7 Movimentação, armazenagem e manuseio de materiais

As pessoas que trabalharem na movimentação de materiais deverão estar familiarizadas com os métodos racionais de levantamento de cargas.

A NR 11 da Portaria n.° 3.214/78 estabelece as regras para este tópico.

Em todo o equipamento, será indicado, em lugar visível, a carga máxima de trabalho permitida. Os carros manuais para transporte devem possuir protetores para as mãos.

8.8 Máquinas e equipamentos

As máquinas e os equipamentos deverão ser dotados de dispositivos de partida e parada e outros que se fizerem necessários para a prevenção de acidentes do trabalho, especialmente quanto ao risco de acionamento acidental (art. 184 da CLT).

Os reparos, limpeza e ajustes somente poderão ser executados com as máquinas paradas, salvo se o movimento for indispensável à realização do ajuste (art. 185 da CLT).

A NR 12 da Portaria n.° 3.214/78 estabelece regras complementares para máquinas e equipamentos.

Os pisos dos locais de trabalho onde se instalam máquinas e equipamentos devem ser vistoriados e limpos, sempre que apresentarem riscos provenientes de graxas, óleos e outras substâncias que os tornem escorregadios.

As máquinas e os equipamentos de grandes dimensões devem ter escadas e passadiços que permitam acesso fácil e seguro aos locais em que seja necessária a execução de tarefas. As máquinas e os equipamentos devem conter dispositivos de acionamento e parada. Há necessidade de dispositivos apropriados de segurança para o acionamento de máquinas e equipamentos com acionamento repetitivo.

Se o operário for trabalhar sentado, devem ser fornecidos assentos.

8.9 Caldeiras, fornos e recipientes sob pressão

Caldeiras, equipamentos e recipientes em geral que operam sob pressão deverão dispor de válvulas e outros dispositivos de segurança, que evitem seja ultrapassada a pressão interna de trabalho compatível com sua resistência.

As caldeiras serão periodicamente submetidas a inspeções de segurança, por engenheiro ou empresa especializada, inscritos no Ministério do Trabalho (art. 188 da CLT).

Caldeiras e recipientes sob pressão têm normas complementares reguladas pela NR 13 da Portaria n.° 3.214/78.

Os fornos têm normas complementares estabelecidas pela NR 14 da Portaria n.° 3.214/78. Devem, para qualquer utilização, ser construídos solidamente, revestidos de material refratário, de forma que o calor radiante não ultrapasse os limites de tolerância, dotados de chaminés e instalados de forma a evitar acúmulo de gases nocivos e altas temperaturas em áreas vizinhas.

8.10 Ergonomia

Ergonomia é a ciência que estuda as relações do homem com seu trabalho sob o aspecto psicofisiológico.

A NR 17 da Portaria n.° 3.214/78 estabelece regras para as condições de trabalho relacionadas com levantamento, transporte e descarga de materiais.

A CLT estabelece no art. 198 que é de 60 quilos o peso máximo que um empregado pode remover individualmente, ressalvado o uso de material que utilize tração ou impulsão por vagonetes, trilhos, carros de mão ou outros aparelhos mecânicos, para o qual poderá ser fixado outro limite pelo Ministério do Trabalho. A mulher não poderá fazer serviços que empreguem força superior a 20 quilos para o trabalho contínuo, ou 25 quilos para o trabalho ocasional (art. 390 da CLT), não se compreendendo nessa orientação a remoção por vagonetes sobre trilhos, carros de mão ou aparelhos mecânicos.

Os menores devem obedecer às mesmas limitações de peso previstas quanto às mulheres (§ 5.° do art. 405 da CLT).

Será obrigatória a colocação de assentos que assegurem postura correta ao trabalhador, capazes de evitar posições incômodas ou forçadas, sempre que a execução da tarefa exija que se trabalhe sentado. Para trabalho manual sentado ou que tenha de ser feito de pé, bancadas, mesas, escrivaninhas e painéis devem proporcionar ao trabalhador condições de boa postura, visualização e operação.

Quando o trabalho for feito de pé, os empregados terão à disposição assentos para serem utilizados nas pausas que o serviço permitir.

8.11 Condições de trabalho na indústria da construção

As especificações a serem seguidas pelas empresas quanto a condições e meio ambiente do trabalho na indústria da construção são disciplinadas pela NR 18 da Portaria n.° 3.214/78.

Os materiais empregados nas construções devem ser arrumados de modo a não prejudicar o trânsito de pessoas, a circulação de materiais, o acesso aos

equipamentos de combate a incêndio, não obstruindo portas ou saídas de emergência e não provocando empuxos ou sobrecargas em paredes ou lajes.

As pilhas de material, a granel ou embaladas, devem ter forma e altura que garantam sua estabilidade e facilitem seu manuseio.

Devem ser protegidas todas as partes móveis dos motores, transmissões e partes perigosas das máquinas ao alcance dos trabalhadores.

As máquinas e os equipamentos que ofereçam risco de ruptura de suas partes, projeção de peças ou de partículas de materiais devem ser providos de proteção para suas peças móveis.

É obrigatória a colocação de tapumes, sempre que se executarem obras de construção, demolição ou reparos, onde for necessário impedir o acesso de pessoas estranhas ao serviço.

8.12 Trabalho a céu aberto

A NR 21 da Portaria n.° 3.214/78 cuida do trabalho a céu aberto.

Nos trabalhos realizados a céu aberto, é obrigatória existência de abrigos, ainda que rústicos, capazes de proteger os trabalhadores contra intempéries.

Serão exigidas medidas especiais que protejam os trabalhadores contra a insolação excessiva, o calor, o frio, a umidade e os ventos inconvenientes.

Aos trabalhadores que residirem no local de trabalho deverão ser oferecidos alojamentos que apresentem adequadas condições sanitárias.

É vedada, em qualquer hipótese, a moradia coletiva de família.

Para os trabalhos realizados em regiões pantanosas ou alagadiças, serão imperativas as medidas de profilaxia de endemias, de acordo com as normas de saúde publica.

8.13 Trabalhos em minas e subsolos

O trabalho realizado no subsolo somente será permitido a homens, com idade mínima entre 21 e 50 anos (art. 301 da CLT).

A duração normal do trabalho efetivo não excederá seis horas diárias ou de 36 horas semanais (art. 293 da CLT).

Em cada período de três horas consecutivas de trabalho, será obrigatória uma pausa de 15 minutos para repouso, que será computada na duração normal do trabalho (art. 298 da CLT).

Ao empregado em subsolo será fornecida, pelas empresas exploradoras de minas, alimentação adequada à natureza do trabalho.

A NR 22 da Portaria n.° 3.214/78 traz maiores especificações quanto ao trabalho em subterrâneos.

Próximo aos locais de acesso ao subsolo e aos de mineração de superfície, a empresa manterá chuveiros e instalações sanitárias adequadas, bem como dependência apropriada para refeições, ao abrigo da poeira, odores, umidades e fumaças e com condições satisfatórias de conforto, inclusive água potável.

Nas explorações de subsolo, haverá instalações móveis dotadas de recipientes portáteis destinados à satisfação de necessidades fisiológicas.

No subsolo e próximo às frentes de trabalho, será facilitada ao empregado a obtenção de água potável, proibidos copos de uso coletivo e torneira sem proteção.

A quantidade de ar puro posta em circulação será proporcional ao número de trabalhadores e ao de lâmpadas, motores, animais e outros agentes que consumam oxigênio.

A galeria deverá ter altura que permita ao mineiro posição satisfatória para o trabalho.

A mina em lavra terá no mínimo duas vias principais de acesso à superfície, separadas por terreno maciço e comunicando-se entre si e com as vias secundárias, de forma que a interrupção de uma delas não afete o trânsito pela outra.

8.14 Proteção contra incêndio

As empresas deverão estabelecer proteção contra incêndio em geral, promovendo o revestimento de portas e paredes, construção de paredes contra fogo, diques e outros anteparos, assim como garantia geral de fácil circulação de corredores de acesso e saídas amplas e protegidas, com suficiente sinalização (art. 200, IV, da CLT).

A NR 23 da Portaria n.° 3.214/78 trata de proteção contra incêndios.

Todas as empresas deverão possuir proteção contra incêndio, saídas suficientes para a rápida retirada do pessoal em serviço, em caso de incêndio, equipamento suficiente para combater o fogo em seu início e pessoas adestradas no uso correto desses equipamentos.

As portas devem abrir-se no sentido da saída, situando-se de tal modo que, ao se abrirem, não impeçam as vias de passagem.

Todas as escadas, plataformas e patamares devem ser feitos com material incombustível e resistente ao fogo.

As caixas de escadas deverão ser providas de portas corta fogo, fechando-se automaticamente e podendo ser abertas facilmente pelos dois lados.

8.15 Condições sanitárias

Os locais de trabalho deverão conter instalações sanitárias, com separação de sexos, chuveiros, lavatórios, vestiários e armários individuais, refeitórios ou condições de conforto por ocasião das refeições, fornecimento de água potável, condições de limpeza dos locais de trabalho e modo de sua execução (art. 200, VII, da CLT).

A NR 24 da Portaria n.° 3.214/78 especifica as condições sanitárias e de conforto nos locais de trabalho.

8.16 Resíduos industriais

A empresa deverá providenciar todas as exigências necessárias ao tratamento de resíduos industriais (art. 200, VII, da CLT).

A NR 25 da Portaria n.° 3.214/78 dispõe sobre resíduos industriais.

Os resíduos gasosos deverão ser eliminados dos locais de trabalho, sendo proibido o lançamento ou a liberação nos ambientes de trabalho de quaisquer contaminantes gasosos.

Os resíduos líquidos e sólidos deverão ser convenientemente tratados e/ou dispostos e/ou retirados dos limites da empresa, de forma a evitar riscos à saúde e à segurança dos trabalhadores.

8.17 Sinalização de segurança

Nos locais de trabalho, devem ser empregadas cores, inclusive nas sinalizações de perigo (art. 200, VIII, da CLT).

Os materiais e substâncias empregados, manipulados nos locais de trabalho, quando perigosos ou nocivos à saúde, devem conter, no rótulo, sua composição,

recomendações de socorro e o símbolo de perigo correspondente, segundo a padronização internacional. Os locais de trabalho deverão conter avisos ou cartazes, com advertência quanto aos materiais e substâncias perigosos ou nocivos à saúde.

Pág. 571

As normas quanto à sinalização de segurança são especificadas pela NR 26 da Portaria n.° 3.214/78.

A sinalização destina-se à prevenção de acidentes, mostrando os equipamentos de segurança, delimitando áreas, identificando as canalizações de líquidos e gases e advertindo contra riscos.

No local de trabalho, devem ser utilizadas cores.

A cor vermelha é usada para indicar e distinguir equipamentos de proteção e combate a incêndio, como hidrantes, bombas de incêndio etc.

A amarela é utilizada para identificar gases não liquefeitos, em canalizações, ou é empregada para indicar cuidado, em portas, escadas, corrimões.

A branca será empregada para mostrar passarelas e corredores de circulação, localização de bebedouros, áreas destinadas a armazenagem, zonas de segurança.

A preta será empregada para indicar as canalizações de inflamáveis e combustíveis de alta viscosidade (óleo lubrificante, asfalto, alcatrão, piche).

A azul é utilizada para indicar cuidado, ficando seu emprego limitado a aviso contra uso e movimentação de equipamentos, que deverão permanecer fora de serviço.

A verde é usada para indicar segurança.

A cor púrpura será usada para indicar perigos provenientes das radiações eletromagnéticas penetrantes de partículas nucleares.

A lilás deverá ser usada para indicar canalizações que contenham álcalis.

A cinza-claro deverá ser usada para identificar canalizações em vácuo, e a cinza-escuro para eletrodutos.

O alumínio será usado em canalizações contendo gases liquefeitos, inflamáveis e combustíveis de baixa viscosidade (ex.: óleo diesel, gasolina, querosene).

A marrom será adotada, a critério da empresa, para identificar qualquer fluido não identificável pelas demais cores.

8.18 Asbesto

A Lei n.° 9.055, de 1.°-6-95, em seu art. 4.°, estabelece que os órgãos competentes do controle e segurança, higiene e medicina do trabalho desenvolverão programas sistemáticos de fiscalização, monitoramento e controle de riscos de exposição ao asbesto/amianto da variedade crisotila e às fibras naturais e artificiais. Em todos os locais de trabalho devem ser observados os limites de tolerância fixados na legislação e, em sua ausência, serão fixados com base nos critérios de controle de exposição recomendados por organismos nacionais ou internacionais reconhecidos cientificamente. O anexo 12 da NR 15 da Portaria n.° 3.214/78 trata do asbesto, estabelecendo os limites de tolerância. A Lei n.° 9.055/95 foi regulamentada pelo Decreto n.° 2.350, de 15-10-97.

A Convenção n.° 162 da OIT, de 1986, foi aprovada pelo Decreto Legislativo n.° 51, de 25-8-89, e promulgada pelo Decreto n.° 126, de 22-5-91. Trata da utilização do amianto com segurança.

Pág. 572

9. INSALUBRIDADE

Esclarece o art. 189 da CLT que são consideradas atividades ou operações insalubres as que, por sua natureza, condições ou métodos de trabalho, exponham os empregados a agentes nocivos à saúde, acima dos limites de tolerância fixados em razão da natureza e da intensidade do agente e do tempo de exposição a seus efeitos. Hoje, de acordo com as determinações legais, é preciso verificar se os agentes insalutíferos estão acima dos limites permitidos para que se possa configurar a insalubridade, o que revela um aspecto quantitativo na determinação legal.

O quadro das atividades e operações insalubres será aprovado pelo Ministério do Trabalho. Nesse ponto, a NR 15 da Portaria n.° 3.214/78 especifica as condições de insalubridade em seus vários anexos. Por exemplo: anexo 1, ruídos; anexo 11, agentes químicos etc.

O trabalhador rural também tem direito ao adicional de insalubridade, de acordo com as condições nocivas a sua saúde (En. 292 do TST). A Portaria n.° 3.067/88, do Ministério do Trabalho, trata na NR 5 dos agentes químicos prejudiciais ao trabalhador rural, como agrotóxicos, fertilizantes e corretivos.

O adicional de insalubridade será devido à razão de 40% (grau máximo), 20% (grau médio) e 10% (grau mínimo), calculado sobre o salário mínimo (art. 192 da CLT). Não poderá o adicional de insalubridade ser acumulado com o de periculosidade, cabendo ao empregado a opção por um dos dois (§ 2.° do art. 193 da CLT). Anteriormente, dizia-se que o adicional de insalubridade poderia ser calculado sobre o salário profissional, conforme orientação do Enunciado 17 do TST, que foi cancelado. Atualmente, prevalece a orientação do Enunciado 228 do TST que estabelece que o porcentual do adicional incide sobre o salário mínimo.

A eliminação ou a neutralização da insalubridade ocorrerá: (a) com a adoção de medidas que conservem o ambiente de trabalho dentro dos limites de tolerância; (b) com a utilização de equipamentos de proteção individual ao trabalhador, que diminua a intensidade do agente agressivo a limites de tolerância (art. 191 da CLT). O Enunciado 80 do TST mostra que "a eliminação da insalubridade pelo fornecimento de aparelhos protetores aprovados pelo órgão competente do Poder Executivo exclui a percepção do adicional respectivo".

Aqui, o que ocorre é a eliminação da insalubridade com o fornecimento do EPI. O Enunciado 289 esclarece, porém, que "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".

O direito do empregado ao adicional de insalubridade cessará com a eliminação do risco a sua saúde ou integridade física (art. 194 da CLT). Se o empregado é removido do setor ou passa para outro estabelecimento, perde o direito ao adicional de insalubridade.

A caracterização e a classificação da insalubridade e da periculosidade serão feitas por meio de perícia a cargo de Médico do Trabalho ou Engenheiro do Trabalho, registrados no Ministério do Trabalho (art. 195 da CLT).

Os efeitos pecuniários da insalubridade serão devidos a contar da data da inclusão da respectiva atividade nos quadros aprovados pelo Ministério do Trabalho (art. 196 da CLT). O Enunciado 248 do TST lembra 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 da irredutibilidade salarial".

É o que ocorre com a iluminação, que deixou de ser fator insalubre, pois o anexo 4 da NR 15 da Portaria n.° 3.214/78, foi revogado pela Portaria n.° 3.751,

de 23-11-90. Não estando incluída a atividade empresarial no quadro organizado pelo Ministério do Trabalho, não há direito à insalubridade.

O ideal é que o empregado não tivesse de trabalhar em condições de insalubridade, que lhe são prejudiciais a sua saúde. Para o empregador, muitas vezes é melhor pagar o ínfimo adicional de insalubridade do que eliminar o elemento nocivo à saúde do trabalhador, que demanda incentivos. O empregado, para ganhar algo a mais do que seu minguado salário, sujeita-se a trabalhar em local insalubre.

Como propostas de alteração da legislação teria as seguintes: (a) o adicional de insalubridade ser calculado sobre o salário do empregado, como acontece com o adicional de periculosidade, pois o valor vinculado ao salário mínimo é muito ínfimo e não remunera o trabalho em condições adversas à saúde; (b) o número de dias de férias deveria ser maior para pessoas que trabalham em locais insalubres; (c) a jornada de trabalho do empregado que presta serviços em condições insalubres deveria ser reduzida, de forma a ter menor contato com elementos insalubres.

10. PERICULOSIDADE

São consideradas atividades ou operações perigosas as que, por sua natureza ou métodos de trabalho, impliquem contato permanente com inflamáveis ou explosivos em condições de risco acentuado. O contato do empregado com energia elétrica também confere direito ao adicional de periculosidade, na forma da Lei n.° 7.369/85.

Enquanto na insalubridade temos que, se não for eliminada ou neutralizada, o trabalhador a ela exposto tem continuamente um fator prejudicial a sua saúde, já a periculosidade não importa fator contínuo de exposição do trabalhador, mas apenas um risco, que não age biologicamente contra seu organismo, mas que, na configuração do sinistro, pode ceifar a vida do trabalhador ou mutilá-lo.

O contato permanente de que fala o art. 193 da CLT tem de ser entendido como diário, mesmo que seja feito por poucas horas durante o dia.

O adicional de periculosidade será de 30% sobre o salário contratual do empregado, sem os acréscimos resultantes de gratificações, prêmios ou participações nos lucros da empresa. O Enunciado 191 do TST esclarece que o adicional de periculosidade incide, apenas, sobre o salário básico, e não sobre este acrescido de outros adicionais. Os empregados que operam bomba de gasolina têm direito ao adicional de periculosidade (En. 39 do TST).

O empregado não terá direito a adicional de periculosidade e de insalubridade concomitantemente, devendo optar por um deles (§ 2.° do art. 193 da CLT). Normalmente, o empregado opta pelo adicional de periculosidade, pois este é calculado sobre o salário e não sobre o salário mínimo, sendo, portanto, mais vantajoso.

O direito do empregado ao adicional de periculosidade cessará com a eliminação do risco a sua saúde ou integridade física.

A caracterização da periculosidade será feita por intermédio de perícia, por meio de engenheiro ou médico do trabalho.

Os efeitos pecuniários da periculosidade são devidos a contar da data da inclusão da respectiva atividade nos quadros aprovados pelo Ministério do Trabalho.

A NR 16 da Portaria n.° 3.214/78 trata da periculosidade, especificando as situações em que será devido o adicional.

11. PENOSIDADE

Em espanhol, usa-se a expressão trabajos sucios, que são os executados em minas de carvão, transporte e entrega de carvão, limpezas de chaminés, limpeza de caldeiras, limpeza e manutenção de tanques de petróleo, recipientes de azeite, trabalhos com grafite e cola, trabalho em matadouros, preparação de farinha de peixe, preparação de fertilizantes etc.

O inciso XXIII do art. 7.° da Constituição previu o adicional de remuneração para atividades penosas. Logo, quem trabalhar em atividades penosas terá direito ao adicional, porém até o momento não existe norma legal tratando do tema.

É claro que atividade penosa não será aquela em que o trabalhador preste serviços em galinheiros ou avícolas, mas que tragam um desgaste maior do que o normal a sua integridade física.

Era atividade penosa, a descrita no art. 387 da CLT, que tratava do trabalho da mulher em subterrâneos, minerações em subsolo, pedreiras e obras de construção civil, que foi revogado pela Lei n.° 7.855/89.

Considerava-se atividade penosa, para fins de aposentadoria, a da telefonista.

12. FISCALIZAÇÃO

O Ministério do Trabalho estabelecerá normas quanto: (a) à classificação das empresas segundo o número de empregados e a natureza do risco de suas atividades; (b) à qualificação exigida para os profissionais especializados em medicina e segurança do trabalho; (c) às demais características e atribuições dos serviços especializados em segurança e medicina do trabalho nas empresas (art. 162 da CLT).

A fiscalização trabalhista costuma fazer inspeção mesmo antes da entrada em funcionamento do estabelecimento do empregador. Quando existirem modificações substanciais no local de trabalho, inclusive quanto a equipamentos, haverá nova fiscalização.

As empresas poderão solicitar previamente à DRT a aprovação dos projetos de construção e respectivas instalações.

O Delegado Regional do Trabalho poderá interditar estabelecimentos, setores, máquinas ou equipamentos, à vista de laudo técnico que demonstre grave e iminente risco para o trabalhador; ou embargar obra, indicando na decisão as providências que deverão ser adotadas para prevenção de infortúnios de trabalho.

A interdição ou embargo poderão ser requeridos pelo serviço competente da DRT e pelo agente de inspeção do trabalho ou entidade sindical (§ 2.° do art. 161 da CLT).

Responderá por desobediência quem, após determinada a interdição ou embargo, ordenar ou permitir o funcionamento do estabelecimento ou de um de seus setores, a utilização de máquina ou equipamento, ou o prosseguimento da obra, se em conseqüência resultarem danos a terceiros.

O Delegado Regional do Trabalho, independentemente de recurso, e após laudo técnico do serviço competente, poderá levantar a interdição.

Durante a paralisação dos serviços, em decorrência da interdição ou embargo, os empregados receberão os salários, como se estivessem em efetivo exercício de seus misteres.

VERIFICAÇÃO DE APRENDIZAGEM

1. O que é segurança e medicina do trabalho?
2. Como se configura a periculosidade?
3. Do que trata a Lei n.° 7.369/85?

4. Como se configura a insalubridade?
5. O que é Cipa e quando deve ser instalada?
6. O que é ergonomia?
7. A mulher pode trabalhar em minas de subsolo?
8. O Ministério do Trabalho pode interditar ou embargar obra?

38

FISCALIZAÇÃO DO TRABALHO

1. INTRODUÇÃO

Em sentido amplo, a palavra fiscalizar corresponde a examinar, inspecionar, sindicar, censurar. Em sentido estrito, ou seja, para o Direito do Trabalho, tem o sentido de verificar a observância da norma legal e orientação em sua aplicação.

O fiscal do trabalho, porém, não tem apenas a função de aplicador de multas ou de fiel cumpridor das leis, mas também de orientador, de mostrar às empresas como a lei deve ser aplicada, principalmente em se tratando de legislação recente. Na verdade, o fiscal do trabalho vai mostrar os erros cometidos pela empresa, para esta se enquadrar na legislação trabalhista, inclusive quanto à medicina e segurança do trabalho.

Normalmente, o fiscal do trabalho também tem a função de verificar condições de trabalho que ainda não foram regulamentadas pela legislação, mas que posteriormente possam ser objeto dessa regulamentação.

2. ÂMBITO INTERNACIONAL

Pode-se dizer que foi na Inglaterra que surgiu o conceito de fiscalização do trabalho, com a promulgação do Althorp's Act, de 1833. O Tratado de Versalhes de 1919 declarou, em seu art. 427, que cada Estado deveria organizar um serviço de inspeção do trabalho de maneira a aplicar as leis e os regulamentos de proteção aos trabalhadores. A Recomendação n.° 5 da OIT, de 1919, orienta a cada membro da OIT a implantação, o mais rápido possível, de uma inspeção de trabalho eficaz das fábricas e oficinas. A Recomendação n.° 20 da OIT, de 1923, esclarece que é missão essencial da fiscalização assegurar a aplicação das leis e regulamentos concernentes às condições de trabalho e à proteção dos trabalhadores no exercício de sua profissão.

A Convenção n.° 81, de 1947, aprovada pelo Decreto Legislativo n.° 24/56, regulou a matéria da inspeção do trabalho. A fiscalização consiste: (a) numa ação destinada à aplicação das disposições legais sobre condições de trabalho; (b) em orientação a empregados e empregadores sobre a observância da lei trabalhista; (c) em pesquisa de condições de trabalho ainda não regulamentadas. A atribuição da função de fiscalizar é conferida a funcionários públicos, podendo contar com a colaboração de empregadores, empregados e suas organizações sindicais.

Pág. 577

O fiscal tem ampla liberdade de ação, com entrada franqueada, inclusive, de dia ou à noite, sem aviso prévio, em qualquer estabelecimento submetido a inspeção. A Recomendação n.° 81, de 1947, complementou a Convenção n.° 81.

Surgiram as Convenções n.°s 82 - sobre inspeção do trabalho em empresas minerais e de transporte; 85 - sobre inspeção de trabalho em territórios metropolitanos; 110, de 1958 - sobre fiscalização do trabalho na agricultura; Recomendação n.° 120, de 1964 - sobre higiene no comércio e nos escritórios, que foi aprovada pelo Brasil pelo Decreto Legislativo n.° 23, de 1979. A Convenção

n.° 129, não ratificada pelo Brasil, trata da inspeção do trabalho na agricultura, prevendo o assessoramento e controle do cumprimento de dispositivos legais relacionados às condições de vida e de trabalho dos empregados e suas famílias. A Convenção n.° 155 da OIT, de 1981, preocupou-se com as condições do meio ambiente do trabalho, devendo os governos rever sua política relacionada com a saúde e segurança do trabalho, consultando as organizações mais representativas dos empregadores e trabalhadores, com a participação efetiva da inspeção do trabalho.

O modelo francês de inspeção de trabalho está sob a autoridade única do Ministério do Trabalho. O inspetor do trabalho é um generalista, constituindo-se no único representante do Estado perante a empresa, podendo contar com o auxílio de técnicos, como médicos e engenheiros, ou com a ajuda de instituições especializadas, notadamente na área de saúde e medicina do trabalho.

Na Inglaterra, o inspetor do trabalho é uma pessoa especialista, ou seja, é preparado para atuar apenas em determinada especialidade. Vincula-se a um órgão central, não mais se subordinando a vários Ministérios, como já ocorreu. A legislação relativa à saúde e à segurança do trabalho foi simplificada e unificada, desempenhando a negociação coletiva função relevante, inclusive com a participação da inspeção do trabalho.

3. ÂMBITO NACIONAL

O Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio foi criado pelo Governo Provisório em 1930. A inspeção do trabalho surge como uma ação tendente a velar pelo fiel cumprimento das leis dos regulamentos sobre a organização e regulamentação do trabalho. Os inspetores do trabalho também faziam inquéritos sobre condições gerais de trabalho, realizando pesquisas sobre as moléstias profissionais, propondo até mesmo medidas de prevenção e proteção aos trabalhadores.

A CLT posteriormente passou a tratar do tema. Podemos dizer que a atividade da fiscalização trabalhista é exercida hoje por funcionários públicos que são subordinados ao Ministério do Trabalho. O fiscal deve autuar a empresa quando verificar a inobservância da lei por parte desta, sob pena de responsabilidade administrativa. Quando da expedição de novas leis, regulamentos ou instruções ministeriais, ou em se tratando de primeira inspeção em estabelecimentos recém-inaugurados, deverá o fiscal obedecer ao critério da dupla visita, sendo que na primeira deverá instruir sobre a maneira de ser aplicada a lei (art. 627 da CLT). O fiscal terá livre acesso às dependências da empresa que estiver sendo fiscalizada.

Poderá o fiscal receber denúncias de irregularidades de representantes legais de entidades sindicais.

O Decreto n.° 55.841, de 15-3-65, aprovou o Regulamento da Inspeção do Trabalho (RIT). A finalidade principal do RIT é assegurar a observância das disposições legais e regulamentares do trabalho. A organização interna da fiscalização pode ser assim enunciada: (a) inspetores do trabalho; (b) médicos do trabalho; (c) engenheiros do trabalho; (d) assistentes sociais. Os agentes de inspeção do trabalho deverão ter cursos com o intuito de aperfeiçoamento de sua especialização.

A Portaria n.° 3.158/71 distinguiu irregularidades sanáveis e insanáveis. Quanto às sanáveis, cumpre ao fiscal, antes da autuação, conceder ao infrator prazo entre dois a oito dias para as corrigir. A Portaria n.° 3.159/71 reiterou a incumbência do fiscal de dar orientações técnicas e esclarecimentos às empresas. As empresas terão prazo para exibição de documentos, exceto quanto ao controle de horário de trabalho e registro de empregados.

A Constituição de 1988 determina no inciso XXIV do art. 21 que compete à União "organizar, manter e executar a inspeção do trabalho". A inspeção do trabalho é privativa dos agentes federais, e é vedada a agentes do poder municipal ou estadual. No Estado de São Paulo, entretanto, há um convênio entre o Estado e o Ministério do Trabalho para a inspeção, em que os médicos e engenheiros atuam na fiscalização, fazendo com que se conte com efetivo muito maior.

4. ESTRUTURA DO MINISTÉRIO DO TRABALHO

O Ministério do Trabalho e Emprego é composto por: (a) Conselho Nacional do Trabalho; (b) Conselho Nacional de Imigração; (c) Conselho Curador do FGTS; (d) Conselho Deliberativo do Fundo de Amparo ao Trabalhador; (e) Secretaria de Formação e Desenvolvimento Profissional; (f) Secretaria de Políticas de Emprego e Salário; (g) Secretaria de Relações do Trabalho; (h) Secretaria de Fiscalização do Trabalho; (i) Secretaria de Segurança e Saúde no Trabalho. Incumbe à Secretaria de Fiscalização do Trabalho a coordenação geral no âmbito nacional das Delegacias Regionais do Trabalho (DRTs) e a fiscalização do trabalho.

5. ATUAÇÃO DOS AGENTES

A inspeção do trabalho pode determinar aos inspetores a verificação de todas as normas de proteção ao trabalhador, ou apenas tarefas específicas e determinadas. O primeiro sistema chama-se generalista e o segundo, especialista.

Consiste o sistema generalista em conferir ao inspetor do trabalho todas as questões relacionadas a emprego e condições de trabalho. Na França, o sistema adotado é o generalista, em que o inspetor do trabalho é a única autoridade para verificar o cumprimento da legislação de proteção ao trabalho. Já na Inglaterra observa-se o sistema especialista.

O Brasil adotou o sistema generalista, conforme se verifica do Decreto n.° 55.841, de 15-3-65 (RIT). A matéria de fiscalização trabalhista fica adstrita apenas ao Ministério do Trabalho. Apesar de o Brasil ter ratificado a Convenção n.° 81, os inspetores do trabalho não têm um estatuto próprio. A inspeção do trabalho está mais ligada aos pormenores do contrato de trabalho do que à saúde e à segurança do trabalho.

6. ATRIBUIÇÕES E PODERES DOS INSPETORES

Os inspetores exercem funções internas ou externas na DRT. As funções internas estão relacionadas à movimentação do FGTS, à assistência nas rescisões contratuais de empregados com mais de um ano de trabalho na empresa (art. 477, § 1.°, da CLT), de empregados estáveis, quanto a seu pedido de demissão (art. 500 da CLT), reclamações por falta ou recusa de anotação na CTPS (art. 36 da CLT). Os serviços externos consistem na fiscalização das empresas.

O inspetor, ao fiscalizar a empresa, deve identificar-se (art. 630 da CLT). Nenhum agente fiscal poderá exercer suas funções sem sua carteira de identidade fiscal, sem a qual não terá livre acesso às dependências da empresa.

O fiscal tem livre acesso à empresa, exigindo os documentos necessários e prestando os esclarecimentos que lhe forem solicitados (arts. 627, 628, §§ 1.° e 2.°, e 630, § 3.°, da CLT).

O inspetor tem o dever de instruir o empregador na primeira visita que faz à empresa, orientando-o com relação ao descumprimento de leis ou portarias recentes ou na primeira inspeção do trabalho em estabelecimento recentemente

inaugurado (art. 627 da CLT). Nesses casos, deve observar o critério da dupla visita, significando que somente na segunda visita é que o inspetor deverá aplicar multa, caso a empresa não observe a legislação.

A fiscalização trabalhista prestará, prioritariamente, orientação à microempresa e à empresa de pequeno porte (art. 12 da Lei n.° 9.841/99). Será observado o critério da dupla visita para lavratura de autos de infração, salvo quando for constatada infração por falta de registro de empregado, ou anotação na CTPS, ou ainda na ocorrência de reincidência, fraude, resistência, ou embaraço à fiscalização.

7. LIVRE ACESSO

O inspetor do trabalho tem o direito de ingressar nas dependências da empresa, no que diz respeito ao objeto da fiscalização. Havendo resistência, poderá o inspetor requisitar força policial (art. 630, § 8.°, da CLT).

A Convenção 148 da OIT, no art. 4.°, dispõe que os representantes do empregador e dos empregados podem acompanhar os agentes da Inspeção do Trabalho. Limita-se à proteção dos trabalhadores contra os riscos profissionais devido à contaminação do ar, ao ruído e às vibrações no local de trabalho. A Convenção não faz referência ao sindicato, mas a representantes.

Determina a alínea d, do item 1.7, da NR 15 da Portaria n.° 3.214/78, que o empregador deve permitir aos representantes dos trabalhadores acompanhar a fiscalização das normas sobre segurança e medicina do trabalho.

Não há dispositivo legal autorizando a entidade sindical a acompanhar a fiscalização do trabalho, sob pena de violar o direito de propriedade.

A expressão representantes dos trabalhadores não se refere ao sindicato. Pode-se entender que é a prevista no art. 11 da Constituição ou, em caso de acidente do trabalho, é o membro da Cipa.

8. EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS

A empresa deverá possuir, em cada estabelecimento, o livro de inspeção do trabalho. Nele será registrada a visita do inspetor ao estabelecimento, data, hora, dia, assim como o início e término da fiscalização, consignando as irregularidades verificadas.

Deverá o empregador apresentar ao fiscal o livro de inspeção do trabalho (art. 628, §§ 1.° e 2.°, da CLT), no qual serão observadas as últimas anotações das visitas anteriores e se foram cumpridas as determinações lançadas pelo inspetor anterior. O inspetor poderá solicitar fichas de registro, guias de recolhimento de contribuição sindical, cartões de ponto, acordo de compensação e prorrogação de horas, atestados médicos etc. O inspetor também poderá fazer anotações a respeito de escadas de incêndio, extintores, vestiários, instalações sanitárias, armários, chuveiros etc.

As microempresas e empresas de pequeno porte ficam dispensadas de ter o livro de inspeção do trabalho (art. 11 da Lei n.° 9.841/99).

9. PRESTAÇÃO DE ESCLARECIMENTOS

O inspetor deverá prestar os esclarecimentos que forem necessários ao empregador, seu chefe de pessoal ou contador da empresa. Poderá também o inspetor dirigir-se aos empregados, fazendo-lhes perguntas sobre as condições de trabalho e a respeito dos itens fiscalizados.

10. AUTUAÇÕES E MULTAS

Quando as irregularidades forem sanáveis, o inspetor deverá conceder um prazo à empresa para que cumpra as determinações. Se a infração for insanável, a fiscalização autuará a empresa, impondo-lhe multa. O auto de infração será feito em duplicata, especificando os motivos e fundamentos legais da autuação. Recolhida a multa no prazo de 10 dias contados da data da notificação, ela será reduzida em 50% (art. 636, § 6.°, da CLT).

Poderá ser instaurado procedimento especial para ação fiscal, objetivando a orientação sobre o cumprimento das leis de proteção ao trabalho, bem como a prevenção e o saneamento de infrações à legislação mediante Termo de Compromisso, na forma a ser disciplinada no Regulamento da Inspeção do Trabalho (art. 627-A da CLT).

Salvo as hipóteses dos arts. 627 e 627-A da CLT, a toda verificação em que o Auditor-Fiscal do Trabalho concluir pela existência de violação de preceito legal deve corresponder, sob pena de responsabilidade administrativa, a lavratura de auto de infração (art. 628 da CLT).

O empregador poderá, porém, recorrer da multa, requerendo audiência para fazer provas (art. 632 da CLT). Mantido o auto, caberá o recurso no prazo de 10 dias, mediante depósito prévio de seu valor. O recurso contra a multa será decidido pela DRT. O Ministro do Trabalho poderá avocar (chamar para si) o processo, visando ao reexame dessas decisões (art. 638 da CLT).

As multas previstas na legislação trabalhista serão, quando for o caso e sem prejuízo das demais cominações legais, agravadas até o grau máximo nos casos de artifício, ardil, simulação, desacato, embaraço ou resistência à ação fiscal, levando-se em conta, além das circunstâncias atenuantes ou agravantes, a situação econômico-financeira do infrator e os meios a seu alcance para cumprir a lei (art. 511 da Lei n.° 7.855/89).

Não será considerado reincidente o empregador que não for novamente autuado por infração ao mesmo dispositivo decorridos dois anos da imposição da penalidade.

Será observado o critério de dupla visita nas empresas com até 10 empregados, salvo quando for constatada infração por falta de registro de empregado, anotação de sua CTPS e na ocorrência de fraude, resistência ou embaraço à fiscalização (§ 3.° do art. 6.° da Lei n.° 7.855/89).

Na empresa que for autuada, após obedecido o que foi dito no parágrafo anterior, já será observado o critério da dupla visita em relação ao dispositivo infringido (§ 4.° do art. 6.° da Lei n.° 7.855/89).

Normalmente, a CLT trata de multas ao final de cada capítulo. O descumprimento de um preceito do capítulo gera a multa respectiva. É uma forma de estabelecer sanção para o descumprimento da legislação trabalhista.

11. FISCALIZAÇÃO DA APLICAÇÃO DAS CONVENÇÕES E DOS ACORDOS COLETIVOS

Há argumentos de que não é possível a inspeção trabalhista fiscalizar a aplicação das convenções ou acordos coletivos de trabalho, por se tratar de negócio privado, realizado interpartes. Entretanto, não pensamos dessa forma.

A Constituição de 1988 determina no inciso XXIV do art. 21 que compete à União "organizar, manter e executar a inspeção do trabalho". Trata-se, portanto, do exercício da soberania do Estado, do fato deste disciplinar juridicamente a vida de um povo, devendo atuar dentro e de acordo com o que a lei determina. Se o Estado institui a norma, pode fiscalizar sua aplicação.

A Convenção n.° 81 da OIT tem natureza de lei federal, pois passa a integrar o ordenamento jurídico nessa condição e com tal hierarquia, uma vez que foi ratificada pelo Brasil. O art. 2.1 estabelece que o sistema de inspeção no

trabalho irá fiscalizar as empresas para assegurar a aplicação das disposições legais relativas às condições de trabalho e à proteção dos trabalhadores no exercício da profissão. A convenção e o acordo coletivo têm disposições sobre condições de trabalho e proteção aos trabalhadores, podendo, portanto, ser objeto de fiscalização pelo Ministério do Trabalho.

O art. 27 esclarece que a expressão disposições legais compreende, além da legislação, as sentenças arbitrais e os contratos coletivos que têm força de lei, e cuja aplicação os inspetores de trabalho estão encarregados de assegurar.

O art. 626 da CLT trata de fiscalização quanto ao fiel cumprimento das normas de proteção ao trabalho, o que é feito por meio dos agentes fiscais do Ministério do Trabalho. A expressão normas de proteção ao trabalho pode ser entendida em seu sentido amplo, compreendendo as convenções e acordos coletivos de trabalho. O depósito da convenção e do acordo coletivo na DRT tem finalidade não só de publicidade, mas também para que os inspetores do trabalho possam consultá-los para efeito de fiscalização (art. 614 da CLT).

O art. 1.° do RIT determina que à inspeção do trabalho compete assegurar o cumprimento das disposições legais e regulamentares dos atos e decisões das autoridades competentes e das convenções coletivas de trabalho. O art. 43 da mesma norma reza que a locução disposições legais, constante do referido regulamento, compreende leis, convenções internacionais, ratificadas pelo Brasil, regulamentos, portarias normativas de autoridades competentes, convenções coletivas de trabalho e sentenças normativas, e acordos homologados pela Justiça do Trabalho. O art. 8.°, r, dispõe que a violação a disposição legal dá ensejo à lavratura de auto de infração.

Na França, por exemplo, os inspetores do trabalho controlam o cumprimento das convenções coletivas. Em caso de descumprimento da norma coletiva, procedem à autuação (L 611-1 e R 135-1 do Código do Trabalho).

A Portaria n.° 865, de 14-9-95, determina critérios de fiscalização de condições de trabalho constantes de convenções ou acordos coletivos de trabalho. Declara o art. 3.° da referida regra que "o descumprimento de norma referente a condições de trabalho constante de Convenção ou Acordo Coletivo de Trabalho ensejará lavratura de auto de infração".

A incompatibilidade entre as cláusulas referentes às condições de trabalho pactuadas em convenção ou acordo coletivo e a legislação ensejará apenas a comunicação do fato à chefia imediata, que o submeterá à consideração da autoridade regional (art. 4.°). Recebida a comunicação, a autoridade apresentará denúncia à Procuradoria Regional do Trabalho, nos termos dos incisos I, III e IV do art. 83 da Lei Complementar n.° 75/93 que promoverá a ação contra a referida norma coletiva (parágrafo único do art. 4.°). O Ministério do Trabalho não tem competência para declarar a legalidade ou não da cláusula, o que só pode ser feito pela Justiça do Trabalho, pois o inciso XXVI do art. 7.° da Constituição reconhece os acordos e as convenções coletivas de trabalho, daí por que, acertadamente, se faz a denúncia para a autoridade competente promover a ação de anulação da referida cláusula. O próprio art. 1.° da Portaria n.° 865/95 veda a apreciação do mérito da norma coletiva, dizendo que apenas deve ser feito o depósito na DRT, para que possa ter vigência (§ 1.° do art. 614 da CLT).

Assim, havendo incompatibilidade entre a lei e a norma coletiva, o fiscal do trabalho não poderá autuar a empresa, mas deverá comunicar o "fato à chefia imediata, que o submeterá à consideração da autoridade regional" (art. 4.° da Portaria n.° 865/95), justamente porque não tem competência para tratar da legalidade ou não da cláusula da norma coletiva ou entrar no mérito de suas disposições.

O inciso IV, do art. 83, da Lei Complementar n.° 75/93 estabelece que o Ministério Público do Trabalho tem competência para propor ações cabíveis para

declaração de nulidade de cláusula de contrato, acordo ou convenção coletiva que viole as liberdades individuais ou coletivas ou os direitos individuais indisponíveis dos trabalhadores.

Pág. 583

Outro argumento que pode ser indicado quanto à possibilidade da fiscalização da norma coletiva é o de que a cláusula desta se incorpora ao contrato de trabalho e passa a dele fazer parte. Há o efeito normativo, pois a norma vale para toda a categoria, e o fiscal do trabalho inclusive deve velar por sua observância na assistência às rescisões dos contratos de trabalho. Hoje, as convenções e os acordos coletivos são fontes do Direito do Trabalho, trazendo normas de conduta a serem aplicadas às relações de trabalho. Logo, o descumprimento da convenção coletiva importa transgressão do próprio ordenamento jurídico, já que o inciso XXVI, do art. 7.°, da Constituição reconhece os acordos e as convenções coletivas de trabalho.

As cláusulas normativas são as que estipulam condições de trabalho, razão pela qual devem ser fiscalizadas. Já as cláusulas obrigacionais referem-se apenas ao não-cumprimento da norma coletiva, impondo multa etc., que não poderão, portanto, ser fiscalizadas pela inspeção do trabalho. A Consultoria do Ministério do Trabalho também se posicionou sobre a possibilidade da fiscalização das convenções ou dos acordos coletivos, por meio do Parecer n.° 123/85.

Inexiste na lei, porém, a tipificação da multa pela transgressão da norma coletiva, impedindo, à primeira vista, a aplicação da penalidade, que deveria ser estabelecida na norma legal. Contudo, se houver violação de cláusulas constantes de acordos ou convenções de trabalho, deve o fiscal do trabalho lavrar o auto baseado no dispositivo legal da CLT infringido, e mencionar a norma coletiva transgredida (Parecer n.° 187/86, da Consultoria Jurídica do Ministério do Trabalho). Por exemplo, se o empregador não observa o piso salarial correspondente da categoria, previsto no acordo ou na convenção coletiva, viola o art. 468 da CLT, trazendo prejuízo ao empregado e redução de seu salário, de modo que a multa a ser observada é a do art. 510 da CLT.

O Estado deve interferir diante de cláusulas convencionais contrárias à lei, diante do poder de fiscalizar que só o Estado possui e em face das autorizações legais mencionadas anteriormente. O correto, porém, é como faz a Portaria n.° 865/95 do Ministério do Trabalho, que determina que deve ser formulada denúncia à Procuradoria do Trabalho relativa à contrariedade à lei da cláusula da norma coletiva, pois aquele órgão é que tem competência para propor a ação de anulação da norma coletiva, nos termos do inciso IV, do art. 83, da Lei Complementar n.° 75/93.

VERIFICAÇÃO DE APRENDIZAGEM

1. Como atuam os agentes de inspeção do trabalho?
2. Quais são as atribuições e poderes dos inspetores?
3. O que é livre acesso?
4. O que é dupla visita e quando se evidencia?
5. Quando o fiscal deve autuar e multar?

39

ASSISTÊNCIA NA RESCISÃO DO CONTRATO DE TRABALHO

1. HISTÓRICO

A redação original do art. 477 da CLT, que é a atual redação do caput do referido mandamento legal, com as modificações determinadas pela Lei n.° 5.584/70, referia-se, apenas, à indenização, não tratando de homologação ou das pessoas que irão fazê-la.

A assistência ao trabalhador na rescisão do contrato de trabalho foi criada pela Lei n.° 4.066, de 28-6-62. Seu art. 1.° dispunha que "o pedido de demissão ou recibo de quitação do contrato de trabalho firmado por empregado com mais de um ano de serviço, só será válido quando feito com a assistência do respectivo sindicato ou pela autoridade do Ministério do Trabalho e da Previdência Social ou da Justiça do Trabalho".

Surgiu a assistência pela necessidade de serem coibidas práticas abusivas feitas pelo empregador, pois quando o empregado tem apenas um ano de casa o valor que será recebido na rescisão será menor, sendo menor a possibilidade de fraude, o que não ocorre quando o empregado tem mais de um ano na empresa.

A Lei n.° 5.472, de 9-7-68, acrescentou um parágrafo ao art. 1.° da Lei n.° 4.066: "no termo de rescisão, ou recibo de quitação, qualquer que seja a causa ou forma de dissolução do contrato, deve ser especificada a natureza de cada parcela paga ao empregado e discriminado o seu valor, sendo válida a quitação, apenas, relativamente às mesmas parcelas".

Um dos objetivos visados pela Lei n.° 5.472/68 foi o de eliminar a prática dos empregadores de pagar valores globais, sem quaisquer especificações do que estava sendo saldado ao empregado, que dava "quitação geral". Tais recibos passaram a ser ineficazes. A partir daquele momento, houve a necessidade da discriminação da natureza da parcela que estava sendo paga. A Lei n.° 5.472/68 fez também distinção entre parcela, que seria o aviso prévio, férias, 13.° salário etc., e valor, que seria a importância pecuniária paga ao empregado.

A Lei n.° 5.562, de 12-12-68, transferiu as disposições da Lei n.° 4.066/62, com as modificações da Lei n.° 5.472/68, para a CLT, em seu art. 477, que posteriormente foi alterado pela Lei n.° 5.584, de 26-6-70.

2. ASSISTÊNCIA

De acordo com o § 1.° do art. 477 da CLT, o pedido de demissão do empregado ou recibo de quitação da rescisão do contrato de trabalho, tendo o obreiro mais de um ano de casa, só será válido quando feito com a assistência do respectivo sindicato ou perante a autoridade do Ministério do Trabalho. A contrario sensu, se o empregado tiver menos de um ano de casa, mesmo pedindo demissão, o acerto de contas da rescisão do contrato de trabalho pode ser feito na própria empresa, não necessitando de assistência. O § 1.° do art. 477 da CLT veio trazer uma inovação, pois, anteriormente, tendo ou não o empregado mais de um ano na empresa, o pagamento das verbas rescisórias era feito na própria empresa, sem necessidade de assistência. A mudança deu-se em razão das fraudes que eram praticadas, pois o empregado assinava o termo de quitação sem assistência de qualquer pessoa e dava quitação sobre o que era pago, não tendo direito de reclamar eventuais diferenças. Agora, o pagamento feito ao empregado com mais de um ano de casa só é válido se houver a assistência do Sindicato ou do Ministério do Trabalho, não tendo qualquer valor o fato de o empregado ter assinado termo de quitação não homologado, a não ser que confirme seu recebimento em juízo.

Deve ser considerada a projeção do aviso prévio para efeito de completar o ano de serviço para a necessidade de assistência sindical ou da DRT na rescisão do contrato de trabalho.

A Lei n.° 5.562, de 12-12-68, estabeleceu que a assistência deveria ser feita em relação a todos os contratos com vigência superior a 90 dias.

O Decreto-lei n.° 766, de 15-8-69, restabeleceu o prazo de um ano para a assistência.

O recibo de quitação será utilizado para empregados com menos de um ano na empresa e o termo de rescisão do contrato de trabalho será usado para os obreiros com mais de um ano de serviço.

Em se tratando de empregado da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das autarquias e fundações de direito público federais, estaduais ou municipais que não explorem atividade econômica, presumemse válidos os recibos de quitação ou pedidos de demissão de seus empregados, ainda que não homologados nem submetidos à assistência do sindicato ou do Ministério do Trabalho (art. 1.°, I, do Decreto-lei n.° 779/69). Assim, aquelas entidades não necessitam da assistência nas rescisões dos contratos de trabalho de seus empregados.

Na falta do sindicato ou de representante do Ministério do Trabalho, a assistência pode ser feita pelo Ministério Público ou, onde houver, pelo Defensor Público e, na falta ou impedimento destes, pelo Juiz de Paz (§ 3.° do art. 477 da CLT).

O pagamento devido ao empregado será efetuado no ato da própria homologação à rescisão do contrato de trabalho, em dinheiro ou em cheque visado. Não se admite, portanto, pagamento em parcelas ou a prestação. As verbas rescisórias poderão ser pagas em moeda corrente ou cheque visado, no ato da rescisão assistida (art. 6.° da Instrução Normativa n.° 02, do Ministério do Trabalho, de 12-3-92). Há a possibilidade de o pagamento ser feito mediante comprovação de depósito bancário em conta corrente do empregado, ordem bancária de pagamento ou ordem bancária de crédito, desde que o estabelecimento bancário esteja situado na mesma cidade do local de trabalho.

Se o empregado for analfabeto, deve-se fazer o pagamento apenas em dinheiro (§ 4.° do art. 477 da CLT), justamente para serem evitadas fraudes ou dificuldades à referida pessoa.

Permite-se a compensação de valores já recebidos pelo empregado na homologação da rescisão do contrato de trabalho, porém essa compensação não pode ser superior a um mês de remuneração do empregado (§ 5.° do art. 477 da CLT). Se houver adiantamento superior a um mês, a compensação na rescisão somente poderá ater-se ao referido valor, presumindo-se que o restante venha a ser dívida de natureza civil.

No instrumento de rescisão ou recibo de quitação, deve ser especificada a natureza de cada parcela paga ao empregado e discriminado seu valor, sendo válida a quitação, apenas, relativamente às mesmas parcelas (§ 2.° do art. 477 da CLT).

O pedido de demissão do empregado estável só será válido com a assistência do sindicato, do Ministério do Trabalho ou da Justiça do Trabalho (art. 500 da CLT).

2.1 Enunciado 41 do TST

As correntes existentes a respeito da interpretação a ser dada ao § 2.° do art. 477 da CLT eram duas. A primeira dizendo que a quitação envolvia o valor pago.

A segunda corrente interpretava o § 2.° do art. 477 da CLT no sentido de que a quitação se referia a parcelas, pois tal mandamento legal menciona "válida a quitação relativamente às mesmas parcelas". Recebendo o empregado o que lhe foi pago a título de parcela, não poderia reclamar eventual diferença da parcela recebida.

A tese predominante no TST foi justamente a primeira, tendo sido editado o Enunciado 41, em 14-6-73. A redação do verbete era a seguinte: "a quitação, nas hipóteses dos §§ 1.° e 2.° do art. 477 da Consolidação das Leis do Trabalho, concerne exclusivamente aos valores discriminados no documento respectivo". Assim, o que valia era a importância paga ao empregado e não a parcela, podendo o empregado reclamar as diferenças que entendesse devidas, pois o título em si não estava quitado.

Os sindicatos dos trabalhadores passaram também a colocar ressalvas nos termos de rescisão, quando da assistência, pois ainda havia dúvida sobre a interpretação a ser dada ao § 2.° do art. 477 da CLT.

2.2 Enunciado 330 do TST

Surge o Enunciado 330 do TST da necessidade de se interpretar mais corretamente o § 2.° do art. 477 da CLT, de acordo com a Resolução n.° 22/93 do TST, de 17-12-93. Tinha inicialmente o verbete a seguinte redação:

"Quitação. Validade. Revisão do Enunciado 41. A quitação passada pelo empregado, com assistência da Entidade Sindical de sua categoria, ao empregador, com observância dos requisitos exigidos nos parágrafos do art. 477, da CLT, tem eficácia liberatória em relação às parcelas expressamente consignadas no recibo."

Verifica-se que o Enunciado 41 do TST foi revisto pelo Enunciado 330 do TST, em razão de assim estar expressamente consignado no texto do último verbete, perdendo, portanto, sua validade. Poder-se-ia argumentar que o Enunciado 330 do TST seria aplicável ao sindicato e o Enunciado 41 da mesma Corte ao Ministério do Trabalho. Entretanto, o Enunciado 330 do TST é claro ao dizer que revê o Enunciado 41 da mesma Corte. Logo, este já não mais existe, embora não tenha sido expressamente cancelado, não sendo aplicável, assim, ao Ministério do Trabalho.

É possível afirmar que o Enunciado 330 do TST interpretou corretamente o § 2.° do art. 477 da CLT quando se refere a parcelas e não a valores, pois é o que está escrito no referido mandamento legal, embora na redação do citado dispositivo legal nada se fale sobre eficácia liberatória. O Enunciado 41 do TST referia-se aos valores expressos na quitação, que não é a melhor interpretação do § 2.° do art. 477 da CLT, que trata de parcelas. Logo, sua interpretação era contrária ou oposta à lei.

O Enunciado 330 do TST refere-se apenas a homologação realizada pelo sindicato, quando o sistema de homologação é alternativo, podendo ser realizado tanto por aquela entidade como pelo Ministério do Trabalho (§ 1.° do art. 477 da CLT). Inexistindo quaisquer dos órgãos citados, será feita a homologação pelo representante do Ministério Público ou, onde houver, pelo Defensor Público e, no impedimento ou falta destes, pelo Juiz de Paz (§ 3.° do art. 477 da CLT). A homologação realizada, porém, por qualquer outra pessoa além das já descritas anteriormente implicará também quitação, o que não ocorrerá apenas em relação à homologação feita pelo sindicato.

Estranha-se, também, a ausência dos precedentes jurisprudenciais que levaram à edição do citado verbete no TST, de modo a se verificar quais os entendimentos que influíram em sua criação, pois não se nota tal fato na Resolução 22/93.

Há entendimento de que o objetivo principal do Enunciado 330 do TST foi o de diminuir o número de reclamações trabalhistas ajuizadas na Justiça do Trabalho, pretendendo fazer com que o sindicato tenha maior responsabilidade na assistência às rescisões de contratos de trabalho, verificando o que está sendo pago ao trabalhador, além de fazer as ressalvas pertinentes. O Min. Almir

Pazzianotto Pinto mostrou que "o Enunciado revelou à sociedade que várias organizações sindicais não se acham preparadas para cumprir a lei, ou não querem se esforçar para livrar o trabalhador das dificuldades inerentes a todo processo judicial" ("As duas leituras do Enunciado 330", in Suplemento Trabalhista LTr 028194, p. 145).

Argumenta-se que a homologação com a participação do sindicato seria uma renúncia ou transação de direitos com a assistência da agremiação, que está presente para verificar o que é devido ao trabalhador, porém a Lei Fundamental estabelece a necessidade da participação do sindicato apenas nos casos de redução de salários (art. 7.°, VI), no acordo de compensação ou redução de jornada (art. 7.°, XIII) e para o aumento da jornada de trabalho nos turnos ininterruptos de revezamento (art. 7.°, XIV), mas sempre mediante acordo ou convenção coletiva. A assistência não se equipara, contudo, a acordo ou convenção coletiva.

Deve haver, entretanto, maior responsabilidade do sindicato ao conferir as importâncias pagas ao obreiro, ainda que fazendo ressalvas. O sindicato muitas vezes não tinha interesse naquilo que estava fazendo ou não dispunha de infra-estrutura ou, ainda, exercia a função de mero carimbador de homologações.

Deveriam, assim, os sindicatos estruturar-se melhor e cumprir a lei, dando assistência efetiva ao empregado na assistência, pois quem está sendo prejudicado é o trabalhador ao não receber corretamente as verbas devidas.

Uma das primeiras conseqüências do Enunciado 330 do TST foi que muitos sindicatos pararam de fazer as assistências, pois poderia haver dúvida sobre a quitação das verbas pagas, além da responsabilidade civil do sindicato em outorgar quitação de uma coisa que não fora quitada (art. 159 do CC). Num segundo momento, os sindicatos têm exigido uma série de documentos para fazer a assistência, como cartões de ponto, por exemplo, visando verificar a média das horas extras trabalhadas, prestando, assim, efetiva assistência ao trabalhador, o que não era feito anteriormente.

Há necessidade, entretanto, de se perquirir o significado de certas palavras empregadas no § 2.° do art. 477 da CLT, como "valor", "parcela", "quitação" e do advérbio "apenas", visando a uma correta interpretação do referido dispositivo legal.

Parcela tem o significado de prestação, partícula, pedaço, fragmento de um todo, valores, números que devem somar-se a uma adição. Parcela, portanto, não é sinônimo de direito. Assim, não são quitados, por conseguinte, os direitos do empregado.

Título, de outro modo, traz a idéia de rótulo, assunto, denominação, fundamento, podendo ter o significado de direito num sentido amplo. A lei ou o enunciado poderiam referir-se a quitação de títulos se houvesse a quitação das rubricas pagas. Exige o art. 940 do Código Civil, apenas, que a quitação deverá designar o valor e a espécie da dívida quitada, o nome do devedor e o tempo e lugar de pagamento. Tem a quitação, portanto, o sentido de desobrigar o devedor em razão do pagamento realizado ao credor. A quitação da parcela importa a quitação do valor, pois não será quitado o que o empregado não recebeu. O advérbio apenas refere-se às parcelas que estão sendo quitadas e não ao total ou a tudo o que é devido ao empregado, demonstrando que o que não for pago se encontra ainda devido ao empregado. Se não houvesse o uso do advérbio apenas a quitação poderia ser total.

Temos, porém, que analisar conjuntamente, sistematicamente, os significados das palavras estudadas para chegarmos a uma conclusão, que não pode ser tomada isoladamente em relação ao exame de apenas uma das palavras empregadas no texto legal.

Assim, a quitação envolve apenas as parcelas e valores pagos e não os títulos. Se não houve o pagamento integral, o empregado poderá reclamar eventuais diferenças ou até mesmo verbas que não foram pagas e que, portanto, não foram quitadas.

O § 3.° do art. 18 da Lei n.° 8.036/90 (FGTS) exime o empregador exclusivamente quanto aos valores discriminados no termo de rescisão contratual quanto ao FGTS e indenização de 40% pagos no referido documento. Poder-se-ia entender que o § 2.° do art. 477 da CLT teria sido derrogado no que diz respeito ao termo "parcelas", que passa a ser substituído por "valores". Contudo, a norma especial não revoga a geral, além do que cada uma delas tem campos distintos de atuação, e o § 3.° do art. 18 da Lei n.° 8.036/90 valeria apenas para o FGTS e indenização de 40%, dizendo respeito aos valores constantes do termo de quitação.

O sindicato, entretanto, não poderá apreciar na assistência se as horas extras foram integradas corretamente, pois pode ocorrer que certas horas extras não tenham sido pagas ou, v. g., o FGTS não tenha sido recolhido corretamente, havendo divergência no cálculo da indenização de 40%, esquecendo-se o empregador de computá-la quanto aos depósitos sacados na vigência do contrato de trabalho para aquisição de moradia própria do empregado, pelo Sistema Financeiro da Habitação. Muitas vezes, o sindicato não tem condições de verificar se as parcelas pagas estão corretas, como ocorre no caso da indenização de 40% do FGTS, no exemplo citado. Em outros casos, haverá necessidade de prova, como na hipótese de horas extras não saldadas ao empregado, que só poderá ser feita na Justiça do Trabalho.

Entendemos que é possível a repercussão de horas extras verificadas posteriormente à assistência sobre o aviso prévio pago na rescisão, pois a quitação vai dizer respeito à parcela e não à rubrica (v. g., aviso prévio) em si. A quitação evidentemente só vai valer quanto às parcelas discriminadas no termo de rescisão contratual, como dispõe a parte final do § 2.° do art. 477 da CLT. Verbas não colocadas no termo de rescisão poderão ser reclamadas, como horas extras, importâncias pertinentes a período sem registro, diferenças de equiparação salarial ou de piso salarial. Parcelas que não foram expressamente consignadas no termo de rescisão contratual são verbas que não foram pagas, não gerando quitação.

Em 9-2-94, foi editada a Resolução Administrativa n.° 04 do TST, dando nova redação ao Enunciado 330:

"Quitação. Validade. Revisão do Enunciado 41. A quitação passada pelo empregado, com assistência de entidade sindical de sua categoria, ao empregador, com observância dos requisitos exigidos nos parágrafos do art. 477, da Consolidação das Leis do Trabalho, 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."

Na verdade, o que foi acrescentado à redação do referido verbete foi apenas a ressalva.

Se houver dúvidas a respeito das verbas pagas, deve o sindicato fazer as ressalvas que julgar necessárias. A ressalva serve mais ao sindicato que ao empregado, quanto a sua responsabilidade, pois, mesmo não havendo ressalva, se o empregado não recebeu o que lhe era devido, poderá reclamar as diferenças.

O fato de a súmula falar em ressalva expressa e especificada ao valor dado à parcela ou parcelas impugnadas em nada modifica a questão, pois, mesmo que a ressalva não seja feita, não haverá quitação quanto à verba não paga ou paga a menor. Diante do texto do Enunciado 41 do TST, a ressalva, inclusive, era desnecessária, já que a quitação seria apenas para valores.

O Enunciado 330 do TST evidentemente não vai impedir o empregado de ingressar em juízo após a homologação do pagamento das verbas rescisórias, como admite a Resolução Administrativa n.° 04/94 do TST em seus consideranda, pois é consagrado "o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder" (art. 5.°, XXXIV, a, da Constituição), e "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito" (art. 5.°, XXXV, da Lei Maior).

Pág. 590

Assim, o pagamento feito na assistência quita parcelas, mas não impede o empregado de reclamar eventual lesão a direito, principalmente quando recebeu verbas a menor ou que não foram integrais, como em caso da falta de integração das horas extras nas verbas rescisórias, como também admite a Resolução n.° 04/94 do TST ao dizer que "a quitação, como está expresso no Enunciado, não alcança parcela omitida e, conseqüentemente, seus reflexos em outras parcelas, ainda que constantes do recibo".

Há ponderações de que com a homologação há ato jurídico perfeito. O STF já decidiu dessa forma:

"Recibo de quitação de rescisão de contrato de trabalho, formalizada de acordo com a lei vigente ao tempo de sua assinatura, configura ato jurídico perfeito, e decisão que o desconsidera fere o disposto no art. 153, § 3.°, da Constituição Federal." (STF, RE 92.721-2/MG-Ac. 2.ª T., j. 10-3-81, Rel. Min. Djaci Falcão, in LTr 45-10/1197.)

Não se pode acolher o argumento de que o empregado recebe qualquer coisa que lhe paguem na assistência e que assim não haveria ato jurídico perfeito, pois o sindicato ou o Ministério do Trabalho estão ali no ato para orientá-lo, podendo perfeitamente o empregado não receber nenhum valor, pois dispõe de vontade própria, podendo também ser feita prova em juízo de que houve algum vício de consentimento (erro, dolo, coação, simulação ou fraude). Também não colhe a afirmação de que no processo civil há igualdade das partes, enquanto no processo do trabalho há desigualdade flagrante, visto que a assistência não é realizada na Justiça do Trabalho, como ocorre em relação ao empregado rural (art. 233 da Constituição), mas na DRT ou no sindicato, que estão ali para prestar assistência ao trabalhador, principalmente a última entidade.

Despicienda a assertiva de que há ato jurídico perfeito em relação ao contrato de trabalho quando da assistência do pagamento das verbas rescisórias, pois o pagamento feito quita apenas o que foi saldado. Verbas não pagas ou pagas a menor não estarão quitadas, nem se pode dizer que haverá quitação do contrato de trabalho. As disposições do § 2.° do art. 477 da CLT não são tão amplas a ponto de se entender que há quitação de tudo ou de todas as parcelas e valores na assistência da rescisão do contrato de trabalho.

Haveria, entretanto, coisa julgada se a assistência fosse realizada em juízo, que produziria, portanto, efeitos liberatórios; mas isso não ocorre em relação à assistência realizada pelo sindicato ou pelo Ministério do Trabalho, pois não envolve processo, nem é feita na Justiça do Trabalho.

Assim, se a parcela não tiver sido objeto de assistência, ou o pagamento for menor do que o devido, poderá haver reivindicação judicial do que não tiver sido recebido. A transação interpreta-se restritivamente (art. 1.027 do Código Civil), assim como os contratos benéficos interpretam-se estritamente (art. 1.090 do CC); a assistência, porém, não importa transação, pois inexistem concessões mútuas no pagamento das verbas rescisórias (art. 1.025 do Código Civil) - apenas são saldadas as importâncias devidas ao empregado.

Pág. 591

3. PRAZO PARA PAGAMENTO DAS VERBAS RESCISÓRIAS

3.1 Introdução

A Lei n.° 7.855, de 24-10-89, acrescentou três parágrafos ao art. 477 da CLT. Mais especificamente, o § 6.° versou sobre o prazo para pagamento das verbas rescisórias, e o § 8.° disciplinou sobre a multa pelo atraso no pagamento das mesmas verbas. A citada multa já vinha sendo prevista em normas coletivas, com o objetivo de impedir a protelação do pagamento dos valores devidos ao empregado na rescisão contratual.

3.2 Prazos

O § 6.° do art. 477 da CLT foi dividido em duas alíneas, com prazos distintos para "pagamento das parcelas constantes do instrumento de rescisão ou recibo de quitação", que são as previstas na Portaria n.° 3.750, de 23-11-90: saldo de salários, salário-família, aviso prévio, 13.° salário, férias etc.

A alínea a do § 6.° do art. 477 da CLT reza que as parcelas constantes do instrumento de rescisão ou termo de quitação do contrato de trabalho devem ser pagas "até o primeiro dia útil imediato ao término do contrato". O caso sob exame trata da hipótese em que o empregado cumpre o aviso prévio integralmente até o último dia de trabalho, tendo a empresa 30 dias para preparar as contas do que é devido ao obreiro. No término do contrato de prazo determinado ou na sua rescisão antecipada, o prazo para o pagamento das verbas rescisórias é o dia seguinte da cessação do pacto laboral, pois não há aviso prévio. O mesmo se dá em relação ao empregado que vem a falecer, pois há o término do contrato de trabalho na data do óbito, salvo se a empresa não souber a quem pagar, quando não se aplicam os prazos do § 6.° do art. 477 da CLT e a respectiva multa. Deve, pois, a empresa efetuar o pagamento das verbas rescisórias até o primeiro dia útil imediato ao término do contrato de trabalho. Dessa forma, se o prazo cair num sábado, por exemplo, o pagamento deverá ser feito no primeiro dia útil seguinte, ou seja, na segunda-feira.

A alínea b do § 6.° do art. 477 da CLT dispõe que as verbas rescisórias devem ser pagas "até o décimo dia, contado da data da notificação da demissão, quando da ausência do aviso prévio, indenização do mesmo ou dispensa do seu cumprimento".

O legislador não foi muito técnico ao colocar na alínea ora em comentário a palavra demissão. Demissão ocorre quando o empregado pede seu desligamento da empresa. Ao contrário, ocorre dispensa ou despedimento quando o empregador prescinde dos serviços do trabalhador. Contudo, a interpretação, em geral, que deve ser dada à expressão notificação da demissão é quando o empregado é dispensado, pois no cumprimento do aviso prévio, na demissão ou no despedimento, o prazo a ser observado será o da alínea a do § 6.° do art. 477 da CLT, salvo outra hipótese que será tratada mais adiante.

3.3 Multa

Na inobservância dos prazos previstos no § 6.° do art. 477 da CLT, o empregador deverá pagar multa ao empregado no valor de seu salário, devidamente corrigido pelo BTN, exceto se o trabalhador, comprovadamente, der causa à mora (§ 8.° do art. 477 da CLT).

Existe também outra multa a ser paga pelo empregador, que é a administrativa, de 160 BTNs, que não reverte ao laboralista. Essa multa será imposta em caso de lavratura de auto de infração pela autoridade do Ministério do Trabalho, ou por determinação do juízo ao verificar o atraso no pagamento das

verbas rescisórias, oficiando-se àquela autoridade para a cobrança da multa administrativa.

A multa do § 8.° do art. 477 da CLT não é uma cláusula penal, pois não está prevista no contrato de trabalho. Trata-se de uma sanção prevista na lei pelo descumprimento da obrigação do pagamento das verbas rescisórias no prazo legal. Corresponde a indenização pelo prejuízo do empregado no recebimento com atraso das verbas rescisórias.

3.4 Prova do atraso

Algumas empresas trazem a juízo o termo de rescisão do contrato de trabalho sem apor a data em que foram pagas as verbas rescisórias, principalmente nas ocasiões em que não há assistência, pois o empregado tem menos de um ano na empresa (interpretando-se a contrario sensu o § 1.° do art. 477 da CLT). Nessas circunstâncias, a prova é da empresa ao afirmar que quitou as verbas rescisórias em determinado dia, em função do art. 818 da CLT, combinado com o inciso II do art. 333 do CPC, ao alegar o fato, ou então em ser oposta situação que venha a modificar, extinguir ou impedir o direito do obreiro à multa.

Se o empregado alegar que não recebeu as verbas rescisórias em determinada ocasião, pleiteando a multa, será dele a prova do alegado (art. 818 da CLT c/c art. 333, I, do CPC).

3.5 Prazos distintos

As alíneas a e b do § 6.° do art. 477 da CLT tratam de prazos distintos. Enquanto a alínea a especifica que o pagamento das verbas rescisórias deve ser feito "até o primeiro dia útil imediato ao término do contrato", a alínea b dispõe que tal pagamento deve ser feito "até o décimo dia", que não é útil, mas corrido. Nesse caso, se a data do pagamento cair num sábado, domingo ou feriado, em oportunidade em que não haja expediente bancário, a empresa deve ter o cuidado de antecipar o pagamento para a sexta-feira, ou, se trabalhar no sábado ou domingo, fazer o pagamento nesses dias, nos casos em que não se necessita de assistência, em que o empregado tem menos de um ano de serviço (§ 1.° do art. 477 da CLT), sob pena de pagar a multa.

Nas hipóteses em que haja necessidade de assistência, porque o empregado tem mais de um ano de serviço e a quitação não tem valor sem a assistência do sindicato ou do Ministério do Trabalho, e houver a incidência da alínea b do § 6.° do art. 477 da CLT, deve a empresa pagar as verbas rescisórias no primeiro dia útil anterior ao décimo dia, se o prazo final cair em sábado ou domingo. Poderá até mesmo o empregador depositar as verbas rescisórias na conta bancária do empregado para não discutir as situações anteriores.

3.6 Contagem do prazo

Como deve ser contado o prazo de 10 dias previsto na alínea b do § 6.° do art. 477 da CLT? Incluindo-se o dia da notificação ou não?

O art. 125 do Código Civil, aplicado por força do parágrafo único do art. 8.° da CLT, esclarece que na contagem dos prazos se exclui o dia do começo, incluindo-se o do vencimento, salvo determinação em contrário. A alínea b do § 6.° do art. 477 da CLT não foge à regra. Não há mandamento legal determinando incluir a data da notificação da demissão na contagem do prazo, mas o cômputo do prazo deve ser da data da notificação da demissão. Não estamos diante da exceção prevista no art. 125 do Código Civil. A interpretação que deve ser dada é da

própria regra geral, excluindo-se o dia do começo do prazo e incluindo-se o dia do vencimento, ou seja, o dia em que o empregado foi notificado da demissão não é incluído na contagem do prazo para pagamento das verbas rescisórias, contando-se, contudo, o dia do vencimento. Assim, se o empregado é demitido no dia 10, o prazo para pagamento das verbas rescisórias vencerá no dia 20.

3.7 Aviso prévio cumprido em casa

Muitas vezes, o empregador dispensa o empregado, mandando-o cumprir o aviso prévio "em casa", fazendo com que o obreiro não trabalhe no citado lapso de tempo. O aviso prévio é trabalhado ou indenizado. Temos visto alegações do tipo "o empregado está aguardando ordens da empresa em sua residência, e a qualquer momento pode ser chamado ao trabalho", como justificação para o pagamento das verbas rescisórias no primeiro dia após o término do contrato. Contudo, tais ponderações demonstram, sim, o desinteresse na utilização dos serviços do trabalhador, tanto que o empregador já o dispensou, não querendo que o obreiro permaneça em suas dependências, para que não cause qualquer problema. A obrigação do empregador é proporcionar trabalho ao empregado, não o deixando ocioso. De outro modo, a hipótese anteriormente mencionada retrata a dispensa do cumprimento do aviso prévio por parte do empregador, ou o pagamento de aviso prévio indenizado, pois não há salário sem trabalho, incidindo a empresa nas disposições da alínea b do § 6.° do art. 477 da CLT, devendo, pois, pagar as verbas rescisórias até o décimo dia "da notificação da demissão"; caso contrário, sujeitar-se-á ao pagamento da multa.

Pág. 594

O parágrafo único do art. 488 da CLT faculta ao empregado sair duas horas mais cedo, quando do aviso prévio do empregador, ou optar por não trabalhar por sete dias corridos. A indagação que se faz é: qual seria o prazo para pagamento das verbas rescisórias, ocorrendo de o trabalhador ficar sete dias sem trabalhar durante o aviso prévio? A cessação do contrato de trabalho não se deu no último dia trabalhado, mas no término do pacto laboral, ou seja, sete dias após o último dia trabalhado, por força do § 1.° do art. 487 da CLT. Não é o caso de se aplicar a alínea b do § 6.° do art. 477 da CLT, pois o aviso prévio não foi indenizado, nem foi dispensado seu cumprimento. Dessa forma, a empresa terá de pagar as verbas rescisórias no primeiro dia útil imediato ao término do contrato de trabalho. Por exemplo, se o empregado optou em não trabalhar sete dias e o último dia trabalhado foi o dia 10, o término do contrato será dia 17, tendo o empregador até o primeiro dia útil imediato (dia 18) para saldar as verbas rescisórias.

3.8 Pedido de demissão

Quando o empregado pede demissão e não cumpre o aviso prévio, nem a empresa o desconta do obreiro (§ 2.° do art. 487 da CLT), qual seria o prazo para pagamento das verbas rescisórias? In casu, existe o descumprimento do aviso prévio por parte do empregado, não há sua indenização, porém ele foi concedido; apenas o obreiro, ao notificar o empregador de sua demissão, não mais trabalhou na empresa. Na hipótese vertente, não se utiliza do comando legal contido na alínea a do § 6.° do art. 477 da CLT, pois se presume que o empregado tivesse cumprido, trabalhando, o aviso prévio, o que inocorre. Assim, o prazo para pagamento das verbas rescisórias será de 10 dias, na forma da alínea b do § 6.° do art. 477 da CLT.

Se o empregado pede aposentadoria, o empregador deve pagar as verbas rescisórias no dia seguinte ao do pedido que, normalmente, é a data do término do contrato de trabalho, sob pena de pagar a multa do § 8.° do art. 477 da CLT.

3.9 Entes públicos

A União, os Estados-membros, o Distrito Federal e os municípios também devem cumprir os prazos previstos no § 6.° do art. 477 da CLT. Não há previsão no Decreto-lei n.° 779/69 sobre prazos para pagamento das verbas rescisórias, até porque dispõe aquela norma sobre processo do trabalho e, ainda, é anterior à Lei n.° 7.855/89.

Certas pessoas jurídicas de direito público costumam alegar em sua defesa que os prazos do § 6.° do art. 477 da CLT não se lhes aplicam. Obtemperam que são órgãos públicos que dependem de requisição do numerário para pagamento das verbas rescisórias, devendo observar certa burocracia dentro da repartição, necessitando de várias assinaturas para liberação e pagamento das importâncias devidas ao trabalhador, o que pode demandar de 15 a 30 dias para tanto.

Pág. 595

Todavia, o § 6.° do art. 477 da CLT não excepciona nada a favor de órgãos públicos, salvo se o obreiro der causa à mora, quando a multa não será devida (§ 8.°, in fine, do art. 477 da CLT). Não há previsão legal para a argumentação da não-observância das prescrições do § 6.° do art. 477 da CLT por qualquer órgão público. Não quitadas as verbas rescisórias dentro dos prazos legais, incorrerá a entidade de direito público na multa do § 8.° do art. 477 da CLT.

3.10 Empregados domésticos

A multa do § 8.° do art. 477 da CLT não é devida ao doméstico, pois a Consolidação a ele não se aplica (art. 7.°, a, da CLT). De outro modo, o empregado doméstico, quando é dispensado ou pede demissão, tendo ou não mais de um ano de casa, não precisa de assistência na rescisão, porque a CLT a ele não se observa, sendo que não há prazo para o pagamento das verbas rescisórias. O empregador doméstico não fica nem sujeito às multas estabelecidas na CLT e impostas pela DRT, inclusive por falta de anotação da CTPS.

3.11. Pagamento a vista

O pagamento das verbas rescisórias deve ser feito em dinheiro ou cheque visado (§ 4.° do art. 477 da CLT), o que presume o pagamento a vista, vedado, portanto, o pagamento em parcelas. Inobstante, se o empregador pretender pagar as verbas rescisórias em parcelas, atrairá a aplicação do § 8.° do art. 477 da CLT, não só porque o interesse do legislador foi de não haver atraso no pagamento das verbas rescisórias, mas também porque tais verbas rescisórias devem ser pagas de maneira integral no momento da quitação, e não a prazo.

3.12 Força maior

Costuma-se alegar motivo de força maior em virtude de crise financeira, queda das vendas, ou dos sucessivos planos econômicos governamentais, para não se fazer o pagamento das verbas rescisórias no prazo previsto em lei. É insubsistente o argumento da empresa ao pretender transferir os riscos da atividade econômica para o empregado (art. 2.° da CLT), ou de não ser previsível a ocorrência de crise econômica. Aliás, ao contrário do art. 4.° da Lei n.° 7.855/89, que deixou clara a ressalva de que os salários podem não ser pagos no prazo legal, por motivo de força maior (art. 501 da CLT), o § 6.° do art. 477 da CLT não excepcionou o motivo de força maior para o não-pagamento das verbas rescisórias no tempo oportuno. A ressalva não foi feita justamente em face do término da relação de emprego, quando o trabalhador necessita de imediato das

verbas rescisórias para poder subsistir e saldar suas despesas; no outro caso, ao revés, há falta de pagamento dos salários, mas ainda ocorre a continuidade do contrato de trabalho e pelo menos o empregado tem garantido o emprego, não se sujeitando a procurar nova vaga no mercado de trabalho.

Pág. 596

Mesmo surgindo novo plano econômico, ou nova crise financeira, a empresa deve saldar as verbas rescisórias dentro do prazo de lei, sob pena de arcar com a multa. Na jurisprudência encontramos acórdãos justificando que a implantação do Plano Collor não podia servir de motivo para se invocar força maior. Na edição do referido plano, quando foi decretado um feriado bancário, o empregador poderia pagar as verbas rescisórias antes de 14 de março ou ainda no dia 19 seguinte, que foi dia útil, ou até mesmo ajuizar a competente ação de consignação em pagamento.

Se o empregado pede, em juízo, diferenças de verbas, também não é devida a multa do § 8.° do art. 477 da CLT, que só se aplica a atraso no pagamento e não a diferenças, que têm de ser verificadas.

3.13 Falência

Se a falência ocorre depois do término do contrato de trabalho e depois do prazo para pagamento das verbas rescisórias, a multa do § 8.° do art. 477 da CLT já é devida ao empregado. Entretanto, se a falência ocorre na vigência do contrato de trabalho, não se pode falar em multa, pois o numerário para pagamento não está disponível, havendo necessidade de o síndico requerer ao juiz da falência a liberação de numerário, além do que todas as dívidas da massa ficam sujeitas ao juízo universal, razão pela qual a multa não será devida.

A multa administrativa devida à União pelo atraso no pagamento não poderá ser reclamada na falência, nos termos do inciso III do parágrafo único do art. 23 do Decreto-lei n.° 7.661 /45.

3.14 Justa causa e rescisão indireta

Nas questões em que o juiz deverá dizer o direito das partes, como v, g., na ocorrência de justa causa para o despedimento do trabalhador, na rescisão indireta do contrato de trabalho, no reconhecimento da relação de emprego, nos aumentos salariais, promoções, ou substituições reivindicadas pelo trabalhador, a multa não poderá ser aplicada. A justificativa é a de que a empresa tem direito de submeter à apreciação do Poder Judiciário a discussão em torno de "lesão ou ameaça a direito", princípio consagrado constitucionalmente no inciso XXXV do art. 5.° da Lei Fundamental. Na apreciação da justa causa, no reconhecimento da existência da relação de emprego ou na rescisão indireta do contrato de trabalho, a questão somente será dirimida na sentença, não se podendo falar em atitude protelatória da empresa para o não-pagamento das verbas rescisórias que estão submetidas ao crivo do Poder Judiciário, justamente porque para ela não seriam devidas.

Ocorrendo justa causa ou outra questão a ser dirimida em juízo, qual seria o prazo para pagamento das verbas rescisórias incontroversas? As parcelas que serão discutidas em juízo obviamente não poderão ser pagas ao empregado, em razão de estarem sub judice, inexistindo direito a multa. Todavia, a empresa deve pagar as parcelas constantes do termo de rescisão (descritas na Portaria n.° 3.750, de 23-11-90), tais como saldo de salários, salário-família, adicional de insalubridade, horas extras etc., "até o primeiro dia útil imediato ao término do contrato", visto que a cessação do contrato de trabalho se deu no último dia de trabalho, inexistindo aviso prévio e dispensa de seu cumprimento ou sua indenização.

Pág. 597

Mesmo nas hipóteses em que se alega abandono de emprego por parte do empregado, o empregador deverá tomar cuidado com o prazo do pagamento das verbas rescisórias, se for o caso, ajuizando a competente ação de consignação em pagamento, sob pena de ter de provar em juízo que o obreiro não mais compareceu à empresa e deu causa à mora no pagamento das verbas rescisórias que lhe seriam devidas, como, por exemplo, o saldo de salários. No caso da rescisão indireta, somente a sentença é que determinará a data em que o contrato será ou não rescindido, sendo inaplicável a multa. Ademais, a rescisão indireta depende de elemento subjetivo do empregado, que é a intenção de rescindir o contrato de trabalho. Só se pode falar em algo devido após o trânsito em julgado de sentença. Inocorrendo controvérsia sobre o que deva ser pago ao empregado, a multa será devida se desrespeitado o prazo legal.

3.15 Proporcionalidade na aplicação da multa

Inexiste proporcionalidade na aplicação da multa em função dos dias de atraso no pagamento das verbas rescisórias. Não está disposto na lei que, se o atraso for de um, 10 ou 100 dias, se deveria pagar a multa proporcionalmente ao referido atraso. Mesmo que o empregador se atrase em um dia para saldar as verbas rescisórias, incorrerá no pagamento integral da multa prevista no § 8.° do art. 477 da CLT. Não é o caso de se aplicar o art. 924 do Código Civil, pois inexiste omissão na CLT, que determina que a multa é integral e não proporcional, mesmo que o atraso seja de um dia ou de um ano.

3.16 Cálculo do salário para efeito da multa

É sabido que o salário pode ser pago mensalmente, quinzenalmente, semanalmente ou diariamente. Qual o salário, porém, que deve ser observado para o pagamento da multa?

Certo é que o salário não pode ser pago por período superior a um mês (art. 459 da CLT). De outro modo, insubsiste o aviso prévio de oito dias em casos de pagamento por semana ou tempo inferior (inc. XXXI do art. 7.° da Lei Maior, ao estabelecer este que o aviso prévio deve ser no mínimo de 30 dias). Por conseqüência, as verbas constantes da rescisão também deverão ser calculadas para um período de um mês. Mais se justifica o cálculo do salário, para efeito do pagamento da multa, no valor mensal, ao examinarmos os parágrafos do art. 478 da CLT, ao se referirem a indenização. Mesmo que o salário seja pago por dia (§ 2.°), hora (§ 3.°, em que há menção a 240 horas = 8 horas diárias x 30 dias) ou tarefa (§ 5.°), a indenização corresponderá a 30 dias. Dessa maneira, entendemos que o salário a que se refere o § 8.° do art. 477 da CLT, para efeito do pagamento da multa, é o mensal e não o quinzenal, semanal ou diário. Seria beneficiar o infrator, dando-lhe a oportunidade de pagar tais verbas no valor de um dia de salário (no caso do pagamento diário de salário, praticamente inexistente), ou de uma semana ou quinzena, pois não estaria sendo aplicada em sua inteireza a sanção contra o empregador moroso que lhe deu causa.

Pág. 598

A multa a ser paga ao empregado pelo atraso no pagamento das verbas rescisórias é "equivalente ao seu salário" (§ 8.° do art. 477 da CLT). Dessa forma, não se incluirão os adicionais de insalubridade, de periculosidade ou noturno, inclusive média de horas extras, no salário. Tais verbas, portanto, não integrarão o cálculo da multa, porque as penalidades devem ser interpretadas restritivamente. No entanto, integrarão o salário não só a importância fixa

estipulada, como também as comissões, percentagens, gratificações ajustadas, abonos pagos pelo empregador (§ 1.° do art. 457 da CLT) e as diárias que excedam a 50% do salário (§ 2.° do art. 457 da CLT). Também farão parte do salário alimentação, habitação, vestuário ou outras prestações in natura, que a empresa, por força do contrato ou costume, fornecer ao empregado (art. 458 da CLT). Nesse caso, o pagamento da multa deverá incluir todas essas integrações no salário.

VERIFICAÇÃO DE APRENDIZAGEM

1. Há necessidade de assistência para o empregado que tem menos de um ano de casa?
2. Onde deve ser feita a assistência para o empregado que tem mais de um ano de casa?
3. Qual o prazo para o pagamento das verbas rescisórias?
4. O pagamento das verbas rescisórias quita o contrato de trabalho?

Parte V

DIREITO COLETIVO DO TRABALHO

40

DIREITO COLETIVO DO TRABALHO

1. DENOMINAÇÃO

Para especificar a parte do Direito do Trabalho que ora passamos a estudar, são empregadas duas denominações: Direito Coletivo do Trabalho, Direito Sindical ou Direito Corporativo.

Não nos parece adequada a utilização da denominação Direito Sindical, pois esta é mais restrita, dizendo respeito apenas ao sindicato ou a sua organização, e também não trata de grupos não organizados em sindicatos, que podem ser sujeitos para reivindicar direitos trabalhistas. Certas matérias que fazem parte do segmento ora em análise, como a representação dos trabalhadores na empresa, não seriam incluídas no Direito Sindical, pelo fato de que aqueles trabalhadores não precisam ser sindicalizados para terem entendimentos com a empresa.

A denominação Direito Corporativo diz respeito não só à organização sindical, mas também à organização da ação do Estado de forma a desenvolver a economia.

Critica-se, entretanto, o uso da denominação Direito Coletivo do Trabalho, com o fundamento principal de que todo direito é coletivo ou feito para a coletividade.

Deve-se lembrar que, primeiramente, o Direito Coletivo do Trabalho opõe-se ao Direito Individual do Trabalho, pois este trata, regra geral, do contrato de trabalho, enquanto aquele versa sobre as relações coletivas de trabalho, mormente as regras coletivas que serão aplicáveis aos contratos de trabalho. Quanto ao fato de todo direito ser feito para a coletividade, não discrepamos de tal entendimento, apenas o Direito Coletivo do Trabalho, que não é autônomo, vai estudar as relações coletivas a serem observadas no contrato de trabalho, gerando efeito sobre tal pacto.

O Direito, de fato, é feito para a sociedade, num sentido genérico, porém o Direito Coletivo do Trabalho, como parte do Direito do Trabalho, não vai tratar de regular todas as situações da sociedade, mas apenas aquelas regras coletivas que serão observadas em função do contrato individual do trabalho e da organização sindical, daí por que se trata de um segmento do Direito do Trabalho.

2. CONCEITO

Direito Coletivo do Trabalho é o segmento do Direito do Trabalho encarregado de tratar da organização sindical, dos conflitos coletivos do trabalho e sua solução e da representação dos trabalhadores.

Pág. 602

O Direito Coletivo do Trabalho é apenas uma das divisões do Direito do Trabalho, não possuindo autonomia, pois não tem diferenças específicas em relação aos demais ramos do Direito do Trabalho, estando inserido, como os demais, em sua maioria, na CLT.

Na definição deve ser destacada a representação dos trabalhadores, pois hoje é possível que não existam sindicatos, federações ou confederações juridicamente organizadas, fazendo com que o trabalhador tenha que se organizar num grupo, que não reveste a roupagem de um sindicato ou associação, para reivindicar seus direitos trabalhistas.

Não deixa o Direito Coletivo do Trabalho de ser instrumento para a melhoria das condições de trabalho do empregado, como ocorre com os demais ramos da matéria em estudo.

3. DIVISÃO

Vamos estudar no Direito Coletivo do Trabalho a organização sindical, que compreende sua natureza jurídica, a proteção à sindicalização, seus órgãos, eleições sindicais e as receitas dos sindicatos; os acordos e as convenções coletivas de trabalho; a greve; o lockout e outras formas de solução dos conflitos coletivos.

4. HISTÓRIA

Antes de passar ao exame da primeira etapa do Direito Coletivo do Trabalho, que é a liberdade sindical, há necessidade de um pequeno esboço histórico sobre o tema, para melhor compreensão.

O Direito Coletivo do Trabalho nasce com o reconhecimento do direito de associação dos trabalhadores, o que veio a ocorrer após a Revolução Industrial (século XVIII).

As crises que importaram no desaparecimento das corporações de ofício acabaram propiciando o surgimento dos sindicatos. As corporações de ofício foram criadas como forma de reunião dos trabalhadores, objetivando melhores condições de vida. A forma de funcionamento das corporações acabou também provocando um antagonismo interno, pois os mestres determinavam tudo, terminando com a união existente e dando lugar ao descontentamento, razão pela qual foram surgindo reivindicações, principalmente dos aprendizes e companheiros.

Pode-se dizer que o berço do sindicalismo foi a Inglaterra, onde, em 1720, foram formadas associações de trabalhadores para reivindicar melhores salários e condições de trabalho, inclusive limitação da jornada de trabalho. Desde 1824 houve uma fase de tolerância com os sindicatos; somente em 21-6-1824, as coligações deixaram de ser proibidas em relação aos trabalhadores, por ato do parlamento; não se reconhecia, porém, o direito de greve, nem os trade unions. Apenas por lei de 1875, consolidada em 1906, é que houve a possibilidade da criação livre dos sindicatos.

Pág. 603

Na França, a Lei Le Chapellier, de 17-7-1791, proibia que "os cidadãos de um mesmo estado ou profissão tomassem decisões ou deliberações a respeito de

seus pretensos interesses comuns". O Código de Napoleão, de 1810, também punia a associação de trabalhadores. Só se observa a liberdade de associação dos trabalhadores a partir de 1884, quando foi reconhecida.

O direito de associação, na Alemanha, foi admitido expressamente pela Constituição de Weimar, de 1919, tendo sido a primeira constituição a tratar de matéria trabalhista e do direito coletivo do trabalho.

O sindicato nasce, assim, como um órgão de luta de classes.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, determina que todo homem tem direito a ingressar num sindicato (art. XXIII, 4).

A OIT, com a Convenção n.° 87, de 1948, passou a determinar as linhas mestras sobre o direito de livre sindicalização, sem qualquer ingerência por parte do Estado.

Algumas constituições mencionam também a liberdade de filiação, como a da França, de 1946, reafirmada em 1958, que prevê que todo homem pode defender seus direitos e seus interesses por meio do sindicato e aderir a agremiação de sua escolha (tout homme peut défendre ses droits et ses intérêts par l'action syndicale et adhérer au syndicat de son choix).

VERIFICAÇÃO DE APRENDIZAGEM

1. Qual a denominação que melhor reflete o estudo do tema que envolve os sindicatos e as normas coletivas aplicáveis aos contratos de trabalho? Por quê?
2. Como podemos definir o Direito Coletivo do Trabalho?
3. Como pode ser dividido o Direito Coletivo do Trabalho?
4. Como surgem os primeiros sindicatos?

41

LIBERDADE SINDICAL

1. HISTÓRICO

A Constituição da OIT, de 1919, já previa o princípio da liberdade sindical, que seria um dos objetivos a ser alcançado por seu programa de ação. Teve a Constituição da OIT incorporada a seu bojo a Declaração de Filadélfia, de 1944, em que o princípio da liberdade sindical era reafirmado com um dos postulados básicos da referida organização: "a liberdade de expressão e a de associação são essenciais à continuidade do progresso" (art. I, b). A Declaração de Filadélfia também incluía entre os programas da OIT os que visavam "o efetivo reconhecimento do direito da negociação coletiva, a cooperação entre empregadores e trabalhadores para o contínuo melhoramento da eficiência produtiva, e a colaboração de trabalhadores e empregadores na preparação e aplicação de medidas sociais e econômicas" (III, e).

Como se verifica, a liberdade sindical é um dos postulados básicos da OIT. Já se sentia em 1927 a necessidade de elaboração de um texto com as regras gerais a respeito de liberdade sindical. Havia, entretanto, divergências sobre o tema, entre os países, e naquela época era impossível chegar à liberdade sindical. Isso só foi possível após a Segunda Guerra Mundial, a saber, em 1948.

Na Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho realizada em 9-7-48, na cidade de São Francisco, nos Estados Unidos, foi adotada uma convenção que trata de liberdade sindical e da proteção do direito sindical. Tal Convenção veio a ter o número 87, denominada Convenção sobre Liberdade Sindical e a Proteção do Direito Sindical. Essa norma internacional é que traça os parâmetros principais a respeito da liberdade sindical. Infelizmente, essa convenção ainda não foi ratificada pelo Brasil, até mesmo em função de a atual Constituição estabelecer a existência do sindicato único e contribuição sindical determinada por lei, posições incompatíveis com a referida regra internacional.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem também assegura o "direito à liberdade de reunião e associação pacíficas" (art. XX). Ademais, o direito de sindicalização passou a estar elencado entre os direitos humanos: "todo homem tem direito a organizar sindicatos e a neles ingressar para proteção dos seus interesses" (art. 23, n.° 4). O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos Sociais e Culturais, de 1966, estabelece no art. 8.° que os Estados, que são partes no referido pacto, se obrigam a assegurar: "c) o direito que têm os sindicatos de exercer livremente sua atividade sem outras limitações que as previstas em lei e que constituem medidas necessárias numa sociedade democrática, no interesse da segurança nacional ou da ordem pública, ou para proteger os direitos e as liberdades de outrem".

Pág. 605

2. CONCEITO

Liberdade sindical é o direito de os trabalhadores e empregadores se organizarem e constituírem livremente as agremiações que desejarem, no número por eles idealizado, sem que sofram qualquer interferência ou intervenção do Estado, nem uns em relação aos outros, visando à promoção de seus interesses ou dos grupos que irão representar. Essa liberdade sindical também compreende o direito de ingressar e retirar-se dos sindicatos.

A liberdade sindical significa, pois, o direito de os trabalhadores e os empregadores se associarem, livremente, a um sindicato. Todo aquele que tiver interesse profissional ou econômico a ser discutido poderá reunir-se num sindicato. Os interesses profissionais ou econômicos serão, assim, dos empregados, dos empregadores e dos trabalhadores autônomos, como se observa do art. 511 da CLT.

Os trabalhadores em serviço público também terão o direito de livremente constituir sindicato. A exceção à regra diz respeito aos membros das Forças Armadas, da polícia e aos servidores ou empregados públicos de alto nível, assim considerados aqueles que têm funções com caráter decisório, ou seja, de confiança, o que poderá ser feito mediante exclusão pela legislação nacional (Convenção n.° 151 da OIT, de 1978, arts. 1.°, 2.°, 3.°).

Para que haja autonomia e liberdade sindical, é preciso que exista uma forma de custeio da atividade das entidades sindicais, o que deveria ser feito por intermédio de contribuições espontâneas dos filiados e não por intermédio de contribuições compulsórias. Seria, por exemplo, a mensalidade dos sócios e a contribuição decorrente do custo da negociação coletiva.

3. GARANTIAS

Contém a Convenção n.° 87 da OIT várias garantias fundamentais:

a. os trabalhadores e os empregadores, sem distinção de qualquer espécie, terão direito de constituir, sem autorização prévia do Estado, organizações de sua escolha, bem como o direito de se filiar a essas organizações, sob a única condição de observar seus estatutos (art. 2.°). O direito de se filiar ao sindicato comporta dois aspectos: o positivo, que é o de ingressar na agremiação, e o negativo, que é o de se retirar. Trata-se de uma liberdade sindical individual, na qual se evidencia que cada pessoa pode decidir, soberanamente, entre entrar ou não no sindicato, o que também foi acolhido pelo inciso V, do art. 8.°, da Constituição de 1988. Não pode, portanto, haver qualquer constrangimento ou coação para a pessoa ingressar ou não no sindicato;

Pág. 606

b. organizações de trabalhadores e de empregadores terão o direito de elaborar seus estatutos e regulamentos administrativos, de eleger livremente seus representantes, organizando sua gestão e sua atividade e formulando seu programa de ação, inclusive no que diz respeito às federações e confederações. O Estado não poderá interferir ou intervir no sindicato, de maneira a impedir o exercício do direito sindical (art. 3.°). Assim, o sindicato tem o direito de redigir seus estatutos e suas normas internas, elegendo seus dirigentes, sem qualquer ingerência ou interferência do Estado;

c. suas autoridades públicas deverão abster-se de qualquer intervenção que possa limitar esse direito ou entravar seu exercício legal;

d. as organizações de trabalhadores e de empregadores não estarão sujeitas a dissolução ou a suspensão por via administrativa (art. 4.°). O Estado não deve exercer qualquer controle, de modo arbitrário ou autoritário, sobre a atividade sindical, de maneira a dissolver ou suspender administrativamente as atividades da agremiação;

e. as organizações de trabalhadores e de empregadores terão o direito de constituir federações e confederações, bem como de filiar-se a estas, e toda organização, federação ou confederação terá o direito de filiar-se a organizações internacionais de trabalhadores e de empregadores (art. 5.°);

f. a aquisição da personalidade jurídica por parte das organizações de trabalhadores e de empregadores, suas federações e confederações, não poderá estar sujeita a condições de natureza a restringir o direito de associação.

As garantias previstas pela Convenção n.° 87 da OIT aplicar-se-ão às Forças Armadas e à polícia, o que será objeto da legislação de cada país (art. 9.°, 1). A ratificação da referida convenção não deverá afetar qualquer lei, sentença, costume ou acordo já existentes que concedam aos membros das Forças Armadas e da polícia garantias previstas na citada norma (art. 9.°, 2).

Quanto aos empregadores, não poderá haver discriminação anti-sindical dos trabalhadores, pois esses gozarão de adequada proteção contra atos anti-sindicais relativos ao emprego, tanto no momento da admissão, como durante o desenvolvimento do contrato de trabalho. O objetivo é o de não se exigir do trabalhador sua não-filiação a um sindicato ou a renúncia a sua condição de membro da agremiação, bem como de dispensar o empregado ou prejudicá-lo somente por ser membro de sindicato (art. 1.° da Convenção n.° 98 da OIT).

Não trata a Convenção n.° 87 da OIT, expressamente, da liberdade de não-associação; apenas prevê o direito das pessoas de constituírem sindicato e de a ele se filiarem, protegendo, porém, diretamente a não-associação à agremiação.

A liberdade sindical deve ser assegurada tanto no setor público como no privado, sem distinção ou discriminação de qualquer espécie, como profissão, sexo, cor, raça, credo, nacionalidade ou opinião política.

A Convenção n.° 87 da OIT não é, à primeira vista, dirigida aos Governos, mas mais diretamente aos empregados e empregadores. Ela é, contudo, dirigida aos Governos quando determina que não pode haver interferência ou intervenção nos sindicatos, constituindo ato atentatório à liberdade sindical.

A Convenção n.° 87 da OIT também é direcionada aos funcionários públicos, pois o art. 9.° da referida regra internacional prevê que a legislação nacional deverá determinar até que ponto serão aplicadas às Forças Armadas e à polícia as garantias previstas na citada norma.

A Convenção n.° 98 da OIT, de 1949, que foi aprovada pelo Brasil pelo Decreto Legislativo n.° 49, de 27-8-52, traça regras gerais a respeito de intromissões recíprocas entre trabalhadores e empregadores. Os trabalhadores devem gozar de proteção adequada contra quaisquer atos atentatórios à liberdade sindical, no condizente à relação de emprego (art. 1.°). Para obtenção do emprego, o empregador não poderá exigir do empregado que este venha a não se

filiar a um sindicato ou a deixar de fazer parte dele (art. 2.°, a). O trabalhador não poderá ser dispensado ou prejudicado em função de sua filiação ao sindicato ou de sua participação em atividades sindicais, fora do horário de trabalho ou com o consentimento do empregador, durante as mesmas horas (art. 2.°, b). As organizações de trabalhadores e de empregadores deverão gozar de proteção adequada contra quaisquer atos de ingerência ou intervenção de umas em outras, quer diretamente quer por meio de seus representantes, em sua formação, funcionamento e administração (art. 2.°, I). Consideram-se como atos de ingerência as medidas destinadas a provocar a criação de organizações de trabalhadores dominadas por um empregador ou uma organização de empregadores, ou a manter organizações de trabalhadores por outros meios financeiros, com o fim de haver controle por um empregador ou uma organização de empregadores. Deve haver medidas no âmbito da legislação interna de cada país para fomentar e promover o desenvolvimento da negociação voluntária entre empregadores e trabalhadores, visando regular por meio de convenções as condições de trabalho (art. 4.°).

4. CLASSIFICAÇÃO

Como argumentam Orlando Gomes e Elson Gottschalk (1991:586), a liberdade sindical pode ser determinada segundo o indivíduo, o grupo profissional e o Estado. Quanto ao indivíduo, permite a referida orientação que haja a liberdade de aderir, de não se filiar ou de sair livremente do sindicato. Em relação ao grupo profissional, há a possibilidade de se fundar o sindicato, o quadro sindical na ordem profissional e territorial; a liberdade de relações do sindicato, para fixar as regras internas formais e de fundo, regulando sua vida; liberdade de relações entre o sindicalizado e o grupo profissional; liberdade de relações entre o sindicato de empregado e de empregador; liberdade no exercício do direito sindical em relação à profissão; liberdade no exercício do direito sindical em relação à empresa. No tocante ao Estado, diz respeito à independência do sindicato quanto à intervenção por aquele, no conflito entre a autoridade estatal e a ação do sindicato; na integração dos sindicatos no Estado.

Pode-se dizer, assim, que a liberdade sindical implica a possibilidade de livre criação de sindicato, inclusive a criação de mais de um sindicato para a mesma categoria, e o direito de aderir ou não ao sindicato e a liberdade de auto-organização sindical, sem qualquer ingerência governamental.

Na França, por exemplo, os princípios básicos em relação ao sindicato são: liberdade, pluralidade e autonomia. É livre a criação de sindicatos, porém se exige a apresentação de seus estatutos e da lista de seus dirigentes, que devem ser mostrados à Prefeitura do local da sede do sindicato.

Apenas as pessoas que exercem a mesma atividade podem agrupar-se em sindicatos, visando à defesa de seus interesses profissionais.

A liberdade sindical, portanto, implica várias facetas. No que diz respeito à pessoa, há a liberdade positiva de se filiar ao sindicato; a liberdade negativa de não se filiar ao sindicato, comportando também a desfiliação, ocasião em que o indivíduo deixa de ser associado do sindicato.

Nota-se, pois, que não há nenhuma necessidade de o Estado ser consultado para que as pessoas possam constituir sindicatos.

Não se pode dizer que a pluralidade sindical seja capaz de enfraquecer as organizações sindicais; ao contrário, os sindicatos representativos terão maior força, além de importar em maior participação democrática. Aqueles que prestarem os melhores serviços terão mais associados. A imposição pelo Estado da unicidade sindical é que não pode ser tolerada. Se os interessados decidirem constituir

poucos sindicatos, como na antiga República Federal da Alemanha, ou muitos sindicatos, ficará ao livre alvedrio deles e não de outra pessoa. O fato de o sindicalismo ser livre não quer dizer que o sindicato vai ser fraco, pois, prestando bons serviços e conseguindo bons aumentos salariais para a categoria, pode angariar mais sócios, aumentando sua receita.

5. SISTEMAS DE LIBERDADE SINDICAL

Três são os sistemas relativos à liberdade sindical. O primeiro é o intervencionista, no qual o Estado ordena as relações relativas ao sindicato. O sistema intervencionista é destacado nos países que adotavam o regime corporativo, como na Itália, de Mussolini; na Espanha, de Franco; em Portugal, de Salazar, e até hoje no Brasil. O segundo é o desregulamentado, em que o Estado se abstém de regular a atividade sindical, como no Uruguai, em que não há lei sindical, nem para tratar da organização sindical, muito menos da atividade sindical, tendo o país ratificado a Convenção n.° 87 OIT, cumprindo seus dispositivos; o sindicato adquire personalidade gremial com seu registro, como o de qualquer pessoa jurídica. O terceiro sistema é o intervencionista socialista, em que o Estado ordena e regula a atividade do sindicato, segundo as metas estabelecidas pelo primeiro, como ocorre em Cuba.

Liberdade sindical quer dizer, contudo, autonomia sindical, não se confundindo com soberania; esta é inerente ao Estado, decorrente de seu poder de império. A soberania do Estado não reconhece poder igual, superior ou concorrente na ordem interna, nem poder superior na ordem internacional. Consiste a soberania num poder: incondicionado, absoluto, sem qualquer limite, já que seus limites são traçados pelo próprio Estado; originário, pois, não é derivado de qualquer outro, nascendo com o próprio Estado; e exclusivo, visto que só o Estado o possui e pode exercê-lo. É una a soberania, porquanto não se admite que um mesmo Estado tenha duas soberanias, sendo um poder superior aos demais, não admitindo a convivência de dois poderes iguais no mesmo âmbito. É indivisível, visto que não admite a separação das partes autônomas da mesma soberania.

O Estado soberano pode autodeterminar-se ou autogovernar-se, autolimitar-se, isto é, estabelecendo seu ordenamento jurídico, sendo, contudo, autônomo para decidir sobre tal ordenamento jurídico. Tem, pois, o Estado um poder superior aos demais. O mesmo não ocorre com o sindicato, com sua autonomia sindical, dependente inclusive do que determina a legislação baixada pelo Estado. A soberania é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1.°, I, da Constituição). É exercida a soberania popular por meio do sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, conforme o art. 14 da Lei Fundamental.

A liberdade sindical não impõe qualquer determinação de vontade à pessoa de se associar ou não ao sindicato, favorecendo seu desenvolvimento espontâneo. É o sistema que mais se adapta às regras da OIT.

A Constituição de 1988 consagrou, ainda, o pluralismo político, no inciso V, do art. 1.°. Entretanto, a idéia de pluralismo político é muito mais ampla, pois envolve até mesmo a idéia de pluralismo sindical.

O fato de a pluralidade sindical criar sindicatos fracos não impede que agremiações fracas se unam aos sindicatos mais fortes, criando apenas um sindicato, que terá muito maior êxito nas discussões com os empregadores. No regime de um único sindicato, não se pode dizer que haja liberdade sindical, pois inexiste liberdade de filiação, dado o fato de que há um único sindicato e a pessoa não pode pretender criar ou se filiar a outro.

Dentro da livre sindicalização surgem alguns conceitos que devem ser explicados. O primeiro é o da closed shop, consistente na exigência de filiação ao sindicato como condição de emprego. O segundo é o da union shop, em que se impõe a filiação ao sindicato como condição à continuidade do emprego. O terceiro é o da agency shop, que diz respeito apenas à exigência da obrigatoriedade da contribuição ao sindicato, mas não à de filiação. Os Estados Unidos, por exemplo, admitem a union shop e a agency shop, mas não a closed shop. O Comitê de Liberdade Sindical da OIT adotou o entendimento de que as cláusulas da Convenção n.° 98 não deveriam ser interpretadas, como admitidas ou proibidas. Há, ainda, outra cláusula utilizada nos Estados Unidos chamada check off: procedimento pelo qual o empregador ajusta com o sindicato deduzir dos salários de seus empregados as contribuições sindicais e outras obrigações financeiras, entregando estas somas aos próprios funcionários do sindicato, a intervalos regulares.

Existem também outras cláusulas a mencionar: mise à I'index na França, que estabelece uma espécie de "lista negra" dos não filiados; maitenance of membership, na Inglaterra e nos Estados Unidos, em que o empregado que se filiar voluntariamente a um sindicato deve nele permanecer na vigência da convenção coletiva em que a cláusula foi pactuada. São cláusulas que limitam a liberdade sindical. Há, também, a open shop: a empresa fica aberta a não filiados; yellow-dog contract: em que o empregado se compromete a não se filiar ao sindicato para ser admitido pelo empregador; company unions: consiste no compromisso de criação de sindicatos fantasmas; preferencial shop: há apenas a preferência de admissão para filiados ao sindicato; label, em que o sindicato põe a sua marca nos produtos do empregador, visando mostrar que há sindicalização na empresa.

6. AUTONOMIA SINDICAL

A autonomia sindical é a possibilidade de atuação do grupo organizado em sindicato e não de seus componentes individualmente considerados.

O tipo de organização a ser empreendida pelos interessados na criação do sindicato envolve várias hipóteses. O sindicato pode ser organizado por grupo de empresas, por empresas, por categoria, por profissão; de âmbito municipal, distrital, intermunicipal, estadual ou nacional. O sistema brasileiro adota uma forma de organização que desprestigia a autonomia sindical, ao estabelecê-la por categoria, além de o sindicato não poder ter base territorial inferior à área de um município (art. 8.°, II, da Constituição).

O enfoque da autonomia sindical compreende vários aspectos. O primeiro seria o da liberdade de organização interna, de os interessados redigirem os estatutos do sindicato. Assim, os estatutos não podem ser aprovados por autoridade administrativa, pois tal fato iria violar a autonomia sindical. O sindicato tem o direito de se fundir com outro sindicato, de haver cisão no sindicato etc. A OIT entende que não fica ferida a liberdade sindical quando haja exigência de registro dos atos constitutivos do sindicato, desde que tal fato não implique autorização para o funcionamento do sindicato; do estabelecimento de quorum nas assembléias sindicais para efeito de estabelecer as decisões no âmbito do sindicato; da possibilidade de a lei determinar que, para a fusão de sindicatos, há necessidade de assembléia sindical etc. Os sindicatos têm direito, também, de eleger livremente seus representantes, sem interferência de qualquer pessoa. Os órgãos do sindicato deverão ser determinados de acordo com seus estatutos, o que não impede, segundo entendemos, que a lei estabeleça apenas quais são os órgãos do sindicato, como o faz a legislação brasileira. O sindicato deve apenas tratar de questões profissionais ou econômicas, sendo desejável que não trate de política, pois o sindicato não pode transformar-se em instrumento de política. Tem o sindicato direito de se

filiar a outras organizações, inclusive internacionais. Poder-se-ia dizer, ainda, que há tendência de participação do sindicato na vida coletiva, observada por meio da Recomendação n.° 113, que fomenta a participação do sindicato não só quanto a interesses profissionais, mas também quanto a outros interesses, por meio do estabelecimento de consultas e colaborações no âmbito de atividades econômicas da nação em razão de questões de interesse comum. Estaria, assim, aberta a participação do sindicato em órgão em que fossem discutidas questões de interesse profissional e econômico. Isso também dá ensejo à participação dos empregados nas empresas, por meio de delegados de pessoal, delegados sindicais, representantes de pessoal etc. Não há violação da liberdade sindical ao se exigir conhecimento público ou outras regras que não sejam para determinar a autorização prévia para sua constituição. Se as autoridades responsáveis pelo registro fizerem exigências que tornem impossível aquele objetivo, estará violada a liberdade sindical. O mesmo se pode dizer do fato de a autoridade ter poder discricionário de negar o registro, equivalendo à exigência de prévia autorização.

Nossa Constituição de 1988 estabelece que "é livre a associação profissional ou sindical" (art. 8.°). Entretanto, o inciso II do mesmo artigo veda 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, porém, ser inferior à área de um Município.

Essa determinação constitucional impede a ratificação da Convenção n.° 87 da OIT, mostrando que não há liberdade sindical no país para as pessoas criarem livremente quantos sindicatos desejarem. De outro modo, temos ainda a exigência da contribuição sindical prevista em lei, que se atrita com o princípio da liberdade sindical, como já decidiu o Comitê de Peritos da OIT (OIT, La liberté syndicale et négociation collective, Genebra, BIT, 1983, p. 48-50).

Dentro da idéia de liberdade sindical, não é função do Estado ficar assegurando receitas ao sindicato, principalmente por intermédio de contribuição imposta por lei, embora seja dever do sindicato colaborar com o Estado nas questões trabalhistas, como prevê a alínea d, do art. 513, da CLT. As receitas do sindicato devem advir, porém, da contribuição dos associados e de contribuições extraordinárias decorrentes de a agremiação ter participado das negociações coletivas e de ter incorrido em custos em função disso. O sindicato deve manter-se por conta própria, prestando bons serviços aos associados e não recebendo contribuições que são compulsórias ou preestabelecidas pelo Estado por intermédio de lei. Entendemos, assim, que, com base no princípio da liberdade sindical, o Estado não deve garantir ou assegurar receita ao sindicato, ainda que em épocas de crise econômica, mas a agremiação é que deve procurá-la por seus próprios meios, já que é uma entidade privada, que já não exerce função delegada de poder público. O Estado deve apoiar o sindicato, reconhecendo a liberdade da criação dessa entidade, que tem importante função no que diz respeito às questões trabalhistas, porém não assegurando receita financeira à referida agremiação, que é privada e deve sobreviver por si própria. Se o Estado garante a receita do sindicato, está indiretamente interferindo na liberdade sindical, como ocorre, por exemplo, em relação à contribuição sindical, ficando a agremiação dependente do primeiro, o que de certa forma prejudica sua autonomia sindical e sua independência.

VERIFICAÇÃO DE APRENDIZAGEM

1. Qual o conceito de liberdade sindical?
2. O que preconiza a Convenção n.° 87 da OIT?

3. O que estabelece a Convenção n.° 98 da OIT?
4. Quais os aspectos que o enfoque da autonomia sindical compreende?

42

ORGANIZAÇÃO SINDICAL

1. HISTÓRICO

A Constituição de 1824 determinava no § 25, do art. 179, que "ficam abolidas as corporações de ofícios, seus juízes, escrivães e mestres". Tal fato se deu em razão das modificações sociais existentes na Europa, principalmente decorrentes da Revolução Francesa, que extinguiu as corporações de ofício.

A Constituição de 1891 não dispôs expressamente sobre as entidades sindicais, talvez inspirada no modelo norte-americano. O § 8.°, do art. 72, dispunha, apenas, que "a todos é lícito associarem-se e reunirem-se livremente e sem armas; não podendo intervir a polícia, senão para manter a ordem pública". Verifica-se, portanto, uma idéia da garantia de associação sindical.

Já existiam sindicatos, que se denominavam ligas operárias, surgidos por volta de fins do século XIX e começo de 1900, com a influência de trabalhadores estrangeiros que vieram a prestar serviços em nosso país. Os primeiros sindicatos que foram criados no Brasil datam de 1903; eram ligados à agricultura e à pecuária, reconhecidos pelo Decreto n.° 979, de 6-1-1903. O movimento sindical alcança dimensão nacional com o 1.° Congresso Operário Brasileiro, realizado no Rio de Janeiro, em 1906, quando é fundada a Confederação Sindical Brasileira. Em 1907, surge o primeiro sindicato urbano (Decreto n.° 1.637/1907).

O Decreto n.° 979, de 6-1-1903, possibilitou que os profissionais de agricultura e indústrias rurais organizassem sindicatos para o estudo, custeio e defesa de seus interesses. O Decreto n.° 1.637, de 5-6-1907, criou as sociedades corporativas, facultando a qualquer trabalhador, inclusive de profissões liberais, associar-se aos sindicatos, com o objetivo de estudo e defesa dos interesses da profissão e de seus membros.

Em 1930, foi criado o Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, que atribuía aos sindicatos funções delegadas de poder público (Decreto n.° 19.443, de 26-11-30). Nasce aqui um sistema corporativista, no que diz respeito ao sindicato, em que a organização das forças econômicas era feita em torno do Estado, com a finalidade de promoção dos interesses nacionais e com a possibilidade da imposição de regras a quem fizesse parte das agremiações, inclusive de cobrança de contribuições.

O Decreto n.° 19.770, de 19-3-31, baixado durante a Revolução de 1930, estabeleceu a distinção entre sindicato de empregados e de empregadores, exigindo, contudo, seu reconhecimento pelo Ministério do Trabalho, também criado pela mesma revolução.

Foi instituído o sindicato único para cada profissão numa mesma região. O sindicato não poderia exercer qualquer atividade política. Só adquiria o sindicato personalidade jurídica se o Ministério do Trabalho o reconhecesse. Ficavam excluídos da sindicalização, apenas, os funcionários públicos e os domésticos, que estavam sujeitos a lei especial (art. 11). Havia possibilidade de criação de federações e confederações, que também estavam sujeitas à fiscalização do Ministério do Trabalho. Os sindicatos poderiam celebrar convenções ou contratos coletivos de trabalho. Foram agrupadas oficialmente profissões idênticas, similares e conexas em bases municipais. Vedou-se a filiação de sindicatos a entidades internacionais sem autorização do Ministério do Trabalho. Passaram os sindicatos a exercer funções assistenciais. Para sua

constituição, era mister um número mínimo de 30 sócios. Três sindicatos poderiam formar uma federação e cinco federações tinham direito de criar uma confederação.

O Decreto n.° 24.694, de 12-7-34, previa a forma de regular a pluralidade sindical, o que ocorreu quatro dias antes da vigência da Constituição de 1934. Previa o inciso II do art. 5.° que o sindicato se formava com, no mínimo, um terço dos empregados que exerciam a mesma profissão na respectiva localidade. Para formação de sindicato de empregadores era mister a reunião de cinco empresas, ou, no mínimo, 10 sócios individuais.

Verifica-se que na Inglaterra, França e Alemanha, os sindicatos surgiram de baixo para cima. No Brasil, ocorreu o contrário: foi de cima para baixo, com imposição do Estado. Nos outros países, os sindicatos foram sendo criados em função de reivindicações. Em nosso país, decorreu de imposição.

A Constituição de 1934 usava a expressão pluralidade sindical. O art. 120 mencionava que "os sindicatos e associações profissionais serão reconhecidos de conformidade com a lei". O parágrafo único do mesmo artigo explicitava que "a lei assegurará a pluralidade sindical e a completa autonomia dos sindicatos". Tal orientação foi inspirada no liberalismo europeu no clima nascido com a Revolução de 1930. Na Assembléia Constituinte, verifica-se a resistência em relação à implantação do sindicato único, fazendo-se comparações com o que ocorria na Itália, onde se notava a decadência do sindicato único, pois o Estado interferia diretamente na agremiação a todo instante. Na realidade, prevalecia o entendimento da lei ordinária e dava tratamento totalmente diverso à questão (Decreto n.° 24.694/34).

Observa-se que o sindicato nasce atrelado ao Estado, sem a possibilidade de ser criado de maneira totalmente independente e desvinculada daquele.

Decorreu a Carta de 1937 do sistema fascista italiano e a parte laboral foi inspirada na Carta del Lavoro daquele país, com feição eminentemente corporativista. O art. 138 regulava a questão sindical: "a associação profissional ou sindical é livre. Somente, porém, o sindicato regularmente reconhecido pelo Estado tem o direito de representação legal dos que participarem da categoria de produção para que foi constituído, e de defender-lhes os direitos perante o Estado e as outras associações profissionais, estipular contratos coletivos de trabalho obrigatórios para todos os seus associados, impor-lhes contribuições e exercer em relação a eles funções delegadas de poder público".

Tal artigo copiava, praticamente, a declaração III da Carta del Lavoro italiana, cuja redação era a seguinte: "A associação sindical ou profissional é livre. Somente o sindicato legalmente reconhecido e posto sob o controle do Estado tem o direito de representar legalmente toda a categoria dos empregadores ou dos trabalhadores, para os quais é constituído; de defender-lhes os interesses perante o Estado e as outras associações profissionais; de estipular contratos coletivos de trabalho obrigatórios para todos os pertencentes à categoria; de impor-lhes contribuições sindicais e de exercer em relação a eles funções delegadas de interesses públicos."

Constata-se, assim, a possibilidade que os sindicatos já tinham de impor contribuições, dando origem ao imposto sindical.

O art. 140 da Constituição de 1937 determinava que "a economia da produção será organizada em corporações, e estas, como entidades representativas das forças do trabalho nacional, colocadas sob a assistência e a proteção do Estado, são órgãos deste e exercem funções delegadas de poder público".

A alínea a, do art. 61, da mesma norma, estabelecia que o Conselho da Economia Nacional tinha por atribuição promover a organização corporativa da economia nacional. Havia a necessidade de que os sindicatos fossem legalmente

reconhecidos, o que punha à margem do sistema outros agrupamentos. Dizia o art. 138 da referida Constituição que a associação sindical ou profissional era livre, porém não era tão livre assim, pois o Estado reconhecia apenas um sindicato, que passava a representar legalmente seus participantes. Criava-se o sindicato por categoria: econômica ou profissional. Os sindicatos poderiam estipular contratos coletivos de trabalho; que passavam a ser obrigatórios para todos os seus associados. Podiam os sindicatos impor contribuições. Enfim, a própria Norma Ápice considerava que o sindicato exercia função delegada de poder público, daí por que estava atrelado ao Estado. O art. 139 da Lei Magna de 1937 tratava da Justiça do Trabalho para dirimir os conflitos do trabalho, que era um órgão administrativo, não integrante do Poder Judiciário, o que já tinha sido previsto no art. 122 da Constituição de 1934. O mesmo art. 139 considerava a greve e o lockout recursos anti-sociais, nocivos ao trabalho e ao capital e incompatíveis com os superiores interesses da produção nacional, justamente para trazer para dentro do Estado os sindicatos, pois podia haver a intervenção direta do Estado no sindicato, porém o Estado dava algumas compensações, como a da cobrança do imposto sindical e da participação dos trabalhadores e empregadores na Justiça do Trabalho, de modo a evitar conflitos que não pudessem ser administrados. O sindicato era inserido num sistema piramidal composto, também, de federação e confederação.

Houve a regulamentação do sindicato único pelo Decreto n.° 1.402, de 5-7-39, sendo permitida a intervenção e interferência do Estado no sindicato. Este não podia, inclusive, desrespeitar a política econômica determinada pelo Governo, sob pena da perda da carta sindical. Só se permitia um sindicato por categoria econômica ou profissional na mesma base territorial (art. 6.°).

A CLT também tem por base o sistema fascista de organização sindical, por meio de categorias, de regulamentação de profissões etc. A criação do sindicato e outros atos por ele praticados dependia do Ministro do Trabalho. Este era quem reconhecia a entidade sindical que iria representar os interesses de certa categoria, dependendo das disposições regulamentares traçadas por aquele órgão administrativo.

Havia necessidade de se encaminhar o pedido de reconhecimento do sindicato ao Ministro do Trabalho, acompanhado de cópia autêntica dos estatutos da associação. A associação era o órgão embrionário para se chegar ao sindicato, o qual teria de passar pelo estágio antes de guindado à condição de sindicato (art. 512 da CLT). Existindo mais de uma entidade associativa representativa de certa categoria, a escolha caberia ao livre arbítrio do Ministério do Trabalho, que só poderia escolher uma, a mais representativa a seu juízo. Os arts. 515 e 519 da CLT determinam alguns requisitos para se verificar qual seria a entidade mais representativa.

O art. 521 da CLT estabelecia requisitos para o funcionamento do sindicato. O Ministro do Trabalho poderia intervir nos sindicatos, de acordo com critérios subjetivos, como se verifica do art. 528 da CLT: "ocorrendo dissídio ou circunstâncias que perturbem o funcionamento da entidade sindical, ou motivos relevantes de segurança nacional, o Ministro do Trabalho poderá nela intervir, por intermédio de delegado ou de junta interventora, com atribuições para administrá-la e executar ou propor medidas necessárias para normalizar-lhe o funcionamento".

O art. 531 da CLT previa requisitos a serem determinados pelo Ministério do Trabalho a respeito de eleições sindicais, matéria que poderia ser explicitada de forma muito melhor nos estatutos do sindicato.

O Decreto-lei n.° 7.038/44 disciplinou a organização sindical rural.

A Constituição de 1946, considerada democrática, pois foi votada em Assembléia Nacional Constituinte e não imposta, como ocorrera com a Lei Maior

anterior, estabelecia, no art. 159: "é livre a associação profissional ou sindical, sendo reguladas por lei a forma de sua constituição, a sua representação legal nas convenções coletivas de trabalho e o exercício de funções delegadas pelo poder público".

A lei ordinária poderia tratar da unidade ou da pluralidade sindical, dependendo do critério que o legislador viesse a adotar, tendo a CLT sido recepcionada pela Constituição, com seu sistema de unicidade sindical. O sindicato continuava a exercer função delegada de poder público. Reconhecia-se o direito de greve, que seria regulado em lei. Logo, não mais se considerava a greve como recurso anti-social e nocivo ao trabalho, como ocorria na Constituição de 1937.

O art. 159 da Constituição de 1967 estabelecia ser livre a associação profissional ou sindical. A constituição do sindicato, a representação legal nas convenções coletivas de trabalho e o exercício de funções delegadas de poder público seriam disciplinados por lei. O sindicato tinha o poder de arrecadar contribuições para o custeio da atividade dos órgãos sindicais e profissionais e para a execução de programas de interesse das categorias por ele representadas, em decorrência do exercício de função delegada de poder público (§ 1.° do art. 159). O § 1.° do art. 159 modificou um pouco a situação que existia com a Constituição de 1937, pois o sindicato deixou de impor contribuições, para apenas arrecadar, na forma da lei, as contribuições para custeio da atividade dos órgãos sindicais e profissionais. Determinava o § 2.° do art. 159 que o voto nas eleições sindicais era obrigatório.

A EC n.° 1, de 1969, não modificou a situação anterior, pois o art. 166 praticamente copiava o art. 159 da Constituição de 1967: "é livre a associação profissional ou sindical; a sua constituição, a representação legal nas convenções coletivas de trabalho e o exercício de funções delegadas de poder público serão regulados em lei".

O § 1.° estabelecia que: "entre as funções delegadas a que se refere este artigo, compreende-se a de arrecadar, na forma da lei, contribuições para o custeio da atividade dos órgãos sindicais e profissionais e para a execução de programas de interesse das categorias por eles representadas".

O § 2.° repetia que o voto nas eleições sindicais era obrigatório.

O Decreto-lei n.° 229, de 28-2-67, fez uma série de alterações na CLT, prevendo a possibilidade dos sindicatos de celebrar acordos e convenções coletivas. Estipulou o voto sindical obrigatório.

O Ato Institucional n.° 5, de 13-12-68, permitiu ao Presidente da República a possibilidade de suspender direitos políticos, entre os quais o direito de votar e ser votado nas eleições sindicais. Tal regra só veio a ser revogada em 1978.

O caput do art. 8.° da Lei Maior de 1988 estabelece que é livre a associação profissional ou sindical, o que já constava das Constituições de 1937 (art. 138), 1946 (art. 159), 67 (art. 159) e EC n.° 1/69 (art. 166). Se fôssemos interpretar esse artigo literalmente, poderíamos chegar à conclusão de que o Brasil já poderia ratificar a Convenção n.° 87 da OIT e poderiam existir quantos sindicatos os interessados desejassem, bastando sua vontade de reunião. No entanto, há necessidade de se fazer uma interpretação sistemática da Lei Fundamental. Assim, vamos verificar que o inciso II do art. 8.° da Norma Ápice estabelece que é proibida a criação de mais de um sindicato de categoria profissional ou econômica, em qualquer grau, na mesma base territorial, que será definida pelos trabalhadores, não podendo ser inferior à área de um município. Como vemos, não houve modificação nesse aspecto, pois continua o sistema sindical brasileiro impedindo a criação de mais de um sindicato, federação ou confederação na mesma base territorial, que não poderá ser inferior à área de um

município. Podem, portanto, ser criados sindicatos municipais, estaduais, regionais, nacionais etc., mas não é possível a criação de sindicato por empresa, ou de bairro, que são áreas inferiores a um município.

Impede o Estatuto Supremo de 1988 a possibilidade da ratificação da Convenção n.° 87 da OIT, pois permite apenas um sindicato em cada base territorial, que não pode ser inferior à área de um município. A contribuição sindical imposta por lei também não se harmoniza com a Convenção n.° 87 da OIT, visto que atenta contra o princípio da liberdade sindical, de as pessoas livremente se filiarem ao sindicato e pagarem espontaneamente as contribuições devidas a ele não de maneira compulsória, mesmo porque tal contribuição não distingue a condição de sócio ou de associado.

Uma inovação trazida pelo inciso I do art. 8.° da Lei Magna foi, sem dúvida, que o Poder Público (leia-se Poder Executivo) não poderá interferir ou intervir na organização sindical. Intervir era tutelar o sindicato, substituindo seus dirigentes por meio de delegados, como se fazia anteriormente à Constituição de 1988. Interferir era dizer como a agremiação poderia ou não fazer determinada coisa. Todos aqueles artigos da CLT que permitiam qualquer interferência ou intervenção do Ministério do Trabalho no sindicato foram revogados pela atual Constituição. Não será possível exigir autorização do Estado para a fundação do sindicato, apenas haverá necessidade de se proceder ao registro no órgão competente. A Constituição usa a expressão registro e não reconhecimento, que está vedado pelo mesmo inciso. Os trabalhadores e empregadores é que irão definir a base territorial do sindicato, sem qualquer interferência do Poder Público, inclusive quanto às eleições sindicais, redação de seus estatutos etc.

Realmente, a maior modificação é que o sindicato não exerce mais função delegada de poder público, não estando ligado umbilicalmente ao Estado. Na verdade, hoje, o sindicato é uma entidade de direito privado, exercendo com autonomia seu mister. Essa realmente é a grande inovação da Constituição de 1988, que não repetiu as anteriores no ponto em que dizia que o sindicato exercia função delegada de poder público.

Foi mantido o sistema sindical organizado por categorias. Basta a análise de alguns incisos do art. 8°. da Lei Maior para se verificar o que estamos afirmando. O inciso II menciona categoria profissional ou econômica representativa da organização sindical. O inciso III reza que o sindicato defende os interesses da categoria. O inciso IV versa sobre a cobrança da contribuição confederativa, que, em se tratando de categoria profissional, será descontada em folha. Logo, o sistema sindical estatuído na CLT por categorias, profissional e econômica, permanece em vigor. Nada impede, também, a existência do sindicato dos profissionais liberais e de categoria diferenciada, que são apenas desdobramentos do sindicato por categoria, pois aquelas não deixam de ser categorias e a Constituição não dispõe que o sindicato seja organizado apenas por categoria econômica e profissional, mas, que a organização sindical é feita por categorias.

Mantém-se também o sistema confederativo, como se verifica do inciso IV do art. 8.° da Lei Maior, pois inclusive há uma contribuição que irá custear esse sistema. Assim, temos a organização sindical brasileira regulada num sistema piramidal, em que, no ápice, ficam as confederações, no meio as federações e na base os sindicatos. O inciso II do art. 8.° da Lei Magna, ao falar em organização sindical de qualquer grau, admite implicitamente o sistema sindical brasileiro organizado sob a forma confederativa.

Outra novidade da Constituição é que foi estabelecida em âmbito constitucional a liberdade sindical individual: a pessoa pode filiar-se ou desligar-se do sindicato, dependendo exclusivamente de sua vontade (art. 8.°, V,

da CF). Tal fato aproximou nosso sistema sindical, neste aspecto, da Convenção n.° 87 da OIT, que trata da liberdade positiva e negativa do indivíduo de se filiar ao sindicato.

Foi mantida a cobrança de contribuições para o custeio do sindicato. O inciso IV do art. 8.° do Estatuto Supremo já menciona a contribuição para o custeio do sistema confederativo, que é o que se chama de contribuição confederativa. A parte final do mesmo inciso estabelece que a cobrança da contribuição retromencionada não impede a cobrança da contribuição prevista em lei, que é a contribuição sindical, oriunda do corporativismo de Getúlio Vargas. Logo, o sindicato continua sendo mantido por contribuições exigidas da categoria, quando deveria ser custeado apenas por seus associados.

A negociação coletiva também foi elevada em âmbito constitucional. Em primeiro lugar, vemos que o inciso XXVI do art. 7.° da Norma Ápice reconhece as convenções e os acordos coletivos, prestigiando a autonomia da vontade das partes envolvidas nas negociações. Em segundo lugar, há pelo menos três dispositivos que tratam da negociação coletiva no art. 7.° da Lei Fundamental: o inciso VI reza sobre a possibilidade da redução de salários, mediante negociação coletiva; o inciso XIII versa sobre a redução ou compensação da jornada de trabalho, por meio de negociação coletiva; e o inciso XIV permite o aumento da jornada nos turnos ininterruptos de revezamento.

Tudo isso revela que o sindicato deve participar ativamente dessa negociação. O inciso VI do art. 8.° da Lei Ápice mostra que o sindicato deverá participar obrigatoriamente nas negociações coletivas. O inciso III do mesmo artigo evidencia que o sindicato representa a categoria, judicial ou extrajudicialmente, quanto a direitos individuais e coletivos. Como vemos, está prestigiada a participação do sindicato nas negociações coletivas, matéria atualmente realçada na Lei Maior.

Prestigiando a liberdade sindical, nos termos previstos atualmente na Lei Maior, o inciso VIII do art. 8.° da mesma norma lembra que o empregado sindicalizado não poderá ser dispensado desde o registro de sua candidatura a cargo de dirigente sindical e, se eleito, ainda que suplente, até um ano após o final de seu mandato, salvo se cometer falta grave. Aqui, há outra garantia dada ao dirigente sindical, para que este possa desempenhar livremente seu mister, não sofrendo qualquer represália por parte do empregador.

O art. 9.° da Lei Magna reza sobre o direito de greve, sem qualquer limitação, podendo os trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam ser defendidos. A lei, apenas, irá definir os serviços ou atividades essenciais e disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade.

Por último, o art. 11 da Constituição assegura a eleição de um representante dos empregados, nas empresas com mais de 200 funcionários, com a finalidade exclusiva de promover-lhes o entendimento direto com os empregadores.

Eis a atual organização sindical brasileira, que será mais bem estudada nos tópicos e capítulos seguintes.

O sindicato também exerce certas funções. Tem a função de representação, de representar a categoria ou seus membros em juízo ou extrajudicialmente. Exerce a função de regulamentação, do estabelecimento das normas coletivas, como nas convenções e acordos coletivos. Aufere receitas para a manutenção de suas atividades, revelando uma função econômica. Tem, ainda, uma função assistencial, de prestar serviços ou benefícios aos associados ou não associados, como a assistência médica, dentária, jurídica, de estabelecimento de creches etc.

Foi aprovada a Convenção n.° 141 da OIT por meio do Decreto Legislativo n.° 5, de 1.°-4-93, tendo sido promulgada pelo Decreto n.° 1.703, de 17-11-95. Trata a referida norma internacional das organizações de trabalhadores rurais.

2. DENOMINAÇÃO

A palavra sindicato vem do francês syndicat. Sua origem está na palavra síndico, que era encontrada no Direito Romano para indicar as pessoas que eram encarregadas de representar uma coletividade, e no Direito grego (sundiké). A Lei Le Chapellier, de julho de 1791, utilizava o nome síndico, derivando daí a palavra sindicato, com o objetivo de se referir aos trabalhadores e associações clandestinas que foram organizadas após a Revolução Francesa de 1789. Outras denominações são empregadas, como union ou trade union, em inglês; Gewerkschaft (arbeitervereine), em alemão; sindacato, em italiano.

Pág. 619

Também são usadas as denominações "associações" e "grêmios", esta última em países de língua espanhola, como na Argentina. Verifica-se na Europa, a partir de 1830, o uso da palavra sindicato referente à classe de trabalhadores ou a trabalhadores de diversos ofícios ou ocupações, tendo surgido a denominação sindicato operário, que era uma associação de trabalhadores do mesmo ofício.

A palavra sindicato compreende não só a organização de trabalhadores, como a de empregadores. Em Portugal, usa-se o nome sindicato apenas para as agremiações de trabalhadores, pois as de empregadores são denominadas associações patronais (Decreto-lei n.° 215-B/75 e Decreto n.° 215-C/75).

Na CLT, sindicato é a denominação usada para as associações de primeiro grau (art. 561).

3. CONCEITO

A CLT não define o que vem a ser sindicato, apenas esclarece que "é lícita a associação para fins de estudo, defesa e coordenação dos seus interesses econômicos ou profissionais, de todos os que, como empregadores, empregados, agentes ou trabalhadores autônomos ou profissionais liberais, exerçam, respectivamente, a mesma atividade ou profissão ou atividades ou profissões similares ou conexas" (art. 511).

Sindicato é, assim, a associação de pessoas físicas ou jurídicas que têm atividades econômicas ou profissionais, visando à defesa dos interesses coletivos e individuais de seus membros ou da categoria. Esclarece Octávio Bueno Magano (1993, v. 3:97) que não se trata de agrupamento, mas de associação, pois o primeiro está inserido no âmbito de categoria sociológica e não jurídica.

O sindicato pode reunir pessoas físicas ou jurídicas, como ocorre no último caso em relação aos empregadores. Essas pessoas deverão exercer atividade econômica (empregadores) ou profissional (empregados ou profissionais liberais), mostrando que a reunião de estudantes num diretório não pode ser considerada sindicato.

Os interesses a serem defendidos pelos sindicatos não são só os individuais, mas principalmente os coletivos, de seus membros ou da categoria.

4. DISTINÇÃO

Distancia-se o sindicato das ordens profissionais, como a dos advogados ou a dos músicos, que têm por objetivo a fiscalização da profissão e são pessoas jurídicas de direito público, na modalidade de autarquias. O sindicato não disciplina a classe, defende-a. No sindicato, a filiação é facultativa, no órgão de fiscalização profissional é obrigatória, para o fim do exercício da profissão.

Pág. 620

Sindicato não se assemelha a associação desportiva. O sindicato tem por objetivo a defesa dos interesses coletivos ou individuais dos trabalhadores ou empregadores. A associação desportiva tem por objetivo a reunião de pessoas para a prática de esportes.

Distinguem-se, ainda, os sindicatos das cooperativas, pois estas visam à prestação de serviços a seus associados, de distribuição da produção, por exemplo. O sindicato tem por objetivo a defesa dos interesses coletivos e individuais da categoria, judicialmente ou extrajudicialmente.

5. NATUREZA JURÍDICA

Há legislações em que o sindicato adquire personalidade jurídica pelo fato de ser ou não registrado. Isso vai depender, portanto, da legislação de cada país.

Para alguns sistemas, o sindicato seria pessoa jurídica de direito público. Nos sistemas corporativistas, como no italiano, poder-se-ia fazer tal afirmação, pois o sindicato exercia funções delegadas pelo poder público, como se verificava em nossas Constituições de 1937 (art. 138), 1946 (art. 159), 1967 (art. 159) e na EC n.° 1, de 1969 (art. 166). Somente o sindicato reconhecido e autorizado a funcionar pelo Estado é que era investido dessa condição.

Verdier (1966:184) defende que o sindicato tem natureza semipública. O sindicato exerce funções semipúblicas ao impor contribuição, participar das negociações coletivas, que beneficiam várias pessoas.

Cesarino Jr. (1980:522) entende que o sindicato pertence ao Direito Social, sendo uma autarquia, que não se enquadra como pessoa jurídica de direito privado, nem público. Informa que o sindicato exerce função delegada de poder público e cobra a contribuição sindical, o que é incompatível com a atividade privada.

Russomano (1995:59) afirma que o sindicato é pessoa jurídica de direito privado que exerce atribuições de interesse público. É o mesmo que ocorre com as empresas concessionárias de poder público que são empresas privadas que prestam serviços públicos. Os interesses da categoria não se identificam com os do Estado.

Até a EC n.° 1, de 1969, era possível dizer que o sindicato tinha personalidade jurídica de direito público, pois exercia função delegada pelo Estado. No entanto, com a atual Constituição a natureza do sindicato é privada, pois não pode sofrer qualquer interferência do Estado.

Hoje, pode-se dizer que o sindicato é pessoa jurídica de direito privado, pois não pode haver interferência ou intervenção no sindicato (art. 8.°, II, da Constituição). Não se pode dizer que o sindicato tem natureza pública, pois o próprio caput do art. 8.° da Constituição dispõe que é livre a associação profissional ou sindical. O sindicato faz normas coletivas, como as convenções e acordos coletivos, que não têm natureza pública, mas privada. O reconhecimento do sindicato por parte do Estado não o transforma em entidade de direito público, nem a negociação coletiva. A associação é uma forma de exercício de direitos privados.

Objeta-se o fato de o sindicato ter natureza contratual, pois, se assim se entendesse o sindicato, não poderia estender os efeitos das normas coletivas aos não filiados.

Teria natureza institucional, daquilo que perdura no tempo. Seria uma forma de organização que elabora suas regras, que são diversas das regras estatais. Há ponderações de que a natureza seria mista: contratual no sentido de que somente as pessoas que se interessam filiar ao sindicato irão fazê-lo; institucional,

decorrente da continuidade, da organização própria e da possibilidade de elaboração de regras, independentes das normas jurídicas estatais.

Assim, hoje, pode se dizer que o sindicato é uma associação de natureza privada, autônoma e coletiva.

Na Argentina, o sindicato tem personalidade jurídica gremial, que seria a investidura que confere ao sindicato o direito de representação geral de uma categoria ou setor.

6. CLASSIFICAÇÃO

Várias poderiam ser as classificações do sindicato, sob os mais diversos aspectos, como, por exemplo, envolvendo sua formação ideológica (política e religiosa) etc. Certos sistemas estabelecem uma forma de classificação dos sindicatos que podem ser divididos por empresas, por ramo de atividade (industrial, comercial) etc.

Sindicatos horizontais são de pessoas que realizam determinada atividade profissional ou ofício, independentemente da atividade da empresa na qual trabalhem (por exemplo: sindicato dos datilógrafos). Sindicatos verticais são os que se formam abrangendo todos os empregados da empresa, em função de sua atividade econômica. Temos sindicatos de metalúrgicos, bancários etc. No Brasil, os sindicatos horizontais são os das categorias profissionais diferenciadas. Os verticais são os demais. O vínculo social básico de que fala o § 1.° do art. 511 da CLT diz respeito à natureza do respectivo empreendimento.

Sindicatos abertos são os que oferecem maiores vantagens para a pessoa ingressar em seu interior. Sindicatos fechados são os que oferecem maiores restrições.

Sindicatos puros são ou de empregados ou de empregadores. Sindicatos mistos envolvem empregados e empregadores, que era a proposta do catolicismo social do direito francês em 1884.

Sindicatos de direito são os que atendem às normas legais para sua constituição. Sindicatos de fato surgem espontaneamente e sem observar qualquer regra legal.

Há ainda os sindicatos espúrios ou pelegos, que sofrem a influência do empregador. Na França e nos Estados Unidos é usada a expressão sindicato amarelo.

Nosso sistema é o do sindicato único, da unicidade sindical, porém esse sistema não impede a formação de sindicatos por categoria diferenciada, de autônomos e profissões liberais (§ 3.° do art. 511 da CLT) e do sindicato rural (§ 4.° do art. 535 da CLT), que pode ser constituído por trabalhadores possuidores de vários ofícios.

O § 3.° do art. 534 da CLT permite uma forma de união horizontal de sindicatos com o objetivo de unidade de ação.

7. UNICIDADE SINDICAL

De acordo com nosso sistema sindical, consagrado no inciso II do art. 8.° da Constituição, não há a possibilidade da criação de mais de uma organização sindical em qualquer grau, o que inclui as federações e confederações representativas de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial, que não poderá ser inferior à área de um município. Assim, a Lei Maior estabelece que a unicidade envolve a base territorial, impedindo a existência de vários sindicatos de uma mesma categoria, inclusive de sindicatos por empresa. Limita a unicidade sindical o direito de liberdade sindical, sendo produto artificial do sistema legal vigente. Não deixa de ser uma forma de

controle, por meio do Estado, do sindicato e da classe trabalhadora, evitando que esta faça reivindicações ou greves.

Inexiste, portanto, a possibilidade da livre criação de sindicatos, bastando que os interessados se reunissem e fundassem uma agremiação, de acordo apenas com seus desejos. A Constituição dispõe que o sindicato é único, não podendo ter base territorial inferior a um município. Dá-se a isso o nome de unicidade sindical, da possibilidade da criação de apenas um sindicato em dada base territorial, o que importa dizer que não é possível a criação de mais de um sindicato na referida base territorial.

O sistema da pluralidade sindical é o preconizado pela Convenção n.° 87 da OIT, em que seria livre à criação de tantos sindicatos quantos fossem os interessados, sem quaisquer restrições.

A unidade sindical é o sistema em que os próprios interessados se unem para a formação de sindicatos. De uno decorre a unidade. A unidade sindical é feita pela própria vontade dos interessados. Não há nenhuma imposição da lei. É o que ocorre na Inglaterra e na Suécia. Era o que ocorria na República Federal da Alemanha, em que os próprios interessados, por opção, entenderam que deveriam diminuir o número de sindicatos existentes para aproximadamente 16.

Decorre a unicidade sindical da lei e não da vontade das pessoas na formação do sindicato. De único, provém unicidade. O inciso II do art. 8.° da Constituição determinou a unicidade sindical, pois não é permitida a criação de mais de uma organização sindical na mesma base territorial, que não poderá ser inferior à área de um município. Não obstante essa unicidade sindical, o Brasil tinha, por volta de 1988, aproximadamente 9.000 sindicatos.

Estudo do Ministério do Trabalho mostra que em setembro de 1996 tínhamos 15.972 sindicatos; na área urbana, 2.790 de empregadores, 5.621 de empregados, 461 de profissionais liberais, 572 de autônomos, 1.335 de servidores públicos; e na área rural, 2.095 sindicatos de empregadores e 3.098 de empregados.

O art. 516 da CLT declara que "não será reconhecido mais de um sindicato representativo da mesma categoria econômica ou profissional, ou profissão liberal, em uma dada base territorial". Tal orientação foi adotada pela Constituição. Entretanto, o art. 517 da CLT foi derrogado pela Constituição, pois admitia o sindicato distrital, o que já não é possível com a atual Lei Maior.

8. CRIAÇÃO E REGISTRO DE SINDICATOS

A Convenção n.° 87 da OIT determina que os sindicatos podem ser constituídos sem qualquer autorização prévia do Estado.

O inciso I do art. 8.° da Constituição adotou essa orientação, dizendo que a lei não poderá exigir autorização do Estado para a fundação de sindicato, ressalvado o registro no órgão competente. Com isso, restou revogado o art. 520 da CLT, que falava em reconhecimento do sindicato pelo Ministério do Trabalho, que iria outorgar-lhe a correspondente carta de recebimento.

A maior dúvida que ocorre no caso é que a Constituição, apesar de não exigir qualquer autorização do Estado para a fundação do sindicato, faz a ressalva de que deve haver um registro no órgão competente. O art. 18 do Código Civil esclarece que a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado começa com a inscrição de seus atos constitutivos ou estatutos em seu registro peculiar.

Qual o órgão competente para o registro? Para uns seria o cartório de registro de títulos e documentos, em que o sindicato registraria seus estatutos e automaticamente teria existência jurídica, personalidade jurídica. Para outros, essa não seria a solução, pois a lei de registros públicos (Lei n.° 6.015/73) não prevê esse registro, nem tem o cartório condições de verificar a

unicidade sindical. Assim, o sindicato continuaria a ser registrado no Ministério do Trabalho, apenas para fins cadastrais e para que este possa verificar se há mais de um sindicato na mesma base territorial, o que é impossível de ser feito pelo cartório de registro de títulos e documentos.

O Ministério do Trabalho inicialmente entendeu que o órgão competente era sua repartição (Portaria GM/MTb n.° 3.280, de 6-10-88).

Depois entendeu de modo contrário por meio da Portaria GM/MTb n.° 3.301, de 1.°-11-88.

Parece que a solução mais acertada é a do registro no Ministério do Trabalho, pois os cartórios de registro de títulos e documentos realmente não têm condições de verificar a unicidade dos sindicatos na mesma base territorial. Dessa forma, o sindicato registraria seus estatutos no cartório de registro de títulos e documentos para adquirir personalidade jurídica e dar publicidade ao ato, havendo necessidade de depósito, para fins cadastrais, dos estatutos no Ministério do Trabalho, que iria verificar a unicidade de base territorial.

O que fica bastante claro é que o Ministério do Trabalho não pode exigir autorização para a fundação do sindicato, além de não poder interferir e intervir na organização sindical (art. 8.°, I, da CF).

O STF já entendeu que há recepção da competência do Ministério do Trabalho apenas para o registro, que é um ato vinculado, subordinado apenas à verificação de pressupostos legais, e não de autorização ou de reconhecimento discricionário, que importaria concessão ou não da antiga carta sindical. Somente o Ministério do Trabalho tem o acervo das informações imprescindíveis a seu desempenho, que é o arquivo das entidades sindicais. O registro no Ministério do Trabalho é recebido pela atual Constituição apenas para fins cadastrais e de verificação da unicidade sindical, sem qualquer interferência, intervenção ou autorização do Estado em relação às atividades do sindicato, tendo por finalidade o reconhecimento de sua personalidade enquanto entidade sindical. (STF Pleno, m.v., MI 144-8-SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 3-8-92, DJU I 28-5-93, p. 10.381.)

Com base na decisão do STF, o Ministério do Trabalho editou a Instrução Normativa n.° 3, de 10-8-94, estabelecendo que o registro deve ser feito no referido órgão.

A Instrução Normativa n.° 1, do Ministro do Trabalho, de 17-7-97, revogou a Instrução Normativa n.° 3, de 10-8-94. Agora, o pedido de registro será instruído com os seguintes documentos: (a) edital de convocação dos membros da categoria; (b) ata da assembléia geral; (c) cópia do estatuto social, aprovado pela assembléia geral, que deverá indicar: 1. a categoria ou categorias representadas; 2. a base territorial; (d) recibo de depósito, em favor do Ministério do Trabalho, relativo ao custo das publicações no Diário Oficial da União. O mesmo procedimento será adotado em relação aos pedidos de modificação da representação, como desmembramento, fusão e outros. O pedido de registro de federação e confederação será instruído com cópias autenticadas do estatuto e das atas da assembléia ou do Conselho de Representantes de cada federação, com a autorização para a constituição de nova entidade. O Secretário de Relações do Trabalho terá o prazo de 60 dias, a contar da data de protocolo do pedido para verificar a instrução do processo. Caso haja alguma exigência, o interessado terá 30 dias para cumpri-la. Não cumprida, o pedido será arquivado.

O sindicato, cuja representação coincida, no todo ou em parte, com a do requerente, terá o prazo de 30 dias para apresentar impugnação, contado da data da publicação. A impugnação será feita mediante requerimento, instruído com o comprovante de registro do impugnante no Ministério do Trabalho e o recibo de depósito das despesas de publicação no Diário Oficial da União. Havendo impugnação, o Secretário mandará ouvir, em 10 dias, a confederação do ramo

econômico ou profissional, para verificar a unicidade sindical e a regularidade e autenticidade da representação. A confederação terá o prazo de 25 dias para se manifestar. O Secretário terá 15 dias para proceder ao exame de admissibilidade. O referido exame restringir-se-á à tempestividade do pedido, à representatividade do impugnante, à comprovação de seu registro no Ministério do Trabalho. No caso de a impugnação ser conhecida, caberá às partes interessadas dirimir o conflito pela via consensual ou por intermédio do Poder Judiciário. Até que o Secretário seja notificado do inteiro teor do acordo ou da sentença final que decidir a controvérsia, o pedido de registro será pré-anotado para o fim exclusivo de precedência. Decorrido o prazo de impugnação, ou quando esta não for conhecida, ou, ainda, após o recebimento da notificação da decisão final da controvérsia, o Secretário terá 30 dias para publicar o registro no Diário Oficial da União.

Apenas o registro do sindicato no cartório não lhe dará personalidade jurídica de entidade sindical, ante a necessidade do registro no Ministério do Trabalho, principalmente para a verificação da base territorial do sindicato que o cartório não tem condições de fazer.

Eventual desmembramento de sindicatos deve iniciar-se por aquele que é titular da carta sindical (TST, SDC, RO-DC 7.774/90-7-7, ac. 502/91, Rel. Min. Marcelo Pimentel, DJU 6-9-91, p. 1.208), devendo passar pelo crivo democrático da categoria, e não por poucas pessoas que resolvem criar um sindicato e sem amparo em um fato social autorizador e relevante (TST, SDC, RO-DC 1.794190, ac. 449/91, Rel. Min. Wagner Pimenta, LTr 55-10/288-291.)

Para a dissolução do sindicato, não existe regra específica, devendo-se observar o que determina seu estatuto.

9. CATEGORIA

O art. 138 da Constituição de 1937 já usava a expressão categoria de produção. As regras constantes da CLT, quanto a categoria, são decorrentes do Decreto-lei n.° 1.402/39, que teve por base a legislação corporativista italiana. A Lei italiana n.° 563, de 3-4-1926 denominada de lei Rocco, em seu art. 3.°, dispunha que as associações sindicais representam empregadores ou empregados de uma categoria. A idéia da homogeneidade da associação sindical gerou, na Itália, o entendimento de que para cada categoria econômica deveria haver uma correspondente categoria profissional. Assim, há um paralelismo simétrico, ou seja: havendo de um lado um sindicato de empregadores, deve haver em contrapartida um sindicato de empregados, que irão representar as respectivas categorias.

Teve o Decreto-lei n.° 1.402/39 uma base científica de fundo sociológico quanto ao enquadramento sindical. O sindicato, entretanto, não deveria confundir-se com a categoria, como ocorria no sistema corporativista italiano, pois não havia a identidade e homogeneidade existentes no último. Só se poderia falar nessa identidade e especialização de categorias em centros mais populosos e desenvolvidos, o que inviabilizaria o sindicato em pequenas cidades no interior do país. Ressalta-se, ainda, que no § 2.° do art. 581 da CLT se adotou o enquadramento sindical com base na atividade preponderante desenvolvida pela empresa, desde que essa realizasse diversas atividades.

Os incisos II, III e IV, do art. 8.°, da Constituição, mencionam que a organização sindical brasileira é feita sob o sistema de categorias. O parágrafo único, do art. 7.°, da Lei Maior, também emprega a palavra categoria. O inciso II, do art. 8.°, da Lei Magna versa que "é vedada a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica..." O inciso III do citado artigo mostra que "ao sindicato cabe a

defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria..." O inciso IV do mesmo artigo reza que "a assembléia geral fixará a contribuição que, em se tratando de categoria profissional..." O parágrafo único do art. 7.° da Constituição trata dos direitos que "são assegurados à categoria dos trabalhadores domésticos". Nota-se, assim, que a nossa organização sindical ainda é feita por categorias, como preconiza a Constituição, que, portanto, recebe as disposições da CLT nesse sentido, ao usar as expressões categoria profissional e econômica. O art. 511 da CLT evidencia esse fato ao tratar de maneira genérica do sindicato, que, na verdade, é a categoria juridicamente organizada. O art. 570 da CLT dispõe que os sindicatos serão constituídos por categorias.

O conceito de categoria, porém, dependerá, em grande parte, da orientação adotada pelo Direito positivo de cada país ao traçar as linhas fundamentais do sindicalismo. Categoria é o conjunto de pessoas que têm interesses profissionais ou econômicos em comum, decorrentes de identidade de condições ligadas ao trabalho.

A categoria envolve, portanto, a organização do grupo profissional ou econômico, segundo as determinações políticas do Estado. Assim foi concebida a categoria, no sistema sindical italiano, como critério de utilidade política, em função de considerações baseadas em conveniência e oportunidade, o que posteriormente foi adotado no Brasil.

Nossa legislação, quando trata de categoria, usa as expressões categoria econômica e categoria profissional. A categoria econômica é a que ocorre quando há solidariedade de interesses econômicos dos que empreendem atividades idênticas, similares ou conexas, constituindo vínculo social básico entre essas pessoas (§ 1.° do art. 511 da CLT). É também chamada de categoria dos empregadores.

Similares são as atividades que se assemelham, como as que numa categoria pudessem ser agrupadas por empresas que não são do mesmo ramo, mas de ramos que se parecem, como hotéis e restaurantes. Há, assim, certa analogia entre essas atividades.

Desprezou-se em nosso sistema o critério italiano da homogeneidade para adotar o de atividade similar ou conexa.

Conexas são as atividades que, não sendo semelhantes, complementam-se, como as várias atividades existentes na construção civil, por exemplo: alvenaria, hidráulica, esquadrias, pastilhas, pintura, parte elétrica etc. Aqui existem fatores que concorrem para o mesmo fim: a construção de um prédio, de uma casa. São observados os fatos da vida real, entre pessoas que concorrem para um mesmo fim.

"Categoria profissional" ocorre quando existe similitude de vida oriunda da profissão ou trabalho em comum, em situação de emprego na mesma atividade econômica ou em atividades econômicas similares ou conexas. É também denominada de categoria dos empregados ou dos trabalhadores. É o conjunto de trabalhadores que têm, permanentemente, identidade de interesses em relação a sua atividade laboral.

Os limites de identidade, similaridade ou conexidade fixam as dimensões dentro das quais a categoria econômica ou profissional é homogênea e a associação é natural.

Como já foi lembrado, se a empresa não tiver uma única atividade, mas várias, o empregado será enquadrado de acordo com a atividade preponderante da empresa. Assim, o pedreiro que trabalha numa escola não pertence à categoria da construção civil, mas à dos estabelecimentos de ensino.

O STF já admitiu que as categorias resultam das peculiaridades da profissão ou da atividade econômica (Pleno, R-MS 21.305-1-DF, j. 17-10-91, Rel.

Min. Marco Aurélio, in LTr 56-1/10). O sindicato, entretanto, é que irá definir sua base territorial. A categoria não deixa de ser um fato social espontâneo, que surge do interesse das partes, como as próprias entidades sindicais. Não tem a categoria personalidade jurídica, pois não emite declaração de vontade.

O sindicato por categoria é, porém, contrário ao princípio da liberdade sindical, pois permite apenas a criação de sindicatos dentro das respectivas categorias traçadas pela lei, impedindo, por exemplo, sindicatos por empresa, que não constituem categoria segundo nossa legislação.

10. CATEGORIA DIFERENCIADA

O § 3.° do art. 511 da CLT define categoria diferenciada como "a que se forma dos empregados que exerçam profissões ou funções diferenciadas por força do estatuto profissional especial ou em conseqüência de condições de vida singulares".

Na categoria diferenciada, o que ocorre é a formação de um sindicato por profissão, segundo leciona Amauri Mascaro Nascimento (1991:235), que evidentemente só poderá ser de empregados e não de empregadores. Temos como exemplos de categorias diferenciadas, de acordo com o quadro anexo mencionado pelo art. 577 da CLT, a dos condutores de veículos rodoviários (motoristas); cabineiros de elevadores (ascensoristas); secretárias etc.

Persiste a categoria diferenciada diante da atual Constituição, pois os incisos II, III e IV do art. 8.° mencionam que a organização sindical brasileira ainda é feita sob o sistema de categorias, nada impedindo, portanto, a existência de categorias diferenciadas. Entretanto, mesmo na categoria diferenciada só se admitirá a formação de um sindicato por categoria diferenciada, de acordo com o inciso II do art. 8.° da Lei Maior.

A categoria diferenciada pode decorrer do estatuto profissional dos trabalhadores, como as secretárias ou profissionais de relações públicas, ou da condição de vida singular, como ocorre com os motoristas, os ascensoristas etc.

O art. 1.° da Lei n.° 7.316, de 28-4-85, estabelece que "nas ações individuais e coletivas de competência da Justiça do Trabalho as entidades sindicais que integram a Confederação Nacional das Profissões Liberais terão o mesmo poder de representação dos trabalhadores empregados atribuído, pela legislação em vigor, aos sindicatos representativos das categorias profissionais diferenciadas".

A legislação reconhece, assim, sindicatos de profissionais liberais que, por força de sua denominação, não são empregados. Quando vinculados a uma empresa por contrato de trabalho, perdem sua condição de profissionais liberais, passando a ser representados pelo sindicato da categoria preponderante da empresa. Os profissionais liberais, como médicos, engenheiros, contadores etc., têm condições de formar categorias diferenciadas, pois estão disciplinados por estatuto profissional próprio e também exercem, em determinados casos, condições de vida singulares; de acordo, porém, com o atual enquadramento sindical, não são, ainda, considerados categoria diferenciada.

Suponhamos que uma empresa vendedora de produtos elétricos, enquadrada na categoria econômica do Sindicato do Comércio Varejista de Material Elétrico, necessite ter como empregado um motorista para fazer entrega daqueles produtos. Questiona-se se essa empresa é obrigada a obedecer à norma coletiva da categoria diferenciada dos condutores de veículos, mesmo não tendo o sindicato de sua categoria econômica participado das tratativas quanto àquele instrumento coletivo.

Inicialmente, a orientação do TST era de que não havia necessidade de a empresa que tivesse empregado de categoria diferenciada ser suscitada no dissídio coletivo, por intermédio do sindicato de sua categoria econômica.

Argumentava-se o efeito erga omnes das normas coletivas, não prevalecendo a regra do enquadramento segundo a atividade preponderante do empregador.

Pág. 628

Mais tarde, passou-se a adotar outro posicionamento, entendendo-se que é fundamental que o sindicato da categoria econômica seja chamado a participar da elaboração da norma coletiva. Filiamo-nos a essa última corrente, como pretendemos demonstrar.

A convenção coletiva é aplicável no âmbito das representações sindicais dos empregadores e dos empregados (art. 611 da CLT). O mesmo se pode depreender do § 1.° do art. 611 do estatuto consolidado, quanto aos acordos coletivos, que poderão ser observados no âmbito da empresa. Atente-se, porém, para a aplicação restrita das normas coletivas a quem delas participou e não a outrem, visto que nenhuma lei dispõe sobre sua observância a quem delas não tomou parte (art. 5.°, II, da CF). Na verdade, os contratos só produzem efeitos entre as partes contratantes, não aproveitando nem prejudicando terceiros (res inter alios acta aliis nec nocet nec prodest).

No caso do dissídio coletivo, não havendo a citação do sindicato, federação ou confederação da categoria econômica a que se pretende aplicar a norma coletiva da categoria diferenciada, não há validade do processo (art. 214 do CPC). De outro modo, a sentença normativa faz coisa julgada entre as partes às quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros (art. 472 do CPC). Ressalte-se que a sentença normativa pode ser revista (arts. 873 a 875 da CLT), e estendida: aos demais empregados da empresa que forem da mesma profissão dos dissidentes, por iniciativa do Tribunal do Trabalho, a todos os empregados da mesma categoria profissional, atendidos os requisitos dos arts. 869 e 870 da CLT, mas sempre figurando os demais interessados expressamente no dissídio coletivo. Os outros interessados a que se refere o art. 867 da CLT devem ter sido parte no processo ou devem ser abrangidos pelo sindicato, federação ou confederação que participou do dissídio coletivo. Não se pode, portanto, aplicar a norma coletiva da categoria diferenciada a quem dela não tomou parte. Poderíamos utilizar, por analogia, a orientação do Enunciado 205 do TST, ao informar que "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". Mutatis mutandis, quem não participou do dissídio coletivo de categoria diferenciada não pode ser parte em sua ação de cumprimento.

Por conseguinte, para a aplicação plena da norma coletiva da categoria diferenciada, há necessidade de que o sindicato dos empregadores de todas as empresas a quem a primeira categoria preste serviços tenha sido suscitado no dissídio coletivo ou tenha participado da negociação coletiva, para se estabelecer a relação jurídica entre as partes. Mister se faz que, para aplicação do pacto coletivo da categoria diferenciada, o empregador ou o sindicato da categoria diferenciada que o represente tenha participado daquele acordo de vontades.

O Tribunal Pleno do TST já se pronunciou quanto à não-observância da norma coletiva de categoria diferenciada em relação a empresa que não participou do dissídio coletivo: "Empregados que se constituem em categoria diferenciada do âmbito de empregador estranho à categoria profissional suscitante não são alcançados pelos efeitos da sentença normativa.

Pág. 629

Necessária, para que tal ocorresse, a citação do empregador para integrar a lide coletiva, pena de executar-se quem não foi parte no feito." (TST E-RR 2.086/77,

Rel. Juiz Roberto Mario Rodrigues Martins, Ac. TP 1.048/79, DJU 22-6-79, p. 4.918.)

Assim, a uma empresa que, v. g., explore atividade comercial, tendo como empregado trabalhador pertencente a categoria diferenciada (motorista) que lhe preste serviços, e que não foi chamada a fazer parte da negociação ou não foi suscitada para o dissídio coletivo da categoria diferenciada, não será aplicável tal comando normativo, mas o pacto coletivo da categoria econômica dos comerciantes.

O fato de se pagar contribuição sindical à categoria diferenciada não implica a nosso ver a aplicação da norma coletiva da categoria diferenciada. Lembre-se, por exemplo, de que os profissionais liberais poderão optar pelo pagamento da contribuição sindical unicamente à entidade sindical representativa da respectiva profissão, desde que a exerçam efetivamente na empresa ou sejam nela registrados como tais (art. 585 da CLT). O próprio advogado não paga contribuição sindical se recolher a contribuição destinada à OAB (art. 47 da Lei n.° 8.906, de 4-7-94 - Estatuto da Advocacia). Assim, é necessário que o empregador ou o sindicato que o represente tenha participado das negociações da norma coletiva da categoria diferenciada para que esta lhe possa ser aplicável.

Deve-se destacar que, se uma empresa possui um "vigilante", este não vai ser enquadrado como categoria diferenciada, mormente se a empresa não exerce a atividade de vigilância. Primeiro porque tal categoria não é diferenciada. Segundo porque a empresa não participou da norma coletiva entre o sindicato dos vigilantes e as empresas de vigilância.

11. ENQUADRAMENTO SINDICAL

Em virtude da organização sindical determinada pelo Decreto-lei n.° 1.402/39, era necessária a elaboração no âmbito do Ministério do Trabalho de um mapa dos enquadramentos sindicais. Isso foi feito com o Decreto-lei n.° 2.381, de 9-7-1940, que "aprova o quadro de atividades e profissões, para o registro das associações profissionais e o enquadramento sindical, e dispõe sobre a constituição dos sindicatos e associações sindicais de grau superior".

O Enquadramento Sindical foi previsto nos arts. 570 a 577 da CLT; o quadro anexo de que fala este último artigo está no apêndice da referida norma.

No quadro, é feito o enquadramento por grupos, em que são numeradas as atividades das categorias econômicas e profissionais.

Para se proceder ao enquadramento existia a Comissão de Enquadramento Sindical, ligada diretamente ao Ministério do Trabalho, que verificava a possibilidade da existência do sindicato.

A Constituição manteve o sistema confederativo e a organização sindical por categorias, porém o Ministério do Trabalho não poderá exigir autorização para o funcionamento do sindicato, nem poderá intervir ou interferir na atividade sindical.

Com isso, foram revogados os dispositivos consolidados que tratavam de enquadramento e da Comissão de Enquadramento Sindical (CES). Entretanto, como o sistema anteriormente vigente foi recepcionado pela Norma Ápice de 1988, permanece em vigor o quadro anexo ao art. 577 da CLT, que só poderá ser modificado por legislação futura ou na definição da base territorial pelos trabalhadores ou empregadores interessados (art. 8.°, II, da CF).

O parágrafo único do art. 570 da CLT previa que, "quando os exercentes de quaisquer atividades ou profissões se constituírem, seja pelo número reduzido, seja pela natureza mesma dessas atividades ou profissões, seja pelas afinidades existentes entre elas, em condições tais que não se possam sindicalizar

eficientemente pelo critério de especificidade de categoria, é-lhes permitido sindicalizar-se pelo critério de categorias similares ou conexas".

Havia também a possibilidade de aquelas atividades ou profissões virem a dissociar-se do sindicato principal, formando um sindicato específico (art. 571 da CLT). O art. 574 da CLT também tratava da possibilidade de as empresas industriais do tipo artesanal (microempresas, por exemplo) virem a constituir entidades sindicais, de primeiro e segundo graus, distintas das associações sindicais das empresas congêneres, de tipo diferente. Contudo, isso ficava ao alvedrio da Comissão de Enquadramento Sindical, que já não existe. Assim, com mais razão agora, são possíveis as dissociações noticiadas linhas atrás em face da Constituição de 1988, apenas devendo ser respeitadas as determinações do inciso II do art. 8.° da Lei Maior.

Dir-se-ia que a sindicalização do grupo de empresas seria feita de acordo com sua atividade preponderante, atendendo à regra do § 1.° do art. 581 da CLT. Assim, se o grupo tem por atividade principal a metalurgia, o enquadramento será feito perante o sindicato dos metalúrgicos. O enquadramento sindical será realizado, porém, de acordo com a atividade preponderante de cada empresa do grupo e não do grupo em si, pois o grupo pode ter empresas com várias atividades, até mesmo sem que nenhuma seja preponderante, ou existam participações iguais nessas atividades. A solidariedade diz respeito ao pagamento de verbas trabalhistas e para efeitos da relação de emprego, e não para fins de enquadramento sindical. Assim, cada empresa do grupo terá seu enquadramento feito distintamente das demais empresas do grupo, de acordo com a atividade preponderante de cada uma delas, até mesmo pelo fato de que têm personalidade jurídica própria (§ 2.° do art. 2.° da CLT), o que pode importar atividades diversas de cada uma delas, devendo haver o enquadramento individual para fins sindicais.

Para fins de pagamento da contribuição sindical, o empregado e o empregador estarão sujeitos à regra dos parágrafos do art. 581 da CLT, em que o enquadramento será feito de acordo com a atividade preponderante do empregador. Assim, a contribuição sindical será recolhida de acordo com cada atividade preponderante das empresas pertencentes ao grupo. Pressupondo que o grupo "A" tenha uma empresa bancária "B" e uma indústria "C", o pagamento da contribuição sindical da empresa "B" será feito ao sindicato dos bancos e o dos empregados ao sindicato dos bancários; a empresa "C" pagará a contribuição sindical ao sindicato das empresas metalúrgicas e seus empregados ao sindicato dos metalúrgicos.

Os reajustes salariais a serem deferidos ao empregado devem observar a categoria em que tiver enquadrado na empresa que trabalhe, e não à atividade do grupo. Em nosso exemplo anterior, se o empregado presta serviços para a empresa bancária do grupo, está enquadrado como bancário, sendo beneficiário das normas coletivas pertinentes ao bancário, e não dos metalúrgicos, ainda que estas sejam mais favoráveis que aquelas e ainda que esta seja a atividade preponderante do grupo.

11.1 Sindicalismo rural

O Tratado de Versalhes, de 1919, previa o direito de associação para todos, não estabelecendo discriminações.

A Convenção n.° 11 da OIT, de 1921, assegurou os mesmos direitos de associação e de coalização às pessoas ocupadas no campo, em relação aos trabalhadores da indústria.

A Convenção n.° 87 da OIT não faz distinção quanto às duas determinações, entre o trabalhador urbano e o rural.

Inicialmente, a sindicalização rural foi disciplinada pelo Decreto n.° 979, de 1903, que permitia a reunião de profissionais da agricultura e indústrias rurais, tanto pequenos produtores como empregados e empregadores, com liberdade de escolha da forma de sindicalização. Exigia-se registro dos estatutos e ata constitutiva no Cartório do Registro de Hipotecas do Distrito, para que o sindicato adquirisse personalidade jurídica. Eram necessárias sete pessoas para a constituição do sindicato.

O Decreto-lei n.° 8.127/45 organizou a classe patronal sob a fiscalização do Ministério da Agricultura, incluindo associações municipais, federações estaduais e uma confederação. Pelo Estatuto do Trabalhador Rural, houve possibilidade de transformação das associações em sindicatos, desde que houvesse aprovação em assembléia, tendo poderes de representação e negociação coletiva.

O Decreto-lei n.° 7.038/44 tratou da sindicalização rural, porém não teve grande aplicabilidade. O Decreto-lei n.° 1.166/71, versou sobre sindicalização rural, tendo sido regulamentado pelo Decreto n.° 73.626/74. A Lei n.° 5.889/73 revogou o Estatuto do Trabalhador Rural (Lei n.° 74.214/63), porém o art. 19 determinou que o enquadramento e a contribuição sindicais rurais seriam estabelecidos pela legislação em vigor, que era exatamente o Decreto-lei n.° 1.166/71.

O Decreto-lei n.° 1.166/71 define trabalhador rural como a pessoa física que presta serviço a empregador rural mediante remuneração de qualquer espécie ao proprietário ou não, que trabalhe individualmente ou em regime de economia familiar, ainda que com a ajuda de terceiros. Empresário ou empregador rural é considerada a pessoa física ou jurídica que, tendo empregado, empreende, a qualquer título, atividade econômica rural; quem, proprietário ou não, e mesmo sem empregado, em regime de economia familiar, explore imóvel rural de área igual ou superior à do módulo rural de sua região; e o proprietário de mais de um imóvel rural, desde que a soma de suas áreas seja igual ou superior ao módulo rural da respectiva região (art. 1.°).

O § 4.° do art. 535 da CLT estabelece que as associações sindicais de grau superior (federações e confederações) da Agricultura e Pecuária serão organizadas de conformidade com o que dispuser a lei que regular a sindicalização dessas atividades ou profissões, remetendo às disposições do Decreto-lei n.° 1.166/71.

O parágrafo único do art. 8.° da Constituição explicita que as disposições do referido comando legal se aplicam à organização de sindicatos rurais e de colônias de pescadores, de acordo com as condições que a lei estabelecer. Nesse ponto, portanto, foi recebido o Decreto-lei n.° 1.166/71 pela Lei Maior, sendo, no momento, a norma que regula a sindicalização no meio rural.

12. ÓRGÃOS DO SINDICATO

O sindicato compõe-se de três órgãos: assembléia geral, diretoria e conselho fiscal.

A diretoria será composta de um mínimo de três membros e no máximo de sete membros, entre os quais será eleito o presidente do sindicato. Trata-se de um órgão executivo, que tem por função administrar o sindicato. O conselho fiscal será composto de três membros. Esses membros serão eleitos pela assembléia geral (art. 522 da CLT), tendo mandato de três anos.

O art. 522 da CLT, combinado com o § 3.° do art. 543, determina, portanto, o número de dirigentes sindicais que terão direito à estabilidade, inclusive os suplentes.

A corrente que entende revogado o art. 522 da CLT pauta-se no fato de que a liberdade sindical prevista na Constituição atrita com os preceitos de lei que

dispõem em contrário. Valentin Carrion (1997:420) entende revogado o art. 522 da CLT em função de que "todas as normas que criem exigências para reconhecimento ou funcionamento de associações ou sindicatos estão revogadas tacitamente. Aos respectivos estatutos de cada sindicato é que cabem tais atribuições".

Com o ponto de vista contrário, verificamos os que entendem que está em vigor o art. 522 da CLT por não atritar com a Constituição.

Dessa forma, há necessidade de se verificar se o art. 522 da CLT está ou não em vigor, pois certos sindicatos têm estabelecido uma diretoria com muito mais de 10 membros, chegando a 60, 70 ou até 400.

A estabilidade do dirigente sindical diz respeito à garantia dada ao trabalhador para poder cumprir seu mandato, representando a categoria. Tal direito é muito importante para o desempenho da atividade do dirigente sindical, de representar a categoria, pois, do contrário, poderia ser dispensado ad nutum pelo empregador. É, porém, um direito que deve ser exercido sem abusos.

É certo que, de acordo com a Constituição de 1988, o sindicato passou a ter autonomia sindical, mencionando o inciso I do art. 8.° que é vedada a intervenção do Poder Executivo, na atividade sindical, como era feito outrora. O inciso XVIII do art. 5.° da mesma norma permite a criação de associações na forma da lei, mas veda a interferência estatal em seu funcionamento, ou seja, do Poder Executivo.

Estranha-se o fato de que a lei limite o número máximo de membros no sindicato, porém não o faça em relação às entidades de grau superior (federação e confederação), em que não há qualquer limitação máxima, apenas a mínima de três diretores e três membros para o Conselho Fiscal (§ 1.° do art. 538 da CLT).

Pág. 633

A primeira observação que deve ser feita é a de que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa a não ser em virtude de lei (art. 5.°, II, da CF). Esse preceito deve ser interpretado sistematicamente com o inciso I do art. 8.° da mesma norma. Logo, é possível que a lei ordinária estabeleça certas limitações, para a garantia do exercício de direitos, de que não vai haver qualquer irregularidade.

Nada impede, portanto, que a lei ordinária limite certas situações. É o que ocorreu nas sociedades mercantis, em que inexiste inconstitucionalidade ou ilegalidade pelo fato de a lei ordinária restringir determinadas questões. A Lei n.° 6.404/76, que trata das sociedades anônimas, estabelece, no § 1.° do art. 161, um mínimo de três e o máximo de cinco membros e suplentes em igual número para o Conselho Fiscal; a diretoria é composta de dois ou mais diretores (art. 143 da Lei n.° 6.404/76); o Conselho de Administração terá no mínimo três membros (art. 140), sem se prescrever o número máximo. O Decreto n.° 3.708, de 1919, trata das sociedades por cotas de responsabilidade limitada, fazendo certas restrições quanto a tais sociedades. A Lei n.° 5.764, de 16-12-71, que versa sobre as sociedades cooperativas, não estabelece um número de diretores, mas em relação ao Conselho Fiscal reza que será de três titulares e três suplentes (art. 56). A CLT, nesse ponto, tem a mesma natureza das leis das sociedades mercantis quando estas limitam o número de membros de certos colegiados daquelas sociedades.

A Constituição não restringe o número de dirigentes sindicais, nem essa é matéria constitucional, que fica a cargo da lei ordinária. No caso do art. 522 da CLT, não há intervenção do Estado, mas mera disciplina por parte da lei. O direito de a lei limitar o número de dirigentes sindicais não excede a autonomia interna do sindicato, pois atinge direitos e liberdades de outros (dos empregadores em dar garantia de emprego), que devem ser protegidos pela lei, conforme leciona Arnaldo Süssekind (1993:635). O Brasil ratificou, ainda, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966 (Decreto Legislativo n.° 226, de 12-12-91, com promulgação pelo Decreto n.° 591,

de 6-7-92, e vigência a partir de 24-4-92), que determina "o direito dos sindicatos de exercer livremente suas atividades, sem quaisquer limitações além daquelas previstas em lei e que sejam necessárias, em uma sociedade democrática, no interesse da segurança nacional ou da ordem pública, ou para proteger os direitos e as liberdades das demais pessoas" (art. 8.°, I, c).

Só podem existir, portanto, as limitações previstas na lei que sejam necessárias para proteger os direitos e as liberdades das demais pessoas, inclusive para questões do número de dirigentes sindicais e, por conseqüência, aqueles que vão ser aquinhoados com estabilidade.

O princípio da razoabilidade mostra que o número de membros do sindicato deve ser razoável, que é o que faz a CLT. Caso não se estabelecesse um limite, o sindicato poderia formar uma diretoria com todos os membros da categoria, conduzindo à situação de todos serem estáveis, o que não seria razoável. Da mesma forma, seria desarrazoada uma reunião de diretoria com inúmeros membros, que mais se assemelharia a uma assembléia.

Pág. 634

Declara o art. 115 do Código Civil que é ilícita a condição que sujeita o efeito do ato jurídico ao arbítrio exclusivo de uma das partes, como seria o caso de o sindicato estabelecer um número diverso do previsto no art. 522 da CLT. Não se pode, portanto, tolerar o exercício irregular, abusivo, do direito. O ato abusivo é justamente o que é praticado fora dos casos de legítima defesa ou exercício regular de um direito reconhecido (interpretação a contrario sensu do inciso I do art. 160 do CC), que mostra ser abusivo o exercício do direito de forma irregular. O ato violador da lei não pode produzir os efeitos pretendidos por quem praticou a violação, isto é, não se podem tolerar manobras por parte do sindicato com o objetivo de assegurar a seus apadrinhados o direito de estabilidade, de modo a se perpetuarem no poder e garantir tal direito a um número excessivo de pessoas. Não é, portanto, possível que o sindicato estabeleça estabilidade a mais do que os sete membros da Diretoria e três do Conselho Fiscal e seus suplentes, o que totaliza 20 membros.

Ressalte-se, entretanto, que o Conselho Consultivo não faz parte dos órgãos do sindicato, de modo que seus componentes não têm estabilidade.

A Constituição revogou apenas os artigos da CLT que tratavam da intervenção do Estado na vida sindical, como em relação àqueles que tratavam da fundação do sindicato com necessidade de autorização pelo Ministério do Trabalho, da intervenção deste na referida agremiação ou destituição de dirigentes etc. O que a Constituição proíbe é a intervenção do Poder Público, ou seja, do Poder Executivo, e não do Legislativo. A Constituição não alterou essas regras, pois o que é vedado é a interferência e a intervenção do Poder Executivo no sindicato, e não a legislação traçar parâmetros sobre o número máximo ou mínimo de membros componentes desses órgãos.

Assim, não foi revogado o art. 522 da CLT, que trata do número mínimo dos membros do sindicato e, por conseqüência, quais serão as pessoas que têm garantia de emprego. Logo, o sindicato não pode estabelecer que seu quadro de dirigentes seja, por exemplo, de 100 diretores, apenas para auferirem garantia de emprego. A liberdade sindical prevista na Constituição refere-se à proibição de intervenção na fundação e organização do sindicato, e não em limitações feitas pela lei quanto a sua composição. Dentro dos limites da CLT, o sindicato poderá eleger livremente o número de membros que desejar entre três e sete, escolhendo três, cinco, ou sete, mas não dois, nove ou mais.

A assembléia geral é o órgão máximo do sindicato, tendo por objetivo principal deliberar sobre vários assuntos, entre os quais o de traçar as diretrizes do sindicato e sua forma de atuação. A CLT ainda menciona que a assembléia geral elegerá os associados para representação da categoria, tomará e aprovará as contas da diretoria, aplicará o patrimônio do sindicato, julgará os

atos da diretoria, quanto a penalidades impostas a associados, deliberará sobre as relações ou dissídios do trabalho, elegerá os diretores e membros do conselho fiscal.

O conselho fiscal terá por competência a fiscalização da gestão financeira do sindicato.

Dentro da base territorial do sindicato, este tem a faculdade de instituir delegacias ou seções para melhor proteção dos associados e da categoria econômica ou profissional liberal representada (§ 2.° do art. 517 da CLT). Os delegados sindicais serão designados pela diretoria entre os associados radicados no território da correspondente delegacia.

A diretoria e os delegados sindicais representarão os interesses da entidade perante os poderes públicos e as empresas, salvo mandatário com poderes outorgados por procuração da diretoria, ou associado investido em representação prevista em lei (§ 3.° do art. 522 da CLT).

13. ELEIÇÕES

A eleição para cargos de diretoria e conselho fiscal será realizada por escrutínio secreto, durante seis horas contínuas, pelo menos, na sede do sindicato, nas delegacias e seções e nos principais locais de trabalho.

Para o exercício do direito de voto é mister: (a) ter o associado mais de seis meses de inscrição no quadro social e mais de dois anos de exercício da atividade ou da profissão; (b) ser maior de 18 anos; (c) estar no gozo dos direitos sindicais. O voto é obrigatório nas eleições sindicais. O aposentado filiado tem direito de votar e ser votado nas eleições sindicais (art. 8.°, VII, da CF). Assim, se o aposentado não está filiado, não terá direito de votar e ser votado. Se filiado, o aposentado pode ocupar cargos de administração sindical, derrogado, portanto, o § 2.° do art. 540 da CLT, que dispunha em sentido contrário.

Não podem ser eleitos para cargos administrativos ou de representação econômica ou profissional, nem permanecer no exercício desses cargos: (a) os que não tiverem definitivamente aprovadas suas contas de exercício em cargos de administração, decididas pelo Poder Judiciário com trânsito em julgado; (b) os que houverem lesado o patrimônio de qualquer entidade sindical; (c) os que não estiverem, desde dois anos antes, pelo menos, no exercício efetivo da atividade ou da profissão dentro da base territorial do sindicato, ou no desempenho de representação econômica ou profissional; (d) os que tiverem sido condenados por crime doloso enquanto persistirem os efeitos da pena; (e) os que não estiverem no gozo de seus direitos políticos; (f) má conduta, devidamente comprovada (art. 530).

Seria melhor que essas hipóteses fossem disciplinadas pelos estatutos dos sindicatos, embora entendamos que não configuram intervenção ou interferência do Poder Executivo nas agremiações. Entendemos, entretanto, que o inciso VI do art. 530 da CLT foi revogado pela Constituição, pois não se afina com seu espírito democrático e de pluralismo político (art. 1.°, V, da CF), o que foi expressamente feito pela Lei n.° 8.865, de 29-3-94, que também revogou o inciso VIII do art. 530 da CLT.

Nas eleições para cargos de diretoria e do conselho fiscal, serão considerados eleitos os candidatos que obtiverem maioria absoluta de votos em relação ao total dos associados eleitores. Não havendo na primeira convocação maioria absoluta de eleitores, ou não obtendo nenhum dos candidatos essa maioria, proceder-se-á a nova convocação para dia posterior, sendo então considerados eleitos os candidatos que obtiverem maioria dos votos dos eleitores presentes. Havendo somente uma chapa registrada para as eleições, poderá a

assembléia, em última convocação, ser realizada duas horas após a primeira convocação, desde que do edital conste essa advertência.

Pág. 636

As eleições para a renovação da diretoria e do conselho fiscal deverão ser realizadas dentro do prazo máximo de 60 dias e mínimo de 30 dias, antes do término do mandato dos dirigentes em exercício.

Competirá à diretoria em exercício comunicar dentro de 30 dias da realização das eleições o resultado do pleito.

A posse da nova diretoria deverá ser verificada dentro dos 30 dias subseqüentes ao término do mandato. O eleito deverá comprometer-se a respeitar a Constituição, as leis vigentes e os estatutos da entidade.

O STJ firmou em jurisprudência que as ações referentes às eleições sindicais serão de competência da Justiça Estadual (Súm. 4). O mesmo se pode dizer em relação a conflitos entre associados, pois o Ministério do Trabalho já não poderá decidir sobre o assunto, como o fazia.

14. ENTIDADES SINDICAIS DE GRAU SUPERIOR

As entidades sindicais de grau superior são as federações e as confederações (art. 533 da CLT).

14.1 Federações

As federações são entidades sindicais de grau superior organizadas nos Estados-membros. Poderão ser constituídas desde que congreguem número não inferior a cinco sindicatos, representando a maioria absoluta de um grupo de atividades ou profissões idênticas, similares ou conexas (art. 534 da CLT). A Súmula 156 do extinto TFR dizia que "sindicatos representativos de atividades econômicas ou profissionais idênticas, ou categoria econômica específica, podem organizar-se em federações".

Existindo federação no grupo de atividades ou profissões em que deva ser constituída a nova entidade, a criação desta não poderá reduzir a menos de cinco o número de sindicatos que devam continuar filiados àquela.

As federações poderão agrupar sindicatos de determinado Município ou região a ela filiados para o fim de lhes coordenar os interesses, porém a união não terá direito de representação das atividades ou profissões agrupadas (§ 3.° do art. 534 da CLT). As federações poderão celebrar, em certos casos, convenções coletivas (§ 2.° do art. 611 da CLT), acordos coletivos (§ 1.° do art. 617 da CLT) e instaurar dissídios coletivos (parágrafo único do art. 857 da CLT), quando as categorias não forem organizadas em sindicatos.

Os órgãos internos das federações são: (a) diretorias; (b) conselho de representantes; (c) conselho fiscal.

Pág. 637

A diretoria será constituída de no mínimo três membros, não havendo número máximo. O conselho fiscal terá três membros. Ambos serão eleitos pelo conselho de representantes para mandato de três anos.

Só poderão ser eleitos os integrantes dos grupos das federações. O presidente da federação será escolhido pela diretoria, entre seus membros.

O conselho de representantes será formado pelas delegações dos sindicatos ou de federações filiadas, constituída cada delegação de dois membros, com mandato de três anos, cabendo um voto a cada delegação.

O conselho fiscal terá competência para fiscalizar a gestão financeira.

14.2 Confederações

As confederações são entidades sindicais de grau superior de âmbito nacional. São constituídas de no mínimo três federações, tendo sede em Brasília (art. 535 da CLT).

As confederações se formam por ramo de atividade (indústria, comércio, transportes etc.). Exemplos: Confederação Nacional da Indústria, Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria, Confederação Nacional do Comércio, Confederação Nacional dos Trabalhadores no Comércio etc. Denomina-se Confederação Nacional das Profissões Liberais a reunião das respectivas federações, que terão o mesmo poder de representação dos sindicatos representativos das categorias profissionais diferenciadas, nas ações individuais e coletivas (Lei n.° 7.316/85).

Normalmente, as confederações coordenam as atividades das entidades de grau inferior, estando autorizadas, em certos casos, a celebrar convenções coletivas (§ 2.° do art. 611 da CLT), acordos coletivos (§ 1.° do art. 617 da CLT) e a instaurar dissídios coletivos (parágrafo único do art. 857 da CLT), quando as categorias não forem organizadas em sindicatos, nem em federações.

Seus órgãos internos são os mesmos da federação (diretoria, conselho fiscal e conselho de representantes), aplicando-se-lhes as mesmas disposições.

A Diretoria será constituída de no mínimo três membros, não havendo número máximo. O Conselho Fiscal terá três membros. Ambos serão eleitos pelo Conselho de Representantes para mandato de três anos. Só poderão ser eleitos os integrantes dos planos das Confederações. O presidente da Confederação será escolhido pela Diretoria, entre seus membros. O Conselho Fiscal terá competência para fiscalizar a gestão financeira.

14.3 Centrais sindicais

A Portaria n.° 3.337/78 que proibia a criação de centrais sindicais foi revogada pela Portaria n.° 3.100/85 do Ministério do Trabalho.

São as centrais sindicais órgãos de cúpulas, intercategoriais, estando acima das confederações. Coordenam os demais órgãos.

As centrais sindicais são entidades que existem na prática, mas não há regulamentação legal que trata de sua organização ou do âmbito de sua atuação: Exemplo: CUT (Central Única dos Trabalhadores), CGT (Confederação Geral dos Trabalhadores) e USI (União Sindical Independente).

São filiados às centrais sindicais: sindicatos, federações e confederações. Embora as centrais sindicais sejam totalmente desregulamentadas, teoricamente elas são de âmbito nacional e situam-se acima das outras entidades sindicais.

A legislação hoje prevê até mesmo a existência das centrais, não pertencendo ao sistema confederativo, mas fazendo parte de certos órgãos governamentais, por meio de representantes dos trabalhadores dessas entidades. O § 3.°, do art. 18 da Lei n.° 7.998/90 (que trata do seguro-desemprego) prevê que devem compor o Conselho Deliberativo do Fundo de Amparo ao Trabalhador membros oriundos dos trabalhadores, indicados pelas centrais sindicais. O § 3.° do art. 3.° da Lei n.° 8.036/90 (FGTS) permite a participação de representantes dos trabalhadores indicados pelas centrais sindicais no Conselho Curador do FGTS. O § 2.° do art. 3.° da Lei n..° 8.213/91 (Previdência Social) dispõe que os trabalhadores indicados pelas centrais sindicais farão parte do Conselho Nacional de Previdência Social (CNPS). A lei, portanto, indiretamente, admite a existência das centrais sindicais.

O Decreto n.° 1.617, de 4-9-95, reconhece a CUT, a CGT e a Força Sindical (art. 2.°, II). O Decreto dispõe que o Conselho Nacional do Trabalho será composto por: representantes de cada uma das referidas entidades.

15. PROTEÇÃO À SINDICALIZAÇÃO

A legislação nacional dá proteção ao representante sindical, para que ele possa melhor desempenhar suas funções.

O empregado eleito para cargo de administração sindical ou representação profissional, inclusive junto a órgão de deliberação coletiva, não poderá ser impedido do exercício de suas funções, nem transferido para lugar ou mister que lhe dificulte ou torne impossível o desempenho de suas atribuições sindicais (art. 543 da CLT). Pedindo o empregado que seja transferido ou aceita a transferência, perderá o mandato (§ 1.° do art. 543 da CLT).

O período em que o empregado fica afastado para o exercício de seu mandato sindical é considerado como licença não remunerada, salvo se outra coisa for disposta no contrato de trabalho ou na norma coletiva (§ 2.° do art. 543 da CLT).

Considera-se como cargo de direção ou de representação sindical aquele cujo exercício ou indicação decorre de eleição prevista em lei.

A empresa que, por qualquer modo, procurar impedir que o empregado se associe a sindicato, organize associação profissional ou sindical ou exerça os direitos inerentes à condição de sindicalizado fica sujeita a multa administrativa, sem prejuízo da reparação a que tiver direito o empregado.

A Convenção n.° 98 da OIT, de 1949, já mencionava que "os trabalhadores deverão gozar de adequada proteção contra quaisquer atos atentatórios à liberdade sindical em matéria de emprego" (art. 1.°).

A referida proteção deverá aplicar-se a atos destinados a "dispensar um trabalhador ou prejudicá-lo, por qualquer modo, em virtude de sua filiação a um sindicato ou de sua participação em atividades sindicais, fora das horas de trabalho ou com o consentimento do empregador, durante as mesmas horas" (art. 2.°, b).

A referida Convenção foi aprovada pelo Brasil pelo Decreto Legislativo n.° 49, de 27-8-52.

A Lei n.° 107, de 13-9-66, já previa a impossibilidade da dispensa do empregado sindicalizado, "a partir do momento do registro de sua candidatura a cargo de direção ou representação sindical, até o final do seu mandato, caso seja eleito, inclusive como suplente, salvo se cometer falta grave devidamente apurada nos termos da Consolidação das Leis do Trabalho" (art. 25).

Tinha, assim, o dirigente sindical garantia no emprego, a partir do registro de sua candidatura até o final de seu mandato, se eleito, inclusive como suplente.

A Lei n.° 5.911, de 27-8-73, deu nova redação ao § 3.° do art. 543 da CLT, dizendo que o empregado sindicalizado não poderia ser despedido, porém aumentava o prazo de garantia de emprego, que era desde o momento do registro de sua candidatura até um ano após o término do mandato, caso eleito, inclusive como suplente.

O TST vinha entendendo que os membros de associação profissional também deveriam ter a mesma garantia: "os dirigentes de associações profissionais, legalmente registradas, gozam de estabilidade provisória no emprego" (En. 222).

A Lei n.° 7.543, de 2-10-86, alterou novamente a redação do § 3.° do art. 543 da CLT para estender a garantia aos dirigentes e associação profissional, de acordo com o que já vinha fazendo o Enunciado 222 do TST.

O inciso VIII do art. 8.° da Constituição de 1988 veio apenas a erigir em nível constitucional no § 3.° do art. 543 da CLT: "é vedada a dispensa do empregado sindicalizado a partir do registro da candidatura a cargo de direção ou representação sindical e, se eleito, ainda que suplente, até um ano após o final do mandato, salvo se cometer falta grave nos termos da lei".

Encerra o mandamento constitucional em exame norma constitucional de eficácia plena, exceto quanto à falta grave, que será apurada nos termos da lei, que é norma de eficácia limitada. A expressão nos termos da lei refere-se à falta grave e já está normalizada pelo art. 482 da CLT, que prevê quais as faltas que ensejarão o despedimento do obreiro. Ressalta, contudo, o dispositivo constitucional que a garantia de emprego é para o empregado sindicalizado. Nada impede, portanto, que a lei ordinária venha a estender a estabilidade ao associado que se candidata a cargo de direção ou de representação de associação profissional, como menciona o § 3.° do art. 543 da CLT, visto que é livre a associação para fins lícitos (art. 5.°, XVII, da CF).

Não há incompatibilidade entre a norma constitucional e o § 3.° do art. 543 da CLT, quando este assegura estabilidade ao dirigente de associação profissional. Embora a Constituição não tenha previsto a estabilidade para o dirigente dos obreiros perante o Conselho Nacional de Previdência Social (CNPS) e dos representantes dos empregados que participam do Conselho Curador do FGTS, nada impede que a lei ordinária o faça (art. 3.°, § 7.°, da Lei n.° 8.213/91 e art. 3.°, § 9.°, da Lei n.° 8.036/90).

O § 3.° do art. 543 da CLT não é incompatível com a Norma Ápice, inexistindo revogação da lei ordinária pela Constituição quanto a este aspecto.

Entender de modo diverso seria retroagir no tempo, principalmente quando o TST, por intermédio de sua jurisprudência predominante contida no Enunciado 222, já assegurava tal garantia ao associado, antes mesmo da edição da Lei n.° 7.543/86.

É certo que, se houver a cessação do contrato de trabalho do empregado, estatuído por prazo determinado, não haverá direito a garantia de emprego, porque aqui não há despedida injusta, mas término do pacto laboral.

Não faz jus à garantia de emprego o dirigente de entidade fiscalizadora de exercício de profissão liberal, como OAB, CRC, CREA, CRM etc., pois a estabilidade é para o empregado sindicalizado que concorre a cargo de direção ou representação sindical (art. 8.°, VIII, da CF). A ligação que uma pessoa mantém com o órgão de classe não depende do vínculo empregatício para representar na empresa o órgão fiscalizador que não é sindicato.

Tem direito a garantia de emprego o dirigente de categoria profissional diferenciada, desde que a função exercida junto ao empregador corresponda à da categoria do sindicato em que era diretor. Se, no entanto, o empregado não exerce na empresa a atividade de categoria profissional, não será beneficiário da garantia de emprego. Já se entendeu que o empregado que labora em empresa pertencente à categoria da construção civil e é tesoureiro da Associação dos Metalúrgicos, não estando incluído em categoria diferenciada, não tem direito a garantia de emprego. (Ac. un. da 3.ª T. do TRT da 9.ª R., j. 28-6-90, DJ PR 27-7-90, p. 38.)

Se o empregado é eleito como diretor de sindicato patronal, representante da categoria econômica a que pertence a empresa empregadora, não terá direito a garantia de emprego, pois a norma conduz o intérprete a que a garantia de emprego é apenas para a representação dos interesses dos trabalhadores.

O delegado sindical não goza de garantia de emprego, pois a eleição não é prevista em lei.

16. COMUNICAÇÃO DA CANDIDATURA DO DIRIGENTE SINDICAL

Importante aspecto a ser analisado é o que diz respeito à necessidade ou não de comunicação da candidatura do dirigente sindical ao empregador, prevista no § 5.° do art. 543 da CLT.

Alguns autores sustentam a prescindibilidade de tal comunicação, pois o importante seria o registro da candidatura do dirigente sindical e não a comunicação. Mencionam, ainda, que a Constituição não prevê a referida comunicação, por ser o inciso VIII do art. 8.° uma norma de eficácia plena, quanto à questão da estabilidade, não precisando ser complementada.

Pensamos de modo diverso, pois o preceito contido no § 5.° do art. 543 da CLT complementa a Norma Ápice, não sendo incompatível ou contrário a esta. Desde que a lei ordinária não contrarie, modifique ou restrinja o conteúdo do texto constitucional, será plenamente válida, como ocorre com o § 5.° do art. 543 da CLT.

A comunicação do registro da candidatura do dirigente sindical é formalidade essencial para o empregador saber se o empregado está ou não concorrendo à eleição, não vindo a colidir com a previsão constitucional.

Já se poderia entender na vigência da Carta Magna anterior que havia a necessidade da comunicação à empresa da candidatura do dirigente sindical, nos termos do § 5.° do art. 543 da CLT.

A comunicação do sindicato à empresa, quanto ao registro da candidatura do empregado ao cargo de dirigente sindical, é imprescindível para a validade do ato jurídico, que tem de atender a forma prescrita em lei (art. 82 do CC). Ao contrário, se descumprida a formalidade que prevê a comunicação, fica prejudicado o direito à garantia de emprego.

Consiste a comunicação em solenidade ad substantiam do ato jurídico e não apenas ad probationem tantum. Integra o ato jurídico. Inexistindo comunicação, fica descaracterizada a garantia que se pretende assegurar ao dirigente sindical.

O ato jurídico só se completará quando todas as finalidades jurídicas e formalidades legais forem observadas, para os fins que menciona o § 5.° do art. 543 da CLT, ou seja, com a comunicação ao empregador.

Se a empresa desconhece que o obreiro é detentor de estabilidade provisória, não pode ser apenada com a reintegração do trabalhador ao emprego ou ao pagamento de indenização, pois lícita foi a rescisão contratual ao serem saldadas as verbas rescisórias correspondentes.

Não se pode, também, dizer que o fato gerador da estabilidade é o registro da candidatura, visto que o § 5.° do art. 543 da CLT reza que deve ser comunicado o registro da candidatura em 24 horas. Logo, não é o registro o fato importante, mas a comunicação do registro da candidatura, que se constitui no fato gerador do direito à estabilidade.

Somente depois de o empregador ter ciência da candidatura de seu empregado é que se pode falar em despedida injusta, pois a empresa pode despedir de boa-fé o trabalhador, ignorando qualquer incompatibilidade ou impedimento legal em seu ato. Se não teve conhecimento da candidatura, não pode ser a empresa condenada por um ato de que não tomou conhecimento, não obstaculizando ou impedindo a atuação sindical de seu funcionário, nem mesmo procedendo a represálias ou retaliações contra o operário.

O comando legal inserido no § 5.° do art. 543 da CLT não encerra mera formalidade administrativa ou simples expressão de cordialidade, e sim comunicação necessária. O fato de a diretoria anterior do sindicato não fazer a comunicação não pode ser atribuído ao empregador, por não saber este que seu empregado estava eleito, não tendo, assim, como impedi-lo de exercer a função de dirigente sindical ou até prejudicá-lo para não exercê-la.

Deve o empregado diligente fiscalizar a comunicação à empresa por parte do sindicato, ou até notificar o empregador de sua candidatura, caso o sindicato não o faça, dando ciência àquele, se por acaso entender que haverá negligência do sindicato em informar sua candidatura, zelando por sua garantia.

Pág. 642

Caso o obreiro, para evitar qualquer contratempo, venha a dizer que está registrado para concorrer às eleições sindicais, apresentando documentação nesse sentido, compete ao empregador, para dissipar qualquer dúvida, procurar saber do sindicato a realidade de tal fato, visando evitar qualquer controvérsia futura.

O que o empregado dispensado pode fazer, caso o sindicato não cumpra a formalidade legal, é ingressar com ação de perdas e danos contra a agremiação ou seus antigos diretores, responsáveis pela ausência da comunicação à empresa, em virtude do prejuízo (art. 159 do CC) que sofreu, pelo fato de seu empregador não ter sido avisado de sua candidatura, mas nunca responsabilizar a empresa, até porque esta pode estar imbuída de boa-fé no despedimento.

A comunicação é conditio sine qua non para estabilidade do dirigente sindical. Com a comunicação do registro da candidatura do empregado, elimina-se a incerteza deste e do empregador, cumprindo-se a formalidade da lei.

A lei, portanto, não encerra termos inúteis. Há necessidade da comunicação, mesmo na vigência da atual Constituição, pois o § 5.° do art. 543 da CLT foi recebido pela Lei Maior, por não contrariá-la. Se se entendesse de forma diferente, prescindindo-se da comunicação, o empregador não teria como saber se seu funcionário teria concorrido à eleição sindical ou até mesmo sido eleito.

Mesmo para os empregados dirigentes de associação profissional, também há necessidade de comunicação da entidade à empresa da candidatura do dirigente da referida associação.

17. FILIAÇÃO E DESLIGAMENTO DO SINDICATO

O inciso V do art. 8.° da Constituição veio consagrar regra prevista na Convenção n.° 87 da OIT, ou seja, da liberdade positiva, de a pessoa se filiar ao sindicato, e da liberdade negativa, de não se filiar à agremiação. Essa liberdade, porém, está adstrita à filiação ao sindicato único, que é a regra vigente no Brasil.

O inciso XX do art. 5.° da Constituição dispõe também que ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado.

Declara, ainda, o inciso VII do art. 8.° da Lei Maior que o aposentado filiado tem direito a votar e ser votado nas organizações sindicais.

O art. 540 da CLT especifica que "a toda empresa ou indivíduo que exerçam respectivamente atividade ou profissão, desde que satisfaçam as exigências desta lei, assiste o direito de ser admitido no sindicato da respectiva categoria, salvo caso de falta de idoneidade, devidamente comprovada..."

Se o sindicalizado deixar o exercício da atividade ou da profissão, perderá os direitos de associado. Os associados de sindicatos de empregados, de agentes ou trabalhadores autônomos e de profissões liberais que forem aposentados, estiverem desempregados ou tiverem sido convocados para prestação de serviço militar não perderão os respectivos direitos sindicais e ficarão isentos de qualquer contribuição, não podendo, entretanto, exercer cargo de administração sindical ou de representação econômica ou profissional.

Os que exercerem determinada atividade ou profissão em que não haja sindicato da respectiva categoria, ou de atividade ou profissão similar ou conexa, poderão filiar-se ao sindicato de profissão idêntica, similar ou conexa, existente na localidade mais próxima (art. 541 da CLT).

Em virtude de que os sindicatos podem elaborar diretamente seus estatutos, é possível que nestes haja ainda outras restrições à filiação ao sindicato. Os requisitos abusivos e discriminatórios exigidos pelo estatuto para o ingresso nos quadros do sindicato poderão ser contestados em juízo.

Assim como a pessoa pode livremente entrar no sindicato, pode também dele retirar-se. O sindicato poderá expulsar o associado de seus quadros, de acordo com seus estatutos, tendo aquele direito de recurso ao Poder Judiciário e não ao Ministério do Trabalho, como mencionava o art. 542 da CLT.

O art. 552 da CLT esclarece que os atos que importem malversação ou dilapidação do patrimônio sindical ficam equiparados ao crime de peculato. Parece, entretanto, que a referida determinação está mais próxima de furto ou apropriação indébita do que de peculato, pois o sindicato não é mais órgão que exerce função delegada do Poder Público, não se podendo falar em crime de funcionário público, que ocorre no peculato.

18. DIREITOS DOS ASSOCIADOS

Os associados têm direito de votar nas deliberações da assembléia geral, assim como de ser votados, de exercer controle sobre a gestão do sindicato, inclusive financeira. Farão jus também ao recebimento da prestação dos serviços que o sindicato oferecer, como de assistência social, jurídica, médica, dentária, de colônia de férias etc.

19. FUNÇÕES DO SINDICATO

Vamos analisar as funções de representação negocial, econômica e assistencial do sindicato. As receitas do sindicato serão examinadas em item à parte, já que são várias, havendo necessidade de serem tecidas considerações sobre cada uma delas em especial.

19.1 Função de representação

A função de representação é assegurada na alínea a do art. 513 da CLT, em que se verifica a prerrogativa do sindicato de representar, perante as autoridades administrativas e judiciárias, os interesses da categoria ou os interesses individuais dos associados relativos à atividade ou profissão exercida. Uma das funções precípuas do sindicato é a de representar a categoria.

Assim, elevou-se a dispositivo constitucional a regra retromencionada, que se encontra no inciso III do art. 8.° da Constituição.

Alguns autores chegaram a afirmar que se trataria de hipótese de substituição processual essa declinada no inciso III do art. 8.° da Lei Maior. Entretanto, a substituição processual é uma legitimação extraordinária conferida pela lei ao sindicato, que não se confunde com a legitimação ordinária, de representar a categoria, que é o que se encontra no dispositivo constitucional. As hipóteses de substituição processual encontram-se no § 2.° do art. 195 da CLT (En. 271 do TST), no parágrafo único, do art. 872 da CLT, no art. 3.° da Lei n.° 8.073/90. Nesse sentido, o inciso I do Enunciado 310 do TST deixou claro que a hipótese observada no inciso III do art. 8.° da Lei Fundamental não é de substituição processual.

19.2 Função negocial

A função negocial do sindicato é a que se observa na prática das convenções e acordos coletivos de trabalho. O sindicato participa das

negociações coletivas que irão culminar com a concretização de normas coletivas (acordos ou convenções coletivas de trabalho), a serem aplicadas à categoria. É melhor que as próprias partes resolvam seus conflitos, mediante concessões recíprocas, por meio de negociação. Concretizada a negociação, são feitas as cláusulas que irão estar contidas nas convenções ou acordos coletivos, estabelecendo normas e condições de trabalho.

A Constituição prestigia a função negocial do sindicato ao reconhecer as convenções e acordos coletivos de trabalho (art. 7.°, XXVI), além de certos direitos somente poderem ser modificados por negociação coletiva (art. 7.°, VI, XIII, XIV). É também obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas (art. 8.°, VI, da CF). A alínea b do art. 513 da CLT declara que é prerrogativa do sindicato celebrar convenções coletivas de trabalho, o que se nota também no art. 611. Os acordos coletivos são celebrados pelo sindicato profissional com uma ou mais empresas (§ 1.° do art. 611 da CLT).

19.3 Função econômica

Nos Estados Unidos, por exemplo, o sindicato pode exercer atividade econômica, tanto que os grandes sindicatos são acionistas de empresas, financiam campanhas presidenciais etc. A DGB, central sindical da Alemanha, possui o controle de importante banco daquele país.

O art. 564 da CLT veda, entretanto, ao sindicato, direta ou indiretamente, o exercício de atividade econômica. Entendemos que o referido artigo permanece em vigor com a Constituição de 1988, pois é vedada a interferência do Poder Executivo no sindicato, e não da lei, ao impedir o exercício de atividade econômica, que não é a finalidade do sindicato, mas representar a categoria, negociar para que sejam feitas normas coletivas etc.

19.4 Função política

O sindicato não deveria fazer política partidária, nem se dedicar à política, visto que esta é prerrogativa dos partidos políticos. O sindicato deve representar a categoria, participar das negociações coletivas, firmar normas coletivas, prestar assistência aos associados, mas não exercer atividade política, o que desvirtua suas finalidades. O art. 521, d, da CLT mostra a proibição de o sindicato exercer qualquer das atividades não compreendidas nas finalidades elencadas no art. 511 da CLT, especialmente as de caráter político-partidário.

Essa orientação permanece em vigor em face da Constituição de 1988, pois não é finalidade do sindicato exercer função política, nem há interferência do Poder Executivo no sindicato.

19.5 Função assistencial

Várias são as funções assistenciais do sindicato.

A alínea b do art. 514 da CLT mostra que é dever do sindicato manter assistência judiciária aos associados, independentemente do salário que percebam. O art. 14 da Lei n.° 5.584/70 determina que a assistência judiciária em juízo seja prestada pelo sindicato àqueles que não tenham condições de ingressar com ação, sendo devida a todo aquele que perceber salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal, ficando assegurado igual benefício ao trabalhador que tiver salário superior, desde que comprove que sua situação econômica não lhe permite demandar sem prejuízo do sustento próprio ou da família. Essa assistência será prestada ainda que o trabalhador não seja sócio do sindicato (art. 18 da Lei n.° 5.584/70).

A alínea d do art. 514 da CLT especifica que, sempre que possível, e de acordo com suas possibilidades, deverá o sindicato manter em seu quadro de pessoal, em convênio com entidades assistenciais ou por conta própria, um assistente social com as atribuições específicas de promover a cooperação operacional na empresa e a integração profissional na classe.

Os sindicatos de empregados terão o dever de promover a fundação de cooperativas de consumo e de crédito e de fundar e manter escolas de alfabetização e pré-vocacionais (parágrafo único do art. 514 da CLT).

A assistência nas rescisões dos empregados com mais de um ano de emprego (art. 477 da CLT) e dos empregados estáveis demissionários (art. 500 da CLT) é prestada pelo sindicato.

O art. 592 da CLT revela que a receita da contribuição sindical será aplicada em assistência técnica, jurídica, médica, dentária, hospitalar, farmacêutica, à maternidade, em creches, colônias de férias, educação, formação profissional etc. A assistência judiciária é prestada pelo sindicato a toda pessoa que ganhe até dois salários mínimos e também aos que percebam maior salário e não possam ajuizar ação sem prejuízo de seu sustento ou de sua família (art. 14 e seu § 1.° da Lei n.° 5.584/70).

20. RECEITAS DO SINDICATO

Tem o sindicato como receitas não só a contribuição sindical (art. 8.°, IV, da CF c/c arts. 578 a 610 da CLT), mas a contribuição confederativa (art. 8.°, IV, da CF), a contribuição assistencial (art. 513, e, da CLT) e a mensalidade dos sócios do sindicato (art. 548, b, da CLT).

O sindicato possui, ainda, outras receitas, de acordo com o art. 548 da CLT, como os bens e valores adquiridos e as rendas produzidas por aqueles (alínea c); as doações e legados (alínea d) e as multas e outras rendas eventuais (alínea e).

Não poderá, entretanto, o sindicato cobrar uma espécie de jóia com caráter impeditivo para o ingresso de novos membros, pois atenta contra a liberdade sindical, salvo em relação a um valor para custear a emissão de carteira sindical e outras pequenas despesas.

Vamos analisar as quatro principais fontes de renda do sindicato, separadamente.

20.1 Contribuição sindical

A contribuição prevista em lei (parte final do inciso IV do art. 8.° da CF) é a sindical, disciplinada nos arts. 578 a 610 da CLT.

20.1.1 História

O imposto sindical foi instituído com a Constituição de 1937, pois se conferia aos sindicatos, no exercício de função delegada do Poder Público, a possibilidade de impor contribuições, mesmo que não fossem os contribuintes seus sócios, bastando pertencer à categoria profissional ou econômica (art. 138).

O Decreto-lei n.° 1.402/39, em seu art. 3.°, regulamentou essa possibilidade de o sindicato impor contribuições "a todos aqueles que participam das profissões ou categorias representadas" (alínea f), que posteriormente passou a ser a alínea e do art. 513 da CLT. O art. 35 determinava que "os empregadores ficam obrigados a descontar na folha de pagamento dos seus empregados as contribuições por estes devidas ao sindicato". O art. 38 discriminava como seria a constituição do patrimônio dos sindicatos, prevendo "as contribuições dos que participarem da profissão ou categoria, nos termos da

alínea f do art. 3.°" (letra a) e "as contribuições dos associados, na forma estabelecida nos estatutos ou pelas assembléias gerais" (letra b), que posteriormente passaram a ser, respectivamente, as alíneas a e b do art. 548 da CLT, com pequenas alterações. O parágrafo único do mesmo artigo rezava que "o modo da determinação da taxa das contribuições a que se refere a alínea a, bem como o processo de pagamento e cobrança destas contribuições e de organização das listas dos contribuintes serão estabelecidos em regulamento especial".

Com o Decreto-lei n.° 2.377/40 é que efetivamente o sindicato passou a ter exigência pecuniária, já denominada de "imposto sindical", "devido por todos aqueles que participem de uma determinada categoria econômica ou profissional em favor da associação profissional legalmente reconhecida como sindicato representativo da mesma categoria" (art. 2.°).

Seria pago de uma só vez, anualmente (art. 3.°). O empregado recolhia o imposto sindical sobre a importância correspondente a um dia de trabalho; os empregadores o saldavam numa importância fixa calculada sobre o capital social. Foram fixados seus valores e épocas de pagamento. O citado Decreto-lei regulava. assim, praticamente todas as disposições relativas ao chamado imposto sindical. O Decreto-lei n.° 4.298/42, regulou o recolhimento do imposto sindical, sua aplicação (v. g., assistência médica, judiciária etc.) e fiscalização, instituindo a Comissão do Imposto Sindical (art. 10) e o Fundo Social Sindical (arts. 5.° e 6.°), passando o Estado a participar da aplicação da contribuição sindical.

A CLT reuniu, sistematicamente, as disposições dos Decretos-leis n.°s 1.402/39, 2.377/40, 4.298/42, quanto à exigência de contribuições pelo sindicato. A alínea e do art. 513 da CLT menciona a prerrogativa do sindicato de "impor contribuições a todos aqueles que participam das categorias econômicas ou profissionais ou das profissões liberais representadas", dando respaldo à exigência da contribuição assistencial, que é a fixada em normas coletivas. O art. 548 da CLT estabelece que constituem patrimônio das associações sindicais "as contribuições devidas aos sindicatos pelos que participem das categorias econômicas ou profissionais ou das profissões liberais representadas pelas referidas entidades, sob a denominação de contribuição sindical" (alínea a); "as contribuições dos associados, na forma estabelecida nos estatutos ou pelas Assembléias Gerais" (alínea b), que dá respaldo à exigência da mensalidade sindical ou contribuição associativa. Os arts. 578 a 610 da CLT versaram de maneira sistematizada sobre a contribuição sindical.

Não tratou a Constituição de 1946 expressamente de contribuições sindicais, porém não vedou a cobrança de contribuições por parte do sindicato, mesmo porque este continuava a exercer função delegada de poder público (art. 159). Isso quer dizer que recepcionou as regras da CLT a respeito da exigência de contribuições pelo sindicato.

Em 21-9-62, a Lei n.° 4.140 modificou o art. 580 da CLT e seus parágrafos, alterando os porcentuais e a forma de cálculo do imposto sindical devido pelos trabalhadores autônomos, profissionais liberais e empregadores.

O imposto sindical na área rural foi criado pela Lei n.° 4.214, de 2-3-63 (Estatuto do Trabalhador Rural), conforme seu art. 135, devendo respeitar as normas previstas na CLT.

Acrescentou o Decreto-lei n.° 27, de 14-11-66, o art. 217 à Lei n.° 5.172, de 25-10-66, especificando que "as disposições desta Lei (...) não excluem a incidência e a exigibilidade: I - da 'contribuição sindical', denominação que passa a ter o Imposto Sindical de que tratam os arts. 578 e ss da Consolidação das Leis do Trabalho".

Assim, mudou-se apenas o nomem juris da exação, que antigamente era o imposto sindical, passando a chamar-se contribuição sindical. Na verdade, o

imposto sindical sempre teve característica de contribuição, pois tinha um destino específico: o interesse da categoria profissional e econômica. O CTN apenas colocou o instituto em seu devido lugar.

Pág. 648

O Decreto-lei n.° 229, de 28-2-67, faz a devida adaptação na CLT da denominação imposto sindical para contribuição sindical. O Fundo Social Sindical muda de nome para Conta de Emprego e Salário.

O § 1.° do art. 159 da Constituição de 1967 estabeleceu que, "entre as funções delegadas a que se refere este artigo, compreende-se a de arrecadar, na forma da lei, contribuições para o custeio de atividade dos órgãos sindicais e profissionais e para a execução de programas de interesse das categorias por eles representadas".

Persistia, portanto, a exigência da contribuição sindical. A primeira modificação verificada no texto constitucional consiste no fato de o sindicato passar a arrecadar as contribuições previstas em lei, deixando de impor contribuições. Desse modo, ainda havia necessidade de lei determinando as contribuições sindicais, para que o sindicato pudesse arrecadá-las.

O § 1.° do art. 166 da EC n.° 1, de 1969, repetiu a mesma redação do § 1.° do art. 159 da Carta Magna de 1967. A EC n.° 8, de 14-4-77, acrescentou o inciso X ao art. 43, explicitando que cabia ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, dispor sobre contribuições sociais para custear os encargos previstos, entre outros, no § 1.° do art. 166. Assim, a Constituição delegava competência para o sindicato arrecadar as contribuições que lhe eram pertinentes, porém não para legislar sobre contribuições, o que continuava na competência da União.

Estabeleceu o Decreto-lei n.° 1.166, de 15-4-71, regras para a contribuição sindical em relação aos empregadores e trabalhadores rurais. A citada norma teve por objetivo regular a contribuição sindical dos empregadores e trabalhadores rurais, pois os produtores agrícolas muitas vezes não se organizavam sob a forma de empresa, não possuindo, portanto, capital social. Se o produtor rural tem sua atividade organizada sob a forma de empresa, a contribuição sindical é devida sobre o capital social. A arrecadação e cobrança são feitas por meio do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (Incra), ficando este com 15% das importâncias arrecadadas "em pagamento dos serviços e reembolso de despesas relativas aos encargos" de lançamento e cobrança (art. 4.° e parágrafos). A contribuição sindical da categoria profissional será calculada à base "de um dia de salário mínimo regional, pelo número máximo de assalariados que trabalhem nas épocas de maiores serviços, conforme declarado no cadastramento do imóvel" (§ 2.° do art. 4.°).

O art. 5.° determina que a contribuição sindical rural será paga juntamente com o imposto territorial rural do imóvel a que se referir.

O inciso IV do art. 8.° da Constituição de 1988 outorgou competência à assembléia geral do sindicato para fixar a contribuição confederativa, "independentemente da contribuição prevista em lei", que é a sindical. O § 2.° do art. 10 do ADCT determinou que, "até ulterior disposição legal, a cobrança das contribuições para o custeio das atividades dos sindicatos rurais será feita juntamente com a do imposto territorial rural, pelo mesmo órgão arrecadador".

Pretendeu-se extinguir a contribuição sindical por meio das Medidas Provisórias n.°s 236, 258 e 275/90, que não foram convertidas em lei. O Congresso Nacional apresentou um Projeto de Lei de Conversão, de n.° 58/90, estabelecendo a extinção gradativa da contribuição em comentário, em cinco anos. Esse projeto de lei foi aprovado pelo Congresso Nacional, porém foi vetado pelo Presidente da República, estando ainda em vigor os arts. 578 a 610 da CLT.

Pág. 649

20.1.2 Natureza jurídica

A atual contribuição sindical é o antigo imposto sindical. Como imposto, tinha natureza tributária, como espécie do gênero tributo.

O Decreto-lei n.° 27, de 14-11-66, acrescentou o art. 217 ao Código Tributário Nacional, mudando a nomenclatura do imposto sindical. Este passou a chamar-se contribuição sindical, mas a mudança em sua nomenclatura não mudou sua natureza jurídica de tributo, pois o que importa é seu fato gerador, nos termos do art. 4.° do CTN.

A natureza jurídica da contribuição sindical é tributária, pois se encaixa na orientação do art. 149 da Constituição, como uma contribuição de interesse das categorias econômicas e profissionais.

A contribuição sindical também se encaixa na definição de tributo contida no art. 3.° do CTN. É uma prestação pecuniária, exigida em moeda. É compulsória, pois independe da vontade da pessoa em contribuir. O art. 545 da CLT mostra que o desconto da contribuição sindical pelo empregador independe da vontade do empregado. Não se constitui em sanção de ato ilícito. É instituída em lei (arts. 578 a 610 da CLT) e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada, que é o lançamento, feito pelo fiscal do trabalho (art. 606 e seu § 1.° da CLT). Logo, sua natureza é tributária.

20.1.3 Distinção

A contribuição sindical, prevista em lei, não se confunde com a contribuição confederativa, prevista no inciso IV do art. 8.° da Constituição, pois esta última visa apenas ao custeio do sistema confederativo, sendo fixada pela assembléia geral. A contribuição sindical tem natureza jurídica tributária, fixada em lei, sendo, portanto, compulsória, independendo da vontade dos contribuintes de pagarem ou não o referido tributo, ou de a ele se oporem, enquanto a outra, em nosso modo de ver, é facultativa.

Como se observa, o constituinte pretendeu manter duas contribuições no inciso IV do art. 8.°. Uma, que é prevista em lei, denominada contribuição sindical, e a outra fixada pela assembléia geral do sindicato (contribuição confederativa).

20.1.4 Generalidades

Corresponde a contribuição sindical a um dia de trabalho para os empregados (inc. I do art. 580 da CLT); calculada sobre o capital da empresa, para os empregadores (inc. III do art. 580 da CLT); e para os trabalhadores autônomos e profissionais liberais toma-se por base um porcentual fixo (inc. II do art. 580 da CLT).

Fica recepcionado pela Constituição o art. 545 da CLT, ao mencionar que os descontos de contribuições podem ser feitos, desde que autorizados pelos empregados, salvo em relação à contribuição sindical, que é compulsória e independe da vontade do obreiro de contribuir.

Logo, o desconto da contribuição sindical em folha de pagamento não está sujeito à anuência dos trabalhadores.

Pagarão a contribuição todos aqueles pertencentes à categoria, independentemente de serem sindicalizados, por se tratar de prestação compulsória, que independe da vontade dos contribuintes - daí sua natureza tributária.

Em se tratando de agentes ou trabalhadores autônomos e de profissionais liberais, organizados em firma ou empresa, com capital social registrado, o recolhimento da contribuição sindical será feito de acordo com as tabelas fixadas para as empresas.

As entidades ou instituições que não estejam obrigadas ao registro de capital social considerarão como capital, para efeito do cálculo, o valor resultante da aplicação do porcentual de 40% sobre o movimento econômico registrado no exercício imediatamente anterior (§ 5.° do art. 580 da CLT). Não estão compreendidas nessa regra as entidades ou instituições que comprovarem não exercer atividade econômica com fins lucrativos (§ 6.° do art. 580 da CLT).

As empresas deverão atribuir parte do respectivo capital a suas sucursais, filiais ou agências, desde que localizadas fora da base territorial da entidade sindical representativa da atividade econômica do estabelecimento principal, na proporção das correspondentes operações econômicas (art. 581 da CLT). Se os estabelecimentos estão situados numa mesma base territorial, é desnecessário observar a proporcionalidade, pois o recolhimento será feito pelo estabelecimento principal.

A filial paralisada, que não tem movimento econômico, mas que não tenha sido encerrada, recolherá o porcentual mínimo.

Tendo a empresa diversas atividades econômicas, sem que nenhuma delas seja preponderante, cada uma dessas atividades será incorporada à respectiva categoria econômica, sendo a contribuição sindical devida à entidade sindical representativa da mesma categoria, procedendo-se, em relação às correspondentes sucursais, agências ou filiais, da mesma forma.

Vamos considerar como atividade preponderante a que caracterizar a unidade de produto, operação ou objetivo final, para cuja obtenção todas as demais atividades convirjam, exclusivamente, em regime de conexão funcional (§ 2.° do art. 581 da CLT).

Em relação ao grupo de empresas, cada uma delas recolherá a contribuição sindical de acordo com sua atividade preponderante e não em função da atividade preponderante do grupo. O empregado recolherá a contribuição sindical para o sindicato profissional pertinente à atividade preponderante da empresa em que estiver registrado.

José Serson (1992:241) afirma que os condomínios residenciais pagam o valor mínimo da contribuição sindical.

O STF entendeu que a contribuição sindical pode ser cobrada dos servidores públicos, pois foi recebido pela Constituição o art. 578 da CLT (Ac. STF, Rec. em MS 21.758-1, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU I de 4-11-94, p. 29.831). Entretanto, o art. 578 da CLT trata apenas de funcionários privados e não públicos. O inciso IV do art. 8.° da Constituição também diz respeito, apenas, aos funcionários do setor privado e não público, pois o § 2.° do art. 39 da Lei Maior não faz remissão ao art. 8.° da Constituição. Haveria necessidade, portanto, de lei própria. Sem lei, não poderia ser exigida a contribuição sindical de funcionários públicos, salvo dos empregados públicos que são regidos pela CLT.

O mesmo acórdão dá a entender que se aplicam aos servidores públicos civis o modelo estabelecido no art. 8.° da Constituição.

20.1.5 Prazos de pagamento

Os empregadores são obrigados a descontar, da folha de pagamento de seus empregados relativa ao mês de março de cada ano, a contribuição sindical devida aos sindicatos profissionais. Os empregados contribuem com um dia de trabalho equivalente a uma jornada normal de trabalho, se o pagamento ao empregador for

feito por unidade de tempo; ou a 1/30 da quantia percebida no mês anterior, se a remuneração for paga por tarefa, empreitada ou comissão. Quando o salário for pago em utilidades, ou nos casos em que o empregado receba, habitualmente, gorjetas, a contribuição sindical corresponderá a 1/30 da importância que tiver servido de base, no mês de janeiro, para a contribuição do empregado à Previdência Social. Se a contribuição sindical for calculada sobre a jornada normal de trabalho de um dia, a referida exação não incide sobre horas extras.

O recolhimento da contribuição sindical pertinente aos empregados e trabalhadores avulsos será efetuado no mês de abril de cada ano, e o relativo aos agentes ou trabalhadores autônomos realizar-se-á em fevereiro.

Os empregados que são admitidos em janeiro e fevereiro terão o desconto da contribuição normalmente no mês de março, que é o mês destinado ao desconto, com o recolhimento em abril. Se o empregado é admitido em março, há necessidade de se verificar se já não houve o desconto da contribuição sindical na empresa anterior (art. 601 da CLT). O empregado não paga novamente a contribuição sindical se já pagou na empresa anterior. O mesmo se observará em relação aos empregados admitidos após o mês de março.

Se o empregado não estiver trabalhando no mês de março, por motivo de acidente do trabalho ou doença, o desconto será feito no primeiro mês subseqüente ao do retorno do trabalhador (art. 602 da CLT). O recolhimento será feito no mês imediatamente posterior.

Os profissionais liberais poderão optar pelo pagamento da contribuição sindical unicamente à entidade sindical representativa da respectiva profissão. Para isso é preciso que exerçam, efetivamente, na firma ou empresa, a profissão e como tal sejam nela registrados (art. 585 da CLT). Se a pessoa, por exemplo, é contadora, mas não exerce essa função na empresa, não poderá socorrer-se dessa faculdade. Provado que o empregado já recolhe a contribuição a seu órgão de classe, o empregador deixará de efetuar, no salário do contribuinte, o desconto da contribuição sindical. A Lei n.° 8.906/94 exclui do pagamento da contribuição sindical os advogados inscritos, pois estes já pagam a contribuição anual à OAB (art. 47).

Há entendimento administrativo de que, se o profissional liberal exerce sua profissão e, ao mesmo tempo, ocupa emprego que não é da profissão liberal, fica sujeito a múltipla contribuição sindical, correspondente a cada profissão exercida. (Proc. MTB 5.903/84, Rela. Déborah Monteiro Rodrigues, DOU de 10-10-84, p. 14.789.)

Pertencendo o obreiro à categoria diferenciada, deve o desconto da contribuição ser feito e recolhido para essa categoria e não para a categoria predominante da empresa.

Deverão as empresas recolher sua contribuição sindical no mês de janeiro de cada ano. As empresas que forem constituídas após o mês de janeiro deverão recolher a contribuição na ocasião em que requererem o início de suas atividades na repartição de registro competente (art. 587 da CLT). Havendo aumento de capital após o mês de janeiro, não é necessário recolhimento complementar.

As filiais constituídas após janeiro não precisarão recolher a contribuição sindical, pois a empresa já pagou a mesma contribuição sobre o total de seu capital social. A filial inativa fora da sede da matriz, que não houver sido fechada, estando com suas atividades paralisadas, deve recolher a contribuição sindical.

A contribuição sindical deverá ser recolhida na CEF, Banco do Brasil, ou outro estabelecimento bancário integrante do sistema de arrecadação de tributos federais (art. 586 da CLT).

Do recolhimento da contribuição sindical há necessidade de sua repartição entre as entidades que compõem o sistema confederativo: (a) 5% irão para a

confederação correspondente; (b) 15% serão carreados para a federação; (c) 60% destinar-se-ão ao sindicato respectivo. Discutível é o porcentual de 20% destinado à Conta Especial de Emprego e Salário, pois se é vedada a interferência e intervenção do sindicato pelo Poder Executivo, não mais poderia existir a referida destinação. Entretanto, se a contribuição sindical é tributo, uma parte dela pode ser destinada ao Estado, como ocorre no caso presente.

Inexistindo confederação, seu porcentual caberá à federação representativa do grupo. Na falta de federação, o porcentual a ela destinado caberá à confederação correspondente à mesma categoria profissional ou econômica. Inexistindo sindicato: o porcentual do sindicato será creditado à federação correspondente à mesma categoria econômica ou profissional; os porcentuais da federação e da confederação caberão a esta última.

Feitos o desconto e o recolhimento da contribuição do empregado pelo empregador, este deverá anotar em sua CTPS o valor da contribuição, o sindicato da categoria e a data do desconto.

20.1.6 Aplicação da contribuição sindical

Tem por objetivo a contribuição sindical o seguinte:

I - em se tratando de sindicatos de empregados e de agentes autônomos: (a) assistência técnica e jurídica; (b) assistência médica, dentária, hospitalar e farmacêutica; (c) realização de estudos econômicos e financeiros; (d) agências de colocação; (e) cooperativa; (f) bibliotecas; (g) creches; (h) congressos e conferências; (i) medidas de divulgação comercial e industrial no país e no estrangeiro, bem como outras tendentes a incentivar e aperfeiçoar a produção nacional; (j) feiras e exposições; (l) prevenção de acidentes do trabalho; (m) finalidades desportivas;

II - quanto aos sindicatos de empregados: (a) assistência jurídica; (b) assistência médica, dentária, hospitalar e farmacêutica; (c) assistência à maternidade; (d) agências de colocação; (e) cooperativas; (f) bibliotecas; (g) creches; (h) congressos e conferências; (i) auxílio-funeral; (j) colônias de férias e centros de recreação; (l) prevenção contra acidentes do trabalho; (m) finalidades desportivas e sociais; (n) educação e formação profissional; (o) bolsas de estudo;

III - quanto aos sindicatos de profissionais liberais: (a) assistência jurídica; (b) assistência médica, dentária, hospitalar e farmacêutica; (c) assistência à maternidade; (d) bolsas de estudo; (e) cooperativas; (f) bibliotecas; (g) creches; (h) congressos e conferências; (i) auxílio-funeral; (j) colônia de férias e centros de recreação; (l) estudos técnicos e científicos; (m) finalidades desportivas e sociais; (n) educação e formação profissional; (o) prêmios por trabalhos técnicos e científicos;

IV - quanto aos sindicatos de trabalhadores autônomos: (a) assistência técnica e jurídica; (b) assistência médica, dentária, hospitalar e farmacêutica; (c) assistência à maternidade; (d) bolsas de estudo; (e) cooperativas; (f) bibliotecas; (g) creches; (h) congressos e conferências; (i) auxílio-funeral; (j) colônias de férias e centros de recreação; (l) educação e formação profissional; (m) finalidades desportivas e sociais (art. 592 da CLT).

As porcentagens atribuídas às entidades sindicais de grau superior serão aplicadas de conformidade com o que dispuserem os respectivos conselhos de representantes (art. 593 da CLT).

20.1.7 Atraso no pagamento

O atraso no pagamento sujeita a empresa a juros de 1% ao mês ou fração de mês, correção monetária e multa. A multa será de 10% para o primeiro mês de atraso, acrescida do porcentual de 2% por mês de atraso subseqüente ou fração de mês (art. 600 da CLT). O montante das cominações reverterá sucessivamente ao sindicato respectivo; à federação respectiva, na ausência de sindicato; à confederação respectiva, inexistindo federação.

Os profissionais liberais ficarão suspensos do exercício profissional enquanto não pagarem a referida contribuição.

Os empregadores deverão comprovar o recolhimento da contribuição sindical à categoria econômica ou profissional respectiva no prazo de 15 dias a contar da data de recolhimento, mediante remessa de cópia da guia de recolhimento autenticada, juntamente com a relação nominal de empregados que sofreram o desconto.

20.1.8 Prescrição

Às entidades sindicais cabe, em caso de falta de pagamento da contribuição sindical, promover a respectiva cobrança judicial, mediante ação executiva, valendo como título de dívida a certidão expedida pelas autoridades regionais do Ministério do Trabalho. Competem à Justiça Comum o processo e o julgamento de cobrança de contribuição sindical (Súm. 87 do TFR). Da certidão deverão constar a individualização do contribuinte, a indicação do débito e a designação da entidade a favor da qual é recolhida a importância da contribuição sindical, de acordo com o respectivo enquadramento sindical.

Constituído o crédito tributário da contribuição sindical no prazo decadencial de cinco anos, o sindicato terá cinco anos para ajuizar a ação de cobrança da contribuição sindical, por ter esta natureza jurídica de tributo, nos termos do art. 174 do CTN.

Foi recepcionado pela Constituição de 1988 o art. 606 da CLT que indica que a contribuição sindical, para ser cobrada judicialmente, necessita de que o Ministério do Trabalho a inscreva como título de dívida, mediante certidão expedida pela referida autoridade, em que o contribuinte é individualizado, indicando-se o débito e designando-se a entidade a favor da qual é recolhida a importância da contribuição sindical, de acordo com o respectivo enquadramento sindical (§ 1.° do art. 606 da CLT). O § 2.° do art. 606 da CLT demonstra que a cobrança judicial da dívida da contribuição sindical tem os mesmos privilégios gozados pela Fazenda Pública, nos termos da Lei n.° 6.830/80, com a única exceção de que não há foro especial para a cobrança da dívida, como ocorre em relação àquela entidade.

20.2 Contribuição confederativa

20.2.1 Introdução

Prescreve o inciso IV do art. 8.° da Constituição que "a assembléia geral fixará a contribuição que, em se tratando de categoria profissional, será descontada em folha, para custeio do sistema confederativo da representação sindical respectiva, independentemente da contribuição prevista em lei".

O exame do inciso V do art. 8.° do Estatuto Supremo revela que o legislador constituinte pretendia manter a contribuição sindical, embora tal exação seja resquício do corporativismo de Getúlio Vargas.

A contribuição confederativa constitui-se numa nova modalidade de fonte de receita das associações sindicais, inovação essa introduzida pela Constituição de 1988. Pretendia o constituinte dar respaldo constitucional à cobrança da

contribuição assistencial, extinguindo a contribuição sindical, que é manifestamente incompatível com a liberdade sindical. Mencionava o Projeto da Comissão de Ordem Social (art. 6.°, I) que a assembléia sindical iria "fixar a contribuição da categoria, descontada em folha, para o custeio das atividades da entidade". O substitutivo do relator da Comissão de Sistematização (art. 9.°, § 4.°) rezava: "a assembléia geral fixará a contribuição da categoria que, se profissional, será descontada em folha, para custeio do sistema confederativo de sua representação sindical". Foi este o texto aprovado pela Comissão de Sistematização (art. 10, § 4.°). Em função das emendas apresentadas ao plenário do primeiro turno de votação da Constituinte, acrescentou-se a expressão: "independentemente da contribuição prevista em lei", consistindo na atual redação do inciso IV do art. 8.° da Constituição. Como havia interesses de certos grupos na manutenção da contribuição sindical, foi utilizada a expressão "independentemente da contribuição prevista em lei" para ressalvá-la, em troca da supressão da estabilidade no emprego, com a redação ofertada ao inciso I do art. 7.° da Constituição, prevendo apenas que lei complementar estabeleceria uma indenização compensatória pela despedida arbitrária ou sem justa causa.

Alguns autores confundem a contribuição confederativa com a contribuição assistencial. A contribuição assistencial encontra respaldo na alínea e do art. 513 da CLT. Entendemos que a natureza jurídica das duas contribuições é distinta: a contribuição confederativa serve para custear o sistema confederativo da representação sindical patronal ou profissional; já a contribuição assistencial é encontrada nas sentenças normativas, acordos e convenções coletivas, visando custear as atividades assistenciais do sindicato, principalmente pelo fato de o sindicato ter participado das negociações para obtenção de novas normas para a categoria. Dessa forma, ambas as contribuições são cumuláveis, pois distintas suas destinações e objetivos.

20.2.2 Natureza jurídica

Certamente, a natureza jurídica da contribuição confederativa não é tributária, mesmo porque a referida contribuição não foi instituída por lei. Não há atividade administrativa plenamente vinculada para sua cobrança, por meio do lançamento, porque o Estado não se imiscui na arrecadação da mencionada contribuição, nem poderia, pelo comando inserto no inciso I do art. 8.° da Constituição, que veda a interferência do Poder Público no sindicato. Logo, não está elencada a contribuição confederativa nas determinações do art. 3.° do CTN, que define tributo.

Não se enquadra a contribuição em comentário na definição do art. 149 da Constituição, pois não é a União que irá instituí-la, mas a assembléia geral do sindicato. De outro modo, o inciso IV do art. 8.° da Constituição não está incluído no capítulo da Lei Maior que versa sobre o sistema tributário nacional, porém no capítulo que trata dos direitos sociais. Verifica-se, assim, que a contribuição confederativa não será instituída pela União, não sendo, portanto, uma contribuição social, espécie do gênero tributo. O STF já entendeu que a contribuição confederativa não tem natureza tributária. (STF, 2.ª T., RE 198.092-3-SP, j. 27-8-96, Rel. Min. Carlos Mário Velloso, DJU 16-10-96, p. 38.509.)

A contribuição confederativa é uma obrigação consensual, em razão de depender da vontade da pessoa que irá contribuir, inclusive participando da assembléia geral na qual ela será fixada, pois é a assembléia que irá fixar o quantum da contribuição. A assembléia detém soberania, nos termos do estatuto do sindicato, porém, apenas em relação aos associados. Logo, a contribuição confederativa não é compulsória, com o que ninguém poderia se opor a sua cobrança, mas facultativa, pois só vincula os associados.

Trata-se de uma contribuição de cunho privado, exigida pelo sindicato, de acordo com sua autonomia sindical, para o custeio do sistema confederativo, tendo como credores o sindicato da categoria profissional ou econômica, e como devedores os empregados ou empregadores. Na verdade, o sindicato não detém soberania, que é inerente ao Estado (art. 1.°, I, da CF) e exercida pelo povo por meio do voto (art. 14 da CF), mas autonomia sindical, que é coisa completamente diversa, pois o sindicato não tem o poder impositivo decorrente da soberania. O exercício da autonomia sindical é decorrente também da lei, que irá fixar seus contornos básicos, vedadas apenas a interferência e intervenção do Poder Executivo no sindicato (art. 8.°, I, da CF).

A contribuição confederativa é, por conseguinte, uma obrigação facultativa. De acordo com as disposições da Constituição, não é uma norma cogente, pois não há sanção para a ocorrência do inadimplemento de seu pagamento.

20.2.3 Necessidade de lei

Deve ser a contribuição confederativa determinada por lei, não podendo ser exigida apenas pela fixação do quantum na assembléia sindical. O próprio inciso II do art. 5.° da Lei Maior reza que "ninguém é obrigado a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei". Daí a necessidade de uma norma legal para a exigência da contribuição confederativa. O fato de o inciso IV do art. 8.° da Constituição não mencionar que a contribuição deve ser cobrada "nos termos da lei", "na forma da lei" ou "de acordo com os critérios definidos em lei" não quer dizer que tal dispositivo seja auto-aplicável, pois não possui os elementos mínimos e indispensáveis para sua cobrança. Verificamos que o art. 7.° da Lei Fundamental estabelece direitos aos trabalhadores urbanos e rurais, porém o seguro-desemprego (inc. II) e o FGTS (inc. III) não são direitos que poderiam ser exigidos de imediato (caso não houvesse lei ordinária tratando do tema), apesar de não haver qualquer expressão adicionada nos referidos incisos, como "nos termos da lei", sendo necessária lei ordinária para estabelecer as regras gerais a serem aplicadas aos referidos incisos.

Não se diga que o § 1.° do art. 5.° da Lei Fundamental, ao mencionar que "as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata", autorizaria a cobrança imediata da contribuição confederativa com base na decisão da assembléia geral, argumentando-se que o inciso IV do art. 8.° da Lei Magna seria auto-aplicável, quando, na verdade, tal preceito não é uma norma bastante em si. Outros direitos são previstos no art. 7.° da Constituição, contudo não têm aplicabilidade imediata, como o piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho (inc. V).

De outro modo, o sindicato não detém soberania, que é inerente ao Estado (art. 1.°, I, da CF), mas apenas autonomia sindical, que é coisa diversa, estando, por conseguinte, adstrito às determinações do que for previsto em lei para a exigência da contribuição confederativa.

Ressalte-se que até mesmo o art. 13 da Lei n.° 8.178/91 estabeleceu que havia necessidade de regulamentação do art. 8.° da Constituição por lei, o que mostra que o inciso IV do art. 8.° da mesma norma não é auto-aplicável.

Na verdade, a Norma Ápice estabeleceu a contribuição confederativa, outorgando competência ao sindicato para cobrá-la; a lei irá instituí-la e a assembléia irá fixar seu montante, de acordo com os ditames da lei. Logo, a obrigação da pessoa de contribuir vai decorrer da determinação da lei. Aplicando-se por analogia a regra de Direito Tributário, temos que a Constituição é que outorga os tributos, mas somente há a possibilidade de exigi-los por meio de lei ordinária. Se a lei ainda não existe, não há a possibilidade da cobrança da contribuição confederativa.

A regra estabelecida no inciso IV do art. 8.° do Estatuto Supremo não tem eficácia plena ou é auto-aplicável, mas, ao contrário, é um comando constitucional de eficácia reduzida ou limitada. Somente quando da edição da lei ordinária é que haverá sua eficácia plena e, então, serão fixados os contornos básicos da referida contribuição e será desenvolvida sua eficácia.

O inciso IV do art. 8.° da Lei Maior apenas determina que a assembléia irá fixar a contribuição, porém somente a lei é que irá traçar os contornos necessários a essa fixação, fornecendo os dados imprescindíveis para a determinação do quantum e demais elementos para que a assembléia geral possa fixá-la, oferecendo, assim, plena normatividade ao referido dispositivo.

O preceito contido no mandamento legal em comentário é bastante genérico e totalmente lacunoso, não fornecendo a plena aplicabilidade, que só existirá com a edição da lei ordinária. Nesse sentido, encontramos os pensamentos de Arnaldo Süssekind (1991:49); Eduardo Gabriel Saad (LTr 65/89); Irany Ferrari (LTr 125/90); Arion Sayão Romita (1993:111); Luiz Mélega (Repertório IOB de Jurisprudência, 22/91, 2/5.683, p. 388).

O sindicato tem o poder de impor contribuições às categorias econômicas e profissionais (art. 513, e, da CLT), porém só poderá exigir a contribuição prevista em lei (contribuição sindical, conforme o art. 580 da CLT) e as contribuições prescritas nas normas coletivas. Outras contribuições poderão ser exigidas, desde que haja previsão legal.

Ao contrário do que ocorria em constituições anteriores, como a de 1937, que atribuía ao sindicato a possibilidade de impor contribuições (art. 138), e a EC n.° 1, de 1969, que esclarecia que o sindicato exercia "funções delegadas de poder público", em que se encontrava a possibilidade de "arrecadar, na forma da lei, contribuições para o custeio da atividade dos órgãos sindicais" (art. 166, § 1.°), hoje o sindicato não mais detém esses poderes, pois nada menciona a atual Norma Magna sobre o assunto.

Veja-se, também, que a EC n.° 1, de 1969, declarava a necessidade da existência de lei para a exigência de contribuições, que não pode ser prescindida mesmo em relação à contribuição confederativa prevista no inciso IV do art. 8.° da Constituição.

Inexistindo lei que disponha sobre a contribuição confederativa, é impossível saber: o quorum das deliberações para a fixação da contribuição; qual o porcentual a ser aplicado, inclusive para o empregador, ou até se em valor fixo; a base de cálculo a ser utilizada, se sobre o capital, para o empregador, ou sobre o salário, horas extras, ou até sobre as gorjetas, aproximando-se do conceito de remuneração, no caso do empregado; a periodicidade do pagamento; a época do pagamento; o porcentual que caberia a federações e confederações do montante arrecadado pelo sindicato, visto que a contribuição é para o custeio do sistema confederativo; a fixação dos limites dos valores a serem cobrados; o desconto no salário do empregado, quando for o caso; o prazo do pagamento e o repasse ao sistema confederativo; a forma da cobrança em relação aos profissionais liberais e aos trabalhadores autônomos.

Nota-se, assim, que o inciso IV do art. 8.° da Constituição, no que diz respeito à contribuição confederativa, não tem aplicabilidade imediata, mas reduzida, no aguardo da lei ordinária para dar-lhe eficácia plena. Não existindo lei, não pode ser a contribuição confederativa cobrada pelos sindicatos, salvo em relação aos associados. O STF entende que a contribuição confederativa prevista no inciso IV do art. 8.° da Constituição é auto-aplicável (STF, 1.° T., RE 191.022-4.SP, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJU I 14-2-97, p. 1.989), sendo compulsória apenas para os filiados ao sindicato (STF, 2.ª T., RE 198.092-3-SP, j. 27-8-96, Rel. Min. Carlos Mário Velloso, DJU I 16-10-96, p. 38.509).

Pág. 658

20.2.4 Objetivo

O objetivo da contribuição confederativa não é o de custear o sistema sindical, mas o confederativo, do qual fazem parte os sindicatos, federações e confederações, não só da categoria profissional, como da categoria econômica.

O fato de o inciso IV do art. 8.° da Constituição prever que, em se tratando de categoria profissional, a contribuição confederativa "será descontada em folha", para o custeio do sistema confederativo da representação sindical dos empregados, não impede - e até mesmo é necessário - que haja também contribuição confederativa para custear o sistema confederativo patronal. Esta não poderá ser descontada em folha, pois os empregadores não têm folha de salário, mas a lei irá determinar um critério para a base de cálculo das categorias econômicas.

A norma legal irá prever quanto caberá a cada um dos participantes do sistema confederativo (sindicato, federação, confederação), podendo até mesmo utilizar um critério parecido com o do art. 589 da CLT, logicamente não se destinando uma parcela da contribuição para a conta especial de emprego e salário, que não mais existe, em função da vedação da intervenção e interferência do Poder Executivo no sindicato (art. 8.°, I, da CF).

20.2.5 Fixação

Quem irá fixar a contribuição confederativa será a assembléia do sindicato. Essa prerrogativa é da assembléia geral do sindicato. Assim, nota-se que a federação e a confederação não poderão fixá-la, pois não têm como órgão a assembléia geral, mas apenas a diretoria, o conselho de representantes e o conselho fiscal (art. 538, b, da CLT).

Só a assembléia geral poderá fixar a contribuição confederativa. Nesse sentido, não poderá a contribuição confederativa ser prevista em sentença normativa, ou convenção ou acordo coletivo. A Justiça do Trabalho, no primeiro caso, não poderá determinar a referida contribuição em cláusula de sentença normativa, pois o § 2.° do art. 114 da Constituição não dá tal competência a esta Justiça especializada para esse fim, visto que se trata de uma questão entre a entidade sindical e seus associados, não dizendo respeito às empresas e seus empregados, estando, portanto, fora do alcance da sentença normativa. (SDC do TST, RO-DC 54.191/92/5, 1.ª R., Rel. Min. Wagner Pimenta, j. 5-5-93, DJU I 21-5-93, p. 9.834.) Não se trata, assim, de conflito coletivo típico. O inciso IV do art. 8.° da Lei Maior é claro no sentido de que será a assembléia que irá fixá-la.

O Poder Judiciário somente intervirá na ocorrência de abuso na fixação da contribuição confederativa pela assembléia, porque "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito" (inc. XXXV do art. 5.° da CF).

Será vedado às assembléias gerais fixar contribuição de 5% para os associados e de 10% para os não associados, visto que o caput do art. 5.° da Lei Fundamental disciplina que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. É de se destacar que o fato de se impor uma contribuição maior para os não associados implica uma maneira compulsória de fazê-los se associar ao sindicato, o que é defeso pelo inciso V do art. 8.° do Estatuto Supremo.

Pág. 659

As centrais sindicais (CUT, USI, CGT etc.) por não integrarem o sistema confederativo, não são beneficiárias da contribuição confederativa, pois são

entidades livremente formadas pelos interessados, ficando à margem do sistema confederativo. No mesmo sentido, os conselhos federais e regionais fiscalizadores do exercício de profissões liberais (OAB, CRC, CRM, CREA etc.) não são beneficiários da contribuição confederativa, eis que são pessoas jurídicas de direito público não pertencentes ao sistema confederativo. Nesses casos, o custeio das atividades dessas entidades deve ser suportado pelos seus filiados e não por meio da contribuição confederativa.

Mais se evidencia a facultatividade da contribuição quando se nota que o sindicato poderia, à primeira vista, fixar uma contribuição entre 0 a 100%. Poderia o sindicato, assim, fixar a contribuição no porcentual de 1%, 2% etc., mas também poderia ter o interesse de não fixar a contribuição, por entender que as receitas que têm lhe são suficientes. Isso mostra que o sindicato tem o poder de fixar a contribuição, por meio da assembléia geral, desde que exista lei para tanto, o que corresponde a uma faculdade: o sindicato pode entender de cobrar a contribuição, como de não exigi-la. Tal fato mostra a facultatividade da cobrança da contribuição e sua não compulsoriedade. Caso houvesse compulsoriedade, o sindicato não poderia deixar de cobrar a referida contribuição, o que inocorre.

20.2.6 Oposição à cobrança

Em nosso entender, há a possibilidade de oposição à cobrança da contribuição confederativa. Da mesma forma pensa o professor Arion Sayão Romita (1993:113).

Com efeito, o inciso IV do art. 8.° da Lei Maior dispõe que a contribuição confederativa "será descontada em folha", em se tratando de categoria profissional, para o custeio do sistema confederativo da representação sindical respectiva. Para alguns, tal preceito é imperativo; contudo, nada se fala em relação à contribuição da categoria econômica, o que demonstraria, então, a falta de imperatividade para cobrança da contribuição confederativa da referida categoria. Esta afirmação não seria verdadeira em face de a categoria econômica também pertencer ao sistema confederativo, mas quando existir a lei determinando a cobrança da citada contribuição da categoria econômica será possível fazê-lo.

O art. 545 da CLT também dispõe que "os empregadores ficam obrigados a descontar na folha de pagamento dos seus empregados" as contribuições devidas ao sindicato. Há necessidade, todavia, de que os obreiros concordem com o desconto, ressalvada a contribuição sindical, que independeria da vontade do operário, por ser compulsória e ter natureza tributária (art. 149 da CF c/c art. 3.° e art. 217, I, do CTN). A jurisprudência interpreta o art. 545 da CLT no sentido de que o trabalhador deveria se opor ao desconto assistencial nos 10 dias anteriores ao primeiro pagamento salarial reajustado, exatamente a orientação jurisprudencial contida no Precedente 74 do TST, em relação à contribuição assistencial prevista em dissídio coletivo. Pode, portanto, o empregado se opor ao desconto da contribuição confederativa, utilizando-se, por analogia, da regra contida no art. 545 da CLT. Assim, os empregadores só ficam obrigados a descontar a contribuição confederativa dos empregados quando por estes expressamente autorizados.

Não permitir que o trabalhador, ou até mesmo o empregador, se oponha ao desconto da contribuição confederativa implicaria a filiação obrigatória daqueles sujeitos ao sindicato, quando o inciso V do art. 8.° da Constituição dispõe que "ninguém será obrigado a filiar-se ou a manter-se filiado a sindicato". Nesse caso, estar-se-ia impondo uma contribuição a uma pessoa que não deseja se associar ao sindicato. Ressalte-se que o associado pode comparecer à assembléia onde será deliberada a cobrança da contribuição, enquanto o não

associado não o poderá, justamente porque não detém a condição de ser associado ao sindicato, não podendo, portanto, manifestar seu ponto de vista.

A contribuição imposta por lei aos integrantes do sindicato viola a Convenção n.° 87 da OIT, visto que implica filiação compulsória ao sindicato, estando ou não os trabalhadores a ele filiados. De outro modo, a cobrança da contribuição confederativa do empregado não sindicalizado atenta ainda mais contra o princípio da livre filiação ao sindicato. Não se pode atribuir a possibilidade de o sindicato cobrar contribuições de quem não está obrigado a cumprir seus estatutos. Os não sócios não estariam obrigados ao pagamento da contribuição confederativa, pois sequer gozam dos benefícios conferidos pela agremiação. Logo, a contribuição confederativa somente pode ser exigida das pessoas que forem sindicalizadas. O STF entendeu que a contribuição confederativa só pode ser exigida dos filiados ao sindicato (STF, RE 189.443-1, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJU I 11-4-97, p. 12.208).

Os associados, entretanto, não podem se opor à cobrança da contribuição, pois estavam ou deveriam estar presentes à assembléia geral quando havia a discussão a respeito da cobrança da contribuição confederativa. Ainda que a cobrança da contribuição seja deliberada por maioria, o associado pode externar seu ponto de vista, sendo que aquele que foi vencido deve acatar a deliberação da maioria.

Há notícias de que muitos sindicatos estão devolvendo a contribuição sindical, em virtude da possibilidade da cobrança da contribuição confederativa e até mesmo não cobrando contribuições assistenciais. O melhor entendimento, porém, é o de que as pessoas poderão livremente se filiar ou não ao sindicato, devendo este subsistir por meio da mensalidade de seus associados, prestando a estes bons serviços, e não por intermédio de contribuições impostas a quem não quer participar daquelas agremiações.

O Precedente 119 do TST esclareceu que "fere o direito à plena liberdade de associação e de sindicalização cláusula constante de acordo, convenção coletiva ou sentença normativa fixando contribuição a ser descontada dos salários dos trabalhadores não filiados a sindicato profissional, sob a denominação de taxa assistencial ou para o custeio do sistema confederativo. A Constituição da República, nos arts. 5.°, inciso XX, e 8.°, assegura ao trabalhador o direito de livre associação e sindicalização".

Sobre contribuição confederativa, vide nosso livro com o mesmo título (São Paulo: LTr, 1996).

20.3 Contribuição assistencial

A contribuição assistencial é também denominada de taxa assistencial, taxa de reversão, contribuição de solidariedade ou desconto assistencial.

Consiste a contribuição assistencial num pagamento feito pela pessoa pertencente à categoria profissional ou econômica ao sindicato da respectiva categoria, em virtude de este ter participado das negociações coletivas, de ter incorrido em custos para esse fim, ou para pagar determinadas despesas assistenciais realizadas pela agremiação.

Alguns autores confundem a contribuição confederativa com a contribuição assistencial. Há até entendimentos no sentido de que a referida contribuição confederativa teria substituído a contribuição assistencial.

Encontra respaldo a contribuição assistencial na alínea e do art. 513 da CLT, enquanto a contribuição confederativa está prevista no inciso IV do art. 8.° da Constituição.

A natureza jurídica das duas contribuições é distinta. A contribuição confederativa serve para custear o sistema confederativo da representação

sindical patronal ou profissional; já a contribuição assistencial é encontrada nas sentenças normativas, acordos e convenções coletivas, visando custear as atividades assistenciais do sindicato, principalmente pelo fato de o sindicato ter participado das negociações para obtenção de novas condições de trabalho para a categoria, e compensar a agremiação com os custos incorridos naquela negociação. Dessa forma, ambas as contribuições são cumuláveis, pois distintos suas destinações e seus objetivos. O objetivo da contribuição assistencial é a cobertura dos serviços assistenciais prestados pelo sindicato, inclusive por ter participado das negociações coletivas ou da propositura do dissídio coletivo, enquanto a contribuição confederativa diz respeito ao custeio do sistema confederativo como um todo. A contribuição assistencial não é dividida entre a federação e a confederação, enquanto a contribuição confederativa irá ser repartida nesse sentido, pois visa ao custeio não do sindicato, mas do sistema confederativo, que compreende o sindicato, a federação e a confederação. Não resulta a contribuição confederativa de acordo, convenção ou sentença normativa, mas das disposições da assembléia geral. A contribuição assistencial geralmente é paga apenas pelos empregados, enquanto a contribuição confederativa será paga não só pelos empregados, mas também pelos empregadores, visando ao custeio do sistema confederativo.

Assim, a contribuição confederativa não absorveu a contribuição assistencial, pois, inclusive, suas finalidades são distintas, podendo ser cobrada cumulativamente com esta última.

Diferencia-se, porém, a contribuição assistencial da contribuição de solidariedade ou taxa de reversão. Estas são devidas apenas pelos não associados que foram beneficiados pelos reajustes previstos na norma coletiva, do dever do não associado de verter cotizações para o sindicato, pois o associado já paga contribuições ao último; enquanto a primeira é devida tanto por associados como por não associados ao sindicato.

A contribuição assistencial não tem natureza tributária, pois não é destinada ao Estado, nem é exercida atividade administrativa plenamente vinculada (art. 3.° do CTN), por meio dos lançamentos visando a sua cobrança.

Pág. 662

É um desconto de natureza convencional, facultativo, estipulado pelas partes e não compulsório, que seria proveniente de lei. A Contribuição assistencial decorre da autonomia da vontade dos contratantes ao pactuarem o desconto pertinente na norma coletiva, embora a referida contribuição também possa ser estabelecida em sentença normativa.

Délio Maranhão entende que, se a contribuição assistencial for autorizada pelo empregado, corresponderá à doação (1978:200). Isso se justifica pelo fato de que a contribuição não tem natureza compulsória, nem o não associado tem obrigação de contribuir, fazendo-o por vontade própria; daí se falar em doação.

A contribuição assistencial é exigida com fundamento na alínea e do art. 513 da CLT, sendo encontrada nas sentenças normativas, acordos e convenções coletivas, visando custear a participação do sindicato nas negociações coletivas para obtenção de novas condições de trabalho para a categoria e também na prestação de assistência jurídica, médica, dentária etc. A fonte, por conseguinte, da contribuição assistencial é a norma coletiva, seja ela o acordo, a convenção coletiva ou a sentença normativa.

Há autores que entendem não haver fundamento legal para a exigência da contribuição assistencial. O art. 548 da CLT seria taxativo quanto à exigência de contribuições pelo sindicato. Entretanto, a lei não é precisa. Na verdade, tal comando legal não é taxativo sobre as contribuições que o sindicato pode exigir, pois trata do patrimônio sindical, num sentido genérico.

A alínea e do art. 513 da CLT determina que o sindicato pode impor contribuições aos membros da categoria. Tal mandamento legal não foi, porém,

elevado ao âmbito de dispositivo constitucional no inciso IV do art. 8.° da Lei Maior, pois se refere à contribuição assistencial, visto que, ao atribuir a imposição de contribuições, faz referência a categorias econômicas ou profissionais ou das profissões liberais, dando margem à existência da contribuição sindical e da assistencial, que são as contribuições exigidas em relação às categorias econômicas e profissionais. Já o inciso IV do art. 8.° da Constituição não mencionou expressamente a hipótese de imposição de contribuição a categorias econômicas ou profissionais, mas estabeleceu a possibilidade de a assembléia geral do sindicato fixar a contribuição para o custeio do sistema confederativo da representação respectiva, que é completamente distinta e nova em relação à anterior, que era a assistencial.

O constituinte não quis usar a expressão "contribuição assistencial" porque esta já existia e estava sendo cobrada, não podendo utilizar a mesma nomenclatura para disciplinar situações distintas. As finalidades da contribuição assistencial e da confederativa são diversas: uma tem o objetivo de custear o sistema confederativo; a outra, atender a necessidades assistenciais do sindicato, inclusive peto fato de que este participou das negociações coletivas. Não há, portanto, a absorção da contribuição assistencial pela contribuição confederativa, porque os objetivos são diversos.

Pode-se dizer também que não é mais possível ao sindicato impor contribuições, como está escrito na alínea e do art. 513 da CLT, que decorria do art. 138 da Constituição de 1937, pois o sindicato não tem soberania como o Estado. Este, sim, pode impor contribuições, decorrentes de seu poder de império, que decorre da lei. O sindicato pode arrecadar as contribuições que lhe são pertinentes. O Poder Público delegou-lhe a possibilidade de arrecadar contribuições, como se verificava do § 1.° do art. 159 da Constituição de 1967, que mencionava que, "entre as funções delegadas de poder público, compreende-se a de arrecadar, na forma da lei, contribuições para o custeio da atividade dos órgãos sindicais e profissionais e para a execução de programas de interesse das categorias por eles representadas".

O § 1.° do art. 166 da EC n.° 1, de 1969, apenas repete o dispositivo da Constituição de 1967 já citado. Assim, entende-se que foi modificado o sentido da alínea e do art. 513 da CLT, quando usa a expressão "impor contribuições", pois agora a acepção correta diz respeito à permissão conferida ao sindicato para arrecadar as contribuições que lhe são pertinentes, como pessoa jurídica de direito privado. Ressalte-se que o próprio art. 7.° e seu § 3.° do CTN admitem a possibilidade de que a função de arrecadar ou fiscalizar tributos seja feita por outras pessoas, mas nunca a competência tributária, que é indelegável.

Assim, com base na alínea e do art. 513 da CLT, passa o sindicato a arrecadar contribuições. Usa-se a expressão "contribuição" no sentido genérico, e não específico, que seria correspondente à espécie do gênero tributo. A CLT emprega, ainda, a expressão "contribuições", no plural, permitindo, assim, a exigência da contribuição assistencial, que é uma espécie do gênero "contribuições sindicais". Refere-se, ainda, o citado dispositivo à categoria, e não a associados, o que mostra que as contribuições sindicais são devidas por todos os membros da categoria. A alínea e do art. 513 da CLT não dá respaldo apenas à exigência de contribuição estatutária ou associativa, mas também à de outras contribuições, como a assistencial.

Permite o art. 462 da CLT descontos no salário do empregado, desde que decorrentes de contrato coletivo (leia-se: acordo e convenção coletiva).

Autoriza o art. 545 da CLT descontos salariais de contribuições devidas ao sindicato, desde que haja permissão do obreiro, salvo em relação à contribuição sindical, que, por ser compulsória, independe da vontade do empregado de contribuir.

Assim, pode-se dizer que existe previsão em nossa legislação para a cobrança da contribuição assistencial.

José Alberto Couto Maciel entende que o desconto da contribuição assistencial não pode ser determinado em dissídio coletivo, pelo fato de que "uma simples expectativa de impugnação do empregado possa transformar em constitucional a referida cláusula", nem seria condição de trabalho (1986:170). Poder-se-ia afirmar, ainda, que tal desconto não estaria inserido no poder normativo que os tribunais têm de estabelecer normas e condições de trabalho, justamente porque o desconto de contribuição assistencial não diz respeito a condições de trabalho a serem exercidas na empresa.

Entretanto, se há previsão legal no art. 462, na alínea e do art. 513 e no art. 545, todos da CLT, quanto a contribuições devidas ao sindicato, nada impede a complementação da matéria em dissídio coletivo, pois será uma forma de exercício do poder normativo da Justiça do Trabalho. Como menciona o professor Pedro Vidal, o poder normativo envolve a efetivação do Direito vigente (1982:150) e, dizemos nós, sua complementação.

O STF já entendeu que "não contraria a Constituição cláusula, em dissídio coletivo, de desconto, a favor do sindicato, na folha de pagamento dos empregados, de percentagem do aumento referente ao primeiro mês, desde que não haja oposição do empregado, até certo prazo antes desse pagamento". (Pleno, RE 88.022-SP, j. 16-11-77, Rel. Min. Moreira Alves, in LTr 43/1.146.)

O Enunciado 190 do TST esclarece não ser possível criar ou homologar condições de trabalho em dissídio coletivo que o STF julgue iterativamente inconstitucionais. Assim, se o STF entende que a contribuição assistencial pode ser incluída como cláusula em dissídio coletivo, nada impede o TST de julgar ou homologar cláusula nesse sentido ao proferir a sentença normativa.

Pode-se dizer, também, que a cláusula pertinente à contribuição assistencial tem reflexos no contrato de trabalho, inclusive no que diz respeito ao seu desconto, daí haver a necessidade de ser disciplinada na sentença normativa.

Não é inconstitucional, portanto, a previsão do desconto assistencial em dissídio coletivo.

Em relação ao desconto assistencial previsto em acordo ou convenção coletiva, há também que se argumentar com a autonomia privada coletiva das partes de inserirem na norma coletiva aquilo que desejarem, já que se trata de negócio jurídico privado. De outro modo, o inciso XXVI do art. 7.° da Constituição reconhece as convenções e os acordos coletivos e, por conseguinte, seu conteúdo.

Discute-se se o empregado pode opor-se ao desconto da contribuição assistencial. O sindicato quer exigir a contribuição sindical com o fundamento de que a empresa estava representada pelo seu sindicato patronal na negociação da norma coletiva e não pode deixar de descontar do empregado a referida exigência, ainda que haja oposição do obreiro, pois fica sujeito à multa prevista na norma coletiva. O empregador, se atender à orientação do sindicato, procedendo ao desconto, poderá ficar sujeito a ser acionado na Justiça do Trabalho pelo empregado que entender inexistir sua autorização para o desconto, razão pela qual não poderia ser este realizado a sua revelia. Afinal, quem tem razão?

O empregado não associado pode opor-se ao desconto, por não ser membro do sindicato, pois do contrário haveria violação do princípio da liberdade sindical. O STJ vem entendendo, inclusive, que o não associado não está obrigado a pagar a contribuição assistencial, pois feriria o inciso V do art. 8.° da Constituição. (1.ª T., REsp 56.310-0-SP, j. 30-11-94, Rel. Min. Garcia Vieira, DJU-1 20-2-95, p. 3.161; 1.ª T., REsp 56.500-6-SP, j. 14-12-94, Rel. Min.

Demócrito Reinaldo, DJU-1 13-2-95, p. 2.222.) Já o associado terá de pagar a contribuição, justamente em função da sua condição de sindicalizado.

Não se permitindo que o trabalhador se oponha ao desconto da contribuição assistencial, há uma forma indireta de obrigar o obreiro a se filiar ao sindicato quando o inciso V do art. 8.° da Lei Maior dispõe que "ninguém será obrigado a filiar-se ou a manter-se filiado a sindicato". O verbete 227 do Comitê de Liberdade Sindical da OIT entende que não contraria o princípio da liberdade sindical a cobrança de contribuições previstas em normas coletivas, desde que o empregado também possa a ela se opor. Esses fundamentos mostram também a natureza facultativa do desconto da contribuição sindical.

O Precedente 119 da SDC do TST entende que a contribuição assistencial só pode ser cobrada do associado ao sindicato, pois fere o direito de livre sindicalização (art. 8.°, V, da Constituição).

O próprio STF admitiu que, para a cobrança da contribuição assistencial, há necessidade de o empregado não se opor ao desconto, desde que até certo prazo antes do pagamento dos salários reajustados, que seria de 10 dias antes do primeiro pagamento do salário reajustado (LTr 43/1.148). Tal orientação é embasada no princípio da intangibilidade salarial (art. 462 da CLT) e, também, no art. 545 da CLT. Este especifica que "os empregadores ficam obrigados a descontar na folha de pagamento dos seus empregados, desde que por eles devidamente autorizados, as contribuições devidas ao sindicato". Há necessidade, portanto, de que os obreiros concordem com o desconto, com exceção da contribuição sindical, que independeria da vontade do operário, por ser compulsória e ter natureza tributária (art. 149 da Constituição, c/c arts. 3.° e 217, I, do CTN). Deve o trabalhador opor-se ao desconto da contribuição nos 10 dias anteriores ao primeiro pagamento salarial reajustado, com fundamento analógico no parágrafo único do art. 545 da CLT, que contém o prazo de 10 dias para o recolhimento das contribuições descontadas pelo empregador do empregado. Esta orientação passou a ser adotada em dissídios coletivos, culminando com o Precedente 74 do TST em dissídios coletivos, que especifica: "Subordina-se o desconto assistencial sindical à não-oposição do trabalhador, manifestada perante a empresa até 10 (dez) dias antes do primeiro pagamento reajustado."

Parece que a orientação do Precedente 74 da SDC do TST fica prejudicada pelo Precedente 119. Não há mais que se falar em oposição para o desconto, mas em autorização do empregado, pois o desconto só poderá ser feito para o trabalhador filiado ao sindicato.

Pouco importa se existe ou não cláusula na norma coletiva prevendo a autorização do empregado para que o desconto seja efetuado, pois tal determinação já está contida na lei, no art. 545 da CLT, não precisando constar da norma coletiva. Logo, o fato de não haver previsão na cláusula da norma coletiva sobre a possibilidade de oposição do trabalhador à cobrança da contribuição assistencial não impede que o empregado a ela se oponha, desde que nos 10 dias anteriores ao pagamento do salário reajustado, pois o direito de oposição decorre do princípio da intangibilidade salarial e da proteção legal. Para cada novo desconto deverá haver nova oposição, pois uma única não será suficiente, já que se trata de ato continuativo.

Será vedado ao sindicato impor, v. g., contribuição assistencial de 5% para os associados e de 10% para os não associados, pois o caput do art. 5.° da Lei Maior prescreve que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Destaque-se o fato de que, se houver a imposição de uma contribuição maior para os não associados em relação aos associados, isto implica maneira compulsória de fazer os primeiros se associarem ao sindicato, o que é defeso pelo inciso do art. 8.° do Estatuto Supremo.

Se a contribuição assistencial for prevista em sentença normativa em dissídio coletivo, a competência será da Justiça do Trabalho para examinar a questão, por se tratar de cumprimento de decisão coletiva da citada Justiça especializada (parte final do art. 114 da Constituição).

Pág. 666

A Lei n.° 8.984, de 7-2-95, estabeleceu que "compete à Justiça do Trabalho conciliar e julgar os dissídios que tenham origem no cumprimento de Convenções Coletivas de Trabalho ou Acordos Coletivos de Trabalho, mesmo quando ocorram entre sindicatos ou entre sindicato de trabalhadores e empregador" (art. 1.°). O STF tem entendido que a Lei n.° 8.984/95 não se atrita com a Constituição, pois é a lei de que trata a Lei Maior para regular as outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho. (STF, RE 143.722-7-SP, ac. da 12 T., j. 28-4-95, Rei. Min. ILmar Galvão, in LTr 59-11/1.519.) Assim, é possível que o sindicato de empregados ingresse com ação na Justiça do Trabalho postulando do empregador os descontos não efetuados a título da contribuição assistencial.

20.4 Mensalidade sindical

A mensalidade sindical é paga apenas pelos associados ao sindicato, sendo prevista pelo estatuto de cada entidade sindical. Assim, apenas os filiados ao sindicato é que pagam a mensalidade sindical (art. 548, b, da CLT), pois beneficiam-se dos serviços prestados pelo sindicato, como atendimento médico, dentário, assistência judiciária etc. É, portanto, a contribuição associativa ou mensalidade sindical decorrente da previsão do estatuto do sindicato. Dois são os requisitos necessários ao pagamento da mensalidade sindical: a pessoa ser filiada ao sindicato e o estatuto da entidade sindical prever seu pagamento.

VERIFICAÇÃO DE APRENDIZAGEM

1. O que é sindicato?
2. Qual sua natureza jurídica?
3. Quais as funções do sindicato?
4. Quais as entidades sindicais de grau superior?
5. Quantos membros contém a diretoria do sindicato?
6. Qual a natureza jurídica da contribuição sindical?
7. A contribuição confederativa se confunde com a contribuição assistencial?
8. Qual a natureza jurídica da contribuição confederativa?

43

REPRESENTAÇÃO DOS TRABALHADORES NAS EMPRESAS

1. REPRESENTAÇÃO

1.1 Histórico

Em 1906, na Itália, existiam comissões internas, para a representação dos trabalhadores, decorrentes de um acordo entre a Federação Italiana Operária Metalúrgica e a fábrica de automóveis Itália, de Torino. Tais comissões foram posteriormente suprimidas, mas restabelecidas em 1943, por meio de convenções coletivas no âmbito das empresas.

Na Alemanha, a representatividade dos empregados na empresa sempre existiu, desde 1891, com exceção do período do nacional-socialismo. Na Espanha, surgiu em 1922, com os Conselhos de Cooperação Industrial.

Na maioria dos países europeus sempre se verificou a existência da representação sindical e dos trabalhadores na empresa, inclusive por meio da co-gestão.

Prevê o art. 621 da CLT que os acordos e as convenções coletivas poderão incluir entre suas cláusulas determinação no sentido da constituição e funcionamento de comissões mistas de consulta e colaboração. Estas disposições mencionarão a forma de constituição, o modo de funcionamento e as atribuições das comissões. Na prática, não constam cláusulas da maioria das convenções e acordos coletivos sobre comissões mistas de consulta e colaboração.

Estabeleceu a Constituição, no art. 11, 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".

Os sindicatos não têm manifestado, na prática, grande interesse em relação à implementação do art. 11 da Constituição, pois podem entender que o representante deveria necessariamente ser membro do sindicato, visto que poderia ficar à margem da orientação sindical, além de sofrer influência do empregador.

1.2 OIT

A Convenção n.° 135 da OIT, de 1971, foi aprovada pelo Decreto Legislativo n.° 86, de 14-12-89, sendo promulgada pelo Decreto n.° 131, de 22-5-91. Trata-se de norma que tem hierarquia de lei ordinária federal em nosso país, já que foi ratificada pelo Brasil.

Foi complementada a referida convenção pela Recomendação n.° 143 de 1971. O objetivo era que o representante dos trabalhadores não fosse prejudicado pelo empregador ou despedido em razão de sua participação nas atividades sindicais, visando poder desempenhar suas atribuições.

A Convenção n.° 135 menciona duas modalidades de representação:

1. delegados ou representantes sindicais, "nomeados ou eleitos pelos sindicatos ou por seus associados" para representar a categoria na empresa;

2. representantes de pessoal, eleitos livremente pelos trabalhadores da empresa, de conformidade com as disposições da legislação nacional ou dos contratos coletivos, cujas funções não se estendem a atividades que sejam reconhecidas no país como prerrogativas exclusivas dos sindicatos.

Determina a Convenção n.° 135 da OIT que os representantes dos trabalhadores devem dispor de proteção eficaz contra todas as medidas que possam causar-lhes prejuízo, inclusive a dispensa, em razão do exercício de sua atividade, de sua filiação sindical ou sua participação em atividades sindicais. O empregador deve conceder facilidades para o exercício eficaz e rápido de suas funções. Tais garantias são tanto dos representantes sindicais quanto dos representantes eleitos pelo pessoal (art. 3.°). Nota-se, portanto, que a Convenção n.° 135 da OIT trata de duas categorias distintas de representantes dos trabalhadores na mesma empresa: os sindicais e os de pessoal. Os representantes sindicais são os nomeados ou eleitos por sindicatos ou pelos membros de sindicatos. Os representantes de pessoal são os eleitos livremente pelos trabalhadores da empresa, conforme as disposições da legislação nacional ou de convenções coletivas, e cujas funções não se estendam a atividades que sejam reconhecidas, nos países interessados, como dependendo das prerrogativas exclusivas dos sindicatos.

A Recomendação n.° 143 estabelece que deve haver indicação dos motivos que podem justificar a despedida, mediante consulta a um organismo independente, e a possibilidade de recurso por parte do empregado. Caso a dispensa seja injusta, o

empregado terá direito à reintegração no emprego, com o pagamento dos salários vencidos. O ônus da prova será do empregador. Deve haver prioridade na conservação do emprego dos representantes dos trabalhadores em caso de redução do pessoal. O representante deverá gozar de facilidades para o exercício das suas funções.

O § 10 dispõe que o empregador deverá conceder tempo livre necessário ao desempenho de tarefas de representação na empresa, sem perda de salário ou de qualquer outra vantagem social.

Prevê o § 11 a possibilidade de o representante ausentar-se da empresa, mediante tempo livre para participação de reuniões, cursos de formação, seminários, congressos e conferências sindicais; o comparecimento a tais reuniões dar-se-á sem a perda do salário, nem a de qualquer outra vantagem social.

Permite o § 12, ao representante dos trabalhadores, o direito de acesso aos locais de trabalho, quando necessário, com vistas ao desempenho de suas funções de representação.

Os representantes devem ter acesso à direção da empresa, na medida necessária ao eficiente desempenho de suas atribuições (§ 13). Terão permissão para arrecadar as contribuições sindicais sempre que não houver outros procedimentos previstos para esse fim (§ 14). Serão permitidas aos representantes a colocação de cartazes e a difusão de publicações sindicais (§ 15).

A empresa deverá proporcionar aos representantes dos trabalhadores as facilidades materiais e as informações necessárias ao exercício de suas funções (§ 16). Os representantes que não trabalharem na empresa, mas cujo sindicato tenha associados empregados ali trabalhando, devem ser autorizados a ingressar na empresa (§ 17).

A Recomendação n.° 130, adotada em 29-6-87, propõe às empresas providências com vistas à solução interna de reclamações dos trabalhadores.

1.3 Direito comparado

No Reino Unido os conselhos de empresa não são estabelecidos por lei, mas por convênios coletivos nacionais. O delegado sindical (shop steward) representa os trabalhadores nas empresas. O regime sindical é de unidade consentida pelas próprias partes e não imposta pelo empregador, sendo que a negociação coletiva ocorre por empresa.

Na Alemanha os representantes do pessoal são eleitos pelos próprios trabalhadores, de forma direta, não sendo delegados sindicais. São formados conselhos de estabelecimentos. A negociação coletiva não é por empresa, mas por ramos da economia.

Na França tanto há representação eleita pelos próprios trabalhadores como representação sindical na empresa. Há, ainda, a possibilidade de os próprios trabalhadores se entenderem direta e coletivamente com os empregadores, conforme uma das leis Auroux, de 1982.

O Estatuto dos Trabalhadores da Espanha, nos arts. 62 e ss., trata da representação dos trabalhadores na empresa. São eleitos os representantes por sufrágio direto e secreto. Nas empresas com mais de 50 delegados fixos, a representação tem o nome de comitê de empresa. São encarregados de receber informações trimestrais, pelo menos sobre a evolução geral do setor econômico a que pertence a empresa, sobre a situação da produção e vendas da entidade, sobre seu programa de produção e evolução provável do emprego na empresa. Os representantes conhecerão o balanço, a conta de resultados, o relatório e outros documentos necessários. Manifestam-se previamente sobre decisões adotadas pelo empresário sobre redução da jornada de trabalho, transferência do total ou parte

das instalações. Devem ser informados sobre todas as sanções impostas por faltas muito graves, assim como ter conhecimento trimestralmente dos índices de acidente do trabalho e enfermidades profissionais e suas conseqüências, absenteísmo e suas causas, sinistros, estudos de ambiente de trabalho.

Em Portugal, a Constituição de 2-4-76 assegura, no art. 55, o "direito dos trabalhadores criarem comissões de trabalhadores para defesa dos seus interesses e intervenção democrática na vida das empresas, visando o esforço da unidade dos trabalhadores e a mobilização para o processo revolucionário de construção do poder democrático dos trabalhadores".

Qualquer empresa pode ter tais comissões, mediante eleição secreta e direta. O art. 56 esclarece que as comissões têm o direito de "participar na elaboração da legislação do trabalho e dos planos econômico-sociais que contemplem o respectivo setor".

1.4 Auto-aplicabilidade

É auto-aplicável o art. 11 da Lei Maior, pois ela não faz referência à necessidade de a lei regular a representação dos trabalhadores nas empresas. Ao contrário de outros comandos constitucionais, o art. 11 da Lei Magna não dispõe que a representação dos trabalhadores nas empresas será feita "na forma da lei". Entretanto, apesar de o mandamento constitucional ser norma de eficácia plena, necessita ser complementado no que diz respeito, por exemplo, à duração do mandato, à estabilidade, às facilidades para cumprimento do mister constitucional confiado, ao número de representantes em empresas que tenham muitos empregados, como mais de 1.000, à possibilidade de reeleição etc.

1.5 Conceito

Pode-se dizer que a Norma Ápice instituiu oficialmente o que já existia de fato em algumas empresas: o representante de pessoal. Vem a ser este uma pessoa que necessariamente não precisa ser sindicalizada, mas que é eleita pelos empregados para representá-los perante a empresa na discussão de interesses dos trabalhadores com aquela. O procedimento adotado pela Lei Maior vem a se constituir numa forma democrática de participação dos trabalhadores na empresa.

1.6 Distinção

Não se confunde a representação dos trabalhadores na empresa com a co-gestão. O representante dos trabalhadores previsto no art. 11 da Constituição não interfere na gestão da empresa, nem a referida representação dos trabalhadores se confunde com a co-gestão. Não tem o representante qualquer poder de gestão, apenas serve para manter contato direto com o empregador nas questões de interesse dos empregados na empresa, mas não para co-gerir esta.

O representante dos trabalhadores eleito para discutir os interesses dos operários da empresa não se confunde com o dirigente sindical. O representante sindical vem a ser aquela pessoa escolhida mediante eleição no âmbito do sindicato para representar a categoria e ser dirigente do sindicato. Não precisa o representante dos trabalhadores na empresa ser sindicalizado, apenas deve ser eleito para discutir os interesses dos trabalhadores perante o empregador, pertencendo aos quadros deste, enquanto o representante sindical pode pertencer a qualquer outra empresa. O representante dos trabalhadores na empresa é eleito apenas pelos empregados dela, tendo por finalidade exclusiva a promoção de interesses diretamente com o empregador e não os da categoria. Não representa, portanto, a categoria, mas apenas os trabalhadores da empresa.

Pág. 671

Distingue-se, ainda, o representante dos trabalhadores do delegado sindical na empresa. Este normalmente foi eleito para esse fim pela categoria, representando-a na empresa. Costumeiramente, é o delegado indicado pelo sindicato entre os empregados da empresa, sendo apenas um representante da agremiação perante o empregador, de modo a verificar se este cumpre as determinações trabalhistas e as normas coletivas da categoria. Geralmente, o delegado é um trabalhador sindicalizado. O representante dos trabalhadores pode não ser dirigente sindical, assim como pode não ser sindicalizado.

É possível, portanto, dizer que a Constituição assegura uma tríplice forma de representação dos trabalhadores: (a), a sindical, com previsão nos incisos VI e VIII do art. 8.°; (b) a co-gestão (art. 7.°, XI); (c) a de empresa (art. 11).

1.7 Objetivo

A idéia principal da instituição dos representantes dos trabalhadores perante o empregador foi a de que certos conflitos existentes no próprio âmbito da empresa fossem nela resolvidos, reduzindo, com isso, o número de processos a serem ajuizados na Justiça do Trabalho. Há, também, uma forma de o próprio representante exercer a fiscalização trabalhista na empresa quanto ao cumprimento da legislação e das normas coletivas da categoria, inclusive quanto a normas de segurança e medicina do trabalho. Existe, ainda, a possibilidade da negociação direta dos trabalhadores com a empresa, por meio do representante, quanto a melhores condições de trabalho e salariais, prestigiando a negociação direta entre as partes, que melhores resultados alcança, principalmente no que diz respeito à análise estrutural e financeira da empresa para a concessão de novas vantagens aos trabalhadores.

1.8 Procedimentos

Nas empresas com mais de 200 empregados será assegurada a eleição do representante dos trabalhadores, porém nas empresas com número de funcionários inferior não será obrigatória essa eleição. É o que se depreende da análise do preceito constitucional. Nada impediria, a nosso ver, que a legislação ou a norma coletiva complementassem o dispositivo constitucional quanto a uma forma de representação dos trabalhadores nas empresas que tivessem menos de 200 empregados, pois a Constituição apenas assegura um direito, genérico, que pode ser complementado ou melhorado pela lei ordinária ou pelas próprias partes interessadas. Na verdade, a Lei Maior apenas assegura a obrigatoriedade de que nas empresas com mais de 200 empregados haja a eleição de um representante dos empregados para entendimento direto com o empregador.

O art. 11 da Constituição estabelece que o representante dos trabalhadores será eleito nas empresas de mais de 200 empregados. Isso quer dizer que a representação é por empresa, não por estabelecimento da empresa. Nada impede, porém, que a lei ordinária estabeleça questão pertinente à representação nos estabelecimentos ou filiais da empresa, pois a Lei Maior apenas dispõe sobre direitos mínimos dos trabalhadores, permitindo que a lei ordinária ou a negociação coletiva estabeleçam outros direitos.

Pág. 672

Em relação às empresas que têm mais de um estabelecimento, com mais de 200 empregados cada um, seria recomendável que houvesse pelo menos um representante dos trabalhadores por estabelecimento. Nas empresas que tivessem mais de um estabelecimento, porém menos de 200 empregados em cada um deles, poderia ser

eleito apenas um representante dos trabalhadores em relação a todos os estabelecimentos da empresa. O ideal, contudo, seria que houvesse um representante por estabelecimento.

Cada empresa do grupo econômico que tenha mais de 200 empregados, por ter personalidade jurídica própria, deverá ter um representante dos trabalhadores.

Deveria, também, a legislação ordinária estabelecer um critério para se dizer como seria a representação dos trabalhadores na empresa quando esta tivesse mais de 200 empregados, de modo a haver uma proporcionalidade entre a representação e o número de empregados, como, por exemplo, na empresa que tivesse 1.000, 5.000 ou mais trabalhadores.

A escolha dos representantes dos trabalhadores será feita por eles próprios, mediante eleição direta, entre todos os empregados da empresa.

De acordo com a Constituição, não se pode dizer que o representante dos trabalhadores na empresa tenha estabilidade. Em primeiro lugar, o art. 11 da Lei Maior não confere expressamente garantia de emprego a esses trabalhadores. Em segundo lugar, o inciso VIII do art. 8.° da Lei Fundamental refere-se apenas a empregado sindicalizado eleito para cargo de direção ou representação sindical. O representante a que se refere o art. 11 da Lei Magna, contudo, não é o representante sindical, nem há necessidade de que tal representante seja sindicalizado. Somente a lei ordinária poderá estabelecer a referida estabilidade ao representante dos trabalhadores na empresa, o que é até recomendável, diante de represálias do empregador ou até do fato de o referido trabalhador poder ser despedido e não poder desempenhar a contento seu mister, decorrente da independência e autonomia que precisa ter para esse fim. A garantia de emprego do representante dos trabalhadores poderá ter prazo semelhante à conferida aos cipeiros ou aos dirigentes sindicais. O sindicato terá interesse em eleger para representante na empresa uma pessoa ligada ao sindicato ou até mesmo um dirigente sindical, justamente para ter garantia de emprego e poder desempenhar melhor seu papel, sem sofrer represálias do empregador, como a dispensa do trabalhador. Disciplinando a lei a garantia de emprego, deveria o representante dos trabalhadores somente poder ser dispensado mediante o ajuizamento de inquérito para apuração de falta grave, nos mesmos moldes previstos para o dirigente sindical, conforme o § 3.° do art. 543 da CLT.

O ideal seria que o representante dos trabalhadores tivesse um titular e um suplente, caso o primeiro estivesse impedido de desenvolver seu mister.

O representante dos trabalhadores poderia conciliar internamente o interesse dos empregados com o empregador, de modo até a evitar o ajuizamento de ações perante a Justiça do Trabalho.

Irá manter o representante dos trabalhadores contatos com as chefias ou os dirigentes da empresa, tratando de condições de trabalho, inclusive condições técnicas referentes ao trabalho dos empregados. Não poderá o representante celebrar convenção ou acordo coletivo de trabalho, pois esta legitimidade é do sindicato (art. 8.°, VI, da Constituição). Não é, portanto, o representante um delegado sindical, mas um representante dos trabalhadores na empresa. Não se trata a representação de negociação coletiva, envolvendo o sindicato, pois nesse caso aplica-se o inciso VI do art. 8.° da Lei Magna, mas de negociação individual ou do grupo de empregados dentro da empresa.

O resultado não é um acordo ou convenção coletiva, mas o entendimento necessário para as tratativas diretas com o empregador. O representante não terá interesse de falar com o empregador apenas de questões do dia-a-dia, de qualidade de matéria-prima, de máquinas e equipamentos etc., mas também de condições de trabalho.

1.9 Conclusão

O art. 11 da Constituição não deveria estar incluído no bojo da Lei Maior, mas em lei ordinária. Trata-se de dispositivo constitucional auto-aplicável, porém necessita ser lapidado pela lei ordinária, para melhor estabelecer seus contornos, pois a Lei Magna não regula inteiramente a matéria, nem deveria, visto não ser esta sua função.

Até o momento, o representante dos trabalhadores não goza de qualquer espécie de garantia de emprego, o que pode dificultar seu mister de promover o entendimento direto com os empregadores.

É recomendável que venha a lume norma legal para dirimir as dúvidas supramencionadas, pois o que se tem visto é que somente nas grandes empresas, em que já existia a comissão de fábrica, tem sido adotada a prática da representação dos trabalhadores. Na maioria das demais empresas, simplesmente não se tem cogitado da instituição do representante dos trabalhadores ou de comissão de trabalhadores.

2. CO-GESTÃO

2.1 História

A participação na gestão das empresas surge sob um aspecto político de acordo com os ideais da Revolução Francesa de 1789. Na época, já havia um interesse do povo de participar da vida política e do poder, de modo a encerrar os períodos monarquistas.

Em 1846, na França, Godin estabeleceu um conselho de empresa com os representantes de cada seção em sua fábrica. Em 1917, também foi promovida a criação de delegados nas fábricas de armamento por Albert Thomas.

A Igreja também se preocupou com o assunto, entendendo que se tratava de um direito fundamental do trabalhador. O papa João XXIII, na Encíclica Mater et Magistra, afirmou que o trabalhador deveria tomar parte na vida da empresa, porém esclareceu que deveriam ser formuladas regras precisas e definidas para tanto, em função das características peculiares de cada empresa. Na Constituição Pastoral Gaudiam et Spes, promulgada pelo Vaticano II, em 7 de dezembro de 1965, verificava-se também a necessidade da "participação ativa de todos na gestão da empresa".

2.2 Evolução legislativa no Brasil

Na verdade, uma forma indireta de participação na gestão surge com o Decreto-lei n.º 7.036, de 10-11-1944, ao criar regras pertinentes as comissões internas de acidentes do trabalho, sendo que houve nesse aspecto uma participação do empregado na empresa, de modo a diminuir os acidentes do trabalho, e, de certa forma, co-gestão.

A participação nos lucros surgiu com a Constituição de 1946 (art. 157, IV), porém nada se mencionou a respeito da participação na gestão ou de formas de co-gestão.

Na verdade, a primeira Constituição que tratou do tema foi a de 1967, no inciso IV do art. 158, ao versar sobre a integração do trabalhador na vida e no desenvolvimento da empresa, com participação nos lucros e, excepcionalmente, na gestão, nos casos e condições que fossem estabelecidos. Era uma regra dirigida ao legislador ordinário. Este, contudo, nunca regulou a questão.

A EC n.º 1, de 1969, versou, no inciso V do art. 165, o mesmo tema, com pequena mudança de redação: "integração na vida e no desenvolvimento da empresa, com participação nos lucros e, excepcionalmente, na gestão, segundo for estabelecido em lei". Não se falava mais em casos e condições que fossem

estabelecidos; apenas segundo os critérios definidos em lei. Entretanto, a participação na gestão continuava sendo de natureza excepcional.

No Estado de São Paulo a Lei estadual n.° 3.742, de 20-5-83, com nova redação determinada pela Lei n.° 4.096, de 15-7-84, estabelece que nas sociedades anônimas controladas majoritariamente pelo Estado é obrigatória a instituição de um Conselho de Participação e Representação de Pessoal, composto de 30 membros, que elege um diretor para representar os empregados na empresa. Com a Lei n.° 4.096/84, os próprios trabalhadores é que passaram a eleger seu representante. Na Assembléia Nacional Constituinte, o tema não foi tratado na Subcomissão dos Direitos dos Trabalhadores e na Comissão da Ordem Social. Na Comissão de Sistematização, surgiu a redação "participação nos lucros, desvinculada da remuneração, e na gestão da empresa, conforme definido em lei ou em negociação coletiva". O inciso XI do art. 7.° da Constituição de 1988 estabeleceu que haveria "participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei". Verifica-se que a participação na gestão continua sendo determinada de maneira excepcional, dependente, porém, da lei ordinária que irá regular o assunto. Nota-se, contudo, do referido dispositivo constitucional, que inexiste sua auto-aplicabilidade, por ser dependente de lei ordinária.

2.3 Direito comparado

As Constituições de Portugal (1976), Equador (1978), Peru (1979), Noruega (1980) passaram a conter dispositivo sobre o direito de participação dos trabalhadores nas empresas. A Constituição italiana apenas menciona, no art. 3.°, o direito de efetiva participação de todos os trabalhadores na organização política, econômica e social do país.

A Alemanha tem o sistema mais aperfeiçoado de co-gestão. Já em 1891 o Código Industrial previa a criação facultativa de comitês de fábrica. Na Assembléia Nacional Constituinte em 1848 foi debatido anteprojeto de Código de Profissões Industriais, Comerciais e Artesanais, que previa a formação de comissões de fábricas. Em 1916, a Lei sobre o Serviço de Socorro à Pátria estabeleceu que os comitês de fábrica eram obrigatórios nas empresas com mais de 50 operários, sendo seus representantes eleitos pelos próprios empregados, com direito de consulta e informação. Em 1919 a Constituição de Weimar estabeleceu a criação de conselhos de trabalhadores nas empresas, nos distritos e no Reich. Posteriormente, foi adotada a Lei de co-gestão na Mineração e Indústrias do Ferro e Aço (1951), em que as empresas de mineração e metalúrgicas que tivessem mais de 1.000 empregados teriam uma co-gestão paritária. Nas empresas que tivessem mais de 500 empregados a comissão seria não paritária. A Lei de Constituições de Empresas (1952) ampliou o sistema, instituindo vários órgãos de trabalhadores ou tendo sua representação. A Lei de co-gestão dos Assalariados (1976) também tratou do tema. O sistema começa com conselhos ou comissões de trabalhadores na empresa, com representantes dos trabalhadores na direção, com cargos de diretores de trabalho e no Conselho Fiscal. Os representantes dos trabalhadores não podem ser dispensados arbitrariamente. Instituiu-se um organismo paritário na empresa que tem o poder de conhecer as divergências que surgem entre os trabalhadores e o empregador. Nas sociedades anônimas com mais de 2.000 empregados, há a representação paritária de trabalhadores e acionistas nos conselhos de superintendência.

Em Portugal, a Lei n.° 46, de 12-9-79, estabelece as comissões de trabalhadores, que recebem as informações necessárias ao exercício de sua atividade, intervindo na organização da atividade produtiva, participando na

elaboração da legislação trabalhista e dos planos econômicos e sociais que sejam aplicáveis ao setor e em sua elaboração.

Na França, houve regulamentação do tema em 1945, sendo incluídas tais regras na Carta de Trabalho de 1941. A Constituição de 1958, que se reporta ao "Preâmbulo" da Constituição de 1946, traz a idéia de que "todo trabalhador participa, por intermédio dos seus delegados, da determinação coletiva das condições de trabalho e da gestão das empresas". Lei de 1966 estendeu esse sistema à agricultura. A participação na gestão é feita pelo comitê da empresa. As empresas que têm mais de 50 empregados são obrigadas a ter uma dessas comissões. O dirigente da empresa e o delegado sindical integram a referida comissão. É destinada à comissão uma subvenção anual do empregador de 0,20% da folha bruta de salários.

Na Noruega, lei de 1972 estabeleceu os conselhos de representantes em todas as empresas que possuíssem mais de 200 empregados. Eram formados por 2/3 de acionistas e 1/3 de trabalhadores. Tinham os conselhos a finalidade de eleger um Conselho de Administração que iria decidir sobre todas as questões, até mesmo quanto a investimentos e reorganização de trabalhadores. Os acionistas tinham maior número de membros que os representantes de empregados no referido conselho.

Na Suécia, a função dos comitês de empresa é apenas de informação e consulta. Em 1972, houve lei que determinou que dois trabalhadores deveriam fazer parte do conselho de diretores das empresas que possuíssem mais de 500 empregados.

Em 1947, na Dinamarca, foi editada lei instituindo os conselhos de cooperação, que tratavam de organização do trabalho e segurança. O conselho faz sugestões quanto à produção e à estrutura da empresa.

Na Inglaterra, antes de 1916, surgiram os comitês de fábrica, que tinham constituição facultativa e composição paritária, chamados de comitês Whitley, em função da campanha feita por esse deputado e industrial.

Na Espanha, a comissão fiscaliza o cumprimento das regras trabalhistas e da seguridade social, sendo que a aplicabilidade de tais normas depende das providências da comissão e das autoridades competentes.

No âmbito da OIT, não existe norma específica sobre o tema, apenas orientações gerais. A Recomendação n.° 94, de 1952, fala sobre a consulta e a colaboração que deve haver na empresa, propondo a instituição de comissões paritárias de consulta e colaboração no seio das empresas, desde que as questões não estejam compreendidas no campo de ação dos organismos de negociação coletiva. A Recomendação n.° 129, de 1967, trata das comunicações que devem haver entre a direção e os trabalhadores da empresa. A Recomendação n.° 130, de 1969, versa sobre a análise e solução das reclamações feitas na empresa. A Recomendação n.° 137, de 1977, especifica sobre pessoal de enfermagem, havendo uma seção sobre participação dos enfermeiros nas decisões pertinentes à vida profissional. A Convenção n.° 148, de 1977, trata da proteção dos trabalhadores contra ruídos, prevendo a comunicação e consulta dos representantes dos trabalhadores nos órgãos de prevenção e inspeção, como ocorre também em relação à Convenção n.° 155, de 1981. A Convenção n.° 158, de 1982, estabelece que é obrigatória a consulta dos representantes dos trabalhadores quando existam despedidas coletivas determinadas por causas econômicas, tecnológicas, estruturais ou análogas (art. 13).

2.4 Denominação

Em outros países, verifica-se a utilização das seguintes expressões: consigli d'impresa, conseil d'entreprise, comité d'entreprise, comité

d'établissement, comissioni interne d'azienda, consigli di gestione, Betriebsrat, Betriebsvertretung.

O tema pode ser denominado de participação na gestão ou de co-gestão. Tem o significado de o empregado poder participar da gestão da empresa juntamente com o empregador, tomando decisões.

2.5 Distinção

A participação na gestão não se confunde com a participação nos lucros. Nesta, o objetivo é o de que, se houver lucro, parte seja distribuída entre os empregados. Naquela, a participação não será no resultado positivo obtido pela empresa, mas na direção da própria empresa, em seu destino. Não deixa de ser, porém, a participação nos lucros, uma forma indireta de co-gestão, de fazer com que o trabalhador participe da empresa, obtendo resultados positivos e se beneficiando da distribuição dos lucros.

Pág. 677

A co-gestão é distinta da participação no capital. A participação no capital irá dizer quem é o proprietário da empresa, enquanto na primeira o empregado pode participar da gestão da empresa, mas não necessariamente de seu capital.

Difere a co-gestão da autogestão, pois a primeira envolve a comunhão de decisões entre empregados e empregadores na empresa. Já, na segunda, a direção da empresa é feita somente pelos empregados.

O representante de que fala o art. 11 da Constituição não se confunde com a pessoa que participa da gestão, pois o primeiro é aquele que irá ser eleito com a finalidade exclusiva de promover o interesse dos empregados diretamente com o empregador.

2.6 Classificação

Parece, à primeira vista, que a participação na gestão está incluída no Direito Coletivo, pois o interesse a ser discutido é o coletivo, de toda a empresa e da comunidade de pessoas que nela prestam serviços. Não se trata, portanto, de aspecto individual, que diria respeito ao contrato individual de trabalho, referindo-se, sim, à coletividade da empresa, incluindo os empregados.

A co-gestão pode ser classificada como de empresa ou de estabelecimento. A co-gestão no estabelecimento não envolve toda a empresa, apenas o estabelecimento. Já a co-gestão de empresa importa, inclusive, delegação de poderes de direção ao empregado e de deliberação, que irão envolver a empresa toda, não apenas um estabelecimento. A co-gestão estabelecida na Constituição é a de empresa, pois fala-se em participação na gestão da empresa, e não do estabelecimento.

2.7 Objetivos

Um dos objetivos principais da instituição da participação na gestão foi reformular a estrutura social, no sentido de acabar com os desnivelamentos sociais existentes em relação ao trabalhador. Há a idéia da participação na gestão como forma de democracia dentro da empresa e do exercício do pluralismo jurídico, que de certa forma já é verificado no inciso V do art. 1.° da Constituição. Tem por base, também, a reformulação das estruturas da empresa, de modo que o trabalhador possa participar, inclusive em sua direção. É, portanto, forma de valorização do trabalho ao lado do capital. Tem, além disso um fundamento econômico, de aumento de produção, quando o trabalhador passa a participar das decisões na empresa.

2.8 Vantagens e desvantagens

As razões favoráveis seriam várias. Há uma razão ética, no sentido do desenvolvimento da personalidade humana, com o objetivo de acabar com a exploração do homem pelo homem. A segunda razão seria político-social, no sentido da democratização da empresa e da melhoria do relacionamento com o pessoal. A terceira razão diria respeito ao crescimento da empresa pela diminuição da conflituosidade, ou seja, uma espécie de cláusula de paz existente na empresa.

A quarta posição seria jurídica, no sentido da insuficiência do contrato de trabalho como técnica de captação das relações de trabalho.

Os pontos de vista contrários seriam também diversos. O primeiro diria respeito ao prejuízo à unidade necessária na direção da empresa, mormente porque o empregador é o proprietário da empresa, tendo direito de organizá-la da maneira como o desejar. O segundo, o prejuízo à independência do movimento sindical, prejudicando as reivindicações trabalhistas, e a ameaça ao monopólio sindical de negociação, havendo a perda de sua identidade como classe; mesmo nas greves, aqueles empregados que participam da co-gestão apenas iriam ficar adstritos a sua empresa, e não à categoria, podendo gerar desagregação. O terceiro, a inadequada formação dos trabalhadores que, por natureza, não têm tino administrativo e para a direção; na empresa bem administrada não seria necessária a co-gestão. Quarto, a interiorização do conflito da empresa. Quinto, o envolvimento do empregado contra o empregador.

Nos países em que o sindicalismo é conflitual, o sistema normalmente não funciona muito bem, pois na co-gestão deve haver sua voluntária aceitação pelos interessados, prestigiando o diálogo dentro da própria empresa. Quando não há a obrigatoriedade de se discutir o conflito dentro da empresa, a possibilidade de surgir a divergência é muito maior, o que ocorrerá fora do âmbito da empresa. A co-gestão, portanto, contribui para melhor harmonia entre as partes. Na Alemanha, por exemplo, o número de greves diminuiu com a efetivação da co-gestão, justamente pela possibilidade de o conflito ser resolvido dentro da empresa e da existência de diálogo.

Pode a participação na gestão ser uma das formas de incrementar a produção, pelo fato de o empregado ter interesse na maior produção como benefício geral que lhe pode trazer na empresa, com interesse na gestão do empreendimento.

Os empregadores não se opõem quanto à participação dos trabalhadores na empresa em órgãos que não sejam deliberativos, envolvendo, v. g., questões trabalhistas; porém, geralmente, não o permitem naqueles em que as decisões tomadas tragam resultados para toda a empresa. Alguns sindicatos entendem válida a criação de conselhos de empresa, comissões internas ou de fábricas, com o objetivo de colaboração entre o capital e o trabalho; entretanto, outros entendem que o sindicato não pode ter nenhum fator que o comprometa em sua atividade negociadora.

O ideal, é claro, seria que os comitês não se intrometessem nas prerrogativas dos sindicatos, como na de negociação, o que se depreende ser a orientação da Recomendação n.° 94 da OIT, de 1952.

2.9 Implantação

A participação na gestão é feita por intermédio de conselhos ou de comitês eleitos pelos trabalhadores. Os poderes outorgados aos empregados dependem do

que foi estatuído, podendo funcionar, inclusive, como órgão de deliberação ou de tomada de decisões na empresa.

Pág. 679

A composição dos conselhos é feita mediante eleição, exigindo-se certos requisitos, como idade, tempo de casa etc.

Nos países que possuem co-gestão, verifica-se que a forma de instituição é mediante lei ou norma coletiva.

O art. 621 da CLT permite que empregados e empregador, por meio de acordo ou convenção coletiva, estabeleçam nesses dispositivos cláusulas sobre comissões mistas de consulta e colaboração, no plano da empresa. As cláusulas deverão conter o modo de funcionamento e as atribuições das comissões. Na prática, foram muito poucas as normas coletivas que trataram do tema, mas seria uma boa forma de, inclusive, resolver o problema da participação nos lucros. Esse seria realmente o melhor sistema, pois teria condições de melhor adaptar a co-gestão às peculiaridades de cada empresa, além de a solução ser negociada, e não imposta pela lei. O ideal seria que a lei traçasse apenas os contornos básicos do sistema, deixando para a negociação coletiva as demais determinações.

2.10 Conclusões

Arnaldo Süssekind (1990, v. 1:406) preconiza que a co-gestão corresponda a: "(a) funções meramente consultivas, consubstanciadas nas atribuições conferidas ao representante do pessoal ou a órgãos integrados por empregados, em representação exclusiva ou paritária; (b) inclusão de empregados em comitês ou comissões internas, geralmente paritárias, encarregadas de velar pela prevenção dos infortúnios do trabalho, promover a conciliação dos litígios individuais de caráter trabalhista ou gerir obras sociais, culturais, desportivas, programas de aprendizagem etc.; (c) integração de representantes dos empregados, em paridade com os acionistas ou, minoritariamente, em órgãos com poder de decidir (co-decisão)".

A co-gestão pode tender para um sistema de autogestão da empresa, mas não se confunde com esta, pois na co-gestão não há a gerência apenas pelos empregados, mas em sua parceria com o empregador.

A participação na gestão não quer dizer que o empregado participará obrigatoriamente de órgãos de decisão da empresa. O direito de participação pode envolver a colaboração, inspeção, administração de certos setores da empresa, decisões em setores não tão importantes como nos órgãos de cúpula desta. Esse direito envolve, contudo, o poder de fazer sugestões. A empresa deverá fornecer informações aos empregados, de maneira inclusive atualizada, sobre as questões objeto da análise na participação na empresa. O certo é que a participação na gestão importa transparência nas negociações e nas informações passadas pelo empregador ao empregado. Não se pode negar o fato de que a co-gestão implica cooperação, substituindo a oposição do empregado ao empregador, e a igualdade entre tais pessoas, apesar da existência da subordinação, valorizando a relação entre capital e trabalho.

Poder-se-ia dizer que, diante da redação do inciso XI do art. 7.° da Constituição, a participação nos lucros seria a regra e a co-gestão seria a exceção, dado o uso da expressão "excepcionalmente". Entretanto, isso não é bem assim, pois tanto uma como a outra dependem da legislação ordinária tratar do tema. Poder-se-ia entender, também, que a participação excepcional na gestão mencionada pela Constituição diz respeito ao tamanho da empresa ou a certo setor da economia, porém a lei é que irá regular a referida situação. O certo é que a co-gestão geralmente não é reivindicada pelos sindicatos.

Pág. 680

VERIFICAÇÃO DE APRENDIZAGEM

1. O que vem a ser representante dos trabalhadores na empresa? Confunde-se o referido representante sindical e o delegado sindical?
2. Qual a condição para o representante dos trabalhadores ser eleito na empresa?
3. Como se dá a eleição nas empresas com mais de um estabelecimento?
4. Há estabilidade para o representante dos trabalhadores na empresa?
5. O que é co-gestão?
6. A co-gestão prevista na Constituição é auto-aplicável?
7. O que quer dizer o vocábulo "excepcionalmente" contido no inciso XI do art. 7.º da Constituição?

44

CONFLITOS COLETIVOS DE TRABALHO

1. CONCEITO

Conflito, do latim conflictus, tem o significado de combater, lutar, designando posições antagônicas. Analisando-se o conflito dentro de um contexto sociológico, pode-se dizer que as controvérsias são inerentes à vida, sendo uma forma de desenvolvimento histórico e cultural da humanidade. Exemplo é a guerra, em que são desenvolvidas novas tecnologias ou armas, e em que foi criada até a bomba atômica. Muitos dos conflitos são gerados por questões sociais ou problemas econômicos, decorrentes da desigual distribuição de riquezas.

Do ponto de vista trabalhista, os conflitos são também denominados controvérsias ou dissídios, tendo sido utilizados, na prática, com o mesmo significado. Conflito, entretanto, tem sentido amplo e geral, correspondente à divergência de interesses, como ocorreria na greve e no lockout. A controvérsia diz respeito a um conflito em fase de ser solucionado, como no caso da greve e do lockout quando submetidos à mediação ou à arbitragem. Já o dissídio seria o conflito submetido à apreciação do Poder Judiciário, podendo ser individual ou coletivo, como na reclamação trabalhista do empregado em face da empresa ou no julgamento da greve pela Justiça do Trabalho.

Os conflitos coletivos do trabalho podem ser econômicos ou de interesse e jurídicos ou de direito. Os conflitos econômicos são aqueles nos quais os trabalhadores reivindicam novas condições de trabalho ou melhores salários. Já nos conflitos jurídicos tem-se por objeto apenas a declaração da existência ou inexistência de relação jurídica controvertida, como ocorre na decisão em dissídio coletivo em que se declara a legalidade ou ilegalidade da greve.

2. FORMAS DE SOLUÇÃO

Amauri Mascaro Nascimento (1992:8) classifica as formas de solução dos conflitos trabalhistas da seguinte forma: autodefesa, autocomposição e heterocomposição. Octávio Bueno Magano (1993:213) faz uma classificação diversa: tutela ou jurisdição, autocomposição e autodefesa.

Pág. 682

2.1 Autodefesa

Na autodefesa, as próprias partes procedem à defesa de seus interesses. O Direito Penal autoriza a legítima defesa e o estado de necessidade, que são meios excludentes da ilicitude do ato (art. 23 do CP). A Espanha tolera a

autodefesa para a solução dos conflitos, como ocorre com o duelo. No entanto, não se admite o exercício arbitrário das próprias razões para a solução dos conflitos entre as partes envolvidas. Como exemplos de autodefesa, no âmbito trabalhista, temos a greve e o lockout.

2.2 Autocomposição

A autocomposição é a forma de solução dos conflitos trabalhistas realizada pelas próprias partes. Elas mesmas chegam à solução de suas controvérsias, sem a intervenção de um terceiro. Este é, realmente, o melhor meio de solução dos conflitos, pois ninguém melhor do que as próprias partes para solucionar suas pendências, porque conhecem os problemas existentes em suas categorias. Pode-se dividir a autocomposição em unilateral e bilateral. A unilateral é caracterizada pela renúncia de uma das partes a sua pretensão. A bilateral ocorre quando cada uma das partes faz concessões recíprocas, ao que se denomina transação. Exemplos de formas autocompositivas de solução dos conflitos trabalhistas são os acordos e as convenções coletivas. Os acordos coletivos são realizados entre o sindicato de empregados e uma ou mais empresas. A convenção coletiva ocorre entre o sindicato de trabalhadores e o de empregadores.

Poderíamos entender, como faz o prol. Magano (1993:214), que a mediação ou arbitragem são formas de autocomposição, tomando-se por base o fato de que as próprias partes que irão escolher uma pessoa para dirimir seus conflitos. Todavia, se entendermos que a preponderância é da existência de um terceiro para solucionar o conflito, como nos parece mais correto, iremos examiná-la como forma de heterocomposição.

2.3 Heterocomposição

A heterocomposição se verifica quando a solução dos conflitos trabalhistas é determinada por um terceiro. Exemplos de heterocomposição são a mediação, a arbitragem e a tutela ou jurisdição.

2.3.1 Mediação

A mediação ocorre quando um terceiro, chamado pelas partes, vem a solucionar o conflito, mediante proposta aos interessados. O mediador pode ser qualquer pessoa, como até mesmo um padre, não necessitando de conhecimentos jurídicos. O que interessa é que a pessoa venha a mediar o conflito, ouvindo as partes e fazendo propostas, para que se chegue ao seu termo.

As partes não estarão obrigadas a aceitar as propostas, mas poderá haver a composição mediante o acordo de vontades.

O mediador não tem poder de coação ou de coerção sobre as partes tomando qualquer decisão ou medida; apenas serve de intermediário entre elas.

Na anterior Lei de Greve (Lei n.° 4.330/64), a mediação era procedimento obrigatório e realizado pela Delegacia Regional do Trabalho (arts. 11 e 17), antes de se proceder à greve.

O § 1.° do art. 616 da CLT dispõe que o Delegado Regional do Trabalho pode ser mediador dos conflitos coletivos, tendo o poder de convocar as partes, a fim de que compareçam à mesa-redonda para tentativa de negociação e possibilidade de acordo. Essa mediação não é obrigatória para a propositura do dissídio coletivo. Obrigatória é a tentativa de conciliação.

O Decreto n° 1.572, de 28-7-95, estabeleceu regras sobre a mediação na negociação coletiva de natureza trabalhista. O art. 2.° declina que o mediador poderá ser escolhido pelas partes. Quando não houver a escolha, as partes

poderão solicitar ao Ministério do Trabalho a designação de mediador (§ 1.° do art. 2.° do Decreto 1.572/95). A parte que se considerar sem as condições adequadas para, em situação de equilíbrio, participar de negociação direta poderá, desde logo, solicitar ao Ministério do Trabalho a designação do mediador. O mediador poderá ser pessoa cadastrada no Ministério do Trabalho, desde que as partes concordem quanto ao pagamento dos honorários do referido profissional, ou servidor do quadro do Ministério do Trabalho, caso em que não haverá ônus para as partes. A indicação do mediador será feita pelo Delegado Regional do Trabalho, quando se tratar de negociação de âmbito local ou regional, ou pelo Secretário de Relações do Trabalho do Ministério do Trabalho, na hipótese de a negociação ser de âmbito nacional. A inscrição do mediador do Ministério do Trabalho será feita desde que o interessado comprove experiência na solução dos conflitos trabalhistas e conhecimentos técnicos relativos às questões de natureza trabalhista. O credenciamento terá validade de três anos, contados da publicação no Diário Oficial. O mediador designado terá o prazo máximo de 30 dias para a conclusão do processo de negociação, salvo acordo expresso com as partes interessadas. Havendo questões de ordem pública, o Delegado Regional do Trabalho poderá solicitar redução no prazo de negociação. Não alcançado o entendimento entre as partes na negociação direta ou por intermédio de mediador, lavrar-se-á termo contendo as causas motivadoras do confito e as reivindicações de natureza econômica.

A Portaria do Ministro do Trabalho n.° 817, de 30-8-95, especificou critérios para a participação do mediador nos conflitos de negociação coletiva de natureza trabalhista: (a) esclareceu que entende-se frustrada a negociação após serem esgotados os seguintes procedimentos: 1. apresentação ou recebimento da pauta de reivindicações; 2. análise da pauta pela representação patronal; 3. realização da primeira reunião ou rodada de negociação direta; 4. inexistência de consenso entre as partes sobre o conteúdo total ou parcial da pauta de reivindicações; (b) o mediador terá por função oferecer às partes informações sobre os efeitos e conseqüências do conflito, formular propostas ou recomendações às representações em litígio e estimulá-las à solução amigável.

Estabeleceu a Portaria n.° 818/95 do Ministro do Trabalho critério para o credenciamento de mediador perante as Delegacias Regionais do Trabalho: (a) a experiência na composição dos conflitos de natureza trabalhista será comprovada com a apresentação de cópia autenticada das atas de reuniões de negociação coletiva de que tenha participado, na qual conste o seu nome; (b) os conhecimentos técnicos relativos às questões de natureza trabalhista serão comprovados pela atuação em uma das seguintes áreas: 1.ª advocacia trabalhista; 2.ª área de recursos humanos; 3.ª área de relações sindicais.

Entendemos, porém, ilegal e inconstitucional o art. 4.° do Decreto n.° 1.572/95, que prevê o critério de que o mediador tem que ser necessariamente cadastrado pelo Ministério do Trabalho, pois o inciso XIII do art. 5.° da Constituição dispõe que "é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer", porque a Medida Provisória de instituição do Real não determina que o mediador tenha que ser cadastrado no Ministério do Trabalho e o referido decreto vai além do disposto na lei, sendo, portanto, nulo. Ressalte-se que o mediador nem mesmo precisa ter comprovada experiência na composição dos conflitos de natureza trabalhista; basta que tenha bom-senso para resolver o conflito.

2.3.2 Arbitragem

Na arbitragem, uma terceira pessoa ou órgão, escolhido pelas partes, vem a decidir a controvérsia, impondo a solução aos litigantes. A pessoa designada chama-se árbitro. Sua decisão denomina-se laudo arbitral.

2.3.2.1 História

Encontramos as raízes da arbitragem nas Ordenações do Reino de Portugal, do século XVII, em que se distinguia entre juízes árbitros e arbitradores. Os juízes árbitros deveriam conhecer não somente das coisas e razões, mas do Direito. Os arbitradores somente conheciam das coisas, sendo que se houvesse alguma alegação de Direito deveriam remetê-la aos juízes da terra.

O art. 194 do Código Comercial já falava em arbitradores: "o preço de venda pode ser incerto, e deixado na estimação de terceiros; se este não puder ou não quiser fazer a estimação, será o preço determinado por arbitradores". Outros artigos do Código Comercial ainda tratam dos arbitradores, como os arts. 80, 82, 95, 201, 209, 215, 217, 749, 750 e 776, no que toca a avaliações, estimações de prejuízos ou arbitramento de indenização por parte daqueles. A arbitragem é mencionada no art. 294 do Código Comercial, mas para questões de sociedades comerciais: "todas as questões sociais que se suscitarem entre sócios durante a existência da sociedade ou companhia, sua liquidação ou partilha, serão decididas em juízo arbitrai". Pelo que se verificava do art. 189 do Regulamento n.° 737, de 25-11-1850, os arbitradores eram equiparados aos atuais peritos judiciais, que fazem exames técnicos de cujos conhecimentos o juiz é carecedor.

A Constituição de 1891, em seu art. 34, n.° 11, dispunha que era de competência privativa do Congresso Nacional autorizar o Governo a declarar guerra, se não tivesse lugar ou malograsse o recurso da arbitragem, porém era usada a expressão "arbitramento", com o significado de arbitragem.

O Decreto-lei n.° 2.065/83 criou o Sistema Nacional de Relações de Trabalho. Logo em seguida o Executivo baixou o Decreto n.° 88.984, criando o Serviço Nacional de Arbitragem, com membros integrantes do Governo, dos trabalhadores e dos empregadores. Esse sistema, na prática, nunca chegou a ser utilizado.

A Lei n.° 9.307, de 23-9-96, dispõe sobre a arbitragem, tendo revogado os arts. 1.037 a 1.048 do Código Civil e 1.072 a 1.102 do Código de Processo Civil.

2.3.2.2 Direito comparado e internacional

No Direito comparado, vamos verificar a divisão da arbitragem, principalmente, sob o ângulo de ser facultativa ou voluntária (voluntary, arbitration), em que as próprias partes a escolhem livremente como forma de solucionar seus conflitos, e obrigatória (compulsory arbitration), imposta pela respectiva legislação.

A OIT preconiza o sistema de negociação coletiva, por meio da Convenção n.° 154, de 19-6-81, e que entrou em vigor em 11-8-1983. O art. 6.° da referida norma prescreve que não violam as disposições do referido convênio os sistemas de relações de trabalho em que a negociação coletiva tenha lugar de acordo com mecanismos ou de instituições de conciliação ou de arbitragem, ou de ambas de uma vez, em que as partes participem voluntariamente das negociações coletivas.

2.3.2.3 Denominação

Arbitragem e arbitramento muitas vezes se confundem. As palavras são derivadas da mesma raiz etimológica, do latim arbiter, que tem o significado de juiz louvado e árbitro.

O nome dado ao instituto em estudo é arbitragem e não arbitramento. O arbitramento é uma forma de liquidação de sentença (art. 879 da CLT), sendo que é feita quando: (a) determinada pela sentença ou convencionada pelas partes; (b) o exigir a natureza do objeto da liquidação (art. 606 do CPC).

2.3.2.4 Definição

A arbitragem é uma forma de solução de um conflito, feita por um terceiro estranho à relação das partes, que é escolhido por estas. É uma forma voluntária de terminar o conflito, o que importa dizer que não é obrigatória.

As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitrai mediante convenção de arbitragem, assim entendidos a cláusula compromissória e o compromisso arbitral (art. 3.° da Lei n.° 9.037/91).

Cláusula compromissória é a convenção por meio da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir relativamente a tal contrato (art. 4.° da Lei n.° 9.307/96).

Pág. 686

Compromisso arbitral é a convenção por meio da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial (art. 9.° da Lei n.° 9.307/96).

2.3.2.5 Distinção

Distingue-se a arbitragem da mediação, pois nesta o mediador apenas faz propostas para a solução do conflito, enquanto o árbitro decide, impõe a solução ao caso que lhe é submetido.

Difere a arbitragem da jurisdição, pois nesta o juiz está investido de jurisdição como órgão do Estado, podendo dizer o direito nas hipóteses concretas que lhe são submetidas, tendo força coercitiva sua decisão, que, se não cumprida, pode ser executada. Na arbitragem, o árbitro é um particular, não tendo relação alguma com o Estado, sendo escolhido pelas partes para a solução do conflito e tendo o poder de decidir as questões que lhe foram apresentadas, porém não pode impor sanções.

Não se confunde a arbitragem com a transação. A transação é negócio jurídico bilateral em que as partes extinguem suas obrigações mediante concessões recíprocas. Na arbitragem as partes não estão interessadas na concessão de mútuas vantagens. A confusão que se costuma fazer entre arbitragem e transação decorre da orientação de Alfredo Rocco (1962:39 e ss.), que entende que a natureza jurídica da arbitragem seria uma transação em branco, em que as condições seriam determinadas por um terceiro, e não pelas próprias partes. Todavia, como vimos, a questão principal é que na arbitragem não existem concessões mútuas, mas a solução do litígio pelo árbitro, que irá dizer quem tem razão.

A arbitragem também é distinta da perícia técnica. Esta só é realizada quando o juiz não possui conhecimentos técnicos suficientes para dirimir certa situação que lhe foi posta a exame, nomeando um especialista para tanto. A perícia, contudo, é meio de prova, em que o perito irá examinar uma situação e orientará o juiz, sendo que este é que irá dirimir a controvérsia existente entre as partes, dando a decisão, e não o perito. Na arbitragem as questões que são decididas são de fato e de direito, e na perícia técnica são apenas de fato.

A arbitragem pode ser nacional e internacional. Na arbitragem nacional os conflitos são analisados com base nas normas de um único sistema jurídico, em

que não haja nenhum conflito de jurisdição, seja interno ou internacional. Na arbitragem internacional, cada elemento será regido por uma lei diversa, como da capacidade das partes, da competência dos árbitros, do procedimento arbitral ou da lei material, que será aplicável à solução do litígio. O Código de Processo Civil francês, no art. 1.492, estabelece que "é internacional a arbitragem que coloca em jogo os interesses do comércio internacional". Entretanto, a arbitragem, mesmo a internacional, não serve para resolver apenas os litígios decorrentes do comércio, mas também de outros ramos. A arbitragem internacional pode ser entendida como aquela que serve para resolver questões exteriores e que terão por objeto produzir efeitos principalmente no exterior, em função de que as partes litigantes pertencem a Estados diversos ou a matéria debatida tenha que se desenvolver no território de Estados distintos.

Pág. 687

2.3.2.6 Natureza jurídica

Tem a arbitragem natureza de justiça privada, pois o árbitro não é funcionário do Estado, nem está investido por este de jurisdição, como acontece com o juiz. É uma forma de heterocomposição, pois não são as próprias partes que resolvem o conflito, como ocorre na autocomposição, mas um terceiro é chamado para decidir o litígio. Poderia ser enquadrada como forma de autocomposição se entendêssemos que as próprias partes escolhem um terceiro para solucionar o conflito, sem se socorrer do Judiciário.

Na verdade, a natureza jurídica da arbitragem é mista, envolvendo o contrato e a jurisdição, em que as partes contratam com um terceiro para dizer quem deles tem o direito.

2.3.2.7 Compromisso

A cláusula compromissória distingue-se do compromisso. A primeira encerra a possibilidade de um conflito eventual ou futuro ser resolvido por meio de arbitragem, conflito, este, que pode ou não ocorrer. Ela estaria incluída nos acordos, convenções ou contratos coletivos. Já, o compromisso diz respeito à solução por meio da arbitragem de um litígio atual, existente, surgindo no momento da controvérsia, em que as partes preferem não se socorrer de mecanismos de autodefesa.

2.3.2.8 Admissibilidade

A arbitragem não impede o acesso aos tribunais, pois a lei não poderá excluir da apreciação do Judiciário qualquer lesão ou ameaça de direito (art. 5.°, XXXV, da CF). Ressalte-se que o controle jurisdicional pode ser feito quanto à execução do laudo arbitral. O árbitro, entretanto, não se constitui em tribunal ou juízo de exceção, sendo que não se irá atrair a hipótese contida no inciso XXXVII do art. 5.° da Lei Maior.

É preciso, ainda, se fazer uma interpretação sistemática da Lei Fundamental, pois esta admite expressamente a arbitragem para a solução dos conflitos coletivos, pois, frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros (§ 1.° do art. 114). Recusando-se as partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado o ajuizamento do dissídio coletivo (§ 2.° do art. 114). A arbitragem é, porém, facultativa e alternativa para a solução de conflitos coletivos trabalhistas. É alternativa, pois a norma constitucional prevê como condição para o ajuizamento do dissídio coletivo a necessidade de negociação coletiva ou de arbitragem.

Poder-se-ia afirmar, entretanto, que a arbitragem só é permitida quanto a direitos patrimoniais disponíveis (art. 1.° da Lei n.° 9.307/96). Como no

Direito do Trabalho o trabalhador não pode transacionar seus direitos diante do empregador, apenas em juízo, não se poderia falar em arbitragem. Contudo, no que diz respeito ao conflito coletivo, é a Constituição que determina uma forma alternativa para a solução da citada divergência por meio da arbitragem. Lembre-se até mesmo que a Lei Maior também permite a flexibilização de direitos trabalhistas, com a assistência do sindicato dos trabalhadores, o que ocorre para a redução de salários (art. 7.°, VI), para compensação e redução da jornada de trabalho (art. 7.°, XIII) e para o aumento da jornada de trabalho nos turnos ininterruptos de revezamento (art. 7.°, XIV), sempre mediante acordo ou convenção coletiva (art. 7.°, XXVI).

Quanto à arbitragem nos dissídios individuais, haveria necessidade de uma lei determinando essa possibilidade, de maneira que não se aplicasse o art. 1.° da Lei n.° 9.307/96.

Hoje, algumas leis ordinárias já admitem a arbitragem. O § 1.° do art. 1.° da Lei n.° 8.419/92 já a previa, o que foi reproduzido no § 2.° do art. 1.° da Lei n.° 8.542/96, em que se verifica que as condições de trabalho, bem como as cláusulas salariais, inclusive os aumentos reais, ganhos de produtividade do trabalho e pisos salariais proporcionais à extensão e à complexidade do trabalho serão fixadas em laudo arbitral, observadas, entre outros fatores, a produtividade e a lucratividade do setor ou da empresa. O § 2.° do art. 1.° da Lei n.° 8.542/92 foi revogado pelo art. 19 da Medida Provisória n.° 1.750. A Lei n.° 8.630/93, que trata dos portuários, estabeleceu que deve ser instituída comissão paritária, no âmbito do órgão gestor de mão-de-obra, para a solução dos litígios do trabalhador avulso, e que, em caso de impasse, as partes deverão recorrer à arbitragem de ofertas finais (§ 1.° do art. 23). A Lei de Greve (arts. 3.° e 7.° da Lei n.° 7.783/89) permite a solução do conflito por arbitragem. As medidas provisórias sobre participação nos lucros (Medida Provisória n.° 1.769) também. O § 2.° do art. 764 da CLT usa, contudo, erradamente a expressão juízo arbitral, que diz respeito à própria Justiça do Trabalho.

2.3.2.9 Procedimentos

O árbitro é juiz de fato e de direito.

A arbitragem poderá ser de direito ou de eqüidade (art. 2° da Lei n° 9.307/96). A arbitragem que julgará por eqüidade será realizada no sentido de fazer justiça. Poderão as partes escolher livremente as regras de Direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.

Poderão as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de Direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio.

A sentença arbitral não fica sujeita a recursos ou a homologação pelo Poder Judiciário (art. 18 da Lei n.° 9.307/96).

Tem a sentença arbitral eficácia de título executivo judicial (art. 584, III, do CPC), podendo, assim, ser executada, se não cumprida.

2.3.3 Jurisdição

A jurisdição ou tutela é a forma de solucionar os conflitos por meio da interveniência do Estado, gerando o processo judicial. O Estado diz o direito no caso concreto submetido ao Judiciário, impondo às partes a solução do litígio.

A Justiça do Trabalho fica incumbida de solucionar os conflitos trabalhistas. Nas Juntas de Conciliação e Julgamento processam-se os dissídios

individuais. Nos Tribunais Regionais do Trabalho e no Tribunal Superior do Trabalho são ajuizados os dissídios coletivos.

Pág. 689

2.3.3.1 Dissídios coletivos

Serão dadas apenas algumas breves noções sobre dissídio coletivo. Para uma leitura mais aprofundada do tema, recomendamos nosso Direito processual do trabalho.

Nos dissídios coletivos, o que se discute é a criação de novas normas ou condições de trabalho para a categoria, ou a interpretação de certa norma jurídica.

O § 2.° do art. 114 da Constituição dá competência à Justiça do Trabalho, por meio dos Tribunais Regionais do Trabalho ou do TST, para conciliar e julgar os dissídios coletivos, bem como cumprir suas sentenças coletivas.

O poder normativo da Justiça do Trabalho consiste justamente na possibilidade de criar essas novas condições de trabalho.

O dissídio coletivo se instaura mediante petição inicial, na qual são expostas as reivindicações. Têm legitimidade para a instauração do dissídio os sindicatos, as federações ou confederações, além das empresas e das comissões de trabalhadores, nas categorias não organizadas em sindicato. O Ministério Público do Trabalho e o Presidente do TRT poderão também instaurar, de ofício, o dissídio coletivo, quando houver paralisação coletiva (art. 856 da CLT). É designada audiência de conciliação pelo Presidente do Tribunal em 10 dias. Havendo acordo na audiência, submete-se à homologação do Tribunal. Inexistindo acordo, é determinado o julgamento.

As decisões dos tribunais trabalhistas são chamadas de sentenças normativas, em que são fixadas as novas normas e condições de trabalho que serão aplicáveis aos contratos individuais de trabalho dos membros da categoria, utilizando-se de cláusulas para tanto.

As decisões dos tribunais trabalhistas em dissídio coletivo sobre novas condições de trabalho poderão ser estendidas aos demais empregados da empresa que forem da mesma profissão, desde que figure apenas uma fração de empregados de uma empresa no referido dissídio (art. 868 da CLT). A extensão é feita na própria decisão, se o tribunal julgar justo e conveniente. Poderá também haver extensão a todos os empregados da mesma categoria profissional: (a) por solicitação de um ou mais empregadores, ou de qualquer sindicato destes; (b) por solicitação de um ou mais sindicatos de empregados; (c) de ofício, pelo Tribunal que houver proferido a decisão; (d) por solicitação da Procuradoria da Justiça do Trabalho.

A sentença normativa poderá ser revista, se decorrido mais de um ano de sua vigência, quando tiverem sido alteradas as circunstâncias que a influenciaram, em razão de terem se tornado injustas ou inaplicáveis às condições de trabalho (art. 873 da CLT). A revisão poderá ser promovida pelo próprio tribunal prolator da decisão, pela Procuradoria da Justiça do Trabalho ou pelas associações sindicais de empregados e empregadores.

A decisão normativa não é executada no próprio tribunal, mas cumprida. Para tanto, é ajuizada uma ação, denominada ação de cumprimento, perante as Juntas de Conciliação e Julgamento, em que se procurará cobrar as vantagens disciplinadas na norma coletiva, quando não forem observadas pelo empregador (art. 872 da CLT).

Pág. 690

Para mais detalhes sobre o capítulo, consulte nosso livro Direito processual do trabalho (12. ed. São Paulo: Atlas, 2000).

VERIFICAÇÃO DE APRENDIZAGEM

1. O que é conflito coletivo?
2. O que é conflito coletivo econômico e de interesse?
3. Quais são as formas de solução dos conflitos trabalhistas?
4. O que é mediação?
5. O que é arbitragem?
6. O que é jurisdição?
7. Quais as diferenças entre essas três últimas hipóteses?
8. O que é dissídio coletivo?
9. Como se verifica o dissídio de extensão e de revisão?
10. O que é ação de cumprimento?

45

CONTRATO COLETIVO DE TRABALHO

1. INTRODUÇÃO

Já disse Amauri Mascaro Nascimento (LTr 57-02/194) que o contrato coletivo é um corpo sem rosto, posto que já previsto na lei salarial e na lei dos portuários, contudo ainda não definido, nem mesmo se sabendo sua finalidade.

Poderíamos dizer que o contrato coletivo de trabalho estaria ligado aos mecanismos de autocomposição, que prevaleceriam sobre os de tutela, na solução dos conflitos coletivos de trabalho, ou que seria uma forma de contratação em âmbito nacional, que iria passando aos níveis inferiores visando à solução das controvérsias coletivas de trabalho.

2. HISTÓRIA

O contrato coletivo de trabalho começa a surgir após a Segunda Guerra Mundial. Não deixa o contrato coletivo de trabalho de restringir a autonomia de empresários e trabalhadores no tocante às relações de trabalho, pois os empregadores passaram a ter certas restrições previstas na norma coletiva para o ato do despedimento, além de terem que obedecer a certas regras quanto à remuneração.

A partir da segunda metade do século XX, verifica-se que o contrato coletivo passa a ser mais aplicado em países que tiveram crescimento acelerado e inflação e desemprego reduzidos. A contratação muitas vezes é centralizada e articulada, passando de um nível nacional e renegociada em níveis inferiores.

Num primeiro momento, a contratação coletiva era mais rígida e de prazos mais longos. Hoje, há uma tendência de contratos mais flexíveis e de curta duração.

Com a revolução tecnológica e o aumento da competição, os contratos coletivos passaram a ter por base muito mais os resultados do que o tempo trabalhado. Além disso, a contratação passou a ser descentralizada e no âmbito de empresa. Verifica-se, nos dias atuais, que o contrato coletivo é praticado como forma de flexibilização das condições de trabalho para se enfrentar a competitividade internacional e a necessidade de maior produção.

Pág. 692

3. ÂMBITO INTERNACIONAL

Antes de analisarmos o contrato coletivo de trabalho no Brasil, mister se faz a verificação de como os outros países vem tratando o tema.

Nos países que adotam sistema de Direito germano-romântico, há predomínio da lei. Já nos países anglo-saxônicos, predomina a convenção coletiva, em que o Estado apenas proíbe as práticas desleais (unfair labour practices).

Na maioria dos países, o contrato coletivo começou a ser regulado no Código Civil, como ocorreu na Holanda, em 1909. A contratação coletiva foi ganhando força tanto na Europa como nos Estados Unidos, principalmente após a Segunda Guerra Mundial, onde a economia estava em fase de crescimento. Utilizou-se da expressão contrato coletivo de trabalho para designar pactos interprofissionais ou profissionais, tendo os mais variados alcances: de observância nacional, regional, municipal ou até mesmo empresarial.

Na Suécia, houve uma total insatisfação com a negociação coletiva centralizada e suas conseqüências, em âmbito nacional e intersetorial (Goran, 1991:11). Foi empreendido um grande esforço para acabar com tal procedimento, que estaria prejudicando a economia do país. Hoje existem diversos níveis de contratação (central de confederação, nacional, por setor e local de trabalho). Atualmente, o que o setor empresarial tem reivindicado é o fortalecimento das esferas descentralizadas de negociação. Tem sido praticada a contração em âmbito de empresa, inclusive para questões de política salarial.

A declaração III da Carta del Lavoro, da Itália, previa a possibilidade de as associações sindicais ou profissionais reconhecidas pelo Estado, que representavam a categoria de empregadores e trabalhadores, estipularem contratos coletivos de trabalho obrigatórios para todos os pertencentes à categoria. Como se verifica, o contrato coletivo já era obrigatório para toda a categoria, não apenas para os associados.

A Lei italiana n.° 563, de 1.°-7-1926, em seu art. 10, definiu o contrato coletivo de trabalho. Mesmo no Código Civil de 1942 continuou sendo adotada a expressão "contrato coletivo de trabalho" (arts. 2.067 a 2.077), estando inserido na categoria de "normas corporativas" (art. 5.° das "Disposições Preliminares" do CC), sendo considerado como fonte de Direito (art. 1.° das "Disposições Preliminares" do CC). É colocado em posição hierarquicamente subordinada à lei e aos regulamentos, não podendo anular as disposições imperativas das leis e dos regulamentos (art. 7.° das "Disposições Preliminares" do CC). Os contratos, coletivos, nessa época, eram, em sua maioria, corporativos e de âmbito nacional, determinados para um setor produtivo específico. Mesmo após o término do período corporativo o contrato coletivo continua a ter valor de norma mínima.

O art. 39 da Constituição italiana passou a prever o contrato coletivo, sendo que o § 4.° desse artigo estabeleceu que os sindicatos registrados e dotados de personalidade jurídica podem "estipular contratos coletivos de trabalho com eficácia obrigatória a todos da categoria à qual o contrato se refere".

O sistema do contrato coletivo foi, entretanto, se desenvolvendo independentemente de qualquer procedimento legislativo, porém a contratação poderia ser feita em todos os níveis, normalmente sendo realizada por ramo de atividade/categoria, com prazo de vigência de três anos, até que outro contrato substituísse o anterior.

As centrais sindicais têm grande participação nas negociações, principalmente a Confederação dos Trabalhadores Italianos, a Confederação Italiana dos Sindicatos de Trabalhadores e a União Italiana dos Trabalhadores, sendo organizadas por categoria e intercategoria, de âmbito nacional. O conteúdo do contrato coletivo é bastante amplo, incluindo questões salariais, segurança, produtividade, organização do trabalho, qualidade, novas tecnologias. As questões mais amplas são negociadas pelas centrais interconfederais. As próprias partes é que fiscalizam a aplicação do contrato coletivo, cabendo ao Estado o papel de apenas

organizar e estimular a negociação. Nos serviços públicos o acordo é submetido ao Parlamento. Os conflitos coletivos são resolvidos mediante greve, conciliação, mediação, com pequena aplicação da arbitragem privada e grande mediação dos Poderes Públicos. Os conflitos individuais são resolvidos no próprio local de trabalho, por meio de comissão de fábrica.

Havia a contratação articulada, em que o instrumento normativo de maior hierarquia abrangia o de menor hierarquia. E a contratação de âmbito nacional, inclusive por ramo de atividade ou compreendendo todas as atividades econômicas existentes no país. São tratadas condições gerais de trabalho, podendo em níveis inferiores ser tratadas outras questões, primeiro em âmbito de categoria, depois em âmbito de empresa. De acordo com a situação, as condições poderiam ser renegociadas em níveis inferiores, descentralizando o processo de contratação. Pode-se dizer que havia, de certa forma, a adoção de um sistema de contratação permanente.

A negociação articulada, todavia, não produzia os resultados desejados, pois era comum haver uma renegociação em níveis inferiores, mesmo de cláusulas que já haviam sido estabelecidas nos níveis superiores. O processo inflacionário foi agravado por esse motivo, levando as partes e o governo italiano a celebrar um pacto social para reverter a situação (22-1-83), em que ficou acordado que não seria possível a renegociação do que já havia sido negociado em nível superior.

Na Itália, tem-se utilizado ultimamente um contrato individual de trabalho flexível.

Em 22-7-93, foi firmado o Protocolo sobre política de renda e de ocupação, sistema contratual, política de trabalho e sustento do sistema produtivo. Trata-se de um acordo tripartite, firmado por governo, empresários e trabalhadores. Houve a substituição da escala móvel, que previa diversos componentes da remuneração e a repartição do que poderia ser contratado em outros níveis, pela contratação coletiva atrelada à taxa de inflação programada. A contratação passou a ser praticada em diversos níveis. O contrato nacional de categoria passa a ter duração de quatro anos em relação às cláusulas normativas, sendo que em relação às cláusulas econômicas o período de vigência passa a ser de dois anos. Os níveis regionais e de empresa não poderão tratar de matéria já veiculada no contrato nacional, sendo que os aumentos salariais serão fixados de acordo com produtividade e qualidade, acertados pelas partes convenientes.

Observa-se que o contrato coletivo na Itália mais se aproxima da nossa convenção coletiva, pois tem âmbito de categoria profissional e econômica. Como relatam F. del Gludice e F. Mariani (1991:174), o contrato coletivo na Itália teve diversas fases: acordos interconfederativos, contratação por categoria, contratação articulada, contratação não vinculada, contratação triangular, contrato coletivo de empresa.

Nota-se que o contrato coletivo italiano trata de questões ligadas à empresa, mas sem atingir interesses gerais do trabalhador.

Na França, o Poder Público estende os efeitos das normas coletivas, ou a própria lei o faz, em função da representatividade das categorias envolvidas. No setor financeiro há um contrato coletivo nacional que foi assinado em 20-8-52 e que até hoje não foi modificado, o que tem prejudicado os bancos e bancários daquele país, pois, com a implantação efetiva da Comunidade Econômica Européia, as entidades estrangeiras têm ingressado no país oferecendo melhores salários e flexibilização das condições de trabalho. O art. 4.° do referido contrato coletivo dispõe que "o presente acordo é renovado tacitamente, ano após ano". A Lei de 13-11-82 instituiu a obrigatoriedade de negociação.

Na Espanha, utiliza-se a expressão "convênio coletivo", que mais se aproximaria da nossa convenção coletiva (art. 82 do Estatuto dos Trabalhadores).

Nele são reguladas as condições de trabalho e de produtividade, assim como podem ser estabelecidas regras sobre paz laboral. Quando um convênio coletivo está em vigor, não poderá ser afetado por outro convênio de âmbito distinto, salvo se houver disposição em sentido contrário, como ocorre nos acordos interprofissionais, em que as entidades de maior representatividade podem estabelecer a estrutura da negociação coletiva, ou então fixando regras para resolver os conflitos que possam ocorrer entre os convênios de distintos âmbitos. Os convênios coletivos têm força normativa, obrigando empresários e trabalhadores que estiverem no âmbito de sua aplicação e durante o tempo de sua vigência. Há a possibilidade de se regular matérias de índole econômica, laboral, sindical e assistencial ou outras condições de emprego. Estão autorizados a negociar o comitê de empresa e os delegados de pessoal em nível inferior. No nível superior as tratativas são feitas pelos sindicatos.

A Constituição da Alemanha não estabelece uma regra explícita a respeito de negociação de contratos coletivos, apenas menciona o direito de formar coalizões. Com base nesse direito, o Tribunal Constitucional entende que há a possibilidade de autonomia das partes para firmar os contratos. A negociação é possível em todos os níveis, privilegiando a contratação nacional por ramo de atividade/categoria ou em âmbito regional. A DGB (central nacional) agrupa sindicatos organizados nacionalmente, tendo por base o local do trabalho. A central sindical não negocia. Os contratos coletivos têm validade média de três anos, até que outro venha a substituí-los, mas são firmados por um prazo mínimo de 18 meses. O conteúdo é bastante amplo, incluindo salários e categorias salariais, novas tecnologias, segurança, qualidade, produtividade, organização de trabalho. Têm força de lei entre as partes, incluindo todos os trabalhadores sindicalizados e as empresas filiadas à entidade empresarial que firma o contrato. São fiscalizados pelas próprias partes. O Estado apenas organiza e estimula a negociação coletiva, além de fiscalizar sua implantação. As partes contratantes também fiscalizam o contrato coletivo, sendo que o Judiciário não julga seu conteúdo, mas apenas o cumprimento das normas estabelecidas pelas partes ou sua legalidade. A lei sobre o contrato coletivo (Tarifvertragsgesetz), no § 5.°, estabelece que o Ministro do Trabalho pode declarar a obrigatoriedade geral de um contrato coletivo, a pedido das partes interessadas, quando houver interesse público. Tais detalhes podem ser prescindidos se há declaração de obrigatoriedade para a remoção de um estado de necessidade social. O Estado pode intervir em casos de acordos sociais tripartites visando a políticas de longo prazo, mormente diante da necessidade de reestruturação de setores em declínio.

O contrato coletivo chega a estabelecer salário mínimo por ramo de atividade. Os conflitos coletivos são resolvidos por greve, conciliação e mediação privada, e os individuais no próprio local de trabalho, por meio de comissão paritária, depois passando ao Poder Judiciário. Até a década de 70, a negociação coletiva na Alemanha, feita em nível de empresa, era esporádica. Ultimamente, os contratos coletivos têm sido realizados por curto espaço de tempo e, geralmente, por empresa.

Na Inglaterra, os contratos coletivos têm sido firmados em nível de estabelecimento, divisão e até mesmo de unidade de produção.

Afirma-se que um dos sérios problemas da implantação efetiva do Mercado Comum Europeu nos países da Europa decorre dos contratos coletivos. A Inglaterra pauta-se no sentido de que deve haver uma maior possibilidade de flexibilização e desregulamentação dos mercados de trabalho, que não poderiam estar adstritos a um contrato coletivo de âmbito europeu e não no âmbito nacional de cada país, setorial ou até mesmo empresarial. No geral, porém, a contratação coletiva tem sido feita por prazos curtos, sendo que na maioria dos países passou-se de uma negociação centralizada para a descentralizada.

Nos Estados Unidos, o contrato coletivo é firmado por empresa, tendo vigência por três anos, prorrogáveis por 60 dias. Predomina nos setores fordistas tradicionais, sendo que em outros setores a predominância é dos contratos individuais. Seu conteúdo é amplo, mas geralmente diz respeito a salários, benefícios sociais, categorias de trabalho, determina regras para dispensas. O Estado apenas regulamenta indiretamente o contrato coletivo, fomentando a negociação, sendo que as próprias partes cuidam de sua fiscalização e aplicação, garantindo apenas salário mínimo, segurança e saúde, porém não participa em acordos tripartites. O contrato coletivo tem natureza civil, valendo apenas para as empresas que o assinam. Os conflitos coletivos são resolvidos pela arbitragem privada e os individuais no local do trabalho ou por arbitragem privada. O contrato coletivo muitas vezes define a organização do local de trabalho. Nos setores automobilístico, eletroeletrônico, de comunicações e no transporte aéreo os contratos coletivos têm sido feitos com a possibilidade da contratação de novos trabalhadores por salários substancialmente mais baixos, com a concordância dos sindicatos, além do mais uma parte da remuneração pode ser paga sob a forma de bônus e até mesmo com ações. Em certos setores, a descentralização das negociações e contratações coletivas chegou até mesmo ao nível de departamento, prestigiando-se a produtividade dos trabalhadores em vez do número de horas trabalhadas.

No Japão, o contrato coletivo existe apenas nas grandes empresas, sendo feito por empresa. As pequenas e médias empresas fazem contratações individuais. Os salários são normalmente negociados entre sindicatos por ramo de atividade e as entidades empresariais nacionais. O prazo do contrato coletivo é variável, muitas vezes não tem prazo determinado. Seu conteúdo diz respeito a regras de trabalho por empresa, mas pode determinar normas de flexibilização mediante cooperação mútua. O contrato coletivo é considerado um pacto de direito civil. A fiscalização é feita por órgão da Prefeitura Municipal. O Estado regula indiretamente o contrato coletivo, cooperando com as entidades empresariais nas estratégias setoriais e macroeconômicas. As empresas ficam, porém, livres para negociar com sindicatos de cada setor. Os conflitos coletivos são resolvidos na empresa por meio de processo de conciliação, sendo que na indústria privada o contrato coletivo proíbe greves.

Os sindicatos são formados por empresa. As centrais sindicais são predominantes no setor de serviço público, porém não no setor industrial privado. Verifica-se que em muitos casos o contrato coletivo não é feito nem mesmo por escrito, valendo a palavra das partes. Após a negociação, a empresa costuma enviar uma carta ao sindicato, comprometendo-se a cumprir aquilo que foi pactuado. São muito raras as contendas quanto à interpretação das cláusulas dos contratos coletivos. Os japoneses entendem que vale mais a compreensão mútua entre as partes do que estabelecer cláusulas com minúcias, pois as desavenças, para eles, estão muito mais ligadas a fatores emocionais e sentimentais do que outros fatores. Denota-se que a negociação no Japão tem um processo contínuo.

Na Nova Zelândia foi aprovado um Ato, que entrou em vigor em 2-5-91, que acabou com o sistema de conciliação voluntária e arbitragem compulsória. Após um ano de vigência do referido Ato, a maioria dos contratos multiprofissionais que eram realizados por profissão foi substituída por contratos coletivos ou individuais realizados em nível de empresa, para todos os trabalhadores.

No âmbito da OIT, a Convenção n.° 154, aprovada peto Decreto Legislativo n.° 22, de 12-5-92, trata da negociação coletiva. Explicita que a negociação coletiva compreende todas as negociações que tenham lugar entre, de uma parte, um empregador, um grupo de empregadores ou uma organização ou várias organizações de empregadores e, de outra parte, uma ou várias organizações de trabalhadores, com o objetivo de fixar condições de trabalho e de emprego,

regular as relações entre empregadores e trabalhadores, regular as relações entre os empregadores ou suas organizações e uma ou várias organizações de trabalhadores, ou alcançar todos estes objetivos de uma só vez (art. 2.°). O art. 4.° dá a entender que a negociação coletiva deve ser feita por meio de contratos coletivos ou de laudos arbitrais, sendo que, na hipótese de não haver uma solução negociada, pode-se aplicar a referida Convenção mediante determinações da legislação nacional.

4. EVOLUÇÃO NO BRASIL

No Brasil, a primeira denominação dada ao pacto coletivo de trabalho foi convenção coletiva, surgindo com o Decreto n.° 21.761, de 23-8-32, baseado na lei francesa de 1919. Era definido no art. 1.° como "o ajuste relativo às condições de trabalho, concluído entre um ou vários empregadores e seus empregados, ou entre sindicatos ou qualquer outro agrupamento de empregadores e sindicatos ou qualquer outro agrupamento de empregados". Esses pactos já tinham efeitos normativos (art. 5.°), valendo para toda a categoria profissional e econômica. Estavam legitimados a participar da norma coletiva os sindicatos, federações ou associações (§ 1.° do art. 1.°).

A primeira Constituição a reconhecer as convenções coletivas foi a de 1934 (art. 121, I, § 1.°, j). Utilizava-se do termo convenção coletiva para evidenciar o ajuste coletivo, dando respaldo a futuros contratos individuais de trabalho. A convenção coletiva tinha por escopo estabelecer condições mínimas de trabalho para os contratos de trabalho.

A Carta Magna de 1937 passou a adotar a expressão contrato coletivo (art. 137, a e b). Somente as associações legalmente reconhecidas pelo Estado é que poderiam negociar. Sua aplicação seria para empregadores, trabalhadores, artistas e especialistas. Essas associações profissionais tinham o poder de estipular contratos coletivos de trabalho obrigatórios para todos seus associados (art. 138). Tal orientação é baseada na Declaração III da Carta del Lavoro, que é copiada quase literalmente pelo art. 138 da Carta Magna de 1937. Como se verifica, inicialmente a Lei Maior especificava que o contrato coletivo era obrigatório apenas para os associados do sindicato, e não para toda a categoria, ao contrário da Carta del Lavoro, que já dizia que os contratos coletivos tinham aplicação a toda a categoria. Poderiam ser estipuladas cláusulas de duração, modalidades de salário, disciplina interior e horário de trabalho. Os pactos tinham caráter obrigatório. Ao se aprovar a CLT (Decreto-lei n.° 5.452/43) foi mantido o nome contrato coletivo (art. 611). Entendia-se por contrato coletivo de trabalho o convênio de caráter normativo em que dois ou mais sindicatos representantes das categorias econômicas e profissionais estabeleciam condições para reger as relações individuais de trabalho, no âmbito de suas representações. Os efeitos do contrato coletivo davam-se entre os associados dos sindicatos convenientes, podendo ser estendido a todos os membros das respectivas categorias por ato do Ministro do Trabalho, Indústria e Comércio (art. 612). Esse sistema foi adotado no Governo de Getúlio Vargas, inspirado no regime fascista italiano, de cunho eminentemente corporativista. Ao se utilizar da expressão "contrato", já se notava a natureza contratual do instituto, daí se falar, num primeiro plano, da sua aplicação apenas aos associados, nada impedindo que, por ato do Ministério do Trabalho, houvesse a extensão a toda a categoria, incluindo os não associados do sindicato. Posteriormente é que se adotou o termo "convenção", justamente para retirar a característica civilista da obrigação, o que só ocorreu em 1967.

A Constituição de 1946 repete a Constituição de 1934, reconhecendo novamente as convenções coletivas de trabalho (art. 157, XIII). Com a edição do

Decreto-lei n.° 229, de 28-2-67, foi dada nova redação aos arts. 611 a 625 da CLT, eliminando a expressão contrato coletivo. O caput do art. 611 da CLT estabelece que convenção é o acordo de caráter normativo entre sindicatos de empregados e empregadores a respeito de condições de trabalho. O § 1.° do art. 611 da CLT criou o acordo coletivo, que é o pacto firmado entre o sindicato de categoria profissional e uma ou mais empresas, a respeito de condições de trabalho. Não havia mais necessidade de extensão das cláusulas das normas coletivas pelo Ministério do Trabalho, pois seus efeitos eram erga omnes: valiam para toda a categoria. Esse ainda é o sistema vigente. Ocorre que alguns artigos da CLT não foram atualizados pelo Decreto-lei n.° 229/67. É o que se observa no art. 59 e seus parágrafos, que tratam de jornada de trabalho e a forma de compensá-la ou prorrogá-la, que pode ser feita mediante acordo ou contrato coletivo (leia-se convenção coletiva); no § 1.° do art. 61, que permite que a jornada de trabalho exceda o limite legal, que poderia ser exigido independentemente de acordo ou contrato coletivo; no art. 71, que permite que o intervalo intrajornada seja superior a duas horas, mediante acordo escrito ou contrato coletivo; no art. 235, que trata dos operadores cinematográficos, prevendo que poderá ser feito trabalho diurno extraordinário, para quem trabalhe à noite, mediante contrato coletivo; no art. 239, que foi revogado pela Lei n.° 8.630/93 (lei dos portuários), dispondo a primeira norma que a prorrogação do trabalho do ferroviário pertencente à categoria independe de acordo ou contrato coletivo; no art. 295, em que os mineiros poderão trabalhar oito horas diárias ou 48 horas semanais, por meio de contrato coletivo; no parágrafo único do art. 391, quando menciona que não é possível ser feita restrição ao direito da mulher no emprego por meio de contrato coletivo; no art. 444, que versa sobre as relações contratuais de trabalho que podem ser objeto de livre estipulação entre as partes, desde que não contrariem, entre outros, o contrato coletivo; no art. 462, que especifica a impossibilidade de desconto no salário do empregado, a não ser diante de adiantamentos (vales), da lei ou de contrato coletivo; na alínea b do art. 513, em que se estabelece que é prerrogativa dos sindicatos celebrar contratos coletivos de trabalho. Quando se verifica em tais dispositivos legais a expressão "contrato coletivo", devese entender acordo ou convenção coletiva, por força da modificação efetuada pelo Decreto-lei n.° 229/67, que, porém, não corrigiu os citados preceitos.

O art. 158, XIV, da Constituição de 1967, e o art. 165, XIV, da EC n.° 1, de 1969, mencionam novamente o reconhecimento das convenções coletivas de trabalho. Em fevereiro de 1988 surge, no âmbito da CUT, a apresentação à Fiesp de uma pauta de reivindicações, estabelecendo novas regras a respeito da negociação, com a possibilidade de ajustes por níveis, tanto no setor econômico, regional ou da instalação fabril, assim como as formas de composição dos conflitos coletivos, prazos de vigência, conteúdo e renúncia bilateral do poder normativo da Justiça do Trabalho. A essas regras deu-se o nome de contrato coletivo de trabalho.

A Constituição de 1988 reconhece não apenas as convenções coletivas, mas também os acordos coletivos de trabalho (art. 7.°, XXVI). Nos sistemas constitucionais anteriores reconheciam-se apenas as convenções coletivas, só que, na prática, o acordo coletivo já existia desde a edição do Decreto-lei n.° 229/67. A Constituição de 1988 apenas corrigiu o referido defeito, reconhecendo também os acordos coletivos de trabalho.

As leis salariais passaram a fazer menção ao contrato coletivo a partir da Lei n.° 8.222, de 5-5-91 (art. 6.°). O mesmo se verificou no parágrafo único do art. 1.° da Lei n.° 8.419, de 7-5-92, e no § 2.° do art. 1.° da Lei n.° 8.542, de 23-12-92. A Lei n.° 8.630, de 25-2-93, que regula as atividades nos portos, também passou a se referir ao contrato coletivo (arts. 18, parágrafo único, 19, I, 22, 28, 49 e 57, § 1.°). A Lei n.° 8.880/94, estabelece, no § 5.° do art. 27, a possibilidade de os contratos coletivos tratarem de reajustes superiores aos assegurados pela antiga Lei n.° 8.700/93, já na vigência da URV. O art. 41 da

mesma lei dava nova redação ao art. 872 da CLT, prevendo a possibilidade de que a ação de cumprimento pudesse cobrar determinações estipuladas em contrato coletivo; porém, tal comando legal foi vetado pelo Presidente da República. O inciso IV do art. 83 da Lei Complementar n.º 75/93 permite ao Ministério Público do Trabalho propor ação para declaração de nulidade de contrato coletivo.

5. DENOMINAÇÃO

Comumente usa-se a denominação "contrato coletivo", embora algumas legislações estrangeiras utilizem também as expressões "convenção coletiva", "contratação coletiva" ou "convênio coletivo" (Espanha). O convênio coletivo, entretanto, está mais próximo da nossa convenção coletiva.

O contrato seria coletivo e não individual, pois seria aplicável a uma série de pessoas, geralmente certa categoria. Distingue-se do contrato comum ou de direito privado, pois neste são reguladas situações apenas dos interessados, e não da categoria.

No âmbito internacional verifica-se o uso da expressão Tarifvertrag, pela lei alemã de 1969. Tarif tem o significado de tarifa, sendo considerada o salário fixado pela negociação coletiva, não se podendo dizer que se trata de tarifa no sentido de preço público, como empregamos no Brasil.

No Direito inglês ou americano usa-se a expressão collective bargaining, no sentido de barganha, de negociação coletiva.

A crítica que se poderia fazer à expressão "contrato coletivo" é que ela tem um cunho civilista ao falar em contrato, sendo que voltaríamos ao uso da expressão que foi empregada na Constituição de 1937, podendo dar ensejo à natureza estritamente contratual do instituto, como se dizia na época. Na verdade, o contrato coletivo não vai ter um conteúdo estritamente contratual, mas normativo e obrigacional, assim como ocorre com o acordo e a convenção coletiva, tratando de regras gerais, obrigatórias para certa categoria, em certo período, a respeito de condições de trabalho.

6. CONCEITO

No Direito romano havia a distinção entre contrato, convenção e pacto. O contrato era o gênero, sendo suas espécies o pacto e a convenção, que, de certa forma, não tinham força vinculante. Octávio Bueno Magano (1992:80) define o contrato como o "negócio jurídico celebrado para o fim de adquirir, resguardar, modificar ou extinguir direitos". Pelo fato de as próprias partes poderem regular seus interesses é que se falaria na autonomia privada dos pactuantes, que incluiria o negócio jurídico.

No âmbito internacional, contrato coletivo de trabalho é o gênero.

Dispõe a Recomendação n.º 31, de 1951, da OIT que contrato coletivo é "todo acordo escrito relativo às condições de trabalho e de emprego, celebrado entre um empregador, um grupo de empregadores ou uma ou várias organizações de empregadores, de um lado, e, de outro, uma ou várias organizações de empregadores, de um lado, e, de outro, uma ou várias organizações representativas de trabalhadores, ou, na falta dessas organizações, representantes dos trabalhadores interessados, por eles devidamente eleitos e credenciados, de acordo com a legislação nacional".

Estabelece a Recomendação n.º 91 da OIT que contrato coletivo é todo acordo escrito relativo a condições de trabalho e emprego, celebrado entre um empregador, um grupo de empregadores ou uma ou várias organizações de empregadores, por uma parte, e uma ou várias organizações representativas de trabalhadores.

O art. 24 do Projeto n.° 821/91 do deputado Aldo Rebelo define o contrato coletivo como "o instrumento normativo pelo qual as entidades representativas de uma ou mais categorias, ou de um ou mais ramos de atividades econômicas, estipulam normas salariais e condições de trabalho, a serem aplicadas, no âmbito das respectivas representações, às relações de trabalho". A contratação coletiva diria respeito à prática do contrato coletivo.

Pág. 700

O projeto de modernização das leis trabalhistas, da Comissão instituída para esse fim pelo Presidente da República em 1992, ao especificar a Lei de Relação Coletiva de Trabalho, define o contrato coletivo como aquele celebrado entre as entidades e centrais sindicais credenciadas, tendo âmbito nacional, "para estabelecer normas gerais e condições de trabalho a serem observadas como parâmetros nas negociações que se realizarem em outros níveis, nas bases territoriais das suas respectivas representações, podendo abranger um ou mais setores econômicos e profissionais" (art. 19). A "Exposição de Motivos" deixa claro que o contrato coletivo de trabalho "é um instrumento normativo, resultado de uma negociação de âmbito nacional, em um ou mais de um setor econômico".

O Ministério do Trabalho tem orientação no sentido de que o contrato coletivo de trabalho, "é resultado da negociação coletiva direta e voluntária entre empregados e empregadores, com força de lei, sobre todos os aspectos da relação de trabalho, dos mais simples aos mais complexos. Para que isso possa ocorrer, torna-se necessário criar um novo modelo de relações, que patrocine e estimule a negociação coletiva, assegure proteção para o empregado e proporcione às empresas a flexibilidade que lhes permita responder aos desafios da produtividade e da competitividade. E que conduza ao redimensionamento do papel do Estado nas relações do trabalho, transformando-o de repressor e intervencionista num organizador e articulador do processo, além de viabilizar efetivamente a liberdade e a autonomia sindical" (Ministério do Trabalho. Trabalho e Cidadania, 1, p. 1, fev./93).

O contrato coletivo seria, portanto, "um documento negociado entre representantes das entidades de empregados e empregadores estabelecendo direitos e deveres de lado a lado, abrangendo o maior número possível de aspectos em torno das relações trabalhistas" Ministério do Trabalho. Op. cit. (p. 3). Não se pode entender, entretanto, o contrato coletivo como documento, mas como resultado da concretização da negociação coletiva, como um negócio jurídico.

Teria o contrato coletivo por objetivo o estabelecimento de novas condições de trabalho. Seria, portanto, o negócio jurídico que tem por objeto estabelecer condições de trabalho, criando, modificando e extinguindo condições de trabalho.

Sendo o contrato coletivo todo negócio jurídico de caráter normativo a respeito de condições de trabalho, não haveria necessidade de subdivisão de conceitos para justificá-lo em outros níveis, como o realizado entre sindicatos ou entre o sindicato profissional e uma ou mais empresas. O contrato coletivo envolveria toda a negociação coletiva. Alguns países adotam essa denominação genérica, sem distinguir os últimos pactos.

Em nosso sistema, o contrato coletivo seria mais um nível de negociação coletiva, além dos já existentes, pois não se confundiria com a convenção e o acordo coletivo (art. 611 e seu § 1.° da CLT), que são coisas distintas. O § 2.° do art. 1.° da Lei n.° 8.542/92 mostrava a existência distinta de três normas coletivas que são negociadas: o acordo coletivo, a convenção coletiva e o contrato coletivo. Logo, havendo três nomes diferentes, conclui-se que são três institutos distintos, embora um deles possa ter um nível maior de hierarquia que os demais ou uma abrangência para todo o território nacional. Assim, o contrato coletivo não se confunde com a convenção e o acordo coletivo, possuindo cada um conceitos distintos. Poder-se-ia entender o contrato coletivo como a negociação

de âmbito nacional ou interprofissional, que daria regras básicas para os demais pactos coletivos, ou uma forma de rompimento com o sistema corporativo para se adotar um novo regime sindical, prestigiando a autonomia privada coletiva; porém seria necessária a mudança, inclusive, da Constituição.

Pág. 701

O contrato coletivo iria substituir a lei, que prevaleceria apenas em questões de ordem pública ou de natureza constitucional.

Assim, poderíamos concluir que o contrato coletivo seria o negócio jurídico de caráter normativo, de modo a regulamentar, criar ou estipular condições de trabalho (Siqueira Neto, 1991:130-131). O contrato coletivo irá regulamentar temporariamente o conflito coletivo entre as partes, sob a forma de resolução pacífica do conflito pelas próprias pessoas interessadas, mas não deixa de ser um instrumento destinado a auto-organizar a autonomia coletiva sindical.

O contrato coletivo, porém, não deixa de ser fonte do Direito do Trabalho, pois nele são criadas normas e condições de trabalho aplicáveis ao contrato de trabalho.

7. DISTINÇÃO

Distingue-se o contrato coletivo da contratação coletiva. Esta é o conjunto de procedimentos que ocorre nas negociações, mostrando a intensidade das negociações que foram realizadas. As medidas tomadas durante as tratativas é que correspondem à contratação coletiva. A contratação coletiva vai envolver não só as tratativas iniciais, antes da formalização do contrato coletivo, como as posteriores, ao término da redação do contrato coletivo. Seria uma forma de negociação permanente, que envolveria as discussões iniciais, da redação da norma coletiva e da manutenção das negociações, mesmo após ter sido redigido o contrato coletivo.

O contrato coletivo não se confunde com o pacto social, que também é chamado de concertação social em países de língua espanhola. No pacto social não se estipulam condições de trabalho, mas apenas se estabelecem regras para o combate à inflação e ao desemprego em épocas de crises econômicas, sendo que entre essas poderá haver matéria trabalhista, como política salarial, inclusive quanto ao incentivo à negociação coletiva. Nele existem regras de caráter tributário, previdenciário, visando à adoção de uma política econômica e social, enquanto que no contrato coletivo pretende-se estabelecer novas condições de trabalho. O objetivo do pacto social é regular condições gerais a serem aplicadas no âmbito da sociedade. As partes no pacto social não são apenas empregados e empregadores, mas existe a interveniência do Governo e até mesmo dos partidos políticos. Os pactos são dotados apenas de sanção política, mas não jurídica, não tendo efeitos normativos. Pode, entretanto, o pacto social conter diretrizes que poderão ser pormenorizadas mediante acordos, convenções ou contratos coletivos. O contrato coletivo, entretanto, apesar de ter efeito normativo, visa regular condições de trabalho, mas não interesses gerais da sociedade como um todo.

Diferencia-se também o contrato coletivo da convenção e do acordo coletivo. O contrato coletivo poderia ser considerado como de âmbito nacional ou de natureza interprofissional. A convenção coletiva, porém, é intersindical, ou seja, a relação forma-se entre sindicatos dos empregados e empregadores. Já o acordo é realizado para o âmbito da empresa, com a participação desta e do sindicato da categoria profissional.

Pág. 702

Trata-se, portanto, de uma terceira modalidade de norma coletiva, negociada pelas próprias partes envolvidas no litígio.

8. LEGITIMIDADE PARA A NEGOCIAÇÃO

Nossa legislação não dispõe quem seria parte para as negociações visando à edição do contrato coletivo de trabalho.

De acordo com nosso atual sistema sindical, estariam aptos à negociação para futura determinação pelo contrato coletivo de trabalho os sindicatos, as federações, num segundo grau ou em âmbito estadual, e as confederações, num terceiro grau ou em âmbito nacional.

Não há previsão para que as centrais sindicais façam parte das negociações, pois elas não fazem parte do nosso sistema confederativo, como se verifica do art. 8.° da Constituição e da legislação ordinária prevista na CLT, nem mesmo atualmente existem centrais de empregadores, mas apenas de empregados. O paralelismo simétrico, porém, imporia no decorrer dos tempos a criação natural de centrais sindicais de empregadores, já que para os sindicatos de empregados existem os de empregadores, para as federações ou confederações de empregados foram criadas as de empregadores, para as reivindicações por meio de imposição de uma parte a outra os empregados fazem greve e os empregadores fazem lockout, que é proibido pelo art. 17 da Lei n.° 7.783/89. Hoje, caso as centrais sindicais assinassem um contrato coletivo, este não teria qualquer validade jurídica, pois elas são partes ilegítimas para firmá-lo. Não há dúvida, porém, de que as centrais sindicais representam interesses coletivos de certas classes de trabalhadores. Daí a advertência de Arion Sayão Romita de que "deve entender-se que a mera filiação de um sindicato a dada central configura automática credencial, para que esta negocie em nome daquele" (Contrato coletivo de trabalho. Revista de Direito do Trabalho, 82/31). As centrais sindicais poderiam negociar desde que credenciadas para tanto pelos sindicatos, porém seria necessário saber quais os sindicatos que a elas iriam se filiar, para se saber sobre a aplicabilidade do contrato coletivo. A central mais representativa estaria apta a negociar, demonstrando ter mais filiados ou associados, ou maior número de sindicatos a ela filiados.

Deveria, entretanto, haver a possibilidade da negociação coletiva em todos os níveis, inclusive pelas centrais sindicais que poderiam ser consideradas como órgãos da cúpula sindical. Para tanto, necessário seria modificar nosso sistema sindical previsto na Constituição, adotando de vez a pluralidade sindical e ratificando a Convenção n.° 87 da OIT. Haveria, portanto, a necessidade de se estabelecer que as negociações fossem feitas inclusive em níveis maiores, mais amplos. A Recomendação n.° 163 da OIT, que complementa a Convenção n.° 154 sobre negociação coletiva, dispõe que as negociações devem ser desenvolvidas em todos os níveis, não apenas nas bases, inclusive na empresa (II, 4, 1). Como se verifica do sistema atual, a negociação coletiva é feita praticamente nas bases pelos sindicatos, por meio dos acordos e convenções coletivas atuais. Tal fato abriria a possibilidade de a negociação se desenvolver também nas cúpulas, até mesmo nas centrais sindicais, que desenvolveriam uma negociação mais geral inclusive de âmbito nacional.

A negociação do contrato coletivo seria feita entre entidades representativas de grau superior, como as federações, as confederações e até mesmo as centrais sindicais. Há, portanto, necessidade de se ampliar os sujeitos que podem participar das negociações, já que, hoje, há uma limitação dessa legitimidade.

Os níveis de negociação poderiam ser intersetoriais, mas em âmbito nacional; nacionais, porém específicos para determinado setor; estaduais; regionais; municipais; distritais; por regiões dentro do município; por empresa;

articulados, em que seriam estabelecidas garantias gerais em âmbito nacional, descendo a detalhes nos níveis inferiores.

9. ESCOPO

Visa o contrato coletivo criar novas e melhores condições de trabalho, regulamentando-as. O objetivo é, portanto, aperfeiçoar a relação de trabalho. O contrato coletivo, assim como outras normas coletivas, tem por fulcro aumentar, ou melhorar as condições de trabalho, que muitas vezes são estabelecidas de maneira mínima na legislação: aviso prévio de pelo menos 30 dias (art. 7.°, XXI, da CF), adicional de horas extras de pelo menos 50% (art. 7.°, XVI, da Lei Maior) etc. As negociações do contrato coletivo, como de qualquer norma coletiva, são feitas pelos sindicatos, evitando o desgaste que o trabalhador ou trabalhadores teriam de negociar diretamente com o empregador, que poderia dispensá-los. Além disso o sindicato, no conjunto, tem maior poder de barganha e pressão nas negociações, quando o operário, individualmente, ou um grupo de operários, não o teria. Há, também, a possibilidade de mudanças mais rápidas no contrato coletivo, em virtude de modificações de situações conjunturais, econômicas, tecnológicas, que ocorrem no transcurso do pacto, o que não é possível de se fazer muitas vezes pela modificação das leis, que têm um processo de elaboração mais rígido a ser observado, como quórum de votações etc.

Pode-se dizer que, se malogradas as negociações coletivas que visavam à edição de um contrato coletivo, há a possibilidade de as partes ajuizarem o competente dissídio coletivo, tal qual se observa do § 2.° do art. 114 da Constituição. A exigência da Constituição é a de que a negociação coletiva fique malograda; aí, poderão as partes pedir a intervenção da Justiça do Trabalho para solucionar sua contenda. O impasse se daria quando houvesse necessidade de ser regulada uma situação de nível superior ao da competência do Tribunal Regional do Trabalho da respectiva Região e não fosse de competência do Tribunal Superior do Trabalho. A solução talvez seria o dissídio coletivo de âmbito nacional proposto pela confederação de trabalhadores em face da confederação de empregadores.

10. CONTEÚDO

O contrato coletivo não é inconstitucional, apesar de não ser reconhecido no inciso XXVI do art. 7.° da Constituição. Nem o poderia ser, pois na época da Assembléia Nacional Constituinte não se cogitava de contrato coletivo. É claro que aquilo que não é proibido, é permitido. Assim, é possível que a legislação ordinária ou as próprias partes tratem do contrato coletivo.

Deverá o contrato coletivo ter necessariamente uma parte normativa, em que se estabeleçam as condições de trabalho, e uma parte obrigacional. Nesta são previstas, principalmente, regras em caso do descumprimento do que foi estipulado. São previstas regras na maioria das vezes mais favoráveis aos trabalhadores, inclusive do que aquelas estabelecidas pela lei. O que ocorre é que condições estabelecidas em normas coletivas posteriormente são objeto de disposições legais, confirmando o bom resultado que obtiveram no âmbito negocial. Há melhor adaptação das determinações do contrato coletivo em relação aos próprios interessados, pois foram objeto de consenso entre as partes, que se amoldam melhor à realidade fática laboral e à mudança das estruturas sociais, inclusive quanto ao sistema de produção da empresa.

As leis salariais passaram a tratar do contrato coletivo. O art. 6.° da Lei n.° 8.222, de 5-9-91, estabeleceu o conteúdo do que haveria de estar no contrato coletivo de trabalho: "As cláusulas salariais, inclusive os aumentos

reais, ganhos de produtividade do trabalho e pisos salariais proporcionais à extensão e à complexidade do trabalho, assim as demais condições de trabalho serão fixados em contratos, convenções e acordos coletivos de trabalho, laudos arbitrais e sentenças normativas, observadas, entre outros fatores, a produtividade e a lucratividade do setor ou da empresa."

Verifica-se, assim, que o conteúdo do contrato coletivo de trabalho passa a ser de aumentos reais, ganhos de produtividade do trabalho, pisos salariais proporcionais à extensão e à complexidade do trabalho, assim como outras condições. A disposição da Lei n.° 8.222/91 foi repetida no parágrafo único do art. 1.° da Lei n.° 8.419, de 7-5-92, com uma redação um pouco diferente, mas com conteúdo semelhante: "As condições de trabalho, bem como as cláusulas salariais, inclusive os aumentos reais, ganhos de produtividade do trabalho e pisos salariais proporcionais à extensão e à complexidade do trabalho, serão fixados em contrato, convenção ou acordo coletivo de trabalho, laudo arbitral ou sentença normativa, observadas, dentre outros fatores, a produtividade e a lucratividade do setor ou da empresa."

O § 2.° do art. 1.° da Lei n.° 8.542, de 23-12-92, dispunha da mesma forma que a lei anterior: "As condições de trabalho, bem como as cláusulas salariais, inclusive os aumentos reais, ganhos de produtividade do trabalho e pisos salariais proporcionais à extensão e à complexidade do trabalho, serão fixados em contrato, convenção ou acordo coletivo do trabalho, laudo arbitral ou sentença normativa, observadas, entre outros fatores, a produtividade e a lucratividade do setor ou da empresa."

Pelo menos a partir da edição das referidas leis já é possível saber qual seria o conteúdo do contrato coletivo de trabalho, apesar de não se saber ao certo o que vem a ser tal negócio jurídico.

A Lei n.° 8.630, de 25-2-93, estabelece alguns procedimentos que estarão contidos no contrato coletivo nos portos. De maneira geral, o art. 22 especifica que a gestão de mão-de-obra do trabalho portuário deve observar as normas do contrato coletivo. O parágrafo único do art. 18 especifica que o contrato, o acordo e a convenção coletiva precederão o órgão gestor de mão-de-obra, dispensada sua intervenção nas relações entre capital e trabalho no porto, mas que até o momento não foi estabelecido. O inciso I do art. 19 determina que as penalidades disciplinares estabelecidas no contrato coletivo serão aplicadas pelo órgão gestor de mão-de-obra.

O art. 28 observa que a gestão da mão-de-obra deve selecionar e registrar o trabalhador portuário de acordo com as regras do contrato, acordo ou convenção coletiva de trabalho. Na falta do contrato, convenção ou acordo coletivo de trabalho é que o órgão gestor de mão-de-obra portuário deveria ser criado no 90.° dia a contar da publicação da Lei n.° 8.630/93. A prestação de serviços nos portos deverá buscar, progressivamente, num prazo de cinco anos, a multifuncionalidade do trabalho, visando a adequá-lo à modernização dos portos (art. 57). O § 1.° do art. 57 indica que a implantação progressiva da multifuncionalidade deve ser estabelecida mediante contrato, convenção ou acordo coletivo.

O § 5.° do art. 27 da Lei n.° 8.880/94, estabelece que os trabalhadores que forem amparados por contratos coletivos que prevejam reajustes superiores aos da antiga Lei n.° 8.700/93 terão seus salários corrigidos de acordo com as cláusulas do respectivo instrumento na respectiva data-base de cada categoria, após 1.° de julho de 1994, inclusive, quanto às reposições de perdas salariais. O art. 41 da Lei n.° 8.880/94, ia dar nova redação ao art. 872 da CLT, permitindo que o contrato coletivo de trabalho pudesse ser objeto de ação de cumprimento na Justiça do Trabalho, o que ocorria apenas em relação à sentença normativa, e passaria agora a ser observado em relação também ao acordo,

convenção e contrato coletivo. O sindicato também poderia atuar como substituto processual para ajuizar ação com observância em contrato, acordo ou convenção coletiva quanto ao descumprimento do disposto nestes instrumentos normativos. Entretanto, o art. 41 da Lei n.° 8.880/94 foi vetado pelo Presidente da República.

Lembra Amauri Mascaro Nascimento que o contrato coletivo poderia ter conteúdo organizativo, "como base jurídica de normas de organização, podendo criar comissões numa empresa ou numa categoria, com vistas a necessidade contínua de discussão dos problemas e forma de integração entre o capital e o trabalho. Lembro-me do contrato coletivo da Toyota de 1993, que instituiu diversas comissões: comissão de direito individual, de relações coletivas, de segurança, de medicina etc., e que funcionam seguidamente de modo a discutir e solucionar os problemas da empresa" (O Direito Coletivo no atual momento brasileiro. LTr 57-12/1.429).

Se entender-se que o contrato coletivo teria âmbito nacional, poderia substituir a lei em certos aspectos, ou regular situações para certas profissões que hoje são reguladas pela lei. Assim, o contrato coletivo teria um conteúdo genérico, de interesse interprofissional ou intercategorial, não se limitando a certa categoria ou a certos trabalhadores de determinados setores. Poder-se-ia dizer que seria uma regra mínima a ser observada em âmbito nacional pelas demais normas coletivas, substituindo a lei. Ao contrato coletivo poderia ser determinada certa e específica matéria, reservando-se outras matérias mais regionalizadas ou particularizadas para as convenções e os acordos coletivos.

O conteúdo das situações de trabalho a serem reguladas poderia ser de âmbito nacional, como já ocorreu em relação aos bancários, ou poderia ocorrer em relação à regulação de condições uniformes ao nível da indústria automobilística nacional.

Poderia, também, haver previsão da mediação, arbitragem ou de comissões de conciliação, com o objetivo de dirimir eventuais controvérsias decorrentes de seu cumprimento.

O contrato coletivo poderia ser uma forma de implantar efetivamente as comissões de fábrica. Ter-se-ia como objetivo uma forma de contratação permanente, de modo que houvesse negociações sucessivas, mesmo antes do advento do seu termo de vigência.

No contrato coletivo não deveria haver cláusulas sobre política social, saúde, previdência social e tributos, que deveriam ser incluídas no âmbito de um pacto social. A matéria veiculada no contrato coletivo deveria ser, portanto, apenas de natureza trabalhista.

Não se pode negar, porém, que o conteúdo do contrato coletivo de trabalho serve para demonstrar a modernização das negociações coletivas e também a flexibilização das relações de trabalho.

11. ÂMBITO

O âmbito do contrato coletivo de trabalho, ainda não está perfeitamente delineado. O que se observa é que sua aplicação deveria ser para o âmbito nacional, interprofissional ou supracategorial.

Não poderia ser observado no âmbito de sindicato profissional e empresa, pois para tal fato já existe o acordo coletivo. De certa forma, não poderia ser realizado entre sindicatos da categoria profissional e econômica, pois já temos a convenção coletiva, que cumpre esse papel.

Assim, poderíamos dizer que seu âmbito seria nacional, ditando regras gerais, que iriam ser particularizadas por região ou por empresas, ou interprofissional, aplicável a mais de uma profissão. A crítica que se faz a um

dispositivo coletivo de âmbito nacional é que ele se equipararia à lei, porém a vantagem é que teria sido obtida mediante negociação, prestigiando a autonomia privada coletiva das partes envolvidas e a autocomposição, sem a necessidade de interveniência da Justiça do Trabalho.

Sua abrangência poderia também ser supracategorial, pois para serem aplicadas nas categorias já teríamos as convenções coletivas de trabalho. Daí, se poderia falar até mesmo num ajuste interprofissional ou abrangendo mais de um setor econômico, que seria pactuado até mesmo com relação a várias profissões.

12. HIERARQUIA

No momento não poderíamos dizer qual a hierarquia que haveria entre o contrato coletivo e outras normas, pela inexistência de disposição a respeito. Contudo, poder-se-ia dizer que a norma que tivesse conteúdo mais amplo iria ter maior hierarquia do que a que tivesse conteúdo mais restrito, sendo que a de menor hierarquia iria complementar a primeira. Na verdade, a norma inferior iria ser mais favorável do que a hierarquicamente superior, trazendo condições mais favoráveis aos empregados.

É claro que o contrato coletivo poderia estabelecer condições de trabalho mais benéficas, que seriam observadas em relação à lei, pois são distintas as fontes de elaboração: a Constituição ou a lei são elaboradas pelo Congresso Nacional e o contrato coletivo seria elaborado pelas próprias partes interessadas. Não se pode dizer, porém, que o contrato coletivo seria superior hierarquicamente à lei. A lei ou a Constituição só seriam observadas quando houvesse conflito com o contrato coletivo na hipótese de o dispositivo ser de ordem pública absoluta, que não poderia ser derrogado ou deixado de cumprir pelas partes. Não se tratando desse caso, o contrato coletivo teria prevalência sobre a lei, não por ser hierarquicamente superior a esta última, mas em função de criar regras mais benéficas ao empregado, ou seja, da aplicação do princípio da norma mais favorável ao trabalhador. Poderiam até mesmo ser criadas condições de trabalho in pejus, como já se verifica na Constituição (art. 7.°, VI, XIII e XIV), decorrentes da flexibilização das condições de trabalho estabelecidas no contrato coletivo, e que poderiam ser aplicadas num momento de transição, logicamente que mediante a negociação com o sindicato (art. 8.°, VI, da Lei Fundamental). É claro que, se a norma legal viesse a prever regras de Direito Econômico ou de política salarial do Governo, o contrato coletivo não poderia contrariá-las, como se verifica da determinação do art. 623 da CLT. A lei deveria assegurar apenas condições mínimas e tutelares do trabalhador; o mais seria objeto de negociação coletiva. Na verdade, a norma coletiva não poderia se sobrepor à lei, pois, caso contrário, as partes estariam legislando em causa própria com interesse geral, esquecendo que o Poder Legislativo é que tem o poder de legislar sobre questões gerais. O contrato coletivo iria ocupar o espaço que a lei não previu ou substituí-la, regulando certas situações individuais ou gerais que não são passíveis de regulação uniforme.

Talvez o maior problema seria da hierarquia entre o contrato coletivo e outras normas coletivas, principalmente em relação ao acordo e à convenção coletiva. O art. 620 da CLT dispõe que "as condições estabelecidas em convenção, quando mais favoráveis, prevalecerão sobre as estipuladas em acordo". Ao contrário, quando houvesse melhores condições de trabalho no acordo, este prevaleceria sobre a convenção.

Não haveria hierarquia entre o contrato, a convenção e o acordo coletivo. Todos estão no mesmo nível de hierarquia. Ocorreria hierarquia entre as referidas normas se o processo de criação de uma norma dependesse do de outra, o que não é o caso. O que ocorre é que cada um tem campo distinto de atuação, ou

são elaborados por sujeitos diversos, a não ser que se entenda que o acordo e a convenção coletiva devam respeitar as disposições do contrato coletivo de trabalho, que teria âmbito nacional. No mais, poder-se-ia dizer que o conflito de normas coletivas seria resolvido pela preponderância da aplicação da regra mais favorável ao empregado, como se nota do art. 620 da CLT.

13. FORMA

A forma do contrato coletivo deverá ser necessariamente por escrito (aplicando-se por analogia o parágrafo único do art. 613 da CLT), porque não se poderia admitir contrato coletivo verbal, diante da dificuldade de saber o que realmente teria sido contratado.

Deverão os contratos coletivos ser elaborados sem emendas ou rasuras, em tantas vias quantas forem as partes, além de uma destinada a registro e publicidade no órgão do Ministério do Trabalho.

No mais, deveria ser seguido o art. 613 da CLT, devendo o contrato coletivo conter designação das partes contratantes, prazo de vigência, categorias ou classes envolvidas, condições ajustadas para reger as relações individuais de trabalho durante sua vigência, normas para a conciliação das divergências surgidas entre os convenentes por motivo da aplicação de seus dispositivos, disposições sobre o processo de sua prorrogação e de revisão total ou parcial de seus dispositivos, direitos e deveres dos convenentes, penalidades para as partes que não cumprirem seus dispositivos.

Deveria, ainda, o contrato coletivo conter cláusula de paz social e, se possível, as partes deveriam determinar uma forma de negociação permanente, de modo a manter o espírito de negociação, e que a solução do conflito possa ser conseguida de maneira pacífica.

14. VIGÊNCIA

A vigência do contrato coletivo poderia ser fixada por prazo determinado ou até mesmo indeterminado, sendo que algumas cláusulas poderiam ter certo prazo e outras, outro. Poder-se-ia seguir a regra das convenções e acordos coletivos de trabalho, em que se estabelece um prazo máximo de vigência de dois anos (§ 3.° do art. 614 da CLT), sendo que, na prática, têm sido esses pactos celebrados por prazo de um ano, em razão das constantes modificações econômicas e sociais, que trazem um critério de flexibilização ao sistema.

Seria possível também estabelecer um prazo máximo de vigência de quatro anos, como se observa em relação aos dissídios coletivos (parágrafo único do art. 868 da CLT). No entanto, esse prazo não é ideal, diante da constante modificação das estruturas sociais e econômicas de nosso país, a não ser que se estabelecesse um sistema de revisão periódica em períodos de um ano ou inferiores a esse prazo.

O ideal seria que os contratos coletivos tivessem um prazo de vigência de aproximadamente um ano, de modo a verificar as modificações da conjuntura econômica que ocorressem no período, que nem seria um período muito curto, nem muito longo.

15. INCORPORAÇÃO DAS CLÁUSULAS NORMATIVAS AOS CONTRATOS DE TRABALHO

Finda a vigência da norma coletiva, deveriam cessar seus efeitos, salvo havendo estipulação em sentido contrário. Discutir-se-ia, assim, a respeito da incorporação das regras das normas coletivas aos contratos individuais do trabalho. Não havia um dispositivo legal tratando do tema, apenas o Enunciado

277 do TST adotou o entendimento de que as regras previstas nos dissídios coletivos não se incorporavam aos contratos de trabalho: "As condições de trabalho alcançadas por força de sentença normativa vigoram no prazo assinado, não integrando, de forma definitiva, os contratos."

Pág. 709

Posteriormente, a lei passou a dizer sobre a incorporação das regras dos acordos e convenções coletivas nos contratos de trabalho. O parágrafo único do art. 1.° da Lei n.° 7.788, de 3-7-89, estabeleceu pela primeira vez que "as vantagens salariais asseguradas aos trabalhadores nas convenções ou acordos coletivos só poderão ser reduzidas ou suprimidas por convenções ou acordos coletivos posteriores". Essa regra, porém, nada falava sobre o contrato coletivo, mas apenas da incorporação das regras das convenções ou acordos coletivos nos contratos de trabalho. Tal norma foi revogada expressamente pelo art. 14 da Lei n.° 8.030, de 12-4-90, que era o chamado Plano Collor.

O § 1.° do art. 1.° da Lei n.° 8.542/92 determinava que "as cláusulas dos acordos, convenções ou contratos coletivos de trabalho integram os contratos individuais de trabalho e somente poderão ser reduzidas ou suprimidas por posterior acordo, convenção ou contrato coletivo de trabalho".

Como o § 1.° do art. 1.° da Lei n.° 8.542/92 foi revogado pelo art. 19 da MP n.° 1.875, entende-se que não há mais incorporação da norma coletiva no contrato de trabalho (v. Incorporação das cláusulas normativas nos contratos de trabalho, no capítulo seguinte, Convenções e acordos coletivos de trabalho).

16. FATORES INIBIDORES

Vários fatores poderiam ser indicados como inibidores do contrato coletivo de trabalho: a unidade sindical, as datas-bases, o poder normativo da Justiça do Trabalho etc.

A unicidade sindical é um dos empecilhos ao contrato coletivo, pois não permite a contratação totalmente ampla, inclusive estabelecendo-se sindicatos em nível de empresa.

As datas-bases também prejudicam a contratação, visto que apenas os sindicatos mais fortes têm o poder de conseguir novas regras de trabalho fora da negociação anual; muitas vezes só se consegue a negociação fora da data-base em razão de mudanças substanciais das condições que anteriormente foram pactuadas ou quando os sindicatos mais fortes conseguem discutir seus interesses por meio de greve, para posteriormente se obter a solução negociada ou imposta pelo poder normativo da Justiça do Trabalho. Nos sindicatos mais fracos é impossível a negociação fora da data-base. Hoje existe, ainda, a impossibilidade de se criar novas datas-bases.

Em grandes empresas é muito mais fácil justificar perante a Assembléia Geral ou a Diretoria que houve imposição da Justiça do Trabalho, por meio de seu poder normativo, que determinou as regras a serem observadas, do que por intermédio da negociação coletiva, que pode trazer prejuízos que poderiam ser evitados.

Não se pode dizer, porém, que a arbitragem seria um dos fatores impeditivos da negociação coletiva, pois, segundo o § 1.° do art. 114 da Constituição, a arbitragem é uma forma autocompositiva, em que as próprias partes resolvem seus problemas trabalhistas. De acordo com o citado dispositivo constitucional e com o § 2.° do mesmo artigo, a arbitragem é uma forma alternativa de se resolver o conflito coletivo de trabalho. Não se trata, portanto, de forma inibidora da negociação coletiva. Quando as partes decidem pela arbitragem há um consenso nesse sentido, pois irão estabelecer os limites em que o árbitro deverá decidir, devendo posteriormente acatar sua decisão.

No momento, ainda estamos num estágio de evolução do contrato coletivo, num compasso de espera, para se verificar como ele será aplicado na prática, se o legislador ordinário ou constitucional irá defini-lo, inclusive quanto a seu conteúdo. O que deveria ser feito realmente é a reformulação do atual sistema sindical, acabando com o sistema corporativo, oriundo de Getúlio Vargas, proporcionando menor interferência do Estado nas relações trabalhistas, mormente sindicais. Assim, o objetivo seria valorizar a negociação coletiva, cabendo ao Estado apenas a fiscalização e o incentivo à negociação, diminuindo o número de leis sobre o tema, principalmente quanto a profissões.

O contrato coletivo também poderia ser uma forma de piso mínimo de direitos ou de recomendação em nível nacional, que seria particularizado em cada Estado ou empresa. O objetivo seria, assim, a flexibilização das regras trabalhistas, já que cada região tem características próprias relativas ao desenvolvimento, clima, situações geográficas, ocupação populacional etc.

No âmbito empresarial, não se pode esquecer também a dificuldade de grandes empresas, que tendo filiais em várias localidades, têm que administrar salários e condições de trabalho diferentes em cada uma delas. Se adotasse uma única norma coletiva, haveria simplificação desses procedimentos e até mesmo uniformização.

17. CONCLUSÕES

Entendemos que o estabelecimento do contrato coletivo em âmbito nacional não trará resultados, como ocorreu na Itália, mormente num país continental como o nosso, heterogêneo, onde existem regiões desigualmente desenvolvidas e condições climáticas diversas, além de inibir a flexibilização das relações de trabalho, que podem ser particularizadas em níveis menores ou de empresa. O melhor seria falar numa contratação regional, setorial ou até mesmo em nível de empresa, pois cada empresa tem suas peculiaridades, que variam em função de seu tamanho, setor etc., o que valorizaria também a flexibilização das regras trabalhistas. Só se poderia falar de contrato coletivo nacional se fosse para estabelecer regras gerais para serem observadas em níveis inferiores pelas convenções e acordos coletivos.

O que é preciso fazer é acabar com o sistema corporativo, com regulações minuciosas e excessivas, deixando que as próprias partes passem a resolver seus problemas, inclusive por meio da arbitragem privada. Deveria ser ratificada a Convenção n.° 87 da OIT, estabelecendo-se ampla liberdade sindical, acabando com a unicidade sindical, a contribuição sindical compulsória e o poder normativo da Justiça do Trabalho. Esta apenas resolveria as controvérsias coletivas quando as partes não chegassem a um consenso, porém não para estabelecer normas e condições de trabalho, que ficariam a cargo das próprias partes interessadas, abandonando, assim, o sistema tutelar, de imposição pelo Estado de normas e condições de trabalho nos dissídios coletivos. Deveria haver a livre criação de sindicatos, de acordo com os interesses das partes, principalmente verificando-se aquele que é mais representativo, independentemente de categoria. O sindicato deve sobreviver mediante a arrecadação das cotizações entre seus associados, para tanto prestando bons serviços a eles e, por conseqüência, conseguindo novos filiados.

O contrato coletivo também não poderia implicar a ditadura dos órgãos de cúpula, como as centrais sindicais, pois, caso contrário, os sindicatos poderiam desaparecer. Deve haver, portanto, um sistema de harmonia entre os vários atores sindicais para a consecução do processo de negociação coletiva. O ideal seria que o contrato coletivo viesse resolver questões passíveis de soluções uniformes ou de se estabelecer regras gerais. As questões diferenciadas seriam dirimidas

pelos acordos e convenções coletivas de trabalho, de acordo com as peculiaridades de cada região ou da empresa.

É mister encontrar uma forma equilibrada para se estabelecer o contrato coletivo, possibilitando que não só os sindicatos, federações e confederações negociem, mas também as centrais sindicais, de modo a que essas entidades convivam e estabeleçam regras de maneira harmônica para a solução dos conflitos coletivos de trabalho.

O contrato coletivo de trabalho também deveria visar à flexibilização das regras do Direito do Trabalho, estabelecendo tanto normas mais benéficas, como até mesmo a reformatio in pejus, dependendo da conjuntura econômica, como se observa dos incisos VI (redução de salários), XIII (redução e compensação da jornada de trabalho) e XIV (aumento da jornada nos turnos ininterruptos de revezamento) do art. 7.° da Constituição, em que se admitem modificações no contrato de trabalho por meio de acordo ou convenção coletiva.

Visaria o contrato coletivo resolver questões insuscetíveis de regulação uniforme, permitindo, justamente, a flexibilização de direitos, de acordo com cada região, município ou empresa, adaptável aos problemas sociais existentes em certo setor.

A hierarquia entre o contrato coletivo e a lei dependeria da aplicação de condições mais benéficas, a não ser em se tratando de normas legais de ordem pública, ou de garantia de direitos mínimos ou da observância de dispositivos constitucionais.

Não deixa o contrato coletivo de ser um meio para se obter a reforma da legislação sindical, eliminando também o sistema corporativista existente atualmente, prestigiando a negociação e a autonomia privada coletiva, com maior espaço para os próprios interessados discutirem seus interesses.

O contrato coletivo não vai, porém, resolver todos os problemas dos trabalhadores, principalmente no Brasil, em que se prefere muitas vezes o sistema tutelar, de imposição da solução pelo Estado, do que o sistema negociado.

É certo que precisamos de um sistema menos intervencionista por parte do Estado, prestigiando muito mais a negociação coletiva para resolver os problemas das partes, que conhecem melhor suas próprias situações.

O exame do Direito comparado revela que o contrato coletivo tem-se amoldado ao sistema de flexibilização das relações de trabalho, da possibilidade de adaptação às novas tecnologias e como forma de obter maior produtividade e competitividade em relação a outros países, sendo que a melhor forma de se obter esse resultado é por meio da contratação em nível de empresa, que se adapta a essas circunstâncias, prestigiando a descentralização das negociações. Os contratos coletivos de prazo determinado têm sido considerados como os ideais, de modo a que possam ser utilizados nos momentos de recessão e desemprego, trazendo a possibilidade de negociação de concessões em seu próprio bojo. Não poderiam os contratos coletivos tratar apenas de mecanismos de estabilidade no emprego, pois a dificuldade que é posta na saída do emprego implica também a dificuldade na contratação de novos empregados.

VERIFICAÇÃO DE APRENDIZAGEM

1. O que é contrato coletivo de trabalho?
2. Qual seu conteúdo?
3. As centrais sindicais podem negociar o contrato coletivo?
4. Qual a distinção entre contrato coletivo e contratação coletiva?
5. Qual é o escopo do contrato coletivo?
6. Qual o âmbito do contrato coletivo?

7. Existe hierarquia entre o contrato coletivo e outras normas coletivas?
8. Qual a forma do contrato coletivo?
9. As cláusulas do contrato coletivo se incorporam ao contrato de trabalho?
10. Quais são os fatores inibidores à implantação do contrato coletivo?

46

CONVENÇÕES E ACORDOS COLETIVOS DE TRABALHO

1. INTRODUÇÃO

As convenções coletivas de trabalho nasceram e se desenvolveram, principalmente, na Europa Ocidental e nos Estados Unidos, difundindo-se pelos países industrializados.

Desde sua origem já existiam vantagens para os convenentes: (a) para o empregador, era uma forma de negociação pacífica, sem perigo da ocorrência de greves; (b) para o empregado, era o reconhecimento, pelo empregador, da legitimidade e representatividade do sindicato nas negociações, com a conseqüente conquista de novos direitos para os trabalhadores; (c) para o Estado, era uma forma de não interferência, em que as próprias partes buscavam a solução de seus conflitos, culminando com um instrumento de paz social.

Nas nações industrializadas as convenções coletivas foram surgindo dos fatos para as normas, ou seja, de baixo para cima, ao passo que nos países subdesenvolvidos o fenômeno foi inverso. As normas foram elaboradas pelo legislador e impostas aos sindicatos, com as conseqüentes sanções pelo descumprimento. Nestes países as convenções coletivas não chegaram a ter grande importância, a não ser a partir do momento do início da industrialização. Nas nações totalitárias o sindicato é comandado pelo Estado, sob o controle do partido governamental, sendo, na verdade, o instrumento das vontades estatais, mas existem convenções coletivas, que são aplicadas aos seus pactuantes.

2. HISTÓRIA

No Brasil a expressão convenção coletiva surgiu com o Decreto n.° 21.761, de 23-8-1932, tendo por base a Lei francesa de 1919. O seu art. 1.° a definia como "o ajuste relativo às condições de trabalho, concluído entre um ou vários empregadores e seus empregados, ou entre sindicatos ou qualquer outro agrupamento de empregadores e sindicatos ou qualquer outro agrupamento de empregadores e sindicatos".

Tinha efeito normativo (art. 5.°), valendo para toda a categoria profissional e econômica.

A Constituição de 1934 reconheceu pela primeira vez em âmbito constitucional as convenções coletivas de trabalho (art. 121, § 1.°, j).

A Constituição de 1937 passou a adotar a expressão contrato coletivo (art. 137, a e b).

A CLT (Decreto-lei n.° 5.452/43), quando aprovada, utilizou-se do nome contrato coletivo (art. 611). O art. 612 explicitava que as normas coletivas eram aplicáveis apenas aos sócios do sindicato, podendo ser estendidas a todos os membros da categoria por meio de decisão do Ministro do Trabalho.

A Constituição de 1946 volta novamente a reconhecer as convenções coletivas de trabalho (art. 157, XIII), porém a legislação ordinária (CLT) ainda se utilizava da denominação contrato coletivo.

O Decreto-lei n.° 229, de 28-2-67, deu nova redação aos arts. 611 a 625 da CLT, eliminando a expressão contrato coletivo e utilizando a expressão convenção coletiva (caput) e acordo coletivo (§ 1.°). Tais pactos têm efeito normativo, aplicados a todos os membros da categoria.

O art. 158, XIV, da Constituição de 1967 e o art. 165, XIV, da EC n.° 1, de 1969, mencionam novamente o reconhecimento das convenções coletivas de trabalho.

A Constituição de 1988 traz uma mudança, pois reconhece não apenas as convenções coletivas de trabalho, mas também os acordos (art. 7.°, XXVI). Em outras três passagens a Lei Maior se refere à convenção ou a acordo coletivo. O inciso VI do art. 7.° prevê a irredutibilidade salarial, porém os salários poderão ser reduzidos por convenção ou acordo coletivo. O inciso XIII do art. 7.° estabelece a duração da jornada de oito horas diárias e 44 semanais, entretanto possibilita a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho. O inciso XIV do art. 7.° disciplina a jornada de seis horas nos turnos ininterruptos de revezamento, permitindo turnos superiores mediante negociação coletiva (acordo ou convenção coletiva).

3. DIREITO COMPARADO

No âmbito da OIT, a Recomendação n.° 91, de 1951, define os contratos coletivos como "todo acordo escrito relativo às condições de trabalho ou emprego, celebrado entre um empregador, um grupo de empregadores ou uma ou várias organizações de empregadores, por um lado, e, por outro, uma ou várias organizações representativas de trabalhadores ou, na falta delas, por representantes dos trabalhadores interessados, devidamente eleitos e autorizados por eles, de acordo com a legislação do respectivo país".

Estabelece, ainda, normas para as negociações coletivas, não disciplinando, no entanto, sanções pelo descumprimento das convenções coletivas, que ficarão a critério de cada país que a adotar. O item III da referida Recomendação trata dos efeitos das normas coletivas. Os signatários deveriam estar obrigados às normas coletivas, não podendo estipular nos contratos de trabalho disposições diversas. As determinações contrárias às normas coletivas deveriam ser consideradas nulas.

As regras dos contratos individuais não deveriam ser consideradas nulas em relação às normas coletivas, em função de serem mais benéficas. As determinações coletivas seriam aplicadas a todos os trabalhadores das categorias interessadas que fossem abrangidas pelas normas coletivas, a menos que a norma coletiva tratasse de modo contrário. O controle de aplicação das normas coletivas deveria ser garantido pelos sindicatos de empregados e de empregadores. A legislação de cada país poderia obrigar os empregados à divulgação das normas coletivas aplicáveis em suas empresas.

A Convenção n.° 154 da OIT propõe a existência de negociação em todos os ramos da atividade econômica, até mesmo no setor público. Define a negociação como um procedimento destinado à elaboração de contratos coletivos de trabalho. A Recomendação n.° 163 esclarece que o direito de negociação deve ser amplo, livre e independente, devendo as soluções dos conflitos ser encontradas pelas próprias partes. O Informe n.° 614 da OIT menciona que o Governo não poderá impor obrigatoriamente um sistema de negociações coletivas. O Informe n.° 615 impede o Governo de obrigar às negociações coletivas.

Na França, a Lei de 11-2-50 resultou de um compromisso entre a tendência de controle pelo Estado e a liberdade exigida pelos sindicatos. Como a lei anterior, de 1936, ela distingue convenções comuns, em que prevalecem o aspecto

contratual e a liberdade das partes, daquelas suscetíveis de extensão, em relação às quais se nota a participação do Estado e a preponderância do elemento normativo. A convenção coletiva, subscrita pelos sindicatos de maior representatividade, pode ser estendida a todos os trabalhadores de determinado ramo de atividade, por ato do Ministro do Trabalho.

Na Espanha, a convenção coletiva é o resultado da negociação desenvolvida pelos representantes dos trabalhadores e dos empresários, constituindo a expressão do acordo livremente adotado em virtude de sua autonomia coletiva (art. 82 do Estatuto dos Trabalhadores). A convenção coletiva é negociada por comissão deliberante que represente a maioria dos trabalhadores de determinado setor, adquirindo eficácia geral.

Em Portugal, o Decreto-lei n.° 215-B, de 30-4-75, estabelece a competência das associações sindicais para pactuar a convenção coletiva.

Na Itália, o contrato coletivo tem eficácia geral, impondo-se a todos os integrantes da categoria, ainda que discordantes, pois os interesses individuais são subordinados ao interesse coletivo que se pretende tutelar. As cláusulas do contrato individual que atritem com as do coletivo são consideradas nulas, mas não prejudicam a validade do contrato individual, sendo aplicáveis as cláusulas que tratem da matéria contida no contrato coletivo (arts. 1.419, II, 1.339, 2.077, II, do Código Civil italiano). A convenção coletiva de direito comum, de maior aplicação, só obriga os associados. De acordo com a Lei n.° 741, de 1959, as convenções coletivas da época foram transformadas em decretos legislativos especiais, tornando-se daí obrigatórias para todos. As convenções coletivas que foram celebradas nos anos seguintes voltaram a obrigar apenas os associados dos sindicatos convenentes.

Na Holanda, a legislação de 1907, alterada em 1927, permite ao Governo a possibilidade de extensão e de anulação das convenções coletivas. Pela Lei de 1937, toda convenção, para entrar em vigor, deve ser aprovada por uma comissão de conciliadores.

Na Inglaterra, a celebração de convenções coletivas vem desde 1824, mas os empregadores não estavam obrigados a aceitá-las. A partir da segunda metade do século passado as circunstâncias se modificaram. As convenções têm eficácia não por serem imperativas, nem por estarem inseridas na common law (normas consuetudinárias), mas por se constituírem num verdadeiro gentleman agreement (acordo de cavalheiros) - pois os acordos devem ser cumpridos -, e, apesar de não terem força obrigatória, na prática são cumpridas fielmente. Não existem sanções. A violação em tese é impunível, mas, em verdade, praticamente inexiste seu descumprimento.

Nos Estados Unidos, o processo comum de determinação das relações de trabalho é feito pelas convenções coletivas. A convenção é geralmente realizada para o âmbito da empresa, sendo raras as de aplicação nacional. Na convenção já estão estatuídas todas as regras que serão observadas pelos contratos individuais, restando ao empregador apenas o ato de contratação. Não existe processo de extensão das convenções coletivas; os empregados é que elegem o sindicato que irá representá-los na negociação, que pode ser qualquer um, até mesmo diverso do da categoria profissional, ficando o empregador obrigado a aceitar a representação. Ensina Amauri Mascaro Nascimento (1989:267) que "o cumprimento (enforcement of the agreement) resulta de um sistema não contido em lei, como no Brasil, mas decorrente de mecanismos previstos no próprio acordo; a solução se faz pelo procedimento denominado grievance. Trata-se de uma seqüência de níveis de entendimento na empresa visando a uma solução, inicialmente em esferas menores, depois em esferas maiores, variando em cada acordo. Geralmente, o entendimento inicial se faz entre o empregado e seu chefe imediato; depois entre o steward (representante sindical) e, pela empresa, o superior ao chefe do empregado; não resolvida a questão passa ao chefe dos stewards, ou um conselho e o diretor da empresa".

O Estado não interfere em qualquer hipótese, inclusive quando há o descumprimento da norma coletiva. Apenas encoraja as negociações e dá cumprimento à observância do ajustamento espontâneo entre as partes, consubstanciado geralmente num contrato, embora nem sempre o seja.

Na Alemanha, os contratos de tarifa produzem efeitos normativos em relação aos membros das associações contratantes. Podem adquirir obrigatoriedade geral por meio de um ato administrativo (Lei de 9-4-49). No entendimento de Hueck e Nipperdey (1963:322), a parte obrigacional da convenção coletiva faz-se de acordo com o BGB (prestação de um devedor a um credor). É um contrato inominado, dos que podem ser pactuados em todo momento com base no princípio da liberdade contratual. A parte normativa é um contrato bilateral, corporativo e vinculante para terceiros. O contrato coletivo, em sua parte normativa, é uma fonte de direitos autônomos, produzindo direito objetivo para os contratos de trabalho (Hueck e Nipperdey, 1963:323). As disposições da parte normativa têm eficácia imperativa, derrogando a liberdade contratual das partes convenentes. No caso de descumprimento culposo da convenção, existem imposições de penas pecuniárias e de arresto, isto para aquelas prestações que impliquem dever de omissão (dever de paz, de realização do convênio).

Nas obrigações positivas de fazer, em caso de inexecução, pode formar-se uma demanda de execução. A sentença cumprirá pela realização subsidiária, e, em caso de condutas irrepetíveis, são impostas penas pecuniárias e de arresto (Hueck e Nipperdey, 1963:384).

Na União Soviética, eram feitas convenções coletivas entre os empregadores e os dirigentes das empresas. A natureza pública destas não foi obstáculo para a difusão das convenções no Leste europeu. Na execução da convenção coletiva soviética existia uma característica de sanção moral, a moral soviética, ligada ao regime político adotado, mas juridicamente não existiam penalidades.

Na generalidade das nações, a inobservância de cláusula normativa acarreta o seguinte: (a) há uma sobreposição das cláusulas da convenção sobre as do contrato individual. Na hipótese de divergência entre elas, declara-se a nulidade da cláusula do contrato individual. A inobservância da convenção implica o descumprimento da lei. A nulidade pressupõe como não escrita a citada cláusula, orientação que prevalece no Direito ocidental e até ocorria no soviético; (b) se o descumprimento é feito pelo empregador, aplicam-se sanções administrativas; (c) a ação judicial da parte que se julgar prejudicada não fica excluída pela aplicação de sanções administrativas. A convenção coletiva preenche o vazio que ocorre com a declaração da nulidade da cláusula do contrato individual de trabalho. O legislador poderia estipular as sanções que seriam aplicáveis ao inadimplente; todavia, dando-se maior amplitude à negociação, não há essa interferência, ajustando-se melhor a sanção ao fato. As próprias partes avaliam qual a sanção mais conveniente e qual o grau de sua intensidade (Russomano, 1975:186/7).

4. NEGOCIAÇÃO COLETIVA

Negociação coletiva, segundo a Convenção n.° 154 da OIT, compreende todas as negociações que tenham lugar entre, de uma parte, um empregador, um grupo de empregadores ou uma organização ou várias organizações de empregadores e, de outra parte, uma ou várias organizações de trabalhadores visando: (a) fixar as condições de trabalho e emprego; (b) regular as relações entre empregadores e trabalhadores; (c) regular as relações entre empregadores ou suas organizações e uma ou várias organizações de trabalhadores ou alcançar todos estes objetivos de uma só vez.

Negociação coletiva é o processo tendente a realizar acordo ou convenção coletiva de trabalho. É, portanto, qualificado pelo resultado. É uma forma de ajuste de interesses entre as partes, que acertam as diferentes posições existentes, visando encontrar uma solução capaz de compor suas posições.

É mais difundida a negociação nos sistemas políticos liberais do que naqueles em que há um sistema centralizado no Estado, sendo mais encontrada nos modelos abstencionistas (desregulamentados) do que nos regulamentados.

Na negociação da norma coletiva, mister se faz o atendimento de certas regras: (a) de garantia de segurança aos negociadores, para que, com liberdade, possam expor suas idéias; (b) deve haver disciplina e respeito; (c) as partes devem agir com lealdade e boa-fé, como se deve proceder em qualquer contrato.

Em Direito, mormente nos contratos, a boa-fé é um dever, que não pode ser mera enunciação programática, mas autêntica obrigação jurídica.

Funda-se a negociação na teoria da autonomia privada coletiva, visando suprir a insuficiência do contrato individual do trabalho. Tem um procedimento mais simplificado, mais rápido, com trâmites mínimos se comparados com os da elaboração da lei. É descentralizada, atendendo a peculiaridades das partes envolvidas, passando a ser específica. Há uma periodicidade menor nas modificações e, em alguns países, é um processo contínuo e ininterrupto. Demonstra ser um instrumento ágil, adequado, maleável, flexível, voluntário, sendo possível sua aceitação plena pelos interessados. O Brasil adota um método contratual de negociação e, concluído este, as partes somente voltam a negociar depois de decorrido certo período, que usualmente é de um ano.

Os sindicatos das categorias econômicas ou profissionais e as empresas, mesmo as que não tenham representação sindical, não poderão se recusar à negociação coletiva (art. 616 da CLT).

5. FUNÇÕES DA NEGOCIAÇÃO COLETIVA

Tem várias funções a negociação coletiva: I - jurídicas: (a) normativa, criando normas aplicáveis às relações individuais de trabalho; (b) obrigacional, determinando obrigações e direitos para as partes; (c) compositiva, como forma de superação dos conflitos entre as partes, em virtude dos interesses antagônicos delas, visando ao equilíbrio e à paz social entre o capital e trabalho; II - políticas, de fomentar o diálogo, devendo as partes resolver suas divergências entre si; III - econômicas, de distribuição de riquezas; IV - ordenadora, quando ocorrem crises, ou de recomposição de salários; V - social, ao garantir aos trabalhadores participação nas decisões empresariais.

O direito de negociar livremente constitui elemento essencial da liberdade sindical. A negociação deve ser feita não só pelos sindicatos, como pelas federações e confederações, ou, ainda, por entidades sindicais registradas ou não registradas. As autoridades públicas, entretanto, não poderão restringir o direito de negociação, assim como não se deve exigir a dependência de homologação pela autoridade pública, pois a negociação concretizada se constitui em lei entre as partes.

A Constituição de 1988 adotou também a concentração da negociação em nível de categoria, permitida a negociação entre sindicatos e empresas, ampliando a eficácia geral das cláusulas das normas coletivas.

Algumas diferenças se fazem sentir entre a negociação e a convenção coletiva e o acordo coletivo.

A negociação visa a um procedimento de discussões sobre divergências entre as partes, procurando um resultado. A convenção e o acordo coletivo são o resultado desse procedimento. Se a negociação for frustrada, não haverá a norma coletiva. A negociação é, atualmente, obrigatória; já a convenção e o acordo

coletivo são facultativos. A negociação é o meio que vai conduzir à norma coletiva, sendo uma das fases necessárias para a instauração do dissídio coletivo (art. 114 da CF), em que, se ela restar frustrada, as partes poderão eleger árbitros (art. 114, § 1.°). Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado aos sindicatos (§ 2.° do art. 114 da CF) ou empresas (§ 2.° do art. 616 da CLT) ajuizar o dissídio coletivo.

Pág. 719

A tentativa de mediação da DRT não é obrigatória, o que é obrigatório é a negociação coletiva. Caso essa reste frustrada é que as partes poderão ajuizar dissídio coletivo. Declara, ainda, o § 4.° do art. 616 da CLT que nenhum processo de dissídio coletivo de natureza econômica será admitido sem antes se esgotarem as medidas tendentes à formalização de acordo ou convenção coletiva.

Os sindicatos devem participar obrigatoriamente das negociações coletivas de trabalho (art. 8.°, VI, da CF), prestigiando a autonomia privada coletiva. Haveria, assim, a participação obrigatória do sindicato patronal nos acordos coletivos. Entretanto, a interpretação sistemática da Lei Maior leva o intérprete a verificar que o sindicato profissional é que deve participar obrigatoriamente das negociações coletivas, pois nos acordos coletivos só ele participa juntamente com as empresas e não o sindicato da categoria econômica.

A norma coletiva não é um contrato de execução, criando imediatamente um contrato individual de trabalho. Ela prescreve condições gerais de trabalho, encerrando cláusulas que irão regular os contratos individuais de trabalho em curso ou futuros.

Anteriormente, os acordos estabelecidos entre os grupos profissionais e empregadores determinavam obrigações puramente morais, de vez que não existiam, então, agrupamentos permanentes ou reconhecidos para lhes assegurar o cumprimento, além do que, agora, existe a estipulação de penalidades para as partes que descumprirem o acordado, com disposição expressa na lei.

6. DENOMINAÇÃO

A expressão convenção coletiva é hoje a mais utilizada nas legislações. Na França emprega-se o termo convenção coletiva, porém as expressões mais usuais são acordo ou protocolo de acordo, sendo uma forma de negociação à margem da legislação. Na Bélgica e em Luxemburgo, o termo utilizado é convenção coletiva de trabalho. Na Argentina também se usa da expressão convenção coletiva. A Itália utiliza a expressão contrato coletivo, embora também sejam encontrados os termos concordato di tarifa, regolamento corporativo e trattato intersindicale. A Alemanha emprega a denominação Tarifvertrag (contrato de salários), que é utilizada nos países de língua alemã. Utiliza-se, ainda, a expressão Betriebsvereibarung, traduzida por acordo de estabelecimento, que é pactuado entre o empresário e o pessoal da empresa. Nos países de língua inglesa, utiliza-se o termo collective bargaining, que foi usado pela primeira vez em 1891, por Sydney Webb. Na Espanha, utiliza-se o termo convênio coletivo. Outras legislações empregam as expressões contratos de tarifa, acordo intersindical, pacto social, acordo-marco etc.

7. DEFINIÇÕES

O art. 611 da CLT define a convenção coletiva como o acordo de caráter normativo, entre um ou mais sindicatos de empregados e de empregadores, de modo a definir as condições de trabalho que serão observadas em relação a todos os trabalhadores dessas empresas. Eis aí o efeito erga omnes.

Pág. 720

O § 1.° do art. 611 da CLT esclarece que os acordos coletivos são os pactos entre uma ou mais empresas com o sindicato da categoria profissional, em que são estabelecidas condições de trabalho, aplicáveis a essas empresas.

O ponto em comum da convenção e do acordo coletivo é que neles são estipuladas condições de trabalho que serão aplicadas aos contratos individuais dos trabalhadores, tendo, portanto, efeito normativo. A diferença entre as figuras em comentário parte dos sujeitos envolvidos, consistindo em que o acordo coletivo é feito entre uma ou mais empresas e o sindicato da categoria profissional, sendo que na convenção coletiva pacto é realizado entre sindicato da categoria profissional, de um lado, e sindicato da categoria econômica, de outro.

Na verdade, existe apenas uma convenção coletiva, porém nossa legislação procurou diferenciar a convenção coletiva, que é pactuada entre sindicatos, do acordo coletivo, que é realizado entre sindicato profissional e empresa ou empresas. Outras legislações não fazem essa distinção.

As federações ou as confederações, na falta das primeiras, poderão celebrar convenções coletivas de trabalho para reger as relações das categorias a elas vinculadas, desde que inorganizadas em sindicatos, no âmbito de suas representações.

8. ACORDO DOS TRABALHADORES E EMPREGADORES

O art. 617 da CLT permite que os empregados de uma ou mais empresas que decidirem celebrar acordo coletivo de trabalho com suas empresas darão ciência de sua resolução, por escrito, ao sindicato representativo da categoria profissional, que terá o prazo de oito dias para assumir a direção das negociações. O mesmo procedimento deverá ser observado pelas empresas interessadas com relação ao sindicato da respectiva categoria econômica. Terminado o prazo de oito dias sem que o sindicato tenha iniciado a negociação, poderão os interessados dar conhecimento do fato à federação a que estiver vinculado o sindicato e, na falta daquela, à correspondente confederação, para que, no mesmo prazo, assuma a direção dos entendimentos. Esgotado o referido prazo, poderão os interessados prosseguir diretamente na negociação coletiva até o final.

O acordo mencionado supra dependerá de assembléia geral, convocada pela entidade sindical ou pelos trabalhadores, se aquela não assumir a negociação, em que poderão votar tanto os empregados sindicalizados como os não associados, observando-se o quorum previsto no art. 612 da CLT. Entendemos que a assembléia poderá ser realizada em qualquer local, se a entidade sindical não assumir a negociação, inclusive no próprio local de trabalho.

Apesar de a participação do sindicato dos empregados ser obrigatória nas negociações coletivas de trabalho (art. 8.°, VI, da CF), entendemos que os dispositivos acima elencados não foram revogados pela Constituição, pois se o sindicato não tem interesse na negociação, os interessados não poderão ficar esperando indefinidamente, daí por que podem promover diretamente as negociações.

As empresas e instituições que não estiverem incluídas no enquadramento sindical do art. 577 da CLT poderão celebrar acordos coletivos de trabalho com os sindicatos representativos dos respectivos empregados (art. 618 da CLT).

9. NATUREZA JURÍDICA

A natureza jurídica da convenção coletiva é controvertida. Podemos dividir as teorias que tratam do tema em três: (a) teorias contratualistas ou civilistas; (b) teorias normativas ou regulamentares; (c) teorias mistas.

A teoria contratualista ou civilista procura justificar a natureza jurídica da convenção coletiva de acordo com certos contratos civis: (a) do mandato; (b) da estipulação em favor de terceiros; (c) da gestão de negócios; (d) do contrato inominado.

A teoria do mandato prescreve que o sindicato é o mandatário dos associados, representando seus interesses individuais. Mais tarde, a mesma teoria entendeu que o sindicato representava também os interesses coletivos, podendo fazê-lo em juízo. Entendia-se que o mandante podia estipular condições diversas da norma coletiva no contrato de trabalho, revogando a primeira. A referida teoria entrava em choque, porém, com a liberdade sindical, decorrente da autonomia privada coletiva do sindicato, de representar não só os associados, mas também os não-associados, e com a possibilidade de serem estabelecidas normas coletivas mais favoráveis ao empregado, inclusive no contrato individual de trabalho. Ressalte-se que o contrato de mandato só seria aplicável ao mandante e ao mandatário, o não-associado ao sindicato não outorga a este qualquer poder. A convenção coletiva, porém, por ter efeito normativo, vai se aplicar não só aos sócios do sindicato, mas também aos não-sócios.

A teoria da estipulação em favor de terceiros dá a idéia de que o sindicato estipularia as condições de trabalho em favor de terceiros, que seriam os representados. Verifica-se, entretanto, que os associados do sindicato não poderiam ser considerados como terceiros, pois eram a própria coletividade para quem se estipulavam as condições de trabalho. A convenção coletiva criava, todavia, direitos e obrigações para as partes convenentes, enquanto a estipulação era apenas a favor de um terceiro. Na estipulação, os terceiros deveriam declarar que tinham interesse em se beneficiar do pacto, enquanto a convenção coletiva, por ter efeito normativo, irá vincular os sócios e não-sócios do sindicato, valendo para toda a categoria.

A teoria da gestão de negócios demonstra que uma pessoa (gerente) vai gerir, tomar conta dos negócios de outra (gerido). O gestor, contudo, deve assumir o negócio de maneira voluntária e espontânea, enquanto na convenção coletiva já existe uma delegação expressa ou tácita para o sindicato agir em nome da categoria. O negócio não diz respeito a outrem, mas à categoria como um todo. Na gestão ainda haveria a possibilidade de os donos do negócio não ratificarem certo ato praticado pelo gerente, quando contrário a seus interesses, enquanto na convenção coletiva o sindicato já tem, com a assembléia geral, o poder de negociar as condições, que podem ser boas ou más e que, posteriormente, não precisarão ser ratificadas pela categoria.

Por último, poder-se-ia enumerar, ainda, a teoria do contrato inominado, ou seja, a convenção coletiva seria um contrato ainda não devidamente nominado. Essa teoria seria incorreta, pois fala apenas em contrato, esquecendo-se do aspecto normativo que é encontrado na convenção coletiva.

Verifica-se que as teorias contratualistas procuram explicar a natureza jurídica da convenção coletiva como um contrato, decorrente de ajuste entre as partes. São teorias de direito privado, retratando a autonomia privada das partes nos ajustes, o que revela um negócio jurídico.

A teoria normativa procura explicar a natureza jurídica da convenção coletiva não como um contrato, mas de acordo com seu efeito, que será normativo, valendo para toda a categoria e não apenas para os associados do sindicato, sendo extensível imediatamente a todas as pessoas que se encontrem representadas pelo sindicato. Tal teoria tem um aspecto publicístico, proveniente do

corporativismo italiano. Seriam exemplos da teoria normativa: a teoria regulamentar, da instituição corporativa e da lei delegada.

Consiste a teoria da instituição corporativa na expressão da vontade corporativa do sindicato, que era por ele promulgada. A convenção não deveria depender de homologação da autoridade administrativa. No caso do Brasil, o art. 614 da CLT reza que a convenção coletiva deve ser depositada no órgão do Ministério do Trabalho para efeito de sua vigência.

Importa a teoria regulamentar em disciplinar, pela convenção coletiva, as condições de trabalho. Isso quer dizer que a convenção coletiva seria um regulamento interno da profissão, de direito público, como ocorre com a lei, que é feita para a sociedade. Entretanto, não se pode dizer que a convenção coletiva esteja no âmbito do direito público, pois é feita para e pelos particulares, estando compreendida no direito privado.

A teoria da lei delegada tem por base o fato de o Estado delegar a associações por ele reconhecidas, como representantes das categorias profissionais e econômicas, o direito de promulgar leis a serem aplicáveis a suas profissões. Hoje, o sindicato não mais exerce função delegada de poder público, como ocorria nas Constituições anteriores à de 1988.

O sindicato é, atualmente, uma entidade privada, não pertencendo ao Estado, não sendo órgão deste. A convenção coletiva, porém, nasceu no âmbito do direito privado, tratando de relações entre particulares, não se podendo falar também em delegação pelo Estado. A convenção coletiva não é uma lei delegada pelo Estado, pois o sindicato não pode elaborar leis, que são de competência do Poder Legislativo. Ressalte-se que as leis delegadas são elaboradas pelo Presidente da República, mediante delegação do Congresso Nacional (art. 68 da CF).

É claro que, na teoria jurídica moderna, não é a norma decorrente apenas de um ato jurídico estatal. O contrato particular também contém normas, assim como ocorre com a convenção coletiva, mostrando que a elaboração das normas também pode ter um conteúdo não estatal.

A teoria mista procura mesclar as teorias contratualistas com as teorias normativas, mostrando que a convenção coletiva tem dupla natureza. A convenção coletiva seria contratual, quando de sua elaboração, pois há um acordo de vontades entre os pactuantes decorrente de negociação, mas também seus efeitos são normativos, valendo para toda a categoria, tanto para os sócios como para os não sócios do sindicato.

Há também um duplo efeito: contratual e normativo. Contratual porque existem cláusulas obrigacionais que só vinculam os pactuantes; normativo, pois as cláusulas normativas irão ser aplicadas a toda a categoria nos contratos individuais dos trabalhadores.

A teoria mista parece que é a que melhor explica a natureza jurídica da convenção coletiva, sem se ater apenas ao caráter contratual ou normativo, mas misturando as duas características. Como já se disse: teria a convenção coletiva corpo de contrato e alma de lei.

10. APLICAÇÃO

Sob o ponto de vista de sua aplicação, a convenção coletiva poderia ser dividida em: de eficácia limitada, aplicável unicamente aos convenentes e, portanto, aos associados do sindicato; e de eficácia geral, observada em relação a toda categoria, que é o modelo vigente no Brasil.

As cláusulas das normas coletivas são aplicáveis no âmbito das categorias (profissional e econômica) convenentes, sendo observadas em relação a todos seus membros, sócios ou não dos sindicatos. O efeito normativo atribuído às

convenções e acordos coletivos implica, portanto, a aplicação a todos os empregados da empresa, indistintamente. Os trabalhadores, mesmo que não filiados ao sindicato, serão beneficiários das disposições coletivas. As empresas, igualmente, estarão obrigadas a cumprir o pactuado. Aí, portanto, se verifica o efeito erga omnes, que não se restringe apenas aos sócios do sindicato, mas também aos não sócios.

Inicialmente, deve-se, colocar o princípio ontológico regente da interpretação das convenções coletivas: sempre se aplicará a condição mais favorável ao trabalhador. O particular, por ser específico, deve primar sobre o geral, a não ser que se trate de norma de ordem pública.

O art. 620 da CLT retrata a aplicação da norma mais favorável ao empregado, no sentido de que as condições estabelecidas em convenção, quando mais favoráveis ao trabalhador, prevalecerão sobre as estipuladas em acordo. A contrario sensu, as condições previstas em acordo, se mais favoráveis que as disciplinadas em convenção, prevalecerão sobre estas.

A aplicação das normas coletivas compreende duas teorias: da acumulação e do conglobamento. A teoria da acumulação envolve a aplicação de cláusulas de convenções coletivas diferentes ao mesmo tempo, ou seja, é possível aplicar a cláusula primeira da convenção A ou a cláusula segunda da convenção B, utilizando-se da norma mais favorável ao trabalhador. A teoria do conglobamento diz respeito a se utilizar da convenção coletiva em seu conjunto, globalmente. Assim, havendo duas normas coletivas, aplica-se a que for mais favorável ao trabalhador em seu conjunto, e não cláusula por cláusula, isoladamente. De acordo com as circunstâncias, poder-se-á optar pela aplicação global de determinada convenção ou pela acumulação de cláusulas mais favoráveis oriundas de convenções diversas, quando em cada caso concreto, esta ou aquela condição for mais favorável ao trabalhador.

O mais correto é a aplicação da norma coletiva que, em sua globalidade, seja mais favorável ao empregado, pois é impossível que se fique pinçando cláusulas de várias normas coletivas ao mesmo tempo; daí por que se falar na aplicação da norma coletiva que for mais favorável em sua globalidade em relação a outra norma coletiva.

11. EFICÁCIA

Para a eficácia da convenção coletiva é mister que haja legitimidade, aplicabilidade efetiva, além de correta interpretação de suas normas.

A legitimidade da convenção coletiva depende da observância dos requisitos formais e essenciais exigidos pela lei, como a capacidade do sindicato de celebrá-la. Todas as cláusulas da convenção coletiva devem incidir sobre fatos, pessoas ou relações jurídicas de maneira a tornar efetiva sua aplicação. Sua interpretação deve ser feita de acordo com a vontade dos convenentes na época em que a celebraram.

As cláusulas podem ter eficácia limitada, obrigando apenas os sujeitos convenentes e seus respectivos associados, ou eficácia geral, erga omnes, que obrigam não apenas os estipulantes, mas também pessoas estranhas aos quadros de associados. No Brasil este é o modelo adotado.

A vigência de cláusula de aumento ou reajuste salarial, que importe elevação de tarifas ou preços sujeitos à fixação por autoridade pública ou repartição governamental, dependerá de prévia audiência dessa autoridade ou repartição e sua expressa declaração no que diz respeito à possibilidade de elevação da tarifa ou do preço e quanto ao valor dessa elevação (art. 624 da CLT).

12. CONTEÚDO

O conteúdo das convenções e dos acordos coletivos está disciplinado no art. 613 da CLT. Nos pactos em comentário deverão constar obrigatoriamente: (a) designação dos sindicatos convenentes ou dos sindicatos e empresas acordantes; (b) prazo de vigência; (c) categorias ou classes de trabalhadores abrangidas pelas suas normas; (d) condições ajustadas para reger as relações individuais de trabalho durante sua vigência; (e) normas para a conciliação das divergências surgidas entre os convenentes por motivos da aplicação de seus dispositivos; (f) disposições sobre o processo de sua prorrogação e de revisão total ou parcial de seus preceitos; (g) direitos e deveres dos empregados e empresas; (h) penalidades para os sindicatos convenentes, os empregados e as empresas em caso de violação de suas prescrições.

As convenções e os acordos coletivos poderão incluir nas suas cláusulas disposição sobre a constituição e funcionamento de comissões mistas de consulta e colaboração no plano da empresa. As determinações daquelas normas coletivas deverão mencionar a forma de constituição, o modo de funcionamento e as atribuições das comissões, assim como o plano de participação. Seria uma forma bastante válida de aproximação do capital e do trabalho, mas na prática tem sido pouco utilizada essa orientação.

Há também a possibilidade de que seja incluída naquelas normas a participação nos lucros (art. 621 da CLT).

13. CLÁUSULAS OBRIGACIONAIS E DE CONTEÚDO NORMATIVO

As cláusulas das normas coletivas podem ser divididas em: (a) obrigacionais; (b) normativas.

O conteúdo obrigacional é constituído das cláusulas que tratam de matérias que envolvem os sindicatos pactuantes. Versa o conteúdo normativo sobre matéria que atinge os representados, pelos sindicatos e que irá ter reflexos em seus contratos de trabalho.

Conforme Hueck e Nipperdey (1963:301-302) "a parte normativa é a soma das regras que determinam e afetam diretamente, de acordo com a vontade dos convenentes, o conteúdo, celebração e extinção de relações privadas de trabalho dependente, assim como regulam questões da empresa, de sua organização social, questões que têm por objeto instituições conjuntas das partes do convênio".

Constituem parcelas obrigacionais do convênio coletivo as disposições criadoras de direitos e deveres laborais entre as partes. A regulação das relações jurídicas normativas só pode resultar em estatuir deveres e direitos correspondentes aos estipulantes do convênio coletivo (Hueck e Nipperdey, 1963:315).

Uma cláusula prevendo multa para o sindicato que descumprir a convenção tem caráter obrigacional, pois possui a característica de uma obrigação assumida pelo sindicato como pessoa jurídica. Já uma cláusula que assegura aumento salarial para toda a categoria tem natureza normativa. Não há a criação de uma obrigação para o sindicato como pessoa jurídica, mas para os empregadores do setor, e um benefício correlato para os empregados.

14. CLASSIFICAÇÃO DAS CLÁUSULAS

As cláusulas obrigacionais podem ser divididas em típicas e atípicas. As primeiras correspondem aos deveres de paz e de influência. As atípicas tratam de mecanismos de administração da convenção coletiva, como a instituição de comissão encarregada de dirimir controvérsias dela emergentes.

Nas cláusulas típicas instituidoras de dever de paz, uma infração clara seria a infringência desta por meio de greve desencadeada por instigação do sindicato.

Existem, ainda, deveres próprios, que são os que somente pelas convenções podem ser executados, incumbindo às próprias partes e não a terceiros. Há também deveres de influência, que são aqueles que devem ser exercidos junto aos membros do sindicato, para que levem a cabo uma conduta conforme o convênio, buscando sempre um dever de paz (Hueck e Nipperdey, 1963:315).

O dever de paz é a renúncia do sindicato de fazer novas exigências durante a vigência da norma coletiva, como seria de não fazer greve estando em vigor a norma coletiva. O dever de influência corresponde ao esforço feito pelo sindicato visando convencer seus representados a não descumprir o dever de paz.

15. INCORPORAÇÃO DAS CLÁUSULAS NORMATIVAS NOS CONTRATOS DE TRABALHO

As cláusulas obrigacionais extinguem-se com o término da vigência da norma coletiva. A dúvida ocorre justamente quanto às cláusulas normativas. Questiona-se se estas têm ultra-atividade e se ficam incorporadas aos contratos de trabalho, mesmo após o término do prazo de vigência. Esclareça-se, de outro modo, que na existência de condições resolutivas previstas nas normas coletivas, mesmo que normativas, elas se extinguirão no termo prefixado, cessando seus efeitos jurídicos nesta oportunidade, pois, realizada a condição, inexiste sobrevivência daquelas determinações.

Na doutrina existem duas correntes a analisar o tema: uma justificando a incorporação das cláusulas normativas no contrato de trabalho e a outra ponderando pela não incorporação.

A primeira corrente é defendida por vários ilustres juristas, como: Délio Maranhão, Orlando Teixeira da Costa, Mozart Victor Russomano, José Segadas Vianna, José Martins Catharino, Arnaldo Süssekind, entre outros. Alegam que as novas condições de trabalho não podem vir a prejudicar o empregado, encontrando respaldo no art. 468 da CLT; que a convenção coletiva tem caráter normativo (caput do art. 611 da CLT); que as disposições do contrato individual de trabalho não podem contrariar convenção ou acordo coletivo de trabalho (art. 619 da CLT). Considera-se que as vantagens habitualmente concedidas ao empregado não são suscetíveis de supressão, pois os ajustes tácitos, derivados da habitualidade, devem integrar o contrato de trabalho do empregado (Enunciados 45, 60, 63, 76, 94, 151, 172, 241 do TST). Obtemperam que as normas coletivas findas produzem direito adquirido para os trabalhadores (art. 5.°, XXXVI, da CF), com a imediata incorporação das vantagens ali diferidas aos contratos de trabalho, porque as cláusulas normativas incrustam-se nos contratos de trabalho dos empregados antigos. Consubstancia-se tal entendimento ao se utilizar por analogia do Enunciado 51 do TST, dispondo que "as cláusulas regulamentares, que revoguem ou alterem vantagens deferidas anteriormente, só atingirão os trabalhadores admitidos após a revogação ou alteração do regulamento". Assim, para os empregados admitidos após o término de vigência da norma coletiva não haveria incorporação, aplicando-se a nova norma coletiva aos recém-contratados. Quanto aos empregados antigos, haveria a incorporação das cláusulas normativas em seus contratos de trabalho.

A segunda corrente é esposada por não menos insignes juristas: Wilson de Souza Campos Batalha, Antonio Álvares da Silva. Sustentam os partidários da referida corrente que as normas coletivas têm prazo certo de vigência (art. 613, II, e art. 614, § 3.°), sendo que as condições ajustadas valem para o respectivo prazo de vigência (art. 613, IV, da CLT).

A primeira corrente é a que vinha prevalecendo na jurisprudência; no entanto, foi editado o Enunciado 277 do TST, que veio a prestigiar a segunda corrente, assim ementado: "as condições de trabalho alcançadas por força de sentença normativa vigoram no prazo assinado, não integrando, de forma definitiva, os contratos". Tal verbete se referia apenas às sentenças normativas, porém era aplicado analogicamente em relação aos acordos e convenções coletivas.

Na França, a Lei Auroux, de 13-11-82 (Código do Trabalho, art. Lei n.° 132-8, alínea 6), estabelece que, tratando-se de vantagem individual adquirida por força de aplicação de cláusula normativa, há a incorporação no contrato individual do trabalho. Ensina Gérard Coutunier (1993:476-477) que as vantagens individuais são as que estão diretamente relacionadas ao empregado, distinguindo-se das vantagens coletivas, dirigidas à representação eleita dos trabalhadores na empresa. A convenção coletiva também pode ter cláusula mantendo as vantagens adquiridas (Javillier, 1988:243).

Na Alemanha e na Espanha admite-se a sobrevivência do conteúdo normativo da norma coletiva até que surja outra norma, substituindo a anterior.

Em Portugal, o art. 15/1 da LRCT prevê a "redução de condições de trabalho" estabelecidas numa convenção, em razão de outra "de cujo texto conste, em termos expressos, o seu caráter globalmente mais favorável"; o n.° 2 do citado artigo ainda menciona que a redução pode prejudicar "os direitos adquiridos por força do instrumento de regulamentação coletiva de trabalho substituído" (Fernandes, 1991:166).

Com a promulgação da Lei n.° 7.788/89 houve pelo menos uma luz no fim do túnel, em virtude do surgimento de norma regendo o tema. O parágrafo único do art. 1.° do referido mandamento legal deixou claro que "as vantagens salariais asseguradas aos trabalhadores nas convenções ou acordos coletivos só poderão ser reduzidas ou suprimidas por convenções ou acordos posteriores". Dessa forma, estava patente que as vantagens salariais asseguradas aos trabalhadores por normas coletivas findas somente poderiam ser reduzidas ou suprimidas por convenções ou acordos posteriores. Não existindo acordos ou convenções coletivas modificando as condições anteriores asseguradas, haveria incorporação destas ao contrato de trabalho.

A Lei n.° 7.788/89, contudo, foi revogada pela Lei n.° 8.030/90 (Plano Collor), em seu art. 14. O parágrafo único do art. 1.° da Lei n.° 8.222/91, que tratava do tema, foi vetado pelo Presidente da República. Voltamos, então, à destacamos a não ter um dispositivo legal regulando a matéria.

Algumas observações devem ser feitas quanto ao que foi exposto. O art. 468 da CLT não serve como argumento sobre a inalterabilidade das disposições previstas na norma coletiva finda, pois tal artigo está no capítulo da CLT que versa sobre Direito Individual do Trabalho e não no concernente ao Direito Coletivo do Trabalho. Este não possui mandamento semelhante ao art. 468 da CLT. A aplicação analógica do Enunciado 51 do TST também não é válida para a hipótese vertente, visto que o regulamento, ao contrário da norma coletiva, normalmente não tem prazo de validade. Não se poderia falar em direito adquirido em face da vigência temporária da norma coletiva. Alinhamos um último argumento, o de que as propostas para a celebração das normas coletivas são feitas em assembléia sindical (art. 612 da CLT), na qual os interessados devem comparecer para a discussão de seus interesses. Lá não comparecendo, não terão como debatê-los, nada impedindo que em outra convenção coletiva sejam declaradas novas e melhores condições de trabalho ao empregado.

Não se pode dizer também que há direito adquirido à manutenção da condição do contrato de trabalho, pois o inciso XXXV do art. 5.° da Lei Maior estabelece que "a lei não prejudicará o direito adquirido". Não é a convenção ou o acordo coletivo que não prejudicarão o direito adquirido, mas a lei. Ademais, em função do prazo determinado de vigência da norma coletiva, não se pode falar em incorporação de suas cláusulas no contrato de trabalho.

Examinando as determinações do Estatuto Supremo de 1988, percebemos que este consagrou algumas regras de flexibilização das normas de Direito do Trabalho, principalmente por meio de convenção ou acordo coletivo. Por conseguinte, o salário pode ser reduzido por convenção ou acordo coletivo (art. 7.°, VI); a jornada de trabalho pode ser compensada ou reduzida, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho (art. 7.°, XIII); a jornada em turnos ininterruptos de revezamento pode ser superior a seis horas, por intermédio de negociação coletiva (art. 7.°, XIV). Logo, está evidenciado que a Lei Maior prevê a alteração in pejus das condições de trabalho, com fulcro na negociação coletiva entre as partes interessadas, mormente pelo reconhecimento do conteúdo das convenções e acordos coletivos (art. 7.°, XXVI), prestigiando a autonomia privada coletiva dos convenentes.

A convenção coletiva pode, portanto, ter tanto regras para melhorar as condições de trabalho como condições in pejus. Assim, se as partes não quiseram a incorporação, esta não ocorrerá, pois há barganha para obtenção de novas condições de trabalho, implicando concessões recíprocas. A negociação entre as partes é feita no sentido de estabelecer concessões recíprocas para a outorga de outros benefícios. Se foi suprimido determinado benefício, pode ter ocorrido de, no conjunto, terem atribuído melhores benefícios aos trabalhadores.

O § 2.° do art. 114 da Constituição leva o intérprete a entender que a Justiça do Trabalho pode estabelecer normas e condições, respeitadas as disposições convencionais e legais mínimas de proteção ao trabalho. As condições legais mínimas são as previstas na Constituição e na legislação ordinária, como, por exemplo, adicional de horas extras de 50%, aviso prévio de 30 dias etc. Já que as disposições convencionais mínimas não podem ser modificadas pela Justiça Obreira, pode-se pensar que haveria a incorporação das convenções ou acordos coletivos aos contratos de trabalho, havendo, assim, o entendimento de que as cláusulas da convenção ou acordo anteriores ao julgamento, por serem garantias mínimas dos trabalhadores, irão se incorporar ao contrato de trabalho. O Poder Judiciário não poderá elimina-las, o que ficará a cargo das próprias partes interessadas, em função da autonomia privada coletiva que possuem, o que poderá ser feito em novo acordo ou convenção coletiva, mas não por meio de dissídio coletivo. Ao contrário, as disposições dos dissídios coletivos não integrariam o contrato de trabalho, pois a Lei Maior não se refere a tal ponto, o que atrairia a aplicação do Enunciado 277 do TST. Poder-se-ia argumentar, também, que as disposições convencionais e legais mínimas a serem observadas quanto à proteção ao trabalho são as determinações das convenções e leis vigentes, e não as que se findarem. Ressalte-se que a convenção coletiva pode prever tanto as mesmas condições da norma coletiva que se expirou (como acontece na prática), como disciplinar novas condições globais que se mostrem mais favoráveis do que as previstas anteriormente, nada impedindo a existência de condições menos favoráveis aos trabalhadores.

Poder-se-ia estabelecer a sobrevigência do conteúdo normativo da norma coletiva até que surja outra norma, substituindo a anterior, como ocorre na Alemanha e na Espanha. Na convenção coletiva também poderia ser prevista uma cláusula mantendo-se as vantagens adquiridas, como ocorre na França (Javillier, 1988:243).

A função principal da norma coletiva deve ser a de flexibilizar as normas de Direito do Trabalho, inclusive adaptá-las para pior, se for o caso, e se as partes assim pactuarem. Nesse sentido, temos os incisos VI e XIV do art. 7.° da Constituição. Essa é a posição adotada na França (Lyon-Caen, 1987: 339), utilizada principalmente nas épocas de crise econômica.

Para eliminar a controvérsia existente, o § 1.° do art. 1.° da Lei n.° 8.542/92 disciplinou que as cláusulas dos acordos, contratos e convenções coletivas de trabalho integram os contratos individuais de trabalho e somente poderão ser reduzidas ou suprimidas em posterior acordo, convenção ou contrato coletivo de trabalho. Não se diga que tal dispositivo, por estar contido numa lei de política salarial, não se aplica ao contrato de trabalho, pois ele mesmo dispõe que há a integração das cláusulas da norma coletiva no contrato individual de trabalho. Pouco importa que tal lei seja norma de política salarial, pois as leis podem tratar de vários temas ao mesmo tempo, e não de um único.

Assim, as cláusulas de acordo, contrato ou convenção coletiva anterior se incorporavam ao contrato de trabalho por serem as normas convencionais mínimas de que trata o § 2.° do art. 114 da Constituição, que não podem ser modificadas em dissídio coletivo. Haverá, contudo, a possibilidade de redução ou supressão em posterior acordo, convenção ou contrato coletivo de trabalho, mas não por dissídio coletivo. O citado dispositivo vem confirmar, analisando-o a contrario sensu, que as cláusulas constantes de dissídio coletivo não integrarão o contrato de trabalho, o que já era previsto no Enunciado 277 do TST.

A Medida Provisória n.° 1.875, em seu art. 10, estabelece que os salários e demais condições referentes ao trabalho continuam a ser fixados e revistos na respectiva data-base anual, por intermédio de livre negociação coletiva. Isso mostra que as cláusulas das normas coletivas passam a não mais se incorporar ao contrato de trabalho depois da perda de sua vigência, pois podem também ser modificadas na data-base anual.

O art. 19 da Medida Provisória n.° 1.875 revoga o § 1.° do art. 1.° da Lei n.° 8.542/92. Assim, pode-se dizer, agora, que as cláusulas da norma coletiva não se incorporam ao contrato de trabalho, pois o único dispositivo que assim dispunha expressamente foi revogado.

Concluímos afirmando que as cláusulas das normas coletivas incorporam-se ao contrato de trabalho desde 24 de dezembro de 1992 até 30 de julho de 1995, pois no dia seguinte entrou em vigor a Medida Provisória n.° 1.079, que foi reeditada várias vezes e, atualmente, está no n.° 1.875. A partir de 31 de julho de 1995, as normas coletivas não mais se incorporam ao contrato de trabalho, sendo aplicável a orientação do Enunciado 277 do TST, pois não mais há previsão legal no sentido da integração das cláusulas das normas coletivas ao contrato de trabalho.

16. CONDIÇÕES DE VALIDADE

A convenção coletiva deve ser necessariamente escrita, sendo, portanto, impossível que venha a ser feita verbalmente, como ocorre com o contrato de trabalho, o que dificultaria sua aplicação e seu entendimento. Não sendo a norma coletiva estabelecida por escrito será nula. Trata-se a convenção coletiva, portanto, de um ato formal e não meramente consensual como ocorre com o contrato de trabalho. Não deverá haver emendas nem rasuras. Será feita a norma coletiva em tantas vias quantas forem as partes convenentes, além de uma que será destinada a registro (parágrafo único do art. 613 da CLT). É, assim, a convenção coletiva um ato formal.

Para aplicação da convenção coletiva é mister que haja publicidade, de modo que toda a categoria dela possa tomar conhecimento. Não há, entretanto,

necessidade de homologação da convenção coletiva para que ela tenha validade, como ocorria no sistema anterior ao do Decreto-lei n.° 229/67. Os sindicatos convenentes ou as empresas acordantes deverão promover, dentro de oito dias da assinatura da convenção ou do acordo, o depósito de uma via, apenas para fins de registro e arquivo, na Delegacia do Trabalho. As convenções e os acordos coletivos entrarão em vigor três dias a contar da data da entrega na Delegacia do Trabalho (§ 1.° do art. 614 da CLT). A não-observância do depósito na DRT implica que a convenção coletiva não entrará em vigor. Cópias autênticas das normas coletivas deverão ser afixadas nas sedes dos sindicatos e nos estabelecimentos das empresas, dentro de cinco dias da data do depósito na Delegacia do Trabalho.

O prazo máximo de validade das convenções e dos acordos coletivos é de dois anos (§ 3.° do art. 614 da CLT). Normalmente, as normas coletivas têm sido fixadas para viger no prazo de um ano. A constante mutação das condições econômicas exige um prazo mais curto, havendo a possibilidade da flexibilização dos direitos trabalhistas nas normas coletivas.

A norma coletiva, entretanto, para ter validade, deve ser precedida de assembléia geral no sindicato, que será especialmente convocada com essa finalidade, de acordo com as determinações de seus estatutos. Entendemos que o quorum para as deliberações da assembléia continua a ser o previsto na CLT e não o dos estatutos dos sindicatos, mesmo na vigência da atual Constituição, pois o que é vedado é a interferência e a intervenção do Poder Executivo no sindicato, e não a disciplina por lei sobre o quorum da assembléia. Na primeira convocação devem comparecer 2/3 dos associados da entidade, se se tratar de convenção, e dos interessados, no caso de acordo. Na segunda convocação deverão comparecer 1/3 dos membros (art. 612 da CLT). O quorum de comparecimento e votação será de 1/8 dos associados em segunda convocação nas entidades sindicais que tenham mais de 5.000 associados (parágrafo único do art. 612 da CLT). Na sistemática anterior à do Decreto-lei n.° 229/67 havia necessidade de uma assembléia geral para a deliberação do contrato coletivo e outra para o ratificar. Hoje é realizada apenas uma única assembléia, podendo o sindicato incluir outros itens na negociação que não foram objeto da referida assembléia.

O processo de prorrogação, revisão, denúncia ou revogação total ou parcial de convenção ou acordo coletivo dependerá de aprovação, em assembléia geral, dos sindicatos convenentes ou acordantes (art. 615 da CLT).

Consiste a prorrogação na manutenção das condições previstas na norma coletiva que está por se findar.

A revisão é a adaptação da norma coletiva às novas situações fáticas existentes num dado momento. De acordo com o parágrafo único do art. 14 da Lei n.° 7.783/89 (Lei de Greve) há a possibilidade de, na vigência de acordo ou convenção coletiva, se postular novas condições de trabalho em função da superveniência de fato novo ou acontecimento imprevisto que modifique substancialmente as condições de trabalho.

A denúncia é o ato de uma parte contratante notificar a outra do término da norma coletiva existente entre ambas. Tem por objetivo principal a denúncia o fato de se evitar a prorrogação automática da norma coletiva finda, o que não ocorre em nossa legislação, pois a norma coletiva tem prazo determinado para viger.

Chama-se revogação o ato das partes de terminarem a vigência da norma coletiva antes do seu termo final.

O instrumento de prorrogação, revisão, denúncia ou revogação da norma coletiva será depositado, para fins de registro e arquivamento, na mesma repartição onde a norma coletiva original foi arquivada. As modificações determinadas por convenção ou acordo coletivo em função de revisão ou revogação

parcial de suas cláusulas passarão a vigorar três dias depois do depósito na Delegacia do Trabalho.

Havendo convenção, acordo ou sentença normativa em vigor, o dissídio coletivo deverá ser instaurado dentro dos 60 dias anteriores ao respectivo termo final, visando a que o novo instrumento possa ter vigência no dia imediato a esse termo (§ 3.° do art. 616 da CLT).

A convenção coletiva não pode limitar direitos indisponíveis dos trabalhadores, considerados individualmente.

17. SANÇÕES PELO DESCUMPRIMENTO DAS CONVENÇÕES COLETIVAS

Carnelutti fala em sanções de restituição e de pena, que são as demais espécies fundamentais do gênero sanção. Havendo violação da norma coletiva, o valor desta se restitui automaticamente, daí a idéia de restituição. A pena é a multa que se aplica complementarmente.

Para Russomano (1975:187), as sanções se classificam em duas categorias: (a) legais, quando provêm da lei; (b) convencionais, quando estipuladas pelas partes convenentes. Já Charles Capeau (p. 32 e 35) as classifica em penais, civis e sindicais.

18. DESCUMPRIMENTO DAS NORMAS COLETIVAS

No Brasil, as cláusulas da convenção coletiva do trabalho são aplicáveis no âmbito das categorias convenentes, a profissional e a econômica, incidindo sobre todos seus membros, sócios ou não dos sindicatos estipulantes.

É uma decorrência do efeito normativo atribuído pela lei às convenções coletivas (art. 611 da CLT). Assim, os trabalhadores, mesmo não filiados ao sindicato da categoria, serão beneficiados, assim como as empresas serão obrigadas ao cumprimento do convencionado. Melhor explicando, o efeito das cláusulas é erga omnes, geral, abrangente, não restrito aos sócios dos sindicatos.

Inicialmente, o Decreto-lei n.° 21.761/32, foi a única sanção existente para a inexecução de convenções coletivas. A convenção deveria fixar multas por infração das cláusulas ajustadas. Normalmente, os empregadores pagavam as multas e não davam cumprimento ao pactuado, ficando a convenção coletiva sem qualquer eficácia.

Com a edição do Decreto-lei n.° 229, de 28-2-67, houve a alteração de todo o capítulo da CLT que tratava sobre a convenção coletiva. O art. 613, em seu inciso VIII, determinou as penalidades aplicáveis, que podem ser desde a multa ao empregador, ao sindicato e ao trabalhador, até mesmo a suspensão dos direitos sindicais deste.

A convenção coletiva pode conter, ainda, cláusulas condicionando o ingresso em juízo, para a solução de pendência entre empregado e empregador, à prévia apreciação de comissão paritária de conciliação, por ela instituída.

Além das cláusulas da convenção coletiva (art. 613 da CLT), "poderão ser incluídas outras atinentes às normas para a solução pacífica das divergências surgidas entre os convenentes ou a quaisquer outros assuntos de seu interesse". No caso da imposição das condições de trabalho nas convenções coletivas e em suas cláusulas, haveria uma transformação da convenção em regulamento legislativo, daí a preferência pelas próprias partes resolverem suas pendências (Gomes e Gottschalk, 1991:679-680).

O empregado, quando infringe uma norma convencional, o faz, geralmente, por necessidade. Ao contrário, o empregador procede, normalmente, com dolo, visando ao não pagamento de salários ou de vantagens concedidas pelas convenções. No primeiro caso, a multa que for imposta ao empregado não pode

exceder da metade daquela que, nas mesmas condições, seja estipulada para a empresa (parágrafo único do art. 622 da CLT).

Caso o empregador e o empregado celebrem contrato individual de trabalho contrário às disposições de convenção coletiva ou acordo coletivo, estarão passíveis de multa nesta fixada (art. 622 da CLT). Esta é uma hipótese de sanção complementar. Quem vai se beneficiar da multa é a parte que puder imputar a infração à outra; contudo, "é preciso, porém, que haja prefixação dessa multa no convênio violado através de contrato individual (até o limite máximo previsto no parágrafo único) e que o convênio violado seja, efetivamente, aplicável ao trabalhador" (Russomano, 1990:717).

O nosso ordenamento jurídico adotou a forma das nulidades para a parte que descumprir a convenção coletiva, em determinados casos. O art. 444 da CLT dispõe que as partes podem convencionar tudo o que não contravenha às normas do Direito Tutelar do Trabalho, às convenções coletivas e às decisões das autoridades competentes. O art. 468 da CLT determina que não poderá haver alteração do contrato de trabalho que venha a causar prejuízo ao empregado, sendo nulos os atos praticados visando fraudar, impedir, desvirtuar as disposições consolidadas (art. 9.° da CLT).

Havendo infringência de fundo ou de forma da convenção coletiva ou do acordo coletivo, existirá nulidade. É a hipótese do art. 623 da CLT, em que, contrariada a política governamental, ocorrerá nulidade da convenção ou acordo que transgredir, direta ou indiretamente, a política salarial vigente, não produzindo quaisquer efeitos. Nesse caso, a nulidade será declarada, de ofício ou mediante representação, pelo Ministro do Trabalho ou pela Justiça do Trabalho (parágrafo único do art. 623 da CLT). Da mesma forma, a determinação do contrato individual de trabalho que contrarie cláusula de convenção ou acordo coletivo será írrita (art. 619 da CLT).

Algumas normas coletivas já dispunham sobre sanções pelo seu descumprimento, como a que dizia respeito a prazo para homologação do pagamento de verbas rescisórias, ficando obrigada a empresa ao pagamento de multa caso não observasse tal regra. Essa orientação passou a ser estabelecida no § 6.° do art. 477 da CLT, que especifica os prazos para pagamento das verbas rescisórias, e no § 8.° do mesmo artigo, que trata da multa pelo não-pagamento na época apropriada.

Normalmente, não é possível que o Estado legisle sobre tudo relacionado ao contrato individual de trabalho, cabendo às partes, que melhor conhecem suas divergências, dirimir suas próprias dúvidas. É o que se faz mediante as normas coletivas. O Direito é muito rígido. Devem as partes flexibilizá-lo, preenchendo as lacunas da lei e adaptando-o às necessidades dos convenentes, por meio das normas coletivas de trabalho, que são uma fonte de produção do Direito positivo.

Nossa legislação evoluiu no tocante às penas impostas pelo descumprimento das normas coletivas. Contudo, a melhor sanção continua sendo a aplicada e convencionada pelas próprias partes.

19. LIMITE DA MULTA DA NORMA COLETIVA

Em relação às multas previstas nas normas coletivas, deve-se verificar se, no caso de descumprimento de suas cláusulas, há um limite a ser observado, pois muitas vezes pode ocorrer de ser determinado o pagamento da mencionada multa na sentença e, até que esta transite em julgado, a multa continua sendo devida, diariamente, o que importa suplantar o valor do principal pleiteado no dissídio individual.

A CLT não contém comando legal versando sobre a limitação da multa prevista na norma coletiva. Pergunta-se se poderia ser aplicado o art. 920 do

Código Civil que reza que "o valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal". Há argumentos de que a multa tem natureza trabalhista e não civil, e as cominações foram previstas por mútuo consentimento das partes no instrumento coletivo, não sendo o caso de se aplicar o citado artigo do Código Civil.

Inexiste, entretanto, na CLT, disposição sobre a limitação da multa prevista na norma coletiva. O inciso VIII do art. 613 da CLT não prevê a limitação da penalidade estabelecida pelas partes. Sendo omissa a CLT sobre o assunto, "o direito comum será fonte subsidiária do Direito do Trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste". Não há, contudo, incompatibilidade entre as normas e princípios de Direito do Trabalho para aplicação do Código Civil, havendo, sim, lacuna na CLT.

Na verdade, a multa prevista no instrumento normativo não é um direito trabalhista, mas uma verdadeira cláusula penal. O inadimplemento no decorrer do tempo de determinada cláusula da norma coletiva pode ensejar o pagamento de um valor até três vezes maior em relação ao principal, porque a multa geralmente é diária, excedendo o que seria devido a título de principal ao empregado. Torna, assim, extremamente injusta a compensação pelo inadimplemento, causando um enriquecimento injusto do empregado em detrimento do empregador.

O limite do art. 920 do CC é uma forma de restrição à liberdade das partes, não tutelando exageradamente o interesse dos particulares. No dizer autorizado de Clóvis Bevilácqua (1917, v. IV:70), o preceito contido no art. 920 do CC "é uma disposição de ordem pública". Independentemente da solicitação da parte interessada, é dever do juiz reduzir a pena ao valor da obrigação, mesmo que o devedor não o requeira (Miranda Jr., 1983:325; Santos 1937, v. XI:362; Lopes, 1989, v. II:146).

Como adverte Carvalho Santos (1937:362), "se a cláusula penal excede o valor da obrigação, não há propriamente nulidade nem da obrigação principal, nem tampouco da cláusula penal. A nulidade é apenas do excesso, o que não prejudica a validade da convenção por isso que o juiz ex vi legis tem o dever de fazer a redução. A convenção em si, portanto, subsiste válida. Somente quando se trata de executá-la, quando se exige o pagamento da cláusula penal, é que a ordem pública, como interessada, reage por intermédio do juiz, não consentindo o abuso".

Caso assim não se proceda, estaria desvirtuada a finalidade da cláusula penal, que nada mais representa do que um reforço da obrigação principal. Logo, a cláusula penal não pode ser superior à obrigação principal e, se cumprida em parte a obrigação, poderá ser a pena reduzida proporcionalmente pelo juiz, em caso de mora ou de inadimplemento (art. 924 do CC), porém o credor não necessitará alegar prejuízo para a exigência da pena convencional, nem o devedor poderá se eximir de cumpri-la, alegando ser excessiva (art. 927 do CC).

Despiciendo o argumento de que as penalidades contidas na norma coletiva hão de ser interpretadas sistematicamente em consonância com o art. 8.° do Decreto n.° 22.626, de 7-4-1933 ("Lei de usura"), porque, no caso, a multa ou cláusula penal, prevista na norma coletiva, não foi estabelecida para atender a despesas judiciais e honorários de advogado (estes praticamente inexistentes na Justiça do Trabalho, visto que não há necessidade de assistência do sindicato ao obreiro, e que este perceba menos de dois salários, conforme o art. 14 e seus parágrafos da Lei n.° 5.584/70 e os Enunciados 219 e 329 do TST). A multa prevista na norma coletiva é pactuada visando justamente ao pleno cumprimento daquela norma e não outra coisa. Além disso o Supremo Tribunal Federal já decidiu que o Decreto n.° 22.626/33 só é aplicável a contratos de mútuo (RT 157/311 e Súm. 596), não sendo o caso de se discutir o descumprimento de norma coletiva.

Ensina Silvio Rodrigues (1980, v. 2:97) que o intuito da cláusula penal "é indenizar danos resultantes do inadimplemento; como a indenização não deve ultrapassar o montante do prejuízo; como, em tese, o prejuízo não excede o montante da prestação sonegada, o preceito se inspira em preocupação justa". Assim, deve também ser aplicado o art. 920 do CC para limitar o valor da multa ao da obrigação principal decorrente da violação da norma coletiva, pois a multa nela prevista também tem a natureza indenizatória e de cláusula penal.

Pág. 735

Mesmo a norma coletiva não impondo limitação à multa pela inobservância de suas disposições, deve ser utilizado o comando contido no art. 920 do CC, em função do preceito de ordem pública nele encerrado. Com efeito, a multa prevista na norma coletiva é uma indenização convencionada entre as partes convenentes. O mesmo ocorre quando locador e locatário fixam uma multa no contrato pelo atraso no pagamento dos aluguéis, que normalmente é estipulada em três vezes o valor do aluguel, sendo que os magistrados da Justiça Comum limitam tal multa ao valor de um aluguel, com base na regra do art. 920 do CC, em caso de descumprimento do acordo locatício. Nada impede, por conseguinte, a aplicação de tal preceito do Código Civil no Direito do Trabalho.

O argumento de que a limitação da multa não pode ser aplicada em ação de cumprimento não colhe, ao se afirmar que é vedado questionar sobre matéria de fato e de direito já apreciada na decisão do dissídio coletivo (parágrafo único do art. 872 da CLT). Ao contrário, não sendo a limitação do valor da multa objeto da decisão, é possível, na ação de cumprimento, discutir seu limite em valor não superior ao do principal.

Inacolhível também a ponderação de que se a multa não excedeu o previsto no art. 920 do CC, na norma coletiva, não pode ser aplicada na ação de cumprimento. Acontece que na norma coletiva a previsão de multa é genérica e somente vai ser realmente observada na ação de cumprimento; nesta é que se irá limitá-la em valor não superior ao da obrigação principal, sob pena de infringir preceito de ordem pública (o valor do acessório (multa) não pode ser superior ao do principal), objeto da pretensão no dissídio individual.

Se a limitação da multa não foi estabelecida na sentença, em que o juiz cumpre e acaba seu ofício jurisdicional (art. 463 do CPC), e ocorrendo a coisa julgada, a decisão terá força de lei nos limites da lide e das questões decididas (art. 468 do CPC), não podendo, pois, ser aplicada na execução do julgado. Nos embargos, o devedor não poderá invocar, pela primeira vez, o disposto no art. 920 do CC para limitar o alcance da multa da norma coletiva, porque naqueles a matéria ventilada está restrita ao cumprimento da decisão ou acordo, quitação ou prescrição da dívida (§ 1.° do art. 884 da CLT). Logo, não pedida a aplicação do art. 920 do CC na defesa, ou não aplicado tal dispositivo pelo juiz na sentença, é vedado discuti-lo na execução.

Entendemos, portanto, plenamente aplicável o art. 920 do CC para limitar o valor da multa prevista na norma coletiva ao valor da obrigação principal, por ser o Direito Civil fonte subsidiária do Direito do Trabalho, mormente pela inexistência de qualquer incompatibilidade com os princípios do último (parágrafo único do art. 8.° da CLT).

20. SUPERVENIÊNCIA DE ACORDO OU CONVENÇÃO COLETIVA NORMATIVA - PREVALÊNCIA

A questão que iremos examinar diz respeito, por exemplo, à existência de condições de trabalho previstas em sentença normativa. Posteriormente, surge a criação de novas determinações sobre condições de trabalho, na vigência do dissídio coletivo, por intermédio de acordo ou convenção coletiva.

Pág. 736

Qual a norma coletiva a ser aplicada? O dissídio coletivo, que ainda está em vigor e vale para toda a categoria, ou a convenção coletiva ou o acordo coletivo, que trazem novas condições de trabalho para a categoria ou para empregados de certa empresa?

O tema ora em exame revela a existência de uma série de argumentos que podem ser lembrados, como da aplicação do princípio da norma mais favorável ao empregado, da cláusula rebus sic stantibus, da revogação ou não do dissídio coletivo pelo acordo ou convenção coletiva posterior etc.

É preciso dizer, inicialmente, que as normas coletivas são inferiores hierarquicamente à lei. A lei, que é editada pelo Poder Legislativo, é superior hierarquicamente à norma coletiva, que pode ser fruto da composição das partes ou de imposição pelo Poder Judiciário nos dissídios coletivos. A norma coletiva também é inferior hierarquicamente à Constituição, não podendo contrariá-la, assim como à lei, mormente se o preceito encerrado nestas últimas é de ordem pública. As normas coletivas, como o acordo coletivo, a convenção coletiva e o dissídio coletivo, têm a mesma hierarquia, sendo que a diferença entre elas diz respeito apenas à fonte de produção. Enquanto as duas primeiras são estabelecidas pelos próprios interessados, na última há a intervenção do Poder Judiciário trabalhista para solucionar o conflito coletivo.

São as normas coletivas editadas, porém, por tempo determinado, geralmente por um ano, justamente em função de mudanças que podem ocorrer durante sua vigência e que podem tornar parte de suas disposições inaplicável em razão de terem sido modificadas as situações que lhes deram origem.

Toda sentença normativa tem vigência até que outra norma coletiva com a mesma abrangência a modifique ou revogue, aplicando-se por analogia o art. 2.° da Lei de Introdução ao Código Civil (LICC), que estabelece que a lei terá vigência até que outra norma a modifique ou revogue. Seria possível afirmar que a norma coletiva posterior altera a anterior, por ser mais recente, principalmente quando é contrária à anterior ou regule inteiramente a matéria, aplicando-se por analogia o § 1.° do art. 2.° da LICC. É o caso do acordo coletivo ou convenção coletiva superveniente ao dissídio coletivo, que tem prevalência sobre este último.

O dissídio coletivo importa uma situação jurídica continuativa. As mudanças sociais e econômicas alteram substancialmente os pressupostos daquela norma coletiva. É o caso de se aplicar a regra do inciso I do art. 471 do CPC, pois "se, tratando-se de relação jurídica continuativa, sobreveio modificação de fato ou de direito, caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença". O mesmo se dá no dissídio coletivo, em razão da natureza continuativa da relação jurídica decidida, sujeita a mutações decorrentes da economia. A nova disposição de acordo ou convenção coletiva superveniente ao dissídio coletivo apenas ajusta os anseios da categoria ou de certa empresa à realidade das novas negociações, não havendo que se falar em coisa julgada.

A cláusula rebus sic stantibus, que pressupõe a teoria da imprevisão, quer dizer que o contrato será cumprido se as coisas (rebus) permanecerem desta maneira (sic), no estado preexistente (stantibus) em que foram estipuladas, desde que não haja mudanças substanciais. Ao contrário, havendo modificação na situação de fato, não há como observar a regra anterior, pois as coisas não mais se encontram como estavam.

Há a superveniência de condições imprevistas e imprevisíveis que não ocorreram na celebração do pacto coletivo, causando profundo desequilíbrio naquilo que foi ajustado, proporcionando o enriquecimento desmesurado de uma parte em detrimento da parte contrária, o que demonstra a perda do sentido daquilo que houvera sido anteriormente contratado. A cláusula rebus sic stantibus tem de ser interpretada

em função das novas condições previstas no acordo coletivo, fruto da negociação das partes. Deve-se prestigiar as formas de autocomposição sobre a tutela do Estado, quando este impõe regras em dissídio coletivo. O dissídio coletivo deve obedecer à cláusula rebus sic stantibus, sujeito a revisões periódicas, como ocorre em relação a qualquer norma coletiva. O acordo ou a convenção coletiva são formas de revisão periódica do dissídio, pois há uma mutação das condições sociais e econômicas, que não podem ficar sob o manto da coisa julgada. A eficácia da sentença normativa em razão da coisa julgada é limitada no tempo: até que seja substituída por outra norma coletiva de igual nível e abrangência ou pelo decurso do prazo de sua vigência. A sentença normativa não tem prazo de vigência indeterminado, justamente pela mudança das condições sociais que levaram a sua edição, determinando a periodicidade de sua revisão ou alteração.

A Lei de Greve (Lei n.° 7.783/89) mostra que na vigência de acordo, convenção ou sentença normativa não constitui abuso do exercício do direito de greve a paralisação que seja motivada pela superveniência de fato novo ou acontecimento imprevisto que modifique substancialmente a relação de trabalho (art. 14, II). Tal fato evidencia a teoria da imprevisão, ou seja, as normas coletivas podem ser modificadas se houver a superveniência de fato novo ou acontecimento imprevisível que venha a modificar sobremaneira a regra de trabalho anteriormente prevista, o que confirma a possibilidade de serem reivindicadas novas condições de trabalho, não importando na abusividade do movimento paredista.

Não há que se falar em direito adquirido à incorporação das regras previstas em dissídio coletivo nos contratos individuais de trabalho, dada a possibilidade de serem alterados aqueles preceitos normativos, inclusive com efeitos derrogatórios de vantagens já concedidas (in pejus), por meio de convenção e acordo coletivo, de acordo com o que se depreende dos incisos VI, XIII e XIV do art. 7.° da Lei Maior.

Poder-se-ia argumentar que haveria a incorporação da cláusula do dissídio coletivo no contrato individual de trabalho até que outra norma a modificasse. Entretanto, o § 1.° do art. 1.° da Lei n.° 8.542/92 não dispunha que as cláusulas de dissídio coletivo se incorporavam ao contrato de trabalho, mas apenas "as cláusulas dos acordos, convenções ou contratos coletivos de trabalho", que só podem "ser reduzidas ou suprimidas por posterior acordo, convenção ou contrato coletivo de trabalho". Logo, é possível haver a modificação das condições de trabalho por meio de acordo ou convenção coletiva posterior a dissídio coletivo em vigor.

O § 2.° do art. 114 da Constituição estabelece certas restrições à sentença normativa, do respeito às disposições convencionais e legais mínimas de proteção ao trabalho, mas não que o acordo e a convenção coletiva têm de respeitar as regras do dissídio coletivo anterior, pois as partes convenentes têm autonomia privada de modificar as condições anteriores, não só in mellius como também in pejus, como se observa da possibilidade de redução de salários (art. 7.°, VI, da Lei Maior), do aumento da jornada nos turnos ininterruptos de revezamento para mais de seis horas diárias (art. 7.°, XIV, da Lei Fundamental).

A idéia de que o acordo ou a convenção coletiva podem modificar as condições de trabalho está em harmonia com a possibilidade de serem instituídas regras inclusive menos favoráveis aos trabalhadores. Na conformidade do art. 444 da CLT, é possível serem estabelecidas quaisquer condições de trabalho, desde que não contrariem norma de ordem pública, os acordos e convenções coletivas e as decisões das autoridades competentes. O acordo ou a convenção coletiva não vão, entretanto, retroagir à data de vigência do dissídio coletivo, mas vão ter validade a partir da data em que foram pactuados, sendo que no período anterior vale o dissídio coletivo.

Pelo princípio da especialização, prevalece a norma particular sobre a geral, no caso do conflito entre normas coletivas de trabalho. O acordo coletivo deve ser observado se superveniente às determinações genéricas do dissídio coletivo, por conter normas específicas, que tomam por base as condições particulares existentes em cada empresa ou empresas acordantes.

A observância do princípio da aplicação da norma mais favorável ao trabalhador depende, muitas vezes, de lei, como se observa do art. 620 da CLT, porém não poderá ser utilizado em colidência com norma de ordem pública e somente pode ser aplicado em casos de normas de igual hierarquia, como ocorreria entre a convenção e o acordo coletivo, do qual o art. 620 da CLT é exemplo.

Pode-se dizer que, no conjunto, há melhores condições de trabalho previstas no acordo coletivo ou convenção coletiva do que na sentença normativa, fruto da negociação das partes que cederam mutuamente em certos aspectos, que é a melhor forma de solução para o conflito coletivo. Por esse motivo, pode-se dizer que há o trânsito em julgado da sentença normativa do dissídio coletivo até que exista uma situação que modifique a anterior, devendo prevalecer o entendimento direto das partes sobre a vontade imperativa do Estado.

Se é possível reduzir até mesmo o salário por meio de acordo ou convenção coletiva, será possível também modificar as determinações do dissídio coletivo por aquelas normas, inclusive o será a redução ou exclusão de garantia de emprego prevista em dissídio coletivo por acordo ou convenção coletiva posterior. Deve-se, portanto, admitir a validade do acordo coletivo que disponha contrariamente à determinação de sentença normativa, restando esta norma revogada pelo acordo. Será válido o acordo coletivo que é celebrado supervenientemente a dissídio coletivo, ao estabelecer novas condições de trabalho a serem aplicadas no âmbito da empresa, tornando sem eficácia certa cláusula do dissídio coletivo, em função da obtenção de novas ou de outras vantagens como um todo, pois as partes alcançaram o resultado que pretendiam com a nova norma coletiva. Por uma questão de lógica, as partes tiveram que ceder em alguns pontos na negociação, alcançando melhor resultado decorrente do consenso, porém beneficiando-se em seu conteúdo global, apesar de poderem existir regras menos favoráveis ao trabalhador. A sentença normativa é uma forma de imposição da tutela do Estado às partes, devendo, porém, prevalecer os instrumentos autocompositivos sobre a decisão estatal, a via negocial. Há na nova norma coletiva a livre manifestação das partes, compatível com a realidade fática, inclusive com a participação do sindicato nas negociações coletivas, como se verifica nos incisos III e VI do art. 8.° da Constituição. A sentença normativa tem caráter geral e indiscriminado, ao contrário do acordo coletivo, que é particular e atenta às peculiaridades de cada empresa e às diferentes situações nelas encontradas, prestigiando a conciliação entre as partes, que deve prevalecer sobre a determinação judicial.

As condições do acordo ou da convenção coletiva não poderão ser apenas contra legem. Pode-se dizer que até mesmo a Constituição de 1988 indica este caminho de prevalência do acordo ou da convenção coletiva sobre a imposição estatal na solução do dissídio coletivo, como se verifica nos incisos VI, XIII e XIV do art. 7.°, inclusive pelo próprio reconhecimento dos acordos e convenções coletivas no inciso XXVI do art. 7.°.

O acordo ou convenção coletiva superveniente ao dissídio coletivo da categoria deve prevalecer sobre este último, por ser norma específica que se sobrepõe à norma genérica, além de privilegiar o sistema de autocomposição entre as partes, que tiveram que fazer concessões recíprocas para alcançarem o resultado desejado, em detrimento do sistema de solução dos conflitos coletivos de trabalho por meio do Poder Judiciário como órgão investido de jurisdição pelo Estado.

21. CONVENÇÃO COLETIVA NO SETOR PÚBLICO

A Convenção n.° 98 da OIT não trata da situação dos funcionários públicos, como se verifica de seu art. 6.°. A Convenção n.° 151, de 1978, em seu art. 7.°, recomenda a utilização mais ampla possível da negociação sobre condições de emprego entre a administração pública e as organizações dos servidores públicos.

O art. 37, VI, da Constituição garante ao servidor público o direito a livre associação sindical. Apenas o militar não tem direito a sindicalização (§ 5.° do art. 42 da CF). O § 3.° do art. 39 da Lei Fundamental, contudo, menciona uma série de dispositivos do art. 7.° da mesma norma que seriam aplicáveis aos servidores públicos. Entre eles não se encontra, porém, o inciso XXVI do art. 7.°, que reconhece os acordos e convenções coletivas de trabalho. A alínea a do inciso II do § 1.° do art. 61 da Norma Ápice ainda mostra a impossibilidade da concessão de aumento salarial por negociação coletiva, pois "a criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração" só podem ser feitos mediante lei de iniciativa do Presidente da República. Tais determinações revelam, portanto, que o servidor público tem direito a sindicalização, mas não pode negociar mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho, em função do princípio da legalidade que norteia a Administração (art. 37 da CF).

No âmbito das empresas públicas, sociedades de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica há a possibilidade da utilização de acordos e de convenções coletivas, pois tais empresas devem cumprir o regime das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas.

O Decreto n.° 908 fixa diretrizes para as negociações coletivas de trabalho de que participam as empresas públicas, as sociedades de economia mista e suas subsidiárias e controladas.

22. CONTROVÉRSIAS RESULTANTES DOS ACORDOS E CONVENÇÕES COLETIVAS

Dispõe o art. 625 da CLT que as controvérsias decorrentes da aplicação das convenções e dos acordos coletivos serão dirimidas pela Justiça do Trabalho.

Ocorre que só serão dirimidas pela Justiça do Trabalho as controvérsias decorrentes das normas coletivas atinentes às condições de trabalho e relações entre empregado e empregador.

A Lei n.° 8.984/95 dispõe que "compete à Justiça do Trabalho conciliar e julgar os dissídios que tenham origem no cumprimento de convenções coletivas de trabalho ou acordos coletivos de trabalho, mesmo quando ocorram entre sindicatos ou entre sindicato de trabalhadores e empregador".

VERIFICAÇÃO DE APRENDIZAGEM

1. O que é convenção coletiva?
2. O que é acordo coletivo de trabalho?
3. O que é negociação coletiva?
4. Como se orienta o intérprete na hipótese de existir um acordo e uma convenção coletiva que devem ser aplicados a certa categoria?
5. Há incorporação das cláusulas da norma coletiva ao contrato de trabalho?
6. Existe limitação para a multa prevista na norma coletiva?
7. Qual a natureza jurídica da convenção coletiva?
8. Qual o prazo máximo de vigência da norma coletiva?
9. Há a possibilidade de negociar no setor público mediante convenção

coletiva?

47

GREVE

1. HISTÓRIA

1.1 Nos demais países

Havia uma praça em Paris onde os operários faziam suas reuniões quando se encontravam descontentes com as condições de trabalho ou na hipótese da paralisação dos serviços. Os empregadores também iam a esse local quando necessitavam de mão-de-obra. Naquela localidade acumulavam-se gravetos trazidos pelas enchentes do rio Sena (daí surgiu o nome greve, originário de graveto).

Na história mundial da greve vamos verificar que ela foi cronologicamente considerada um delito, principalmente no sistema corporativo, depois passou a liberdade, no Estado liberal, e posteriormente a direito, nos regimes democráticos.

No Direito romano e na Antiguidade a greve era considerada como delito em relação aos trabalhadores livres, não se permitindo a reunião dos obreiros, nem sua associação.

A Lei Le Chapellier, de 1791, vedava qualquer forma de agrupamento profissional para defesa de interesses coletivos. O Código Penal de Napoleão, de 1810, punia com prisão e multa a greve de trabalhadores.

Na Inglaterra, o Combination Act, de 1799 e 1800, considerava crime de conspiração contra a Coroa a coalizão dos trabalhadores para, por meio de pressão coletiva, conseguir aumento de salários ou melhores condições de trabalho.

Em 1825, na Inglaterra, e em 1864, na França, a legislação descriminalizou a simples coalizão.

Na Itália, em 1947, passa-se a reconhecer a greve como um direito.

1.2 No Brasil

No Brasil, não encontramos a greve numa sucessão cronológica de delito, liberdade e direito. Inicialmente, tivemos o conceito de greve como liberdade, depois delito e, posteriormente, direito.

Pág. 742

Em 1890, o Código Penal proibia a greve, até que houve a derrogação dessa orientação com o Decreto n.° 1.162, de 12-12-1890. A Lei n.° 38, de 4-4-1932, que tratava da segurança nacional, a conceituou como delito.

A Constituição de 1937 considerava a greve e o lockout recursos anti-sociais, nocivos ao trabalho e ao capital e incompatíveis com os superiores interesses da produção nacional (art. 139, 2.ª parte).

O Decreto-lei n.° 431, de 18-5-1938, que versava sobre segurança nacional, também tipificou a greve como crime, quanto a incitamento dos funcionários públicos à paralisação coletiva dos serviços; induzimento de empregados à cessação ou suspensão do trabalho e à paralisação coletiva por parte dos funcionários públicos.

O Decreto-lei n.° 1.237, de 2-5-1939, ao instituir a Justiça do Trabalho, esclareceu que a greve seria passível de punições, que variavam de suspensão e despedida até a prisão. O Código Penal, de 7-12-1940, nos arts. 200 e 201, considerava crime a paralisação do trabalho, se houvesse perturbação da ordem pública ou se fosse contrária aos interesses públicos.

Em 1943, ao ser promulgada a CLT, estabelecia-se pena de suspensão ou dispensa do emprego, perda do cargo do representante profissional que estivesse em gozo de mandato sindical, suspensão pelo prazo de dois a cinco anos do direito de ser eleito como representante sindical, nos casos de suspensão coletiva do trabalho sem prévia autorização do tribunal trabalhista (art. 723). O art. 724 da CLT ainda estabelecia multa para o sindicato que ordenasse a suspensão do serviço, além de cancelamento do registro da associação ou perda do cargo, se o ato fosse exclusivo dos administradores do sindicato.

O Decreto-lei n.° 9.070, de 15-3-46 veio a admitir a greve nas atividades acessórias, apesar de ainda haver a proibição da Constituição de 1937, vedando-a nas atividades fundamentais. Tal fato se deu em razão de que o Brasil subscreveu integralmente a Ata de Chapultec, de 8-3-1945, após o término da Segunda Guerra Mundial.

A Constituição de 1946 muda radicalmente a orientação da Norma Ápice anterior, reconhecendo o direito de greve, que seria regulado em lei (art. 158). Já se verifica que a greve passava a ser um direito do trabalhador, porém sua regulamentação ficaria a cargo da lei ordinária. O STF entendeu que não havia sido revogado o Decreto-lei n.° 9.070/46, pois não era incompatível com a Lei Fundamental de 1946, que determinava que a greve deveria ser regulada por lei ordinária, inclusive quanto a suas restrições.

A anterior Lei de Greve, Lei n.° 4.330, de 1.°-6-64, determinava que seria considerado ilegal o movimento paredista quando:

a) não atendidos os prazos e condições estabelecidos na referida lei;

b) tivesse por objeto reivindicações julgadas improcedentes pela Justiça do Trabalho, em decisão definitiva, há menos de um ano;

c) fosse deflagrado por motivos políticos, partidários, religiosos, morais, de solidariedade, sem quaisquer pretensões relacionadas com a própria categoria;

d) tivesse por fim rever norma coletiva, salvo se as condições pactuadas tivessem sido substancialmente modificadas.

Considerava, ainda, o parágrafo único do art. 20 da Lei n.° 4.330/64 que "a greve suspende o contrato de trabalho; assegurando aos grevistas o pagamento dos salários durante o período da 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".

A greve lícita não rescindia o contrato de trabalho, nem eram extintos os direitos e obrigações dele resultantes (art. 20 da Lei n.° 4.330). Só se mandava pagar os salários dos dias parados e se computava o tempo de serviço se o empregador ou a Justiça do Trabalho deferissem, total ou parcialmente, as reivindicações formuladas pelos grevistas. Em caso contrário, não haveria pagamento de salários ou contagem do tempo de serviço durante a greve, considerando-se que o contrato de trabalho estava suspenso. Proibia-se a greve política e selvagem aos trabalhadores autônomos e profissionais liberais, aos funcionários e servidores públicos.

A Constituição de 1967 outorgava o direito de greve aos trabalhadores (art. 158, XXI), não sendo permitida a greve nos serviços públicos e atividades essenciais, que seriam definidas em lei (§ 7.° do art. 157).

A EC n.° 1, de 1969, mantém a mesma orientação, assegurando o direito de greve aos trabalhadores (art. 165, XXI), exceto nos serviços públicos e atividades essenciais, definidas em lei (art. 162).

Para tratar da proibição da greve em serviços públicos e atividades essenciais, foi editado o Decreto-lei n.° 1.632, de 4-8-78. Houve a enumeração de quais seriam essas atividades, como serviços de água e esgoto, energia

elétrica, petróleo, gás e outros combustíveis, bancos, transportes e comunicações, hospitais, ambulatórios, farmácias e drogarias. O Ministério do Trabalho ficava incumbido de declarar a ilegalidade da greve nas hipóteses mencionadas.

A Lei n.° 6.620, de 17-12-78, que definia os crimes contra a segurança nacional, estabelecia punição ao incitamento à paralisação de serviços públicos e à cessação coletiva do trabalho pelos funcionários públicos.

A Constituição de 1988 assegura o direito de greve, devendo os trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender (art. 9.°). A lei irá determinar as atividades essenciais e disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade (§ 1.°). Os abusos cometidos irão sujeitar os responsáveis às determinações da lei (§ 2.°). Os servidores públicos podem exercer o direito de greve, nos termos e nos limites definidos em lei complementar (art. 37, VII). O militar ficou afastado do direito de sindicalização e de greve (§ 5.° do art. 42).

A Medida Provisória n.° 50, de 1989, regulou o direito de greve em razão das constantes paralisações que vinham ocorrendo em atividades essenciais. A referida norma, entretanto, não foi convertida em lei. Editou-se nova Medida Provisória, de n.° 59, que veio a se converter na Lei n.° 7.783, de 28-6-89.

A Lei n.° 7.783/89 dipôs sobre o exercício do direito de greve, definindo as atividades essenciais e regulando o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade. A atual lei não versa sobre o pagamento dos dias parados, nem sobre a contagem do tempo de serviço durante a greve. Não trata da legalidade ou ilegalidade da greve, mas usa o termo abuso de direito pelo não cumprimento de suas prescrições. O art. 18 da Lei n.° 7.783/89 revogou a Lei n.° 4.330 e o Decreto-lei n.° 1.632.

2. DIREITO COMPARADO E INTERNACIONAL

Na Argentina, o art. 14-bis da Constituição garante apenas o direito de greve aos sindicatos. O Decreto n.° 2.184/90 determina as atividades essenciais em que há limitação de greve. Há necessidade de comunicação da realização de greve com antecedência de cinco dias à autoridade do Ministério do Trabalho, devendo haver convenção entre as partes sobre a prestação de serviços mínimos à comunidade no transcorrer do movimento paredista.

No Chile, o art. 19 da Constituição permite a greve, porém há proibição nos serviços públicos e nos essenciais.

Em Cuba, a legislação do trabalho não trata do tema, apenas a greve é considerada como crime tipificado no Código Penal.

Na Espanha, o art. 28 da Constituição assegura a greve como direito fundamental dos trabalhadores, visando à defesa dos seus interesses, cabendo à legislação ordinária regular seu exercício e estabelecer garantias para a manutenção dos serviços essenciais. Os funcionários públicos têm direito à greve, porém ela é proibida para os membros das Forças Armadas e dos corpos de segurança (Lei n.° 2, de 13-3-86).

Na França, a Constituição de 1946 faz menção ao direito de greve em seu preâmbulo, devendo ser exercido nos termos das leis e seus regulamentos. Seus contornos são estabelecidos pela jurisprudência. No setor público a Lei de 31-7-63 limita o direito de greve ao pessoal civil, empresas públicas ou privadas encarregadas de serviço público. Há necessidade de aviso prévio de cinco dias. O Governo poderá requisitar trabalhadores para prestar serviços durante a greve. Proíbe-se a greve nas Forças Armadas, na magistratura e na polícia.

Na Itália, a Constituição de 1948 estabelece o direito de greve, remetendo-o à legislação ordinária. A Lei n.° 146, de 14-6-90, trata da greve nos serviços públicos. Exige-se aviso prévio de no mínimo 10 dias.

No México, o art. 123 da Constituição de 1917 assegura o direito de greve e lockout, sendo que este depende de autorização prévia do Estado. Admite-se a greve no serviço público, necessitando-se de aviso prévio de 10 dias à Junta de Conciliação e Arbitragem.

No Uruguai a greve é entendida como direito sindical. A Lei n.° 13.720 delega ao Ministério do Trabalho a possibilidade de determinar os serviços essenciais que deverão ser assegurados durante a greve.

Nos Estados Unidos, a Constituição não trata de greve, nem de nenhum direito dos trabalhadores. Os funcionários públicos são proibidos de fazer greve, pois caso contrário serão dispensados. O Wagner Act e a Lei Taft-Hartley (1947) traçam os contornos gerais da greve, sendo que a última define as responsabilidades dos sindicatos, inclusive em greve em atividades essenciais. A greve é exercitada pelo sindicato que congregar o maior número de trabalhadores da empresa ou de sua atividade. Foram criadas as injunctions, que são ordens proibitivas de greves, por meio de pronunciamentos judiciais.

Em Portugal, o art. 58 de sua Constituição reconhece o direito de greve, competindo aos trabalhadores definir os interesses que serão defendidos e seu âmbito. Proíbe-se o lockout. A decretação da greve é prerrogativa dos sindicatos. A Lei n.° 65, de 26-8-77, não vem a definir a greve ou a restringi-la, não se proibindo, inclusive, a greve de solidariedade. Admite-se a greve no serviço público. Nas atividades essenciais, há necessidade de se atender a certos serviços mínimos, podendo haver requisição civil de trabalhadores. A requisição civil é determinada pelo Conselho de Ministros e se faz por Portaria, em que há a indicação da duração da requisição, a autoridade responsável pela sua execução e o regime de trabalho. A requisição civil poderá ser feita pela convocação de pessoas para o serviço militar. Garante-se a manutenção e segurança de equipamentos e instalações.

No âmbito da OIT, não há nenhuma convenção ou recomendação tratando do tema. Existe apenas orientação no sentido de que as limitações ao exercício do direito de greve sejam razoáveis, relativamente a serviços essenciais e à função pública. A Convenção n.° 105 se refere, indiretamente, à greve, como na hipótese do que, de forma alguma, o trabalho forçado pode ser empregado como maneira de punição pela participação em greves. A Recomendação n.° 92, em seus arts. 4.° e 6.°, indica às partes para se absterem da utilização dos recursos da greve e do lockout, quando haja processo de negociação voluntária em curso e enquanto perdurar o referido processo.

3. DENOMINAÇÃO

Havia uma praça em Paris em que os operários se reuniam quando paralisavam os serviços. No lugar, acumulavam-se gravetos, vindos do rio Sena, dando origem à denominação, em francês, grève.

Em português, emprega-se a palavra greve. Em italiano, sciopero. Em inglês, strike. Em espanhol, huelga. Em alemão, streik (litígio, conflito).

4. CONCEITO

A greve pode ser considerada antes de tudo um fato social, estudado também pela Sociologia. Seria um fato social que não estaria sujeito à regulamentação jurídica. A greve de fome é um comportamento individual que não tem relação com

o trabalho. Ocorre que da greve resultam efeitos que vão ser irradiados nas relações jurídicas, havendo, assim, necessidade de estudo por parte do Direito.

Num conceito amplo, a greve é um risco a que o trabalhador se sujeita.

O conceito de greve, entretanto, dependerá de cada legislação, se a entender como direito ou liberdade, no caso de a admitir, ou como delito, na hipótese de a proibir.

A greve é considerada, em nossa legislação, como a suspensão coletiva, temporária e pacífica, total ou parcial, de prestação pessoal de serviços a empregador (art. 2.° da Lei n.° 7.783/89).

O exercício do direito de greve é assegurado apenas ao trabalhador subordinado, não podendo ser exercido pelo trabalhador autônomo, mas poderá ser exercido pelo trabalhador avulso, pois este tem igualdade de direitos em relação ao trabalhador com vínculo permanente (art. 7.°, XXXIV, da CF).

A greve deverá, contudo, ser feita em face do empregador, que poderá atender às reivindicações, o que mostra a vedação da greve realizada contra terceiros que não aquele.

Trata-se de suspensão coletiva, pois a suspensão do trabalho por apenas uma pessoa não irá constituir greve, mas poderá dar ensejo a dispensa por justa causa. A greve é, portanto, um direito coletivo e não de uma única pessoa. Só o grupo, que é o titular do direito, e que irá fazer greve. Deve haver, portanto, paralisação dos serviços, pois, de acordo com a lei, se inexistir a suspensão do trabalho não há greve. Isso mostra que a greve de zelo, em que os empregados cumprem à risca as determinações e regulamentos da empresa, esmerando-se na prestação dos serviços para provocar demora na produção, ou a "operação tartaruga", em que os trabalhadores fazem o serviço com extremo vagar não podem ser consideradas como greve diante de nossa legislação, pois não há a suspensão do trabalho.

A suspensão do trabalho deve ser temporária e não definitiva, visto que se for por prazo indeterminado poderá acarretar a cessação do contrato de trabalho. A paralisação definitiva do trabalho dá ensejo ao abandono de emprego, que caracteriza a justa causa (art. 482, i, da CLT).

A paralisação deverá ser feita de maneira pacífica, sendo vedado o emprego de violência. As reivindicações deverão ser feitas com ordem, sem qualquer violência a pessoas ou coisas.

A paralisação do trabalho poderá ser de maneira total ou parcial, podendo abranger toda a empresa ou apenas alguns setores ou seções desta. É possível, portanto, que apenas os mensalistas na empresa venham a paralisar a prestação de serviços, continuando o trabalho os empregados horistas, não havendo, assim, a descaracterização da greve, que será parcial.

De acordo com a atual Constituição, a greve é, portanto, considerada um direito, um direito social dos trabalhadores, tratando-se de uma garantia fundamental, por estar no Título II, "Dos Direitos e Garantias Fundamentais", da Lei Maior.

A greve, entretanto, não se confunde com o boicote. Este tem o significado de obstaculizar ou impedir o exercício da atividade do empregador, deixando de haver a cooperação com ele, mas sem causar danos materiais ou pessoais. A boicotagem remonta a 1880, quando o capitão James Boycott, administrador das propriedades de Lorde Mayo, enfrentou uma oposição dos trabalhadores irlandeses, que para ele não trabalhavam, não compravam seus produtos, nem os vendiam, tendo aquela pessoa que abandonar a cidade. Trata-se, portanto, de uma represália ou de uma guerra econômica por parte dos trabalhadores contra o patrão.

5. NATUREZA JURÍDICA

Enquadra-se inicialmente a greve como liberdade, decorrente do exercício de uma determinação lícita. Sob o ponto de vista da pessoa, do indivíduo, podemos considerá-la como uma liberdade pública, pois o Estado deve garantir seu exercício. No que diz respeito à coletividade, seria um poder.

Pág. 747

Há entendimentos de que a greve seria um direito potestativo, de que ninguém a ele poderia se opor. A parte contrária terá de se sujeitar ao exercício desse direito.

Alguns autores entendem que a greve poderia ser considerada como uma forma de autodefesa, em que uma parte imporia a solução do conflito à outra. Todavia, essa teoria sofre a crítica de que a autodefesa seria uma maneira de resposta a uma agressão.

Pode-se analisar a natureza jurídica da greve sob os efeitos que provoca no contrato de trabalho: suspensão ou interrupção. Há suspensão se não ocorre o pagamento de salários e nem a contagem do tempo de serviço, e interrupção quando computa-se normalmente o tempo de serviço e há pagamento de salários.

A greve envolve um fato jurídico. Não é uma declaração de vontade, mas um comportamento do trabalhador. Envolve um direito subjetivo.

A greve é, assim, um direito de coerção visando à solução do conflito coletivo.

6. CLASSIFICAÇÃO DAS GREVES

Várias classificações podem ser feitas quanto à greve: greves lícitas, nas quais são atendidas as determinações legais; greves ilícitas, em que as prescrições legais não são observadas; greves abusivas, durante as quais são cometidos abusos, indo além das determinações legais; greves não abusivas, exercidas dentro das previsões da legislação e quando não são cometidos excessos.

Existem greves que são consideradas quanto a sua extensão, em que temos: greves globais, atingindo várias empresas; greves parciais, que podem alcançar algumas empresas ou certos setores destas; e greves de empresa, que só ocorrem nas imediações desta.

A greve também pode ser considerada quanto ao seu exercício: greve contínua, intermitente ou branca. A greve branca é greve, pois apesar de os trabalhadores pararem de trabalhar e ficarem em seus postos de trabalho, há cessação da prestação dos serviços. Entretanto, entendemos que a "operação tartaruga", em que os empregados fazem seus serviços com extremo vagar, ou a greve de zelo, em que os trabalhadores se esmeram na produção ou acabamento do serviço, não podem ser consideradas como greve, pois não há a paralisação da prestação de serviço. Dentro desse quadro lembraríamos, ainda, a greve intermitente, de curta duração e que pode ser repetida várias vezes em várias etapas.

Há greves por objetivos, que podem ser políticos e de solidariedade. Políticas são as em que há reivindicações ligadas a um aspecto macroeconômico, dizendo respeito a solicitações feitas de maneira genérica, inerentes ao Governo. As greves de solidariedade são aquelas em que os trabalhadores se solidarizam com outros para fazer suas reivindicações.

Pág. 747

7. LIMITAÇÕES AO DIREITO DE GREVE

A greve não é um direito absoluto. Só por se tratar de um direito já existem limitações.

É possível dividir as limitações ao direito de greve sob o aspecto objetivo, da previsão da lei, e sob o aspecto subjetivo, dos abusos cometidos.

As limitações ao direito de greve encontram-se inicialmente na própria Constituição.

Verifica-se de modo genérico que o inciso VII do art. 4.° da Constituição adota nas relações internacionais a solução pacífica dos conflitos. É claro que, indiretamente, essa regra deve ser empregada internamente, tanto que o próprio art. 2.° da Lei n.° 7.783/89 esclarece que a greve deve ser pacífica, vedando, portanto, greves violentas, inclusive por meios violentos, de tortura ou de tratamento desumano ou degradante (art. 5.°, III, da CF).

O art. 5.°, caput, da Lei Maior assegura o direito à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade. Greves que venham a violar esses direitos já estarão excedendo os limites constitucionais. O inciso XXII do art. 5.° da mesma norma ainda determina o direito de propriedade, não sendo possível que a greve venha a danificar bens ou coisas. O § 3.° do art. 6.° da Lei n.° 7.783/89 é claro nesse sentido, ao determinar que os atos empregados pelos grevistas não poderão causar ameaça ou dano à propriedade ou pessoa.

O inciso IV do art. 5.° da Lei Magna prescreve o direito à livre manifestação do pensamento, vedando apenas o anonimato. Haverá liberdade de pensamento quanto à greve em relação aos que são contrários a ela.

Ainda dentro da liberdade de pensamento, deve-se respeitar na greve as convicções políticas, filosóficas e as crenças religiosas das pessoas (art. 5.°, VIII, da CF).

Os danos causados à moral, à imagem da pessoa ou danos de caráter material terão que ser indenizados pelos responsáveis (art. 5.°, V, da CF). Com isso também se quer dizer que a greve deverá respeitar a moral e a imagem das pessoas e suas coisas materiais.

Assegura-se o direito à vida privada (art. 5.°, X), bem como o direito de livre locomoção (art. 5.°, XV, da CF).

O § 1.° do art. 6.° da Lei n.° 7.783/89 é claro no sentido de que em nenhuma hipótese os meios adotados por empregados e empregadores poderão violar ou constranger os direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição.

Existem limitações totais ao direito de greve, como em relação aos militares, que estão proibidos de fazer greve (§ 5.° do art. 42 da CF). Já os servidores públicos poderão fazê-la, porém nos termos e limites definidos em lei específica (art. 37, VII, da CF).

8. LEGITIMIDADE

Não há dúvida de que a titularidade do direito de greve é dos trabalhadores, pois a eles compete decidir sobre a oportunidade e os interesses a serem defendidos por meio da greve.

A legitimidade, porém, para a instauração da greve pertence à organização sindical dos trabalhadores, visto que se trata de um direito coletivo. O inciso VI do art. 8.° da Lei Fundamental estabelece que nas negociações coletivas deve haver a participação obrigatória do sindicato profissional, levando ao entendimento de que a legitimidade para a instauração do movimento paredista é do sindicato de trabalhadores.

9. OPORTUNIDADE DO EXERCÍCIO

Aos trabalhadores é que compete decidir sobre a oportunidade do exercício do direito de greve (art. 1.° da Lei n.° 7.783/89). Eles é que irão julgar qual o momento conveniente em que a greve irá ser deflagrada.

A greve, contudo, não poderá ser deflagrada quando haja acordo, convenção coletiva ou sentença normativa em vigor (art. 14 da Lei n.° 7.783/89), a não ser que tenham sido modificadas as condições que vigiam. Daí, a melhor orientação é de que o termo oportunidade quer dizer conveniência, diante das situações concretas que forem encontradas.

10. INTERESSES A DEFENDER

Cabe, também, aos trabalhadores dizer quais os interesses que serão defendidos por meio da greve.

Num primeiro momento poder-se-ia dizer que o interesse a ser defendido por meio de greve seria ilimitado, porém não é isso que ocorre. Os limites desse interesse podem ser encontrados na própria Constituição, ao analisá-la sistematicamente. Se o direito de greve está inserido no Capítulo II, dos Direitos Sociais, do Título I, já é possível dizer que os limites desse interesse são sociais, dizendo respeito às condições de trabalho, à melhoria das condições sociais, inclusive salariais. Esses interesses, entretanto, vão dizer respeito àqueles que possam ser atendidos pelo empregador, pois é em face deste que a greve é deflagrada.

Se a greve é um direito, necessariamente ela terá limites na lei, que irá regulamentar esse direito. Não se trata, portanto, de direito absoluto, mas de direito limitado.

A Lei n.° 4.330/64, proibia a greve política e de solidariedade, o que não ocorre com a Lei n.° 7.783/89 que não trata expressamente do tema. Entendemos que não será possível a greve política, pois nada poderá ser reivindicado do empregador, apenas em relação ao Governo.

Quanto à greve de solidariedade, em que os trabalhadores passam a apoiar outros trabalhadores, entendemos que ela poderá ocorrer, desde que as reivindicações digam respeito a seus contratos de trabalho, podendo ser feitas em face do empregador. Nem sempre, porém, a greve depende da existência de outra greve. É o caso da greve de solidariedade a um empregado dispensado pelo empregador. Quem irá decidir os interesses que devam ser defendidos na greve serão os trabalhadores. Assim, pode existir a greve de solidariedade.

11. NEGOCIAÇÃO COLETIVA

Antes de se deliberar sobre a greve, deverá haver negociação coletiva para a tentativa de solução do conflito coletivo. É possível se afirmar, então, que a negociação coletiva é uma fase antecedente e necessária da greve, ou seja: é uma condição para o exercício do direito de greve. As partes também poderão eleger árbitros para solucionar a pendência entre elas. Frustrada a negociação coletiva ou verificada a impossibilidade da arbitragem, será facultada a cessação coletiva do trabalho (art. 3.° da Lei n.° 7.783/89). A exigência da negociação ou da arbitragem como procedimento obrigatório ou como etapa preliminar pode ser realçada com o exame do § 2.° do art. 114 da Lei Maior, ao mencionar que, se as partes se recusarem à negociação ou à arbitragem, será facultada a instauração do dissídio coletivo.

A arbitragem vem a ser, aqui, um procedimento alternativo de tentar solucionar o conflito coletivo. Frustrada a tentativa de arbitragem, em que já se verifica que a outra parte não tem interesse na negociação, já é possível a paralisação coletiva.

Poderá a Delegacia Regional do Trabalho convocar as partes para mesa-redonda com o objetivo de resolver o conflito. A mesa-redonda convocada pela DRT não vem a se configurar numa interferência ou intervenção do Estado no

sindicato, apenas uma forma de cumprir as determinações da lei, que exige a negociação, tanto que a intervenção da DRT não é obrigatória para efeito de negociação (§ 1.° do art. 616 da CLT). O objetivo da DRT é apenas fazer mediação ou servir de mediador para solucionar a controvérsia coletiva, aproximando as partes. Não se trata, assim, de imposição. Inexistindo acordo, mesmo com a mediação da DRT, é faculdade das partes a instauração do dissídio coletivo.

O que precisa haver é a negociação frustrada para ser instaurado o dissídio coletivo, não importa onde ela seja realizada (§ 2.° do art. 114 da Constituição).

12. ASSEMBLÉIA GERAL

A entidade sindical dos empregados deverá convocar assembléia geral que irá definir as reivindicações da categoria, deliberando sobre a paralisação coletiva (art 4.° da Lei n.° 7.783/89). A assembléia geral será convocada nos termos dos estatutos do sindicato.

O estatuto do sindicato deverá tratar das formalidades para a convocação da greve, como edital etc., assim como o quorum para a deliberação, tanto da deflagração quanto da cessação da greve. A lei não indica o quorum de votação, que fica adstrito às especificações do estatuto do sindicato.

Como já foi dito, o titular do direito de greve é o trabalhador. A legitimação para a instauração da greve é, contudo, do sindicato. A este cabe a defesa dos direitos coletivos e individuais da categoria, inclusive em questões judiciais e administrativas (art. 8.°, III, da CF). Cabe ao sindicato a participação obrigatória nas negociações coletivas (art. 8.°, VI, da CF). Logo, não há nenhuma incompatibilidade entre a Constituição e a Lei n.° 7.783/89, quando determina que a entidade sindical dos empregados irá convocar a assembléia geral para definir as reivindicações e a paralisação.

O art. 6.° da Lei n.° 4.330/64 estabelecia que a entidade sindical deveria publicar editais com antecedência mínima de 10 dias, contendo local, dia e hora da realização da assembléia geral, designação da ordem do dia, em que se iriam verificar as reivindicações, além do que a votação era feita por cédulas em que se observavam as expressões sim e não. O quorum das deliberações era feito por 2/3 dos associados, em primeira convocação, ou 1/3, em segunda convocação (art. 5.°). A presidência da mesa apuradora era feita por membro do Ministério Público do Trabalho, devendo a ata ser enviada ao Ministério do Trabalho (art. 7.°). A Lei n.° 7.783/89 não reproduziu as determinações da lei anterior, o que foi melhor, justamente para se evitarem as discussões a respeito de intromissão nos assuntos internos do sindicato, além do que as determinações mencionadas na Lei n.° 4.330/64 não eram cumpridas, pois, por exemplo, as assembléias eram e são realizadas em campos de futebol, praças, portas de fábrica etc., o que torna difícil a verificação da votação. Assim, o estatuto da entidade sindical irá determinar quais são os requisitos a serem observados, como o quorum das deliberações, mostrando que a atual lei é bastante informal quanto a tais aspectos.

Verifica-se, portanto, que o quorum da assembléia sindical em caso de greve fica remetido aos estatutos do sindicato (§ 1.° do art. 4.° da Lei n.° 7.783/89). Nesse ponto não é de se aplicar o art. 612 da CLT, ao especificar o quorum em assembléias sindicais, que não foi revogado expressamente ou tacitamente pela Lei n.° 7.783/89, valendo apenas para acordos ou convenções coletivas. Deveria haver uma modificação no art. 612 da CLT, para que se evitasse a existência de duas assembléias: uma para greve, disciplinada pelos estatutos da entidade sindical, outra para acordos e convenções coletivas, prevista no dispositivo consolidado. Da assembléia sindical entendemos que

poderá participar qualquer membro da categoria, visto que não há qualquer previsão na Lei n.° 7.783/89 sobre o assunto, mesmo não sendo o interessado associado ao sindicato, ao contrário do art. 612 da CLT, que prevê essa condição, prestigiando, assim, a liberdade da pessoa de ingressar ou não no sindicato (art. 8.°, V, da CF).

Na falta de sindicato, a assembléia geral será convocada pela federação e, na ausência desta, pela confederação. Assim, os estatutos das federações e confederações deverão também tratar da assembléia geral para efeito de greve.

Não havendo entidade sindical, inclusive de grau superior, a assembléia geral dos trabalhadores interessados deliberará sobre as reivindicações e sobre a paralisação coletiva. Nota-se aqui a formação da comissão de negociação no caso de inexistir a entidade sindical. Entendemos que é possível também afirmar que se o sindicato ou a entidade de grau superior não se interessarem pelas reivindicações ou pela paralisação, os interessados também poderão constituir a comissão de negociação, pois caso contrário ficariam alijados de qualquer poder para a solução do conflito coletivo.

Essa comissão não terá personalidade jurídica ou sindical, apenas irá participar da negociação.

A entidade sindical ou comissão especialmente eleita representará os interesses dos trabalhadores nas negociações ou na Justiça do Trabalho (art. 5.° da Lei n.° 7.783/89). A Lei n.° 7.783/89 concede, portanto, a possibilidade da comissão dos trabalhadores não organizados em sindicato instaurar dissídio coletivo. Não se conflita tal norma com o § 2.° do art. 114 da Constituição, visto que esta determina apenas que é uma "faculdade" do sindicato instaurar o dissídio coletivo, permitindo, assim, o ajuizamento por empresa e até mesmo pela comissão de trabalhadores inorganizados em sindicato.

A comissão prevista no art. 5.° da Lei n.° 7.783/89 não é incompatível com a regra do art. 8.°, VI da Constituição, pois onde houver sindicato ou esse não se manifestar, o direito de greve não poderia ser exercido. Não seria, portanto, razoável entendimento em contrário, que inviabilizaria o direito de greve.

13. AVISO PRÉVIO DE GREVE

O aviso prévio de greve deverá ser fornecido com antecedência mínima de 48 horas ao sindicato patronal ou aos empregadores (parágrafo único do art. 3.° da Lei n.° 7.783/89).

Em serviços ou atividades essenciais, o sindicato profissional ou os trabalhadores deverão fazer a comunicação da paralisação aos empregadores e aos usuários com antecedência mínima e 72 horas (art. 13 da Lei n.° 7.783/89).

Anteriormente, o art. 10 da Lei n.° 4.330/64 previa que o aviso prévio de greve era de cinco dias, nas atividades acessórias, e de 10 dias, nas atividades fundamentais. Verifica-se, portanto, que a Lei n.° 7.783/89 veio a encurtar os prazos de aviso prévio de greve.

A OIT já se pronunciou no sentido de que o aviso prévio de greve não vem a prejudicar a liberdade sindical, pois cumpre um aspecto de comunicação da existência da greve. Um dos objetivos principais do aviso prévio é de que seja evitada a greve que é deflagrada repentinamente, de surpresa, sem que o empregador ou a sociedade possam tomar as medidas de precaução necessárias.

A Lei n.° 4.330/64 previa a concessão do aviso prévio por escrito (art. 10). A Lei n.° 7.783/89 apenas menciona a existência do aviso prévio, não dizendo que ele deva ser por escrito, quando seria melhor se assim tivesse dito, para evitar quaisquer dúvidas. O aviso prévio, assim, poderá ser feito de qualquer forma, pelo jornal, pelo rádio, pela televisão, por notificação por carta à parte contrária etc. O que interessa é que seja feita a prova de que a

outra parte tinha conhecimento de que iria haver greve, com a antecedência mínima prevista na lei.

A contagem do prazo do aviso prévio, segundo entendemos, deve observar o art. 125 do CC, pois a lei de greve não traz nenhuma determinação sobre o assunto. A contagem será feita em horas, como menciona a Lei n.° 7.783/89, computando-se minuto a minuto (§ 4.° do art. 125 do CC), porém exclui-se o dia do começo e inclui-se o do vencimento. Se o prazo de vencimento cair em dia feriado, considera-se prorrogado até o dia útil seguinte (§ 1.° do art. 125 do CC).

O prazo de 48 horas ou de 72 horas deve ser entre a comunicação e a deflagração do movimento.

Não há necessidade de intimação obrigatória do Ministério do Trabalho, como se verificava do § 1.° do art. 10 da Lei n.° 4.330/64. A única observância deve ser a do § 1.° do art. 616 da CLT, que não foi revogado pela Lei n.° 7.783/89, de apenas se dar ciência ao órgão do Ministério do Trabalho para que este possa convocar as partes para mesa-redonda, que importa apenas mediação do conflito por parte da DRT e não de qualquer interferência ou intervenção no sindicato.

14. ATIVIDADES ESSENCIAIS

A EC n.° 1, de 1969, não permitia a greve nos serviços públicos e atividades essenciais, definidas em lei (art. 162). O art. 1.° do Decreto-lei n.° 1.632/78 definia as atividades essenciais, que eram as seguintes: água e esgoto, energia elétrica, petróleo, gás e outros combustíveis, bancos, transportes, comunicações, carga e descarga, hospitais, ambulatórios, maternidade, farmácias e drogarias e as indústrias definidas por decreto do Presidente da República. Consideravam-se, ainda, atividades essenciais e de interesse da segurança nacional os serviços públicos federais, estaduais e municipais, de execução direta, indireta, delegada ou concedida, inclusive os do Distrito Federal (§ 2.° do art. 1.°).

O § 1.° do art. 9.° da Constituição de 1988 não proíbe a greve em atividades essenciais, apenas determina que a lei irá definir os serviços ou atividades essenciais, o que foi feito pelo art. 10 da Lei n.° 7.783/89.

A OIT considera essenciais os serviços cuja interrupção pode pôr em perigo a vida, a segurança ou a saúde da pessoa em toda ou parte da população (Recopilacíon la liberdad sindical. 3. ed. Genebra, verbete 387).

Consideram-se serviços ou atividades essenciais: (a) tratamento e abastecimento de água; produção e distribuição de energia elétrica, gás e combustíveis; (b) assistência médica e hospitalar; (c) distribuição e comercialização de medicamentos e alimentos; (d) funerários; (e) transporte coletivo; (f) captação e tratamento de esgoto e lixo; (g) telecomunicações; (h) guarda, uso e controle de substâncias radioativas, equipamentos e materiais nucleares; (i) controle de tráfego aéreo; (j) compensação bancária. (art. 10 da Lei n.° 7.783). São taxativas tais situações, e não meramente exemplificativas.

Não mais são consideradas atividades essenciais: serviços de banco, exceto a compensação bancária; serviços de comunicação, salvo os de telecomunicações; carga e descarga; escolas e correio.

15. ATENDIMENTO DAS NECESSIDADES INADIÁVEIS

Determinou o § 1.° do art. 9.° da Lei Maior que o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade fosse disciplinado pela lei ordinária.

O art. 11 da Lei n.° 7.783/89 esclareceu que nos serviços ou atividades essenciais, os sindicatos, os empregadores e os trabalhadores ficam obrigados, de comum acordo, a garantir, durante a paralisação, a prestação de serviços indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade.

Pág. 754

Consideram-se necessidades inadiáveis da comunidade as que, se não atendidas, possam colocar em perigo iminente a sobrevivência, a saúde ou a segurança da população (parágrafo único do art. 11 da Lei n.° 7.783/89). Seriam, por exemplo, as atividades de assistência médica e de hospitais em serviços como os que importem na sobrevivência ou saúde da pessoa, como os ligados à unidade de terapia intensiva (UTI), que não poderiam deixar de ser prestados durante a greve de hospitais. O mesmo pode ocorrer na distribuição de remédios durante greve que ocorresse nas farmácias.

Se as pessoas anteriormente mencionadas não assegurarem o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, o Poder Público providenciará a prestação de serviços indispensáveis (art. 12 da Lei n.° 7.783/89). A lei, porém, não indicou como isso será feito, se por meio de requisição civil, como ocorre em Portugal e que era a proposta que foi rejeitada pelo Congresso Nacional.

16. MANUTENÇÃO DE BENS

No decorrer da greve, o sindicato ou a comissão de negociação, por intermédio de acordo com a entidade patronal ou diretamente com o empregador, manterá em atividade equipes de empregados com o objetivo de assegurar os serviços cuja paralisação resulte 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 (art. 9.° da Lei n.° 7.783/89). Poderíamos lembrar, como exemplo, a necessidade do funcionamento de altos fornos de siderúrgicas, como da Cosipa, que não podem ficar paralisados por muito tempo, sob pena de se perder completamente o equipamento.

Não havendo acordo, é permitido ao empregador, enquanto perdurar a paralisação, o direito de contratar diretamente os serviços necessários à manutenção de bens e equipamentos e dos bens necessários à retomada das atividades da empresa quando da cessação do movimento (parágrafo único do art. 9.° da Lei n.° 7.783/89). A possibilidade da contratação de serviços se dá enquanto perdurar a greve. Os serviços poderão ser contratados em relação a pessoas jurídicas especializadas, a empresas de trabalho temporário (Lei n.° 6.019/74), ou até mesmo mediante contrato de trabalho por prazo determinado, pois existem serviços especificados e acontecimento suscetível de previsão aproximada (§ 1.° do art. 443 da CLT).

17. DIREITOS E DEVERES DOS ENVOLVIDOS NA GREVE

O art. 6.° da Lei n.° 7.783 é claro ao determinar que os grevistas têm os seguintes direitos, entre outros: (a) o emprego de meios pacíficos tendentes a persuadir ou aliciar os trabalhadores a aderirem à greve; (b) a arrecadação de fundos e a livre divulgação do movimento.

Pág. 755

O inciso II do aro. 19 da Lei n.° 4.330/64 já assegurava a coleta de donativos para a manutenção do movimento paredista. O inciso II do art. 6.° da Lei n.° 7.783/64 menciona agora a expressão coleta de fundos, que serão destinados aos gastos decorrentes da greve, como de publicidade, faixas,

cartazes e até mesmo para a manutenção dos salários dos trabalhadores. A expressão anterior coleta de donativos tinha um aspecto de benemerência, de assistência social, enquanto a atual expressão é mais ampla e correta, porque não compreende apenas bens, mas também numerário.

A livre divulgação do movimento visa assegurar a comunicação e informação sobre a greve, para que ela possa ser propagada. Há a possibilidade da divulgação por meio de panfletos, de cartazes de propaganda, desde que não sejam ofensivos à pessoa do empregador, assim como o uso de megafone ou veículo com sonorização na porta da fábrica.

Os grevistas terão o dever de observar os direitos e garantias fundamentais de outrem, no exercício do direito de greve. São, por exemplo, o direito à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade art. 5.° da CF), o respeito às convicções políticas, filosóficas e crenças religiosas art. 5.°, VIII, da CF), o direito de liberdade de trabalho, de livre manifestação do pensamento art. 5.°, IV, da CF) etc. Não podem, portanto, violar ou constranger esses direitos. As manifestações e atos de persuasão utilizados pelos grevistas não poderão impedir o acesso ao trabalho nem causar ameaça ou dano à propriedade ou pessoa. Logo, os trabalhadores que entenderem que devem trabalhar não poderão ser impedidos pelos demais.

O empregador não poderá adotar meios para constranger o empregado ao comparecimento ao trabalho, bem como capazes de frustrar a divulgação do movimento. Assim, o empregador não poderá adotar qualquer forma que venha a obrigar, a coagir o trabalhador grevista à prestação de serviços ou a impedir a publicidade da greve.

O piquete consiste numa forma de pressão dos trabalhadores sobre aqueles obreiros que não se interessam pela paralisação, preferindo continuar a trabalhar, e também para a manutenção do movimento. Serão, portanto, os piquetes permitidos, desde que não ofendam as pessoas ou se cometam estragos em bens, ou seja, o piquete pacífico será permitido como modo de persuasão e aliciamento da greve. Não serão admitidos piquetes que venham a impedir o trabalhador de ingressar no serviço.

Já a sabotagem, porém, não será permitida. A palavra sabotagem se origina do francês sabotage, de saboter, pisar, e de sabot, calçado. Os operários das fábricas empregavam os calçados utilizados na empresa - os tamancos - para inutilizar as máquinas de produção, de modo a protestar diante do empregador. Daí vem o significado atual de sabotagem, que seria o emprego de meios violentos, de modo a causar danos ou destruição a bens: às máquinas do empregador. Como a greve deve ser feita de maneira pacífica, os atos de sabotagem não são tolerados pela Lei n.° 7.783/89.

18. ABUSO DO DIREITO DE GREVE

Esclarece o § 2.° do art. 9.° da Constituição que os abusos cometidos sujeitam os responsáveis às penas da lei.

O inciso I do art. 160 do CC declara que não constituem atos ilícitos os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido. Ao contrário, são atos ilícitos os não praticados em legítima defesa ou que não decorram de exercício regular de um direito reconhecido, que alguns consideram como uma forma de abuso de direito. Haverá, portanto, uso abusivo do direito se ele não for exercitado na conformidade da lei.

A Lei n.° 7.783/89, ao regulamentar o preceito constitucional, estabelece que a inobservância de suas determinações, bem como a manutenção da paralisação após a celebração de acordo, convenção ou decisão da Justiça do Trabalho, são caracterizadas como abuso de direito de greve (art. 14). Segundo essa

orientação, haverá abuso de direito se não forem observadas as determinações da Lei n.° 7.783/89. Entendemos que aqui devem ser lembradas as advertências feitas por Amauri Mascaro Nascimento (1989:93) de que diferem os conceitos de ilegalidade e abuso de direito: "O abuso de direito que se caracteriza quando o direito é exercitado para fins não admitidos pela lei, e a ilegalidade do ato que é a sua desconformidade com o modelo legal". Há ilegalidade, portanto, quando não forem cumpridas as determinações da lei. O abuso de direito dá ensejo à responsabilidade, que pode ser trabalhista, civil ou penal.

O abuso de direito será formal se não forem observadas as formalidades previstas na Lei n.° 7.783/89, como a não-concessão de aviso prévio de greve. Haveria abuso de direito material se a greve se realizasse em atividades proibidas.

Na vigência de acordo, convenção ou sentença normativa não constitui abuso do exercício do direito de greve a paralisação com o objetivo de exigir o cumprimento de cláusula ou condição. O mesmo ocorrerá na hipótese de superveniência de fato novo ou acontecimento imprevisto que modifique substancialmente a relação de trabalho. É a aplicação da teoria da imprevisão ou da cláusula rebus sic stantibus, ou "enquanto as coisas permanecerem como estão". Exemplifica-se com a realização de greve em virtude de acentuada inflação que venha a corroer as formas de correção salarial previstas na legislação salarial e na forma coletiva da categoria, que não fora prevista inicialmente.

19. EFEITOS SOBRE O CONTRATO DE TRABALHO

Desde que observadas as determinações da Lei n.° 7.783/89, a participação em greve suspende o contrato de trabalho, devendo as relações obrigacionais durante o período ser regidas por acordo, convenção, laudo arbitral ou decisão da Justiça do Trabalho (art. 7.°). Ao contrário, se forem desrespeitadas as disposições da Lei n.° 7.783/89, não haverá suspensão do contrato de trabalho.

Durante a greve, o empregador não poderá rescindir o contrato de trabalho dos empregados, nem admitir trabalhadores substitutos (parágrafo único do art. 7.° da Lei n.° 7.783/89), a não ser para contratar os serviços necessários para a manutenção de máquinas e equipamentos durante a greve (parágrafo único do art. 9.° da Lei n.° 7.783/89), ou na hipótese da continuidade da paralisação após a celebração de norma coletiva (art. 14 da Lei n.° 7.783/89). Os trabalhadores que, entretanto, excederem-se em suas manifestações, configurando abuso de direito, poderão ser dispensados por justa causa. A simples adesão à greve não constitui, porém, falta grave, como já decidiu o STF (Súm. 316).

20. PAGAMENTO DOS DIAS PARADOS

É sabido que a suspensão do contrato de trabalho implica o não-pagamento dos salários e não ser computado o tempo de serviço. Ao contrário, na interrupção do contrato de trabalho são pagos os salários e o tempo de serviço é normalmente contado.

Como, então, será resolvido o pagamento dos dias parados na greve, se esta for julgada abusiva ou não pela Justiça do Trabalho?

O parágrafo único do art. 20 da Lei n.° 4.330/64 determinava que "a greve suspende o contrato de trabalho, assegurando aos grevistas o pagamento dos salários durante o período da 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".

Alguns tribunais regionais, considerando abusiva ou não a greve, têm mandado pagar os dias parados, que serão compensados futuramente, desde que os grevistas voltem ao trabalho de imediato.

No tocante ao não-pagamento dos dias parados caso a greve seja considerada abusiva, entendemos que os salários não devem ser pagos, pois as reivindicações não foram atendidas, nem houve trabalho no período. Não há suspensão do contrato de trabalho se a greve é exercida de maneira abusiva. Por conseguinte, inexiste direito ao pagamento de salários. É de se lembrar, também, que não há pagamento de salários sem que haja prestação de serviços.

A princípio, se a greve fosse considerada não abusiva, o mais correto seria o pagamento dos salários dos dias parados, mormente quando as reivindicações são atendidas. Contudo, se analisarmos a questão sob outro aspecto veremos que os salários não deveriam ser pagos.

Na suspensão do contrato de trabalho não há pagamento de salários. A greve é considerada como hipótese de suspensão do contrato de trabalho, desde que observadas as condições previstas na Lei n.° 7.783/89 (art. 7.°). Logo, atendidas as condições da Lei n.° 7.783/89, há suspensão do contrato de trabalho, e, se há suspensão, não há pagamento de salários.

A vontade de não trabalhar dos grevistas deve respeitar o direito daqueles que entendem que devem comparecer ao serviço para trabalhar. Assim, não poderiam os primeiros ter direito ao salário se não trabalharam e os segundos, mesmo trabalhando, também receber salário. Seria uma injustiça com os últimos, que trabalharam, determinar o pagamento de salários àqueles que não prestaram serviços. Como regra, teríamos que não há pagamento de salário sem a devida contraprestação de serviços.

A todo direito corresponde um dever e também um ônus. O direito de fazer greve está caracterizado na Constituição (art. 9.°), porém o ônus é justamente o de que, não havendo trabalho, inexiste remuneração.

Um dos componentes do risco de participar da greve é justamente o não-pagamento dos salários relativos aos dias parados. Mandar pagar os dias parados seria premiar e incentivar a greve. As conseqüências da greve devem ser suportadas por ambas as partes: pelo empregador, que perde a prestação de serviços durante certos dias e, em conseqüência, deixa de pagar os dias não trabalhados pelos obreiros; pelo empregado, que participa da greve, ficando sem trabalhar, mas perde o direito ao salário dos dias em que não prestou serviços.

Caso se determinasse o pagamento de salários sem trabalho, além de se estar determinando uma iniqüidade, também haveria o intuito de não retornar ao trabalho por parte dos grevistas, pois estariam ganhando sem trabalhar, ficando apenas a empresa a suportar os efeitos da paralisação. O pagamento dos dias parados pode gerar o estímulo à deflagração de movimentos grevistas com espírito totalmente divorciado das reivindicações, o que não é recomendável.

Em uma hipótese, realmente deveria ser determinado o pagamento dos dias parados: quando a paralisação fosse feita pelo empregador, com o intuito de pressionar o Governo para aumento de preços. Nesse exemplo, o empregado nada reivindica, sendo que os riscos do empreendimento devem ficar por conta do empregador. Logo, os salários do período deveriam ser pagos ao obreiro, que não deu causa à não-prestação de serviços.

Se as partes ajustarem o pagamento de salários durante a greve, por acordo ou convenção coletiva, ou até por determinação da Justiça do Trabalho, haverá interrupção do contrato de trabalho e não sua suspensão.

O art. 7.° da Lei n.° 7.783/64, ao contrário do parágrafo único do art. 20 da Lei n.° 4.330/64, não tratou do pagamento dos salários referentes aos dias de greve. Essa matéria passou para o âmbito negocial das partes. Se as partes

ajustarem o pagamento dos dias parados, sendo atendidas ou não as reivindicações do movimento paredista, será perfeitamente lícito o pactuado.

De outro modo, inexistindo acordo entre as partes, a Justiça do Trabalho decidirá sobre o não-pagamento dos dias parados. O TST, entretanto, já entendeu que os dias parados não são devidos quando a greve é julgada não abusiva, porque é indevido o salário sem que haja a correspondente contraprestação de serviços. (Ac. da SDC do TST, RO DC 19.067/90-2, 2.ª R., Rel. Min. Almir Pazzianotto Pinto, j. 12-11-91, DJU I 13-12-91, p. 18.419.)

21. DISSÍDIO COLETIVO

A requerimento das partes ou do Ministério Público, a Justiça do Trabalho decidirá sobre a procedência, total ou parcial, ou a improcedência das reivindicações. A comissão de trabalhadores também poderá requerer a instauração do dissídio coletivo quando não houver entidade sindical que a represente.

O tribunal trabalhista poderá apreciar a legalidade ou ilegalidade do movimento e os abusos de direito que forem cometidos.

No ajuizamento do dissídio coletivo, as partes deverão apresentar, fundamentadamente, suas propostas finais, que serão objeto de conciliação ou deliberação do Tribunal, na sentença normativa.

A sentença normativa deverá ser publicada no prazo de 15 dias da decisão do Tribunal. Derrogado está o art. 8.º da Lei de Greve, que mencionava que a decisão deveria ser publicada de imediato.

22. RESPONSABILIDADE

A responsabilidade pelos atos praticados durante a greve ou os ilícitos ou crimes cometidos será apurada de acordo com a legislação trabalhista, civil ou penal (art. 15 da Lei n.º 7.783/89).

A responsabilidade seria tanto do trabalhador, como do sindicato. Em Campinas, o sindicato profissional foi condenado por abuso cometido durante a greve dos transportes coletivos daquela cidade, devendo pagar as passagens durante alguns dias às empresas de ônibus, que concederiam, em contrapartida, transporte gratuito para a população. Entendemos que a responsabilidade civil, de ter causado prejuízo ao empregador, por exemplo, poderá ser indenizada pelo sindicato ou pelo trabalhador, dependendo de quem foi o culpado.

Não se pode afastar a responsabilidade do sindicato pela greve abusiva, com o argumento de que a greve foi decidida pela assembléia de trabalhadores. É o que ocorreria também com as sociedades anônimas, em que quem decide é a assembléia geral, não se podendo admitir irresponsabilidade pelo fato de a decisão ser daquela.

Os usuários de serviços que forem prejudicados com a greve poderiam cobrar seus prejuízos do sindicato, diante, até mesmo, de tribunal de pequenas causas. O empregador poderia fazer o mesmo.

Os atos abusivos praticados pelos obreiros poderão ser capitulados no art. 482 da CLT, com a conseqüente dispensa por justa causa. Seria o caso de o trabalhador impedir os colegas de trabalharem, de empregar violência com os colegas durante a greve, de causar dano à propriedade do empregador etc.

Os trabalhadores poderão ser responsabilizados penalmente por crime de dano à coisa, de lesão corporal, de homicídio, nos termos do CP.

Havendo indício de prática de delito, o Ministério Público deverá, de ofício, requisitar a abertura de inquérito e oferecer denúncia (parágrafo único do art. 15 da Lei n.º 7.783/89).

23. GREVE NO SETOR PÚBLICO

A Constituição de 1967 (§ 7.° do art. 157) e a EC n.° 1, de 1969 (art. 162) vedavam a greve no serviço público.

Pág. 760

A Convenção n.° 151 da OIT determina a institucionalização de meios voltados à composição dos conflitos de natureza coletiva surgidos entre o Poder Público e seus servidores (art. 8.°). O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (art. 8.°, c e d) dispõe que a Administração Pública pode e deve estipular restrições ou limitações "no interesse da segurança nacional ou da ordem pública, ou para proteção dos direitos e liberdades de outrem".

A Lei n.° 7.783/89 é aplicável inclusive às empresas públicas, sociedades de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica, pois sujeitam-se ao regime jurídico das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas (§ 1.° do art. 173 da CF).

O direito de greve do servidor público será exercido nos termos e limites definidos em lei específica (art. 37, VII da CF). O militar não tem direito a greve (§ 5.° do art. 42 da CF). A Lei n.° 7.783/89 é, porém, lei ordinária e não complementar, sendo inaplicável aos funcionários públicos, sendo observada apenas no setor privado.

O STF entendeu que os servidores públicos civis não podem exercer o direito de greve antes da edição da lei complementar mencionada pelo inciso VII do art. 37 da Constituição (MI. 20-4-DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. 19-5-94, LTr 50-06/647), como era a redação original do citado dispositivo. Assim, foi consagrado que a regra contida no inciso VII do art. 37 da Lei Maior é norma de eficácia limitada, dependendo de lei complementar para poder ser exercitada. Hoje, exige-se apenas lei específica.

Lei específica não é lei complementar, pois do contrário o constituinte teria sido enfático. Lei específica só pode ser a ordinária.

A lei específica que previr a greve no setor público não poderá, contudo, tentar inviabilizá-la ou impedi-la, pois se trata de um direito constitucional do servidor público.

24. LOCKOUT

A única Constituição que tratou do lockout foi a de 1937, proibindo-o, por considerá-lo recurso anti-social, nocivo ao trabalho e ao capital e incompatível com os superiores interesses da produção nacional (art. 139, 2.ª parte).

To lock (inglês) quer dizer trancar, fechar, travar. Em português, a expressão lockout tem o sentido de o empregador fechar suas portas para dificultar ou impedir reivindicações dos empregados.

O art. 17 da Lei n.° 7.783/89 define o lockout como a paralisação realizada pelo empregador, com o objetivo de exercer pressões sobre os trabalhadores, visando frustrar negociação coletiva ou dificultar o atendimento de reivindicações. Proíbe-se expressamente o lockout no mesmo dispositivo legal.

O fechamento da empresa determinado por falência ou por ato de autoridade governamental não é lockout.

Há legislações que permitem o lockout, como a da França, que o considera lícito se decorrente de força maior ou da cláusula exceptio non adimpleti contractus.

Pág. 761

Portugal proíbe o lockout, como se verifica no art. 58, n.° 3, da Constituição e na Lei n.° 65, de 26-8-77 (art. 14.1). O art. 14, n.° 2, da citada lei considera lockout "qualquer decisão unilateral da entidade empregadora, que se traduz na paralisação total ou parcial da empresa ou na interdição do acesso aos locais de trabalho a alguns ou à totalidade dos trabalhadores e, ainda, na recusa em fornecer trabalho, condições e instrumentos de trabalho que determine ou possa determinar a paralisação de todos ou alguns setores da empresa ou que, em qualquer caso, vise atingir finalidades alheias à normal atividade da empresa".

A prática do lockout é punida com prisão de até dois anos e multa (art. 15, n.° 2).

Normalmente o lockout é provisório, caracterizando-se como um ato voluntário do empregador.

Pode-se dizer que na greve a paralisação se dá pelos trabalhadores e no lockout a paralisação seria dos empregadores. Há que se ressaltar que o lockout disciplinado pela Lei n.° 7.783/89 diz respeito à interrupção do trabalho pelo empregador com objetivo de frustrar as negociações trabalhistas, mas não trata da paralisação do empregador que visa protestar em qualquer outro sentido, inclusive contra o governo.

No lockout não se considera que há suspensão do contrato de trabalho, tanto que a lei proíbe expressamente essa forma de paralisação do empregador, sendo assim devidos os salários caso dessa forma proceda. Considera-se, portanto, que o lockout vem a ser uma hipótese de interrupção do contrato de trabalho, podendo inclusive proporcionar a rescisão indireta do contrato de trabalho se o empregador não proporcionar serviços ao empregado.

VERIFICAÇÃO DE APRENDIZAGEM

1. O que é greve?
2. Como era tratada a greve na Constituição de 1937?
3. Qual a natureza jurídica da greve?
4. Como podemos classificar as greves?
5. Quais seriam as limitações ao direito de greve?
6. Quem tem a titularidade e a legitimidade para a greve?
7. Quais são os interesses que serão defendidos por meio da greve?
8. Qual o quorum a ser observado na assembléia geral para a deflagração da greve?
9. Qual o prazo do aviso prévio de greve?
10. Quais são os efeitos da greve no contrato de trabalho?
11. O que é lockout?

Apêndice

MODELOS E TABELAS

Pág. 765

CONTRATO DE EXPERIÊNCIA

Entre partes, tendo de um lado....., com sede nesta Capital de São Paulo à Rua ....., n.° ...., inscrita no CGC sob o n.° .... doravante denominado simplesmente EMPREGADOR, e de outro lado o Sr. (a) ....., portador (a) da CTPS n.° ....., série ....., doravante denominado simplesmente EMPREGADO, ajustam este CONTRATO DE EXPERIÊNCIA, mediante as cláusulas a seguir aduzidas:

CLÁUSULA I - O EMPREGADO obriga-se a prestar serviços no cargo de ..... mediante salário de $ ....., pago mensalmente, sujeito aos descontos legais, pelo prazo determinado de ..... (....) dias, a começar no dia ..../..../....,

para terminar em ..../..../...., quando então o presente contrato será considerado findo, independentemente de comunicação de qualquer das partes.

Parágrafo único - O presente contrato poderá ser prorrogado por uma única vez, findo o qual, passará a vigorar por prazo indeterminado.

CLÁUSULA II - O EMPREGADO aceita como condição deste acordo fazer sua prestação de serviços em qualquer seção ou estabelecimento do EMPREGADOR, concordando desde já em fazer sua prestação de serviços em qualquer localidade onde o EMPREGADOR mantiver filiais ou necessitar do EMPREGADO, ou em outras empresas daquele.

CLÁUSULA III - O EMPREGADO obriga-se a fazer sua prestação de serviços em horário noturno ou diurno, prorrogando ou compensando, segundo as necessidades do EMPREGADOR, observados os preceitos reguladores desses horários, inclusive indicar e alterar livremente os períodos de descanso durante a jornada.

CLÁUSULA IV - O EMPREGADO obriga-se ainda a ressarcir ao EMPREGADOR todos os danos ou prejuízos que causar, ainda que por culpa ou dolo.

CLAÚSULA V - O EMPREGADOR fica com direito de designar outras funções nas quais o EMPREGADO prestará serviços, garantida a irredutibilidade salarial.

CLÁUSULA VI - O EMPREGADO se obriga a fornecer fiança ou a fazer seguro da fidelidade, quando isso for exigido pelo EMPREGADOR e a favor de quem ele indicar.

CLÁUSULA VII - O EMPREGADO, sempre que a função exija, será obrigado a usar uniforme que lhe for determinado.

CLÁUSULA VIII - O EMPREGADO se obriga a respeitar o regulamento do EMPREGADOR e as normas de serviços de caráter genérico, que ficam fazendo parte integrante deste contrato, dos quais toma conhecimento neste ato.

CLÁUSULA IX - Os casos omissos serão regulados pela legislação trabalhista em vigor, aplicando-se a este contrato as disposições da CLT combinadas com aquelas do FGTS.

E assim, por estarem justos e contratados, assinam o citado contrato, na presença de duas testemunhas, para que possa produzir seus efeitos legais.

São Paulo, --- de ---- 19--.

_____ _____
Responsável p/ menor EMPREGADO

Testemunhas:
1.ª _____
2.ª _____ _____
EMPREGADOR

Pág. 766

Entre a firma ...., estabelecida nesta .... à Rua .... n.° ...., aqui denominada EMPREGADORA, e o(a) menor ...., aqui denominado(a) EMPREGADO(a) devidamente assistido(a), neste ato, por seu responsável legal, Sr.(a) ...., fica justo e combinado o presente contrato de trabalho, o qual se regerá pelas cláusulas seguintes:

1.° - A EMPREGADORA admite o EMPREGADO(a) acima citado(a) aos seus serviços, obrigando-se a submetê-lo(a) a formação profissional metódica na função de ...., mediante o pagamento de ....

2.° - A aprendizagem será ministrada no local de trabalho à Rua .... n.° ...., sede da EMPREGADORA, e não ultrapassará o prazo de ...., fixado na Portaria Ministerial n.° 43, de 27-4-53.

3.° - A existência do presente contrato será anotada na sua CTPS.

4.° - O(a) EMPREGADO(a) se obriga a cumprir com exatidão o horário de trabalho, a executar com lealdade suas funções, obedecendo às instruções e normas internas da EMPREGADORA, comprometendo-se, principalmente, a seguir o

regime de aprendizagem que for estabelecido, buscando o máximo de aproveitamento.

5.° - São justas causas para a rescisão do presente contrato as previstas nos artigos 482 e 483 da Consolidação das Leis do Trabalho, bem como o desrespeito a qualquer das cláusulas do presente contrato.

E, por estarem assim de pleno acordo, assinam o presente contrato em 4 vias de igual teor, na presença de duas testemunhas, abaixo assinadas.

....., ... de ..... de 19....

.....
Assinatura do empregador

.....
Assinatura do(a) empregado(a)

.....
Assinatura do responsável legal pelo(a) menor

TESTEMUNHAS:

Nome .....
Endereço .....
Nome .....
Endereço .....

Pág. 767

TABELA DE INCIDÊNCIAS (INSS, FGTS E IRF)

	Incidências		
Rubricas	INSS	FGTS	IR
Abono • de qualquer natureza, salvo o de férias	sim art. 28, I, Lei n.° 8.212,e § 1.°, art. 457, CLT	sim art. 15 da Lei n.° 8.036	sim arts. 3.° e 7.° da Lei n.° 7.713
Abono • pecuniário de férias até 20 dias	não arts. 28, § 9.°, e, 6 da Lei n.° 8.212	não art. 144 da CLT	sim arts. 3.° e 7.° da Lei n.° 7.713
Adicionais insalubridade, periculosidade, noturno, de função e tempo de serviço, de transferência, horas extras	sim art. 28, I, da Lei n.° 8.212	sim art. 15 da Lei n.° 8.036, En. n.°s 60 e 63 do TST	sim arts. 3.° e 7.° da Lei n.° 7.713
Ajuda de custo	não art. 28, § 9.°, g, da Lei n.° 8.212 e § 2.°, art. 457, CLT	não art. 15 da Lei n.° 8.036	somente não incide em relação à destinada a atender despesas de transporte e locomoção (art. 6.°, XX, da Lei n.°

			7.713)
Auxílio-doença (apenas incide sobre os 15 primeiros dias pagos pela empresa)	sim art. 28, I, Lei n.° 8.212	sim art. 15 da Lei n.° 8.036	sim arts. 3.° e 7.° da Lei n.° 7.713
Aviso prévio • indenizado	não	sim art. 15 da Lei n.° 8.036, En. 305 TST	não art. 6.°, V, Lei n.° 7.713
Aviso prévio • trabalhado	sim art. 28, I, Lei n.° 8.212	sim art. 15 da Lei n.° 8.036	sim arts. 3.° e 7.° da Lei n.° 7.713
Comissões	sim art. 28, I, Lei n.° 8.212	sim art. 15 da Lei n.° 8.036	sim arts. 3.° e 7.° da Lei n.° 7.713

	Incidências		
Rubricas	INSS	FGTS	IR
13° salário • 1.ª parcela	não art. 214, § 6°, do RPS	sim art. 15 da Lei n.° 8.036	não art. 26 da Lei n.° 7.713
13.° salário • 2.ª parcela	sim art. 28, § 7.°, Lei n.° 8.212	sim art. 15 da Lei n.° 8.036	sim art. 5.° da Lei n.° 7.959 art. 16, II, da Lei n.° 8.134/90
Demissão voluntária incentivada	não art. 28, § 9.°, e, 5, da Lei n.° 8.212	não art. 15, § 6.°, Lei n.° 8.036	não S. 215 do STJ
Diárias . Até 50% do salário	não art. 28, § 9.°, h, Lei n.° 8.212	não art. 15 da lei n.° 8.036	não incide em relação às destinadas ao pagamento de despesas de alimentação e pousada, por serviço eventual realizado em município diferente do da sede de trabalho, inclusive no exterior art. 6.°, II, Lei n.° 7.713
Diárias	sim	sim	

. acima de 50%	art. 28, § 8.°, a, Lei n.° 8.212	art. 15 da Lei n.° 8.036	
Estagiários	não art. 28, § 9.°, d, Lei n.° 8.212	não art. 15 da lei n.° 8.036	sim arts. 3.° e 7.° da Lei n.° 7.713
Férias . indenizadas + 1/3 ou proporcional	não art. 28, § 9.°, d, Lei n.° 8.212	não art. 15 da lei n.° 8.036	sim arts. 3.° e 7.° da Lei n.° 7.713
Férias . normais (inclusive coletivas) + 1/3	Sim art. 28, I, Lei n.° 8.212	sim art. 15 da Lei n.° 8.036	sim arts. 3.° e 7.° da Lei n.° 7.713

	Incidências		
Rubricas	INSS	FGTS	IR
Férias . dobra	não art. 28, § 9.°, d, Lei n.° 8.212	não art. 15 da Lei n.° 8.036	sim arts. 3.° e 7.° da Lei n.° 7.713
Fretes e carretos pagos a PJ	não	não art. 15 da Lei n.° 8.036	não art. 3.°, Decreto-lei n.° 1.625/78
Fretes e carretos pagos a PF	sim art. 22, III, Lei n.° 8.212	não art. 15 da Lei n.° 8.036	sim arts. 3.° e 7.° da Lei n.° 7.713
Gorjetas	sim art. 28, Lei n.° 8.212	sim art. 15 da Lei n.° 8.036	sim arts. 3.° e 7.° da Lei n.° 7.713
Gratificação	sim art. 28, Lei n.° 8.212	sim art. 15 da Lei n.° 8.036	sim arts. 3.° e 7.° da Lei n.° 7.713
Horas extras	sim art. 28, I, Lei n.° 8.212	sim art. 15 da Lei n.° 8.036	sim art. 3.° e 7.° da Lei n.° 7.713
Indenização em geral (por tempo de serviço, art. 479 da CLT)	não art. 28, § 9.°, Lei n.° 8.212	não art. 15 da Lei n.° 8.036	não art. 6.°, V, da Lei n.° 7.713
Indenização adicional (art. 9.° da Lei n.° 7.238/84)	não art. 28, § 9.°, e, 9, Lei n.° 8.212	não art. 15 da Lei n.° 8.036	não art. 6.°, V, da Lei n.° 7.713
Menor assistido (programa do bom menino)	não art. 13, parágrafo único, Decreto n.° 94.338/87	não art. 13, parágrafo único, Decreto n.° 94.338/87	sim arts. 3.° e 7.° da Lei n.° 7.713
Multa § 8.° do art. 477 da CLT	não art. 28, § 9.°, X, Lei n.° 8.212	não art. 15 da Lei n.° 8.036	não

Participação nos lucros (quando for promulgada a lei específica não haverá qualquer incidência)	não art. 28, § 9.°, j, Lei n.° 8.212 art. 20, Lei n.° 9.711/98	não art. 3.° da MP n.° 1.950	sim arts. 3.° e 7.° da Lei n.° 7.713; art. 3.° e § 5.°, MP n.° 1.878
Percentagens	sim art. 28, I, Lei n.° 8.212	sim art. 15 da Lei n.° 8.036	sim arts. 3.° e 7.° da Lei n.° 7.713

Pág. 770

	Incidências		
Rubricas	INSS	FGTS	IR
Prêmios	Sim Art. 28, I, Lei n.° 8.212	Sim Art. 15 da Lei n.° 8.036	Sim Arts. 3.° e 7.° da Lei n.° 7.713
Quebra de caixa	Sim Art. 28, I, Lei n.° 8.212	Não Art. 15 da Lei n.° 8.036	Sim Art. 7.°, § 1.°, Lei n.° 7.713
Retiradas de diretores empregados	Sim Art. 28, I, Lei n.° 8.212	Sim Art. 15 da Lei n.° 8.036	Sim Arts. 3.° e 7.° da Lei n.° 7.713
Retiradas de diretores proprietários	Sim Art. 22, III, Lei n.° 8.212	é facultativo Art. 16 da Lei n.° 8.036	Sim Arts. 3.° e 7.° da Lei n.° 7.713
Retiradas de titulares de firma individual	Sim Art. 22, III, Lei n.° 8.212	é facultativo Art. 16 da Lei n.° 8.036	Sim Arts. 3.° e 7.° da Lei n.° 7.713
Salário	Art. 28, I, Lei n.° 8.212	Art. 15 da Lei n.° 8.036	Sim Arts. 3.° e 7.° da Lei n.° 7.713
Salário-família	Não Art. 28, § 9.°, a, Lei n.° 8.212	Não Art. 15 da Lei n.° 8.036	Não Art. 25 da Lei n.° 8.218
Salário-maternidade	Sim Art. 28, § 2.°, Lei n.° 8.212	Sim Art. 28, IV, RFGTS	Sim Arts. 3.° e 7.° da Lei n.° 7.713
Serviço de autônomos	Sim Art. 22, III, Lei n.° 8.212	Não Art. 15 da lei n.° 8.036	Sim Arts. 3.° e 7.° da Lei n.° 7.713
Vale-transporte	Não Art. 28, § 9.°, f, Lei n.° 8.212	Não Art. 2.°, b, da Lei n.° 7.418	não Arts. 6.°, I, Lei n.° 7.713

Pág. 771

SALÁRIOS MÍNIMOS DE REFERÊNCIA

Ano	Vigência	Valor	Fund. Legal	Data
1987	1.°-08-87	Cz$ 1.969,92	DL. 2.351	7-8-87
1987	1.°-09-87	Cz$ 2.062,31	Dec. 94.816	1.°-9-87
1987	1.°-10-87	Cz$ 2.159,03	Dec. 94.990	30-9-87
1987	3-11-87	Cz$ 2.260,29	Dec. 95.093	29-10-87
1987	1.°-12-87	Cz$ 2.550,00	Dec. 95.308	30-11-87

1988	1.°-01-88	Cz$ 3.060,00	Dec. 95.580	29-12-87
1988	1.°-02-88	Cz$ 3.600,00	Dec. 95.687	29-1-88
1988	1.°-03-88	Cz$ 4.248,00	Dec. 95.759	29-2-88
1988	1.°-04-88	Cz$ 4.932,00	Dec. 95.885	29-3-88
1988	1.°-05-88	Cz$ 5.918,00	Dec. 95.988	29-4-88
1988	1.°-06-88	Cz$ 6.984,00	Dec. 96.108	31-5-88
1988	1.°-07-88	Cz$ 8.376,00	Dec. 96.236	29-6-88
1988	1.°-08-88	Cz$ 10.464,00	Dec. 96.443	29-7-88
1988	1.°-09-88	Cz$ 12.702,00	Dec. 96.626	31-8-88
1988	1.°-10-88	Cz$ 15.756,00	Dec. 96.858	30-9-88
1988	1.°-11-88	Cz$ 20.476,00	Dec. 97.025	31-10-88
1988	1.°-12-88	Cz$ 25.595,00	Dec. 97.152	30-11-88
1989	2-01-89	Cz$ 31.866,00	Dec. 97.386	22-12-88
1989	1.°-02-89	NCz$ 36,74	Dec. 97.454	15-1-89
1989	1.°-05-89	NCz$ 46,80	Dec. 97.697	27-7-89

PISO NACIONAL DE SALÁRIOS

Ano	Vigência	Valor	Fund. Legal	Data
1988	1.°-02-88	Cz$ 5.280,00	Dec. 95.686	29-1-88
1988	1.°-03-88	Cz$ 6.240,00	Dec. 95.758	29-2-88
1988	1.°-04-88	Cz$ 7.260,00	Dec. 95.884	29-3-88
1988	1.°-05-88	Cz$ 8.712,00	Dec. 95.987	28-4-88
1988	1.°-06-88	Cz$ 10.368,00	Dec. 96.107	31-5-88
1988	1.°-07-88	Cz$ 12.444,00	Dec. 96.235	29-6-88
1988	1.°-08-88	Cz$ 15.552,00	Dec. 96.442	29-7-88
1988	1.°-09-88	Cz$ 18.960,00	Dec. 96.625	31-8-88
1988	1.°-10-88	Cz$ 23.700,00	Dec. 96.857	29-9-88
1988	1.°-11-88	Cz$ 30.800,00	Dec. 97.024	31-10-88
1988	1.°-12-88	Cz$ 40.425,00	Dec. 97.151	30-11-88
1989	2-01-89	Cz$ 54.374,00	Dec. 97.385	22-12-88
1989	1.°-02-89	NCz$ 63,90	Dec. 97.453	15-1-89
1989	1.°-05-89	NCz$ 81,40	Dec. 97.696	27-4-89

SALÁRIO MÍNIMO

Fundamento	Período	Valor (NCz$/Cr$/CR$/R$)
Decreto n.° 97.915/89	4-7-89 a 31-7-89	149,80
Decreto n.° 98.003/89	1.°-8-89 a 30-8-89	192,88
Decreto n.° 98.108/89	1.°-9-89 a 30-9-89	249,48
Decreto n.° 98.211/89	1.°-10-89 a 31-10-89	381,73
Decreto n.° 98.346/89	1.°-11-89 a 30-11-89	557,33
Decreto n.° 98.456/89	1.°-12-89 a 31-12-89	788,18
Decreto n.° 98.783/89	1.°-1-90 a 31-1-90	1.283,95
Decreto n.° 98.900/90	1.°-2-90 a 28-2-90	2.004,37
Decreto n.° 98.985/90	1.°-3-90 a 31-5-90	3.674,06
Portaria n.° 3.387/90	1.°-6-90 a 30-6-90	3.857,76
Portaria n.° 3.501/90	1.°-7-90 a 31-7-90	4.904,76
Portaria n.° 3.557/90	1.°-8-90 a 31-8-90	5.203,46
Portaria n.° 3.588/90	1.°-9-90 a 30-9-90	6.056,31
Portaria n.° 3.628/90	1.°-10-90 a 31-10-90	6.425,14
Portaria n.° 3.719/90	1.°-11-90 a 30-11-90	8.329,55
Portaria n.° 3.787/90	1.°-12-90 a 31-12-90	8.836,82

Portaria n.º 3.828/90	1.º-1-91 a 31-1-91	12.325,60
MP n.º 295/91 e		
Lei n.º 8.178/91	1.º-2-91 a 28-2-91	15.895,46
Lei n.º 8.178/91	1.º-3-91 a 31-8-91	17.000,00
Lei n.º 8.222/91	10-9-91 a 31-12-91	42.000,00
Portaria n.º 42/92	1.º-1-91 a 30-4-92	96.037,33
Lei n.º 8.419/92	1.º-5-92 a 31-8-92	230.000,00
Portaria n.º 601/92	1.º-9-92 a 31-12-92	522.186,94
Lei n.º 8.542/92	1.º-1-93 a 28-2-93	1.250.700,00
Portaria Intermin.	1.º-3-93 a 30-4-93	1.709.400,00
n.º 04/93		
Portaria Intermin.	1.º-5-93 a 30-6-93	3.303.300,00
n.º 07/93		
Portaria Intermin.	1.º-7-93 a 31-7-93	4.639.800,00
n.º 11/93		
Portaria Intermin.	1.º-8-93 a 31-8-93	5.534,00
n.º 12/93		
Portaria Intermin.	1.º-9-93 a 30-9-93	9.606,00
n.º 14/93		
Portaria Intermin.	1.º-10-93 a 31-10-93	12.024,00
n.º 15/93		
Portaria Intermin.	1.º-11-93 a 30-11-93	15.021,00
n.º 17/93		
Portaria Intermin.	1.º-12-93 a 31-12-93	18.760,00
n.º 19/93		
Portaria Intermin.	1.º-1-94 a 31-1-94	32.882,00
n.º 20/93		
Portaria Intermin.	1.º-2-94 a 28-2-94	42.829,00
n.º 02/94		
Portaria Intermin.	1.º-3-94 a 30-6-93	64,79 URV
n.º 04/94		
	1.º-7-94 a 31-8-94	R$ 64,79
Lei n.º 9.063, de 14-6-96	1.º-9-94 a 30-4-95	R$ 70,00
Lei n.º 9.032, de 28-4-96	1.º-5-95	R$ 100,00
MP n.º 1.933	1.º-5-96	R$ 112,00
MP n.º 1.945	1.º-5-97	R$ 120,00
MP n.º 1.946	1.º-5-98	R$ 130,00
MP n.º 1.947	1.º-5-99	R$ 136,00

Notas:

1.ª A partir de 16-3-90, a moeda corrente no País passou a denominar-se Cruzeiro (Cz$), Correspondendo 1 (um) Cruzeiro Novo (NCz$).

2.º A partir de 1.º-8-93 vige nova moeda: O Cruzeiro Real (CR$), correspondendo 1.000 (mil) Cruzeiros a 1 (um) Cruzeiro Real.

3.º A partir de 1.º-3-94 o salário mínimo foi expresso em URV.

4.º A partir de 1.º-7-94 a moeda corrente no País passou a denominar-se Real (R$), correspondendo 1 (um) Real à UVR do dia 30 de junho de 1994 (CR$ 2.750,00).

TABELAS DE DESCONTOS DE PARCELAS IN NATURA

UNIDADES DA FEDERAÇÃO	Percentagem do salário mínimo para efeito de desconto até				

	a ocorrência de 70% de que trata o artigo 82 da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-lei n.º 5.452, de 1.º de maio de 1943				
	Percentais (%)				
Regiões	Alimentação	Habilitação	Vestuário	Higiene	Transporte
1.ª REGIÃO:	50	29	11	9	1
Estado do	43	23	23	5	6
Acre	51	24	16	5	4
2.ª REGIÃO:	49	29	16	5	1
Estados do	53	26	13	6	2
Amazonas,	51	30	11	5	3
Rondônia e	55	27	11	6	1
Roraima	55	27	12	5	1
3.ª REGIÃO:	55	27	8	5	5
Estados do	56	27	10	6	1
Pará e Amapá	53	34	8	4	1
4.ª REGIÃO:	54	30	10	5	1
Estado do	54	28	11	6	1
Maranhão	51	31	12	5	1
5.ª REGIÃO:	50	25	13	6	6
Estado do	43	33	14	6	4
Piauí	55	24	14	6	1
6.ª REGIÃO:	57	24	13	5	1
Estado do	44	24	22	7	3
Ceará	49	29	15	7	-
7.ª REGIÃO:	51	22	21	6	-
Estado do	50	25	13	6	6
Rio Grande					
do Norte					
8.ª REGIÃO:					
Estado da					
Paraíba					
9.ª REGIÃO:					
Estados de					
Pernambuco e					
Fernando de					
Noronha					
10.ª REGIÃO:					
Estado de					
Alagoas					
11.ª REGIÃO:					
Estado de					
Sergipe					
12.ª REGIÃO:					
Estado da					
Bahia					

13.ª REGIÃO: Estado de Minas Gerais 14.ª REGIÃO: Estado do Espírito Santo 15.ª REGIÃO: Estado do Rio de Janeiro 16.ª REGIÃO: Estado de São Paulo 17.ª REGIÃO: Estado do Paraná 18.ª REGIÃO: Estado de Santa Catarina 19.ª REGIÃO: Estado do Rio Grande do Sul 20.ª REGIÃO: Estados do Mato Grosso e Mato Grosso do Sul 21.ª REGIÃO: Estado de Goiás 22.ª REGIÃO: Distrito Federal					

RESCISÃO DO CONTRATO DE TRABALHO – DIREITOS

CAUSA DO AFASTAMENTO	SALDO DE SALÁRIO	AVISO PRÉVIO	13.° SALÁRIO	FÉRIAS VENCIDAS	FÉRIAS PROPORCIONAIS	ADICIONAL DE FÉRIAS	FGTS MÊS ANTERIOR	FGTS DA RESCISÃO	MULT DO FGTS
RESCISÃO POR PEDIDO DE DEMISSÃO (MENOS DE 1 ANO)	SIM	NÃO	SIM	NÃO	NÃO	NÃO	NÃO	NÃO	NÃO
RESCISÃO POR PEDIDO DE DEMISSÃO (MAIS DE 1	SIM	NÃO	SIM	SIM	SIM	SIM	NÃO	NÃO	NÃO

ANO)									
RESCISÃO POR DISPENSA SEM JUSTA CAUSA (MENOS DE 1 ANO)	SIM	SIM	SIM	NÃO	SIM	SIM	SIM	SIM	SIM
RESCISÃO POR DISPENSA COM JUSTA CAUSA (MAIS DE 1 ANO)	SIM	SIM	SIM	SIM	SIM	SIM	SIM	SIM	SIM
RESCISÃO POR DISPENSA COM JUSTA CAUSA (MENOS DE 1 ANO)	SIM	NÃO	NÃO	NÃO	NÃO	NÃO	NÃO	NÃO	NÃO

CAUSA DE AFASTAMENTO	SALDO DE SALÁRIO	AVISO PRÉVIO	13.° SALÁRIO	FÉRIAS VENCIDAS	FÉRIAS PROPORCIONAIS	ADICIONAL DE FÉRIAS	FGTS DO MÊS	FGTS DA RESCISÃO	MULTA DO FGTS	I A L 7 A
RESCISÃO POR DISPENSA COM JUSTA CAUSA (MAIS DE 1 ANO)	SIM	NÃO	NÃO	SIM	NÃO	SIM	NÃO	NÃO	NÃO	N
RESCISÃO DE CONTRATO DE EXPERIÊNCIA (EXTINÇÃO AUTOMÁTICA)	SIM	NÃO	SIM	NÃO	SIM	SIM	SIM	SIM	NÃO	N
RESCISÃO ANTECIPADA DO CONTRATO DE EXPERIÊNCIA POR INICIATIVA DO EMPREGADOR	SIM	NÃO	SIM	NÃO	SIM	SIM	SIM	SIM	SIM	S
RESCISÃO ANTECIPADA DO CONTRATO DE EXPERIÊNCIA POR INICIATIVA	SIM	NÃO	SIM	NÃO	NÃO	NÃO	NÃO	NÃO	NÃO	N

DO EMPREGADO										
RESCISÃO POR DISPENSA INDIRETA (MENOS DE 1 ANO)	SIM	SIM	SIM	NÃO	SIM	SIM	SIM	SIM	SIM	S

CAUSA DO AFASTAMENTO	SALDO DE SALÁRIO	AVISO PRÉVIO	13.° SALÁRIO	FÉRIAS VENCIDAS	FÉRIAS PROPORCIONAIS	ADICIONAL DE FÉRIAS	FGTS DO MÊS	FGTS DA RESCISÃO	MULTA DO FGTS
RESCISÃO POR DISPENSA INDIRETA (MAIS DE 1 ANO)	SIM	SIM	SIM	SIM	SIM	SIM	SIM	SIM	SIM
RESCISÃO POR CULPA RECÍPROCA (MENOS DE 1 ANO)	SIM	NÃO	NÃO	NÃO	NÃO	NÃO	SIM	SIM	SIM
RESCISÃO POR CULPA RECÍPROCA (MAIS DE 1 ANO)	SIM	NÃO	NÃO	SIM	NÃO	NÃO	SIM	SIM	SIM
RESCISÃO POR FALECIMENTO (MENOS DE 1 ANO)	SIM	NÃO	SIM	NÃO	NÃO	NÃO	SIM	SIM	NÃO
APOSENTADORIA (MAIS DE 1 ANO)	SIM	NÃO	SIM	SIM	SIM	SIM	SIM	SIM	NÃO
APOSENTADORIA (MAIS DE 1 ANO)	SIM	NÃO	SIM	SIM	SIM	SIM	SIM	SIM	NÃO
APOSENTADORIA (MENOS DE 1 ANO)	SIM	NÃO	SIM	NÃO	NÃO	NÃO	SIM	SIM	NÃO

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Ísis. O regime do trabalho temporário. São Paulo: Saraiva, 1977.
ALMEIDA, Napoleão Mendes. Gramática metódica da língua portuguesa. São Paulo: Saraiva, 1967.
ALVIM, Agostinho. Comentários ao código civil. São Paulo: Universitária, 1968, v. 1.
ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes de. Curso de direito sindical. São Paulo: LTr, 1991.
-. Curso de direito do trabalho. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.
BARASSI, Lodovico, Il diritto del lavoro. Milão: Giuffrè, 1949.

BARRETO, Amaro. Teoria e prática de FGTS. Rio de Janeiro: Trabalhistas, 1974.
BARRETO FILHO, Oscar. Formas jurídicas da Empresa Pública. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, LXXII/400.
BARROS JR., Cassio Mesquita. Transferência de empregados urbanos e rurais. São Paulo: LTr, 1980.
BASTOS, Celso, MARTINS, Ives Gandra da Silva. Comentários à constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 2.
BATALHA, Wilson de Souza Campos. Sindicatos: sindicalismo. São Paulo: LTr, 1992.
BERNARDES, Hugo Gueiros. Direito do trabalho. São Paulo: LTr, 1989. v. 1.
BEVILACQUA, Clóvis. Código civil dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1917. v. 4.
BORGIOLI, Alessandro. I direttori generali di società per azioni. Milão: Giuffrè, 1975.
BRUN, André, GALLAND, Henri. Droit du travail. Paris: Sirey, 1978. t. 1.
CABANELLAS, Guilhermo. Compendio de derecho laboral. Buenos Aires: Omeba, 1968.
CAPEAU, Charles. La convention collective de travail. Paris: Sirey.
CARDONE, Marly. Advocacia trabalhista. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
-. Viajantes e pracistas no direito do trabalho. 3. ed. São Paulo: LTr, 1990.
CARRION, Valentin. Comentários à consolidação das leis do trabalho. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. 18. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994; 17. ed. 1993; 11. ed. 1989.

CASELLA, João Carlos. Regime de repouso semanal remunerado. São Paulo: LTr, 1983.
CATHARINO, José Martins. Compêndio de direito do trabalho. São Paulo: Saraiva, 1981.
-. Compêndio de direito do trabalho. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1982. v. 1.
-. Tratado jurídico do salário. São Paulo: Freitas Bastos, 1951. Reedição facsimilada, LTr, 1994.
CESARINO JR., A. F. Direito social. São Paulo: LTr, 1980.
-. Direito social. São Paulo: Saraiva, 1957. v. 1.
CHIARELLI, Carlos Alberto Gomes. Trabalho na constituição: direito individual. São Paulo: LTr, 1989. v. 1.
-. Trabalho na constituição: direito coletivo. São Paulo: LTr, 1990. v. 2.
CORTEZ, Julpiano Chaves. Manual das rescisões trabalhistas. São Paulo: LTr, 1993.
-. Prática trabalhista: cálculos. 6. ed. São Paulo: LTr, 1992.
COSTA, José de Ribamar. Noções do direito de trabalho. 4. ed. São Paulo: LTr, 1989.
COSTA, Orlando Teixeira da. Direito coletivo do trabalho e crise econômica. São Paulo: LTr, 1991.
COUTURIER, Gérard. Droit du travail, les rélations collectiues de travail. 2. ed. Paris Presses Universitaires de France, 1993.
CUNHA, Celso. Gramática moderna. Belo Horizonte: Bernardo Álvares, 1970.
CUNHA, Roberto Salles. O trabalho doméstico. São Paulo: Atlas, 1989.
DAMASCENO, Fernando A. V. Equiparação salarial. São Paulo: LTr, 1980.
DE LA CUEVA, Mario. Derecho del trabajo. México: Porrúa, 1954.
DUARTE NETO, Bento Herculano. Direito de greve. São Paulo: LTr, 1993.
DUGUIT, Leon. Leçons de droit public general. Paris: Boccard, 1926.
ERMIDA URIARTE, Oscar. A proteção contra os atos anti-sindicais. São Paulo: LTr, 1989.
ESPÍNOLA, Eduardo, ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. Tratado de direito civil brasileiro. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1939. v. 2.
FERNANDES, Antonio de Lemos Monteiro. Direito do trabalho. 8. ed. Coimbra: Almedina, 1992.

-. Direito do trabalho: relações colectivas de trabalho. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1991.
FERRARO, Giuseppe. I contratti di lavoro. Párdua: Cedam, 1991.
FERRAZ, Sérgio. Duração do trabalho e repouso remunerado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.
FERREIRA, Pinto. Comentários à Constituição brasileira. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 1.
FERREIRA, Waldemar. História do direito brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1962.

FORMICA, Gualdo Amaury. Comentários à nova legislação do trabalho. São Paulo IOB.
FRANÇA, Rubens Limongi. A irretroatividade das leis e o direito adquirido. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.
FRANCO FILHO, Geogenor de Sousa. Liberdade sindical e direito de greve no direito comparado: lineamentos. São Paulo: LTr, 1992.
FREITAS JR., Antonio Rodrigues. Conteúdo dos pactos sociais. São Paulo: LTr, 1993.
GABBA. Teoria delta retroattività delle leggi. 3. ed. Milão-Roma-Nápolis, 1891. v. 1.
GIGLIO, Wagner. Justa causa. 3. ed. São Paulo: LTr, 1992.
GIUDICE, F. del, e MARIANI, F. Diritto sindacale. 6. ed. Nápoles: Esselibri, 1991.
GIUNGNI, Gino. Direito sindical. São Paulo: LTr, 1991.
GOLDSCHIMIDT, Beatriz Brun. "Jornada de trabalho e compensação de horário". Suplemento Trabalhista LTr, n.° 121/93, p. 769.
GOMES, Orlando. Contratos. Rio de Janeiro: Forense, 1966.
GOMES, Orlando, GOTTSCHALK, Elson. Curso de direito do trabalho. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.
-.-. 4. ed. 1995.
GONÇALVES, Odonel Urbano. Manual de jurisprudência trabalhista. São Paulo Atlas, 1993.
GONÇALVES, Emílio. Carteira de trabalho e previdência social. 2. ed. São Paulo: LTr, 1992.
-. O contrato de trabalho nas súmulas do TST. São Paulo: Atlas, 1979.
-. O magistério particular e as leis trabalhistas. 2. ed. São Paulo: LTr, 1975.
-. O poder regulamentar do empregador. São Paulo : LTr, 1985.
-. Vigias e vigilantes no direito do trabalho. 2. ed. São Paulo: LTr, 1992.
-, GONÇALVES, Emilío Carlos Garcia. Direitos sociais dos empregados domésticos. 2. ed. São Paulo: LTr, 1991.
GORAN, Hans. The hard way from a centralized to a descentralized industrial relations system. Stockolm, Swedish Employers Confederation, 1991.
GRAU, Eros. Direito: conceitos e normas jurídicas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.
GRONDA, Ramírez. El contrato de trabajo. Buenos Aires: La Ley, 1945.
GUERREIRO, Euquerio. Manual de derecho del trabajo. 9. ed. México: Porrúa, 1977.
HUECK, Alfred, NIPPERDEY, H. C. Compendio de derecho del tabajo. Madri: Editorial Revista de Derecho Privado, 1963.
JAVILLIER, Jean Claude. Manual de direito do trabalho. São Paulo: LTr, 1988.
LAMARCA, Antonio. Manual das justas causas. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.
-. Contrato individual do trabalho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1969.

LAPA, Rodrigues. Estilística da língua portuguesa. Coimbra: Coimbra Editora, 1984.
LOPES, Serpa. Curso de direito civil. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1989, v. 2.
LUCA, Carlos Moreira de. Convenção coletiva do trabalho. São Paulo: LTr, 1991.
LYON-CAEN, Gérard. Manuel de droit social. Paris: LGDJ, 1987.
MACIEL, José Alberto Couto. "A irredutibilidade do salário assegurada pela Constituição Federal, artigo 7.°, VI, é a nominal, ou jurídica, e não a real ou econômica", LTr 55-01/34.
-. Problema de desconto salarial em favor da entidade sindical. Sindicalismo. São Paulo: LTr, 1986.
MAGANO, Octávio Bueno. Manual de direito do trabalho: parte geral. 4. ed. São Paulo: LTr, 1991.
-. Manual de direito de trabalho: direito individual do trabalho. 3. ed. São Paulo: LTr, 1992a, v. 2.
-. Manual de direito de trabalho: direito coletivo do trabalho. 3. ed. São Paulo: LTr, 1993. v. 3.
-. Manual de direito de trabalho: direito tutelar do trabalho. 2. ed. São Paulo: LTr, 1992. v. 4.
-. Política do trabalho. São Paulo: LTr, 1992.
-. Contrato de prazo determinado. São Paulo: Saraiva, 1984.
-. Do poder diretivo na empresa. São Paulo: Saraiva, 1982.
-. Os grupos de empresas no direito de trabalho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.
-. Organização sindical brasileira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.
-. Convenção coletiva de trabalho. São Paulo: LTr, 1972.
-. Relações entre o estado e o sindicato. LTr 55-02/144.
-. Redução da Jornada. LTr 53-4/394.
-. MALLET, Estevão. O direito do trabalho na Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Forense, 1993 a.
MALTA, Christóvão Piragibe Toste. Comentários a CLT. 6. ed. São Paulo: LTr, 1993.
MANNRICH, Nelson. Inspeção do trabalho. São Paulo: LTr, 1991.
MANUS, Pedro Paulo Teixeira. CLT Universitária. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1993.
-. Direito do trabalho. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1993.
-. Direito do trabalho na nova Constituição. São Paulo: Atlas, 1989.
-. Os créditos trabalhistas na insolvência do empregador. São Paulo: LTr, 1986.
MARANHÃO, Délio. Direito do trabalho. 6. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1978.
-. CARVALHO, Luiz Inácio B. Direito do trabalho. 16. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1992.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. O salário de contribuição na lei básica da previdência social. São Paulo: LTr, 1993.
MARTINS, Milton. Sindicalismo e relações trabalhistas. 3. ed. São Paulo: LTr, 1991.
MARTINS, Nei F. Cano. O sindicato na Constituição de 1988 - Exegese do art. 8.° da Constituição Federal. LTr 55-01/32.
MARTINS, Sérgio Pinto. Direito da seguridade social. 11. ed. São Paulo: Atlas, 1999.
-. Direito processual do trabalho. 10. ed. São Paulo: Atlas, 1999.
-. Estabilidade provisória do dirigente sindical. Orientador Trabalhista Mapa Fiscal, Suplemento de Legislação, Jurisprudência e Doutrina, n.° 9, p. 479, set. 1992.

-. Participação dos empregados nos lucros das empresas. São Paulo: Malheiros, 1996.
-. A terceirização e o direito de trabalho. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
-. Manual do FGTS. São Paulo: Malheiros, 1997.
-. Manual do trabalho doméstico. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1999.
MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e aplicação do direito. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1965.
MAZZONI, Giuliano. Relações coletivas de trabalho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.
-. Manual di Diritto del Lavoro. Milão: Giuffrè, 1977. v. 1.
MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
MELGAR, Alfredo Montoya. Derecho del trabajo. Madri: Tecnos, 1978.
MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
MESQUITA, Luiz José de. Direito disciplinar do trabalho. 2. ed. São Paulo: LTr, 1991.
MIRANDA JR., Darcy de Arruda. Anotações ao código civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1983.
MONTOYA MELGAR, Alfredo. Derecho del Trabajo. Madri: Tecnos, 1978.
MORAES, Bernardo Ribeiro de. Compêndio de direito tributário. Rio de Janeiro: Forense, 1993.
MORAES, Evaristo. Apontamentos de direito operário. 3. ed. São Paulo: LTr, 1986.
MORAES FILHO, Evaristo de. A ordem social num novo texto constitucional. São Paulo: LTr, 1986.
-. Do contrato de trabalho como elemento da empresa. São Paulo: LTr, 1993.
-. Pareceres de direito do trabalho. São Paulo: LTr, 1976.
-. e MORAES, Antonio Carlos Flores de. Introdução ao direito de trabalho. São Paulo: LTr, 1991.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Iniciação ao direito do trabalho. 18. ed. São Paulo LTr, 1992a.
-. Direito sindical. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.
NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de direito de trabalho. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1992b.
-. Comentários à lei de greve. São Paulo: LTr, 1989.
-. Direito do trabalho na Constituição de 1988. São Paulo: Saraiva, 1989.
-. Curso de direito processual do trabalho. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1992c.
-. Manual do salário. São Paulo: LTr, 1984.
NASSAR, Rosita de Nazaré Sidrim. Flexibilização do direito do trabalho. São Paulo: LTr, 1991.
NETO, Abílio. Contrato de trabalho. Lisboa: Petroni, 1980.
NUNES, Sá. Língua vernácula. Porto Alegre: Globo, 1938.
OLIVEIRA, Aristeu. Rescisão do contrato de trabalho. São Paulo: Atlas, 1993.
OLIVEIRA, Fábio Leopoldo de. Curso expositivo de direito do trabalho. São Paulo: LTr, 1991.
OLIVEIRA, Francisco Antonio de. Comentários aos enunciados do TST. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
-. Direito do trabalho em sintonia com a nova Constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
OIT. La participatión dans l' entreprise. Genebra, 1986.
PASSARELI, F. Santoro. Noções do direito do trabalho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.
PASSOS, Nicanor Sena. Abandono de emprego. São Paulo: LTr, 1993.

PAULA, Carlos Alberto Reis de. O aviso prévio. São Paulo: LTr, 1988.
PELLEGRINO, Antenor. Trabalho rural. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1991.
PIPPI, Felix. De la notion de salarie social. Paris: LGDJ, 1966.
PLÁ RODRIGUEZ, Américo. Los princípios del Derecho del Trabajo. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 1990.
-. Curso de derecho laboral. Montevidéo: Acali Editorial, 1976.
-. El salário en el Uruguay. Montevidéo: Facultad de derecho, 1956.
PONT, Juarez Varallo. Política salarial no processo trabalhista. São Paulo: LTr, 1993.
-. Política salarial no processo comentada. 3. ed. São Paulo: LTr, 1992.
PRADO, Roberto Barreto. Curso de direito coletivo do trabalho. 2. ed. São Paulo: LTr, 1991.
-. Curso de direito sindical. 3. ed. São Paulo: LTr, 1991.
-. Tratado de direito do trabalho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971. v. 1.
PRUNES, José Luiz Ferreira. As gorjetas no Direito do trabalho. São Paulo: LTr, 1982.

PRUNES, José Luiz Ferreira. Cargos de confiança no direito brasileiro do trabalho. São Paulo: LTr, 1975.
REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. 4. ed. São Paulo, 1977.
REHBINDER, Manfred. Schweirzerisches Arbeitsrecht. 5. ed. Berna, 1979.
ROBORTELLA, Luiz Carlos A. Organização sindical e justiça do trabalho na experiência da Constituição brasileira de 1988. Suplemento Trabalhista LTr, n.° 24, p. 135, 1990.
ROCCO, Alfredo. Principii di diritto comerciale. Turim: Utet, 1928.
-. La sentenza civile. Milão: Giuffrè, 1962.
RODRIGUES, Silvio. Direito civil. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1980. v. 2.
ROMITA, Arion Sayão. Sindicalismo. Economia. Estado Democrático. Estudos. São Paulo: LTr, 1993.
-. Direitos sociais na constituição e outros estudos. São Paulo: LTr, 1991.
-. Regulamento da empresa. Repertório IOB de Jurisprudência n.° 8/93, texto 2/7438.
RUSSOMANO, Mozart Victor. Comentários à CLT. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990. v. 1 e 2.
-. Curso de direito do trabalho. 4. ed. Curitiba: Juruá, 1991.
-. Direito sindical. Rio de Janeiro: Konfino, 1975.
-. O empregado e o empregador no direito brasileiro. São Paulo: LTr, 1986.
-. Princípios gerais de direito sindical. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
SAAD, Eduardo Gabriel. Consolidação das leis do trabalho comentada. 23. ed. São Paulo: LTr, 1990.
-. Comentários à lei do FGTS. São Paulo: LTr, 1991.
-. Constituição e direito do trabalho. São Paulo: LTr, 1989.
SAMPAIO, Aluysio Mendonça. Contrato individual do trabalho e sua vigência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.
-. Equivalência salarial na legislação trabalhista. Revista de direito do Trabalho n.° 28. São Paulo, nov./dez. 1980.
-. Contratos de trabalho por prazo determinado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.
SANSEVERINO, Luisa Riva. Diritto del lavoro. Pádua: Cedam, 1967.
SANTOS, Carvalho. Código civil brasileiro interpretado. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1937. v. 12.
SCELLE, George. Le droit ouvrier. Paris: Armand Colin, 1922.
SCHAUB, Günter. Arbeitsrechts-Handbuch. 6. ed. Munique: C. H. Becksche Verlagsbuchandlung, 1987.
SCHWARTZ, Walter, LOSCHNIGG, Günther Arbeitsrecht. 3. ed. Viena, 1985.

SERSON, José. Curso de rotinas trabalhistas. 32. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

SHIEBER, Benjamin M. Iniciação ao direito trabalhista norte-americano. São Paulo: LTr, 1988.
SILVA A. M. de Souza e. Dificuldades sintáticas e flexionais. Rio de Janeiro: Simões, 1958.
SILVA Antonio Álvares da. Convenção coletiva do trabalho perante o direito alemão. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
-. Pluralismo sindical na nova constituição. Belo Horizonte: Livraria Del Rey, 1990.
-. Proteção contra a dispensa na nova constituição. 2. ed. São Paulo: LTr, 1992.
-. Co-gestão no estabelecimento e na empresa. São Paulo: LTr, 1991.
SILVA, Carlos Alberto Barata. Compêndio de direito de trabalho. 2. ed. São Paulo: LTr, 1978.
-. Jornada de trabalho - Acordo de compensação. Suplemento Trabalhista LTr 83/92, p. 538/40.
SILVA, De Plácito e. Vocabulário jurídico. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.
SILVA, Floriano Corrêa Vaz da. A estabilidade dos membros da CIPA e a Constituição de 1988. Repertório IOB de jurisprudência, n.° 7/90, texto 2/3650.
-. Direito constitucional de trabalho. São Paulo: LTr, 1977.
SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.
-. Aplicabilidade das normas constitucionais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.
SILVA, José Ajuricaba da Costa e. Proteção constitucional do salário. LTr 55-02/140.
SIQUEIRA NETO, José Francisco. Contrato coletivo do trabalho. São Paulo: LTr, 1991.
SOUZA, Ronald Amorim e. Manual de legislação social. 2. ed. São Paulo: LTr, 1992.
SOUZA, Rubens Gomes de. Natureza jurídica da contribuição para o FGTS. Revista de direito público 17/317, jul. 1971.
SÜSSEKIND, Arnaldo Lopes. Comentários à consolidação das leis do trabalho e à legislação complementar. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964. v. 3.
-. Direito internacional do trabalho. 2. ed. São Paulo: LTr, 1987.
-. Duração do trabalho e repousos remunerados. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1950.
-. Irredutibilidade do salário. LTr 55-02/138.
-. et al. Comentários à constituição. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1991. v. 2.
-, MARANHÃO Délio, VIANNA, José de Segadas. Instituições de direito do trabalho. 14. ed. São Paulo: LTr, 1993.
-, MARANHÃO, Pareceres sobre direito de trabalho e previdência social. São Paulo: LTr, 1976. v. 1.

SÜSSEKIND, Arnaldo Lopes, CARVALHO, Luiz Ignácio Barbosa, MARANHÃO, Délio. Pareceres sobre direito de trabalho e previdência social. São Paulo: LTr, 1992. v. 7.
SÜSSEKIND, Arnaldo Lopes e outros Comentários à constituição. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1990. v. 1.
TOVOLARO, Agostinho Toffoli. Participação dos empregados nos lucros das empresas. São Paulo: LTr, 1991.

VALVERDE, Trajano de Miranda. Sociedades por ações. Rio de Janeiro: Forense, 1953. v. 2.
VERDIER, Jean Maurce. Traité de droit du travail. Paris: Dalloz, 1966.
VIDAL, Pedro. Do poder normativo na justiça do trabalho. São Paulo: Ed. do Autor, 1982.
VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. Relação de emprego. São Paulo: Saraiva, 1975.
ZAINAGHI, Domingos Sávio. Justa causa no direito de trabalho. São Paulo: Malheiros, 1996.
-. Curso de legislação social. São Paulo: Atlas, 1993.