

Mauricio Godinho Delgado

CURSO DE DIREITO DO TRABALHO

OBRA REVISTA E ATUALIZADA CONFORME LEI DA REFORMA TRABALHISTA
E INOVAÇÕES NORMATIVAS E JURISPRUDENCIAIS POSTERIORES

18ª EDIÇÃO

LTR[®]

CURSO DE DIREITO DO TRABALHO

***Para Lucilia, Gabriela e Marina.
Aos que acreditam, contribuindo para sua realização,
nas ideias de Justiça e Direito, inclusive em sua particularização
socialmente indispensável, o Direito do Trabalho.***

1ª edição – abril, 2002

1ª edição – 2ª tiragem – julho, 2002

1ª edição – 3ª tiragem – setembro, 2002

2ª edição – março, 2003

2ª edição – 2ª tiragem – abril, 2003

3ª edição – fevereiro, 2004

3ª edição – 2ª tiragem – abril, 2004

3ª edição – 3ª tiragem – julho, 2004

3ª edição – 4ª tiragem – novembro, 2004

4ª edição – janeiro, 2005

4ª edição – 2ª tiragem atualizada – julho, 2005

4ª edição – 3ª tiragem atualizada – outubro, 2005

5ª edição – fevereiro, 2006

5ª edição – 2ª tiragem – julho, 2006

6ª edição – janeiro, 2007

6ª edição – 2ª tiragem – julho, 2007

7ª edição – janeiro, 2008

7ª edição – 2ª tiragem – setembro, 2008

8ª edição – janeiro, 2009

9ª edição – fevereiro, 2010

10ª edição – janeiro, 2011

11ª edição – janeiro, 2012

12ª edição – fevereiro, 2013

13ª edição – fevereiro, 2014

13ª edição – 2ª tiragem – outubro, 2014

13ª edição – 3ª tiragem – outubro, 2014

14ª edição – fevereiro, 2015

15ª edição – fevereiro, 2016

15ª edição – 2ª tiragem – agosto, 2016

16ª edição – fevereiro, 2017

16ª edição – 2ª tiragem – julho, 2017

17ª edição – janeiro, 2018

17ª edição – 2ª tiragem – agosto, 2018

18ª edição – março, 2019

MAURICIO GODINHO DELGADO

CURSO DE DIREITO DO TRABALHO

18ª edição

**OBRA REVISTA E ATUALIZADA CONFORME
A LEI DA REFORMA TRABALHISTA
E INOVAÇÕES NORMATIVAS E
JURISPRUDENCIAIS POSTERIORES**

The logo consists of the letters 'LTR' in a bold, serif font, with a registered trademark symbol (®) to the upper right of the 'R'. The logo is enclosed in a thin black rectangular border with rounded corners.

LTR®



EDITORA LTDA.

© Todos os direitos reservados

Rua Jaguaribe, 571
CEP 01224-003
São Paulo, SP — Brasil
Fone (11) 2167-1101
www.ltr.com.br
Março, 2019

Produção Gráfica e Editoração Eletrônica: RLUX
Projeto de capa: FABIO GIGLIO
Impressão: MARK PRESS

Versão impressa — LTr 6184.4 — ISBN 978-85-361-9973-3
Versão digital — LTr 9533.0 — ISBN 978-85-361-9976-4

Atualizado até 31.12.2018

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

Delgado, Mauricio Godinho

Curso de direito do trabalho: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores — Mauricio Godinho Delgado. — 18. ed. — São Paulo : LTr, 2019.

Bibliografia
ISBN 978-85-361-9973-3

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

19-23833

CDU-34:331(81)

Índices para catálogo sistemático:

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

Maria Alice Ferreira — Bibliotecária — CRB-8/7964

SUMÁRIO

LIVRO I INTRODUÇÃO E PARTE GERAL

CAPÍTULO I CARACTERIZAÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO

I. INTRODUÇÃO	47
II. DEFINIÇÃO	47
III. DENOMINAÇÃO	50
IV. CONTEÚDO	53
V. FUNÇÕES	55
VI. ABRANGÊNCIA DA ÁREA JURÍDICO-TRABALHISTA	61
VII. DIVISÃO INTERNA DO DIREITO DO TRABALHO	63
1. Segmento em Destaque: Direito Constitucional do Trabalho	64
2. Segmento em Destaque: Direito Internacional do Trabalho	67
3. Segmento em Destaque: Direito Ambiental do Trabalho	69
VIII. CARACTERÍSTICAS DO DIREITO DO TRABALHO — SÍNTESE	70
IX. TEMAS RECORRENTES: FLEXIBILIZAÇÃO E DESREGULAMENTAÇÃO TRABALHISTAS ..	71
1. Flexibilização Trabalhista e Desregulamentação Trabalhista: aspectos gerais	71
2. A Reforma Trabalhista feita pela Lei n. 13.467/2017	76

CAPÍTULO II AUTONOMIA E NATUREZA JURÍDICA DO DIREITO DO TRABALHO

I. INTRODUÇÃO	79
II. AUTONOMIA	79
III. NATUREZA JURÍDICA	82
IV. RELAÇÕES DO DIREITO DO TRABALHO COM OUTROS CAMPOS DO DIREITO	88
1. Relações com o Direito Constitucional	88
2. Relações com Princípios Gerais de Direito e de Outros Ramos Jurídicos	89
3. Relações com o Direito Civil	91
4. Relações com o Direito Previdenciário (ou Direito da Seguridade Social)	92
5. Direito do Trabalho e Direitos Humanos	94

CAPÍTULO III ORIGEM E EVOLUÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO

I. INTRODUÇÃO	95
II. ORIGEM E DESENVOLVIMENTO DO DIREITO DO TRABALHO — PROPOSIÇÕES METODOLÓGICAS	95
III. POSICIONAMENTO DO DIREITO DO TRABALHO NA HISTÓRIA	97
IV. PROCESSO DE FORMAÇÃO E CONSOLIDAÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO	100
V. FASES HISTÓRICAS DO DIREITO DO TRABALHO	105

1. Manifestações Incipientes ou Esparsas.....	107
2. Sistematização e Consolidação.....	108
3. Institucionalização do Direito do Trabalho.....	110
4. Crise e Transição do Direito do Trabalho.....	111
VI. MODELOS PRINCIPAIS DE ORDENS JURÍDICAS TRABALHISTAS.....	113
1. Parâmetros dos Modelos Justrabalhistas Democráticos.....	114
A) Normatização Autônoma e Privatística.....	114
B) Normatização Privatística Subordinada.....	114
2. Parâmetros do Modelo Justrabalhista Autoritário.....	115
3. Democracia e Normatização Estatal: reflexões complementares.....	116
4. Constituição de 1988 e o Modelo de Normatização Privatística Subordinada: novas reflexões..	118
5. A Reforma Trabalhista Brasileira de 2017: sentido jurídico.....	121

CAPÍTULO IV ORIGEM E EVOLUÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO NO BRASIL

I. INTRODUÇÃO.....	125
II. PERIODIZAÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO DO TRABALHO BRASILEIRO.....	125
1. Manifestações Incipientes ou Esparsas.....	126
2. Institucionalização do Direito do Trabalho.....	129
Análise Comparativa.....	132
3. Transição Democrática do Direito do Trabalho Brasileiro: a Constituição de 1988.....	133
A) Arquitetura Democrática Constitucional.....	134
B) Crise Cultural: desregulamentação e flexibilização.....	136
C) Arquitetura Democrática Constitucional: outros traços.....	137
III. O MODELO JUSTRABALHISTA BRASILEIRO TRADICIONAL.....	139
1. Parâmetro Estatal-subordinado de Gestão Trabalhista.....	139
2. Modelo Justrabalhista Brasileiro Tradicional: caracterização sociojurídica e reprodução histórica.....	142
IV. A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E A TRANSIÇÃO DEMOCRÁTICA JUSTRABALHISTA.....	143
1. Avanços Democráticos da Constituição de 1988.....	144
A) Renovação da Cultura Jurídica Brasileira.....	145
B) A Carta de Direitos de 1988.....	147
2. Contradições Antidemocráticas do Texto Original de 1988.....	149
3. Evolução Constitucional Democrática e Inclusiva: EC n. 24/99 e EC n. 45/04.....	151
V. DIREITO DO TRABALHO: AVALIAÇÃO HISTÓRICO-CONSTITUCIONAL MAIS DE DUAS DÉCADAS APÓS 1988.....	153
VI. A REFORMA TRABALHISTA DE 2017: LEI N. 13.467/17.....	156

CAPÍTULO V ORDENAMENTO JURÍDICO TRABALHISTA

I. INTRODUÇÃO.....	161
II. FONTES DO DIREITO: CONCEITO E CLASSIFICAÇÃO.....	161
1. Conceito.....	161

2. Classificação.....	162
A) Fontes Materiais.....	162
B) Fontes Formais.....	165
Heteronomia e Autonomia.....	166
C) Normas, Princípios e Regras.....	167
III. FONTES FORMAIS JUSTRABALHISTAS: TIPOS JURÍDICOS.....	168
IV. FONTES HETERÔNOMAS DO DIREITO DO TRABALHO.....	169
1. Constituição.....	169
A) Sentido Material e Sentido Formal.....	170
B) Eficácia Jurídica da Constituição.....	172
a) Vertente Tradicional.....	172
b) Vertente Moderna.....	173
c) Análise Comparativa.....	176
C) Constituição: o desafio da efetividade.....	177
2. Lei (e Medida Provisória).....	178
3. Tratados e Convenções Internacionais.....	180
A) Tratados e Convenções Internacionais.....	180
B) Declarações e Recomendações.....	183
C) Diplomas Internacionais: novas inferências doutrinárias.....	184
4. Regulamento Normativo (Decreto).....	185
5. Portarias, Avisos, Instruções, Circulares.....	186
6. Sentença Normativa.....	187
V. FONTES AUTÔNOMAS DO DIREITO DO TRABALHO.....	190
1. Convenção Coletiva de Trabalho e Acordo Coletivo de Trabalho.....	190
Aderência Contratual.....	192
2. Contrato Coletivo de Trabalho.....	195
3. Usos e Costumes.....	197
VI. FIGURAS ESPECIAIS.....	198
1. Figuras Justrabalhistas Especiais.....	198
A) Laudo Arbitral (Arbitragem).....	198
B) Regulamento Empresarial.....	200
2. Outras Figuras Jurídicas Especiais.....	201
A) Jurisprudência.....	201
B) Princípios Jurídicos.....	205
C) Doutrina.....	206
D) Equidade.....	207
3. Referências Finais.....	208
A) Analogia.....	209
B) Cláusulas Contratuais.....	209
VII. HIERARQUIA ENTRE AS FONTES JUSTRABALHISTAS.....	210
1. Hierarquia Normativa: teoria geral.....	211
2. Hierarquia Normativa: especificidade justrabalhista.....	211

3. Aplicação da Teoria Especial Trabalhista.....	213
Acumulação <i>versus</i> Conglobamento.....	215
4. A Lei n. 13.467/2017 e a Hierarquia Normativa Trabalhista.....	219

CAPÍTULO VI PRINCÍPIOS DO DIREITO DO TRABALHO

I. INTRODUÇÃO	220
1. Ciência e Princípios	221
2. Direito e Princípios.....	221
II. PRINCÍPIOS DE DIREITO: FUNÇÕES E CLASSIFICAÇÃO	223
1. Fase Pré-jurídica ou Política.....	223
2. Fase Jurídica.....	223
A) Princípios Descritivos (ou Informativos).....	224
B) Princípios Normativos Subsidiários.....	224
C) Princípios Normativos Próprios ou Concorrentes	225
III. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO TRABALHO	227
IV. PRINCÍPIOS JURÍDICOS GERAIS APLICÁVEIS AO DIREITO DO TRABALHO — ADEQUAÇÕES.....	228
1. Princípios Gerais — adequações.....	228
2. Máximas e Brocardos Jurídicos.....	231
V. PRINCÍPIOS ESPECÍFICOS AO DIREITO DO TRABALHO	231
VI. PRINCÍPIOS DE DIREITO INDIVIDUAL DO TRABALHO	232
1. Núcleo Basilar de Princípios Especiais.....	233
A) Princípio da Proteção.....	233
B) Princípio da Norma Mais Favorável.....	234
C) Princípio da Imperatividade das Normas Trabalhistas.....	236
D) Princípio da Indisponibilidade dos Direitos Trabalhistas.....	237
E) Princípio da Condição Mais Benéfica	238
F) Princípio da Inalterabilidade Contratual Lesiva.....	238
Intangibilidade Contratual Objetiva	242
G) Princípio da Intangibilidade Salarial.....	242
H) Princípio da Primazia da Realidade sobre a Forma	244
I) Princípio da Continuidade da Relação de Emprego.....	245
2. Princípios Justrabalhistas Especiais Controvertidos.....	248
A) Princípio <i>in dubio pro operario</i>	248
B) Princípio do Maior Rendimento.....	250
VII. INDISPONIBILIDADE DE DIREITOS: RENÚNCIA E TRANSAÇÃO NO DIREITO INDIVIDUAL DO TRABALHO.....	252
1. Diferenciação de Figuras	252
2. Extensão da Indisponibilidade	253
3. Requisitos da Renúncia e Transação	254
A) Renúncia	255
B) Transação	255

**CAPÍTULO VII
INTERPRETAÇÃO, INTEGRAÇÃO E APLICAÇÃO
DO DIREITO DO TRABALHO**

I. INTRODUÇÃO	257
II. INTERPRETAÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO.....	257
1. A Interpretação no Conhecimento Humano	257
2. A Interpretação no Direito.....	259
A) Interpretação na Fase de Construção da Norma.....	259
B) Interpretação do Direito Construído	260
3. Hermenêutica Jurídica	261
A) Distinções Relevantes.....	261
B) Função da Interpretação Jurídica	264
C) Tipologias da Interpretação Jurídica	265
a) Tipologia Segundo a Origem da Interpretação	265
b) Tipologia Segundo os Resultados da Interpretação	267
c) Tipologia Segundo os Métodos de Interpretação	268
D) Principais Métodos de Exegese do Direito	268
E) Sistemas Teóricos de Interpretação.....	270
a) Hermenêutica Tradicional	271
b) Escola Exegética Francesa.....	271
c) Escola Histórico-evolutiva	272
d) Escola da Interpretação Científica	272
e) Escola da Livre Investigação	272
f) Contraponto Avaliativo	272
F) Especificidade da Interpretação Justrabalhista.....	273
G) Hermenêutica Constitucional e Direito do Trabalho	274
4. Disfunções no Processo Interpretativo	275
III. INTEGRAÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO	277
1. Conceituação	277
2. Tipos de Integração Jurídica	279
3. Procedimento Analógico	280
IV. APLICAÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO	281
1. Conceituação	281
2. Aplicação do Direito do Trabalho no Tempo.....	282
Princípio da Aderência Contratual	282
3. Aplicação do Direito do Trabalho no Espaço	287
A) Critério Especial da Lei n. 7.064, de 1982	288
B) Lei n. 11.962/2009 – impacto jurídico	289

**CAPÍTULO VIII
PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA NO DIREITO DO TRABALHO**

I. INTRODUÇÃO	291
---------------------	-----

II. DISTINÇÕES CORRENTES	293
1. Decadência <i>versus</i> Prescrição.....	293
2. Preclusão <i>versus</i> Prescrição.....	294
3. Perempção <i>versus</i> Prescrição	295
III. A DECADÊNCIA NO DIREITO DO TRABALHO	295
IV. CAUSAS IMPEDITIVAS, SUSPENSIVAS E INTERRUPTIVAS DA PRESCRIÇÃO	297
1. Causas Impeditivas e Causas Suspensivas	297
2. Causas Interruptivas	298
V. PRESCRIÇÃO TRABALHISTA: CAUSAS IMPEDITIVAS E SUSPENSIVAS.....	299
1. Fatores Tipificados.....	299
Critério da <i>Actio Nata</i>	300
2. Outros Fatores Atuantes	301
VI. PRESCRIÇÃO TRABALHISTA: CAUSAS INTERRUPTIVAS.....	301
VII. NORMAS ESPECÍFICAS À PRESCRIÇÃO TRABALHISTA	304
1. Prazos Prescricionais.....	305
A) Prescrição nos Contratos Urbanos	305
B) Prescrição nos Contratos Rurais	306
a) Prazo Diferenciado (Antes da EC 28/2000).....	307
b) Unificação de Prazos (EC 28/2000).....	308
C) Prescrição nos Contratos Domésticos.....	309
D) Prescrição do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço	312
E) Prescrição em Ações Meramente Declaratórias.....	314
2. Termo Inicial de Contagem da Prescrição	315
A) Parcelas Oriundas de Sentença Normativa	315
B) Parcelas de Complementação de Aposentadoria	316
C) Prescrição Total e Prescrição Parcial	318
D) Prescrição em Danos Morais.....	320
3. Arguição da Prescrição: legitimidade e momento	322
A) Legitimidade para Arguição.....	322
B) Momento Próprio para Arguição	323
a) Arguição na Fase de Conhecimento.....	323
b) Arguição na Fase de Liquidação e Execução — Prescrição Intercorrente.....	325
C) Decretação Automática pelo Juiz: ponderações.....	326
4. Prescrição Intercorrente.....	327
VIII. PRESCRIÇÃO: ESPECIFICIDADES TRABALHISTAS E NOVA COMPETÊNCIA AMPLIADA DA JUSTIÇA DO TRABALHO.....	329

LIVRO II
DIREITO INDIVIDUAL DO TRABALHO
CAPÍTULO IX
RELAÇÃO DE EMPREGO — CARACTERIZAÇÃO

I. INTRODUÇÃO	333
Relação de Trabalho <i>versus</i> Relação de Emprego.....	333

II. CARACTERIZAÇÃO DA RELAÇÃO DE EMPREGO	335
1. Distinções na História do Direito	335
2. Critérios de Caracterização da Relação Empregatícia	337
A) Trabalho por Pessoa Física	338
B) Pessoaalidade.....	339
C) Não Eventualidade.....	340
a) Eventualidade <i>versus</i> Não Eventualidade: teorias.....	342
b) Trabalho Eventual: caracterização.....	344
D) Onerosidade	345
E) Subordinação	348
a) Conceito e Caracterização.....	349
b) Natureza da Subordinação	350
c) Dimensões da Subordinação: clássica, objetiva, estrutural.....	352
III. VALIDADE JURÍDICA DA RELAÇÃO DE EMPREGO: ELEMENTOS JURÍDICO-FORMAIS DO CONTRATO EMPREGATÍCIO.....	354
IV. NATUREZA JURÍDICA DA RELAÇÃO DE EMPREGO.....	357
1. Teorias Contratualistas Tradicionais	358
A) Teoria do Arrendamento.....	359
B) Teoria da Compra e Venda	359
C) Teoria do Mandato	360
D) Teoria da Sociedade	361
E) Contratualismo Tradicional: análise crítica.....	361
2. Teoria Contratualista Moderna	362
3. Teorias Acontratualistas	364
A) Teoria da Relação de Trabalho	365
B) Teoria Institucionalista.....	367
C) Acontratualismo: análise crítica	367

CAPÍTULO X RELAÇÕES DE TRABALHO LATO SENSU

I. INTRODUÇÃO	369
Presunção Jurídica	370
II. EXCLUDENTE LEGAL DA FIGURA DO EMPREGADO — VINCULAÇÃO ADMINISTRATIVA..	371
1. Servidores Administrativos.....	371
2. Servidores Irregulares.....	372
III. CONTRAPONTO ESTÁGIO <i>VERSUS</i> RELAÇÃO DE EMPREGO	373
1. Estágio — caracterização tradicional (Lei n. 6.494/1977).....	374
A) Requisitos Formais	375
B) Requisitos Materiais.....	376
2. Estágio — nova caracterização (Lei n. 11.788/2008)	377
A) Requisitos Formais	379
B) Requisitos Materiais.....	384
3. Estágio: avaliação crítica	386

IV. A QUESTÃO DAS COOPERATIVAS.....	387
1. A Lei n. 8.949, de 1994	388
A) Princípio da Dupla Qualidade	389
B) Princípio da Retribuição Pessoal Diferenciada	390
2. A Lei n. 12.690, de 2012	393
A) Restrições ao Veículo Cooperativista	394
B) Direitos Sociais dos Cooperados.....	395
C) Relação de Emprego <i>versus</i> Relação Cooperativista	396
V. TRABALHO AUTÔNOMO	397
1. Prestação de Serviços e Empreitada.....	400
2. Pacto Autônomo e Risco Contratual	401
3. Pequena Empreitada: especificidade.....	402
VI. TRABALHO EVENTUAL.....	403
VII. TRABALHO AVULSO.....	405
1. Trabalho Avulso Portuário	406
2. Trabalho Avulso Não Portuário	410
VIII. TRABALHO VOLUNTÁRIO.....	412
IX. MÃE SOCIAL.....	416

CAPÍTULO XI O EMPREGADO

I. INTRODUÇÃO	419
Empregado e Conteúdo de sua Prestação Principal	419
II. EMPREGADOS DE FORMAÇÃO INTELLECTUAL: TRATAMENTO JUSTRABALHISTA	420
1. Princípio Constitucional Antidiscriminatório	420
2. Constituição de 1988 e Regulação de Profissões: compatibilização.....	422
III. ALTOS EMPREGADOS: SITUAÇÕES ESPECÍFICAS E TRATAMENTO JUSTRABALHISTA	423
1. Cargos ou Funções de Confiança ou Gestão: regra geral.....	424
A) Art. 62 da CLT (Antes da Lei n. 8.966/94).....	425
B) Art. 62 da CLT (Após a Lei n. 8.966/94).....	426
C) Efeitos do Cargo de Confiança	428
2. Cargos ou Funções de Confiança: especificidade bancária	429
3. Diretores Empregados	430
A) Diretor Recrutado Externamente	431
Contraponto de Vertentes	433
B) Empregado Eleito Diretor.....	434
4. Socioempregado: hipóteses jurídicas	435
A) Incompatibilidade de Figuras	436
B) Assimilação de Figuras	436
C) Regra Geral: compatibilidade de figuras jurídicas	437
D) Sociedade como Simulação (“ <i>pejotização</i> ”).....	437
5. Empregados Portadores de Diploma de Nível Superior e que Percebam Salário Igual ou Superior à Dobra do Teto de Benefícios do INSS: segregação jurídica.....	438

IV. EMPREGADO DOMÉSTICO	440
1. Definição	440
2. Estrutura da Relação Empregatícia Doméstica	442
A) Elementos Fático-jurídicos Gerais	442
Relação de Emprego entre Cônjuges ou Companheiros	443
B) Elemento Fático-jurídico da Não Eventualidade	444
C) Elementos Fático-jurídicos Especiais	447
a) Finalidade Não Lucrativa dos Serviços	447
b) Prestação Laboral à Pessoa ou Família	449
c) Âmbito Residencial de Prestação Laborativa	450
3. Direitos Trabalhistas Estendidos aos Domésticos	451
A) Fase de Exclusão Jurídica	451
B) Fase de Inclusão Jurídica	451
a) Lei n. 5.859/1972 e Regras do Vale-Transporte	452
b) CF/88: oito novos direitos	452
c) A Peculiar Lei n. 10.208/2001	453
d) Lei n. 11.324/2006: quatro novos direitos	453
e) EC n. 72/2013: 16 novos direitos	454
f) LC n. 150/2015: regulação de novo patamar jurídico	455
4. Parcelas Trabalhistas Controvertidas Antes da LC n. 150/2015	457
A) Férias Anuais Remuneradas	458
B) Licença-paternidade e Licença-gestante	459
C) Garantia de Emprego à Gestante	460
D) Aviso-Prévio Proporcional	461
E) O Sentido do Novo Parágrafo Único do Art. 7º da CF/88 (EC n. 72/2013)	464
5. A Nova Regência Normativa da LC n. 150/2015	465
6. Peculiaridades Rescisórias: rito e multa	473
7. Fiscalização Trabalhista e Multa Administrativa	475
8. Contrato de Trabalho Doméstico e Lei da Reforma Trabalhista	476
9. Convenção n. 189 da OIT e Recomendação n. 201 da OIT	477
V. EMPREGADO RURAL	478
1. Evolução Jurídica	478
A) Fase de Restrição de Direitos	478
B) Fase de Aproximação de Situações Jurídicas	479
C) Fase Contemporânea: acentuação da igualdade	479
Unificação do Prazo Prescricional	480
2. Caracterização do Empregado Rural	482
A) Antigo Critério Celetista	482
B) Critério da Lei n. 5.889/1973	483
C) Elementos Fático-jurídicos Especiais	484
a) Enquadramento Rurícola do Empregador	484
b) Imóvel Rural ou Prédio Rústico	485

3. Caracterização do Empregador Rural.....	485
VI. O ÍNDIO COMO EMPREGADO	489
VII. EMPREGADO APRENDIZ	491

CAPÍTULO XII O EMPREGADOR

I. INTRODUÇÃO	492
Definição da CLT: análise crítica	492
II. EMPREGADOR — CARACTERIZAÇÃO.....	493
1. Despersonalização.....	494
2. Assunção dos Riscos (Alteridade)	495
Atenuações do Risco Empresarial.....	497
3. Empresa e Estabelecimento	499
III. GRUPO ECONÔMICO PARA FINS JUSTRABALHISTAS.....	500
1. Definição	500
2. Objetivos da Figura	501
3. Caracterização do Grupo Econômico	501
A) Abrangência Objetiva	502
B) Abrangência Subjetiva	502
C) Nexos Relacionais Interempresas.....	503
4. Solidariedade Resultante do Grupo Econômico	506
A) Solidariedade Exclusivamente Passiva	506
B) Solidariedade Passiva e Ativa: empregador único.....	507
5. Aspectos Processuais	509
IV. SUCESSÃO DE EMPREGADORES.....	510
1. Definição e Denominação.....	510
2. Sucessão Trabalhista: caracterização	511
A) Situações-tipo Tradicionais de Sucessão	512
B) Situações-tipo Novas de Sucessão	514
3. Requisitos da Sucessão Trabalhista	514
A) Transferência de Unidade Econômico-jurídica	515
Título Jurídico da Transferência.....	516
B) Continuidade na Prestação Laborativa	518
C) Situações-tipo Novas de Sucessão: requisitos.....	518
4. Fundamentos da Sucessão Trabalhista.....	519
A) Fundamentação Doutrinária.....	519
B) Fundamentação Legal	520
5. Abrangência da Sucessão Trabalhista.....	520
A) Regra Geral Trabalhista.....	520
B) Restrições Tópicas à Sucessão.....	520
a) Empregado Doméstico.....	521
b) Empregador Empresa Individual.....	522
c) Estado ou Município Desmembrado	522

d) Empregador em Falência ou Recuperação Empresarial	523
e) A Peculiaridade dos Cartórios Extrajudiciais.....	524
6. Efeitos da Sucessão Trabalhista.....	525
A) Posição Jurídica do Sucessor Empresarial.....	525
Cláusula de Não Responsabilização.....	525
B) Posição Jurídica do Empregador Sucedido.....	526
C) Insurgência Obreira Contra a Sucessão.....	528
7. Natureza Jurídica da Sucessão Trabalhista.....	529
A) Figuras Civilistas Clássicas.....	529
B) Singularidade Trabalhista.....	531
V. EMPREGADORES EM DESTAQUE	531
1. Empregador Estatal	531
A) Pessoa Jurídica de Direito Público	531
B) Empresa Pública e Sociedade de Economia Mista	533
2. Cartório Extrajudicial.....	536
3. Consórcio de Empregadores	537

CAPÍTULO XIII TERCEIRIZAÇÃO TRABALHISTA

I. INTRODUÇÃO	540
Evolução Histórica no Brasil	542
II. NORMATIVIDADE JURÍDICA SOBRE TERCEIRIZAÇÃO.....	544
1. Legislação Heterônoma Estatal	545
A) Decreto-Lei n. 200/67 e Lei n. 5.645/70	545
B) Lei n. 6.019/74 e Lei n. 7.102/83.....	546
C) Parágrafo único do art. 442, CLT — cooperativas.....	547
D) Outras Referências Legais	548
2. Constituição de 1988	552
3. Reforma Trabalhista: Lei n. 13.467/2017.....	554
III. JURISPRUDÊNCIA TRABALHISTA SOBRE TERCEIRIZAÇÃO	560
1. Evolução Jurisprudencial Trabalhista (1980-2018): síntese	560
2. Súmula n. 331/TST: terceirização lícita X ilícita	563
A) Terceirização Lícita: situações-tipo	563
B) Ausência de Pessoalidade e Subordinação Diretas	565
C) Terceirização Ilícita	566
3. Efeitos Jurídicos da Terceirização (Súmula n. 331 do TST)	566
A) Vínculo com o Tomador de Serviços.....	567
B) Isonomia: salário equitativo.....	567
4. Especificidade da Administração Pública.....	570
IV. JURISPRUDÊNCIA DO STF SOBRE TERCEIRIZAÇÃO	574
V. TERCEIRIZAÇÃO POR MEIO DO CONTRATO DE TRABALHO TEMPORÁRIO.....	577
1. Trabalho Temporário: caracterização.....	577

2. Hipóteses de Pactuação	578
3. Formalidades e Prazos	580
4. Direitos da Categoria Temporária	581
5. Trabalho Temporário e Salário Equitativo	583
VI. TERCEIRIZAÇÃO E RESPONSABILIDADE	584
1. Responsabilidade na Terceirização: regra geral	584
2. A Responsabilização das Entidades Estatais Terceirizantes	587
VII. ASPECTOS PROCESSUAIS	590
1. Competência	590
2. Litisconsórcio Passivo	591

CAPÍTULO XIV RESPONSABILIDADE POR VERBAS TRABALHISTAS

I. INTRODUÇÃO	592
II. RESPONSABILIDADE DO EMPREGADOR E ENTES INTEGRANTES DO GRUPO ECONÔMICO	592
III. RESPONSABILIDADE DO SÓCIO	594
1. Panorama Normativo	594
2. Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica	595
3. Dimensões da Responsabilidade do Sócio	598
4. Aspectos Processuais Relativos à Desconsideração da Personalidade Jurídica	600
IV. RESPONSABILIDADE PELO TRABALHO TEMPORÁRIO E OUTROS TIPOS DE TERCEIRIZAÇÃO	602
V. RESPONSABILIDADE DO SUBEMPREGATEIRO	604
VI. RESPONSABILIDADE DO DONO DA OBRA NOS CONTRATOS DE EMPREITADA	605
VII. RESPONSABILIDADE NOS CONSÓRCIOS DE EMPREGADORES	609

CAPÍTULO XV CONTRATO DE TRABALHO — CARACTERIZAÇÃO, MORFOLOGIA E NULIDADES. CONTEÚDO CONTRATUAL – PECULIARIDADES. O SISTEMA DE COTAS NO CONTRATO DE TRABALHO

I. INTRODUÇÃO	612
II. ASPECTOS CONCEITUAIS DO CONTRATO DE TRABALHO	613
1. Definição	613
Definição da CLT: crítica	613
2. Denominação	614
3. Caracteres	615
III. MORFOLOGIA DO CONTRATO (ELEMENTOS CONSTITUTIVOS)	620
1. Elementos Essenciais (Jurídico-formais) do Contrato	621
A) Capacidade das Partes	622
B) Licitude do Objeto	625
C) Forma Regular ou Não Proibida	626
Forma e Prova	627
D) Hígidez de Manifestação da Vontade	628

2. Elementos Naturais do Contrato.....	629
3. Elementos Acidentais do Contrato: condição e termo	630
IV. VÍCIOS E DEFEITOS DO CONTRATO DE TRABALHO — NULIDADES	631
1. Teoria Trabalhista de Nulidades	632
A) Aplicação Plena da Teoria Trabalhista	633
B) Aplicação Restrita da Teoria Trabalhista	634
C) Inaplicabilidade da Teoria Especial Trabalhista	635
2. Tipos de Nulidades.....	636
A) Nulidade Total e Parcial	636
B) Nulidade Absoluta e Relativa	637
3. Nulidade e Prescrição.....	638
V. CONTEÚDO CONTRATUAL — ABRANGÊNCIA E PECULIARIDADES. O SISTEMA DE COTAS NO CONTRATO DE TRABALHO.....	638
1. Conteúdo Contratual: abrangência e peculiaridades.....	639
2. O Sistema de <i>Cotas</i> no Contrato de Trabalho	640

CAPÍTULO XVI
CONTRATO DE TRABALHO — MODALIDADES

I. INTRODUÇÃO	643
II. CONTRATOS EXPRESSOS E CONTRATOS TÁCITOS.....	643
III. CONTRATOS INDIVIDUAIS E CONTRATOS PLÚRIMOS. A EXPRESSÃO CONTRATO COLETIVO DE TRABALHO. CONTRATO DE EQUIPE.....	645
1. Distinções.....	645
2. A Expressão Contrato Coletivo de Trabalho	646
3. Contratos Plúrimos e de Equipe	647
IV. CONTRATOS POR TEMPO INDETERMINADO	648
1. Aspectos Gerais.....	648
2. Efeitos Específicos do Contrato por Tempo Indeterminado.....	649
A) Interrupção e Suspensão Contratuais.....	650
B) Estabilidade e Garantias de Emprego	650
C) Efeitos Rescisórios	650
V. CONTRATOS POR TEMPO DETERMINADO (A TERMO).....	653
1. Hipóteses de Pactuação	653
2. Meios de Fixação do Termo Final	656
3. Prazos Legais	658
4. Prorrogação e Sucessividade Contratuais.....	658
5. Indeterminação Contratual Automática (“Novação”).....	660
6. Efeitos Rescisórios nos Contratos a Termo	661
7. Suspensão e Interrupção nos Contratos a Termo. Garantias de Emprego e Contratos a Termo.....	663
A) Acidente de Trabalho: exceção relevante	665
B) Garantia à Gestante e ao Nascituro: outra exceção relevante	666
8. Contratos a Termo: forma e prova	667

9. O Tempo de Serviço nos Contratos a Termo	668
VI. O CONTRATO DE TRABALHO INTERMITENTE.....	671
VI. PARALELISMO OU CONCOMITÂNCIA CONTRATUAL — CARACTERIZAÇÃO E EFEITOS JURÍDICOS.....	674

CAPÍTULO XVII TIPOS DE CONTRATOS A TERMO

I. INTRODUÇÃO	676
II. TIPOS CLÁSSICOS DE CONTRATOS A TERMO	676
1. Contrato de Experiência.....	676
A) Caracterização	678
B) Efeitos Contratuais.....	678
C) Natureza Jurídica do Contrato de Experiência — A Figura do Período de Experiência ..	679
2. Contrato de Safra.....	682
Contrato Rural por Pequeno Prazo	685
3. Contrato de Obra Certa.....	686
4. Contrato por Temporada	687
5. Contrato de Aprendizagem (Empregado Aprendiz)	688
A) Aspectos Gerais	689
B) Aprendiz com Deficiência.....	691
III. UMA ESPECIFICIDADE ENTRE OS CONTRATOS A TERMO: O CONTRATO PROVISÓRIO DA LEI N. 9.601/1998	692
1. Caracterização do Contrato Provisório de Trabalho	693
2. Lei n. 9.601, de 1998: reflexões complementares	700
A) Lei n. 9.601/98 e Desemprego.....	701
B) Lei n. 9.601/98 e Flexibilização Trabalhista	702
C) Lei n. 9.601/98 e Constituição da República	704
a) Incompatibilidades Globais	704
b) Incompatibilidades Tópicas	705

CAPÍTULO XVIII CONTRATO DE TRABALHO E CONTRATOS AFINS

I. INTRODUÇÃO	707
Contratos de Atividade	707
II. CONTRATO EMPREGATÍCIO E CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS.....	708
III. CONTRATO EMPREGATÍCIO E CONTRATO DE EMPREITADA.....	710
Pequena Empreitada na CLT.....	711
IV. CONTRATO EMPREGATÍCIO E CONTRATO DE MANDATO	713
V. CONTRATO EMPREGATÍCIO E CONTRATO DE PARCERIA RURAL.....	714
VI. CONTRATO EMPREGATÍCIO E CONTRATO DE SOCIEDADE	716
VII. CONTRATO EMPREGATÍCIO E CONTRATO DE REPRESENTAÇÃO COMERCIAL (E/OU CONTRATO DE AGÊNCIA E DISTRIBUIÇÃO).....	719
1. Representação Comercial e/ou Agência e Distribuição: dinâmica jurídica.....	720
A) Caracterização	720

B) Remuneração.....	720
C) Rescisão Contratual.....	720
2. Representação Mercantil e/ou Agência e Distribuição <i>versus</i> Contrato Empregatício: contra-pontos	721
3. Empregado Vendedor: regras próprias.....	724
A) Comissões — estrutura e dinâmica jurídicas.....	724
a) Conceito e Natureza	725
b) Dinâmica Comissional.....	725
B) Pagamento da Comissão.....	726
C) Ultimação do Negócio — data presumida	726
D) Risco Concernente às Vendas.....	727
E) Inspeção e Fiscalização pelo Vendedor	728
F) Exclusividade de Zona de Trabalho	728
G) Cláusula “ <i>Star del Credere</i> ”.....	728

CAPÍTULO XIX

EFEITOS DOS CONTRATOS DE TRABALHO: PRÓPRIOS E CONEXOS. AS INDENIZAÇÕES POR DANOS MORAIS E MATERIAIS NO ÂMBITO TRABALHISTA DOS DANOS EXTRAPATRIMONIAIS NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

I. INTRODUÇÃO	730
II. EFEITOS CONTRATUAIS PRÓPRIOS.....	731
1. Obrigações do Empregador.....	731
2. Obrigações do Empregado	731
3. Poder Empregatício como Efeito do Contrato.....	732
III. EFEITOS CONEXOS: DIREITOS INTELECTUAIS	732
1. Direitos Intelectuais: modalidades e natureza	733
Natureza Jurídica.....	733
2. Direitos da Propriedade Industrial e Contrato de Emprego	734
A) Trabalho Intelectual como Objeto do Contrato.....	734
B) Trabalho Intelectual sem Relação com o Contrato	735
C) Trabalho Intelectual Favorecido por Circunstâncias Contratuais.....	736
IV. EFEITOS CONEXOS: INDENIZAÇÕES POR DANOS MORAIS E MATERIAIS SOFRIDOS PELO EMPREGADO	737
1. Indenização por Dano Moral, Inclusive Estético, ou Dano à Imagem.....	738
2. Lesões Acidentárias: dano material, dano moral, dano estético.....	740
3. Responsabilidade Indenizatória: requisitos.....	742
A) Requisitos Clássicos	743
B) Objetivação da Responsabilidade.....	745
C) Atenuação ou Exclusão da Responsabilidade.....	747
4. Aferição do Dano Moral, Estético ou à Imagem e Respectivo Valor Indenizatório	748
A) Referências Normativas Anteriores a 5.10.1988.....	749
B) Aferição do Dano Moral e Fixação da Indenização: critérios.....	750
a) Critério Constitucional Prevalente.....	750
b) Critérios Constitucionalmente Repelidos	752

5. Aferição do Dano Material e Respectivo Valor Indenizatório	754
6. Competência Judicial.....	756
7. Regra Prescricional.....	759
Danos pela Infortunistica do Trabalho — transição.....	760
V. EFEITOS CONEXOS: O UNIVERSO DA PERSONALIDADE DO TRABALHADOR E A TUTELA JURÍDICA EXISTENTE.....	761
1. Direitos da Personalidade do Trabalhador: universo jurídico.....	762
2. Direitos da Personalidade do Trabalhador e Poder Empregatício: contrapontos e harmonização de princípios, regras e institutos jurídicos.....	762
A) Caracterização do Contraponto Jurídico.....	763
B) Harmonização das Dimensões Jurídicas Contrapostas	763
3. Dano Moral na Relação de Emprego: situações em destaque.....	764
A) Dano Moral Individual	764
A-1) Pré-contratação trabalhista	765
A-2) Dinâmica da seleção e da contratação trabalhistas	765
A-3) Ofensas físicas.....	767
A-4) Ofensas morais	767
A-5) Assédio sexual.....	767
A-6) Revistas íntimas	768
A-7) Revistas em pertences obreiros, embora não íntimas	768
A-8) Limitação de uso de banheiros no ambiente laborativo	768
A-9) Divulgação de nomes e dados contratuais de empregados, especialmente salários.....	769
A-10) Câmaras televisivas de segurança em banheiros.....	769
A-11) Dinâmica de metas de desempenho e respectivas cobranças	770
A-12) Uso de técnicas motivacionais abusivas e desrespeitosas.....	770
A-13) Assédio moral.....	770
A-14) Controle de correspondências e telefonemas no ambiente laborativo.....	771
A-15) Controle de correspondências eletrônicas (e-mails)	771
A-16) Controle de uso de equipamentos eletrônicos e de informática, inclusive acesso à internet	772
A-17) Quebra de sigilo bancário de empregado de Banco	773
A-18) Danos derivados de acidentes do trabalho, doença ocupacional e doença profissional	774
A-19) Condições degradantes no ambiente de trabalho.....	774
A-20) Atrasos reiterados de salários	774
A-21) Exercício de função perigosa, não integrante do contrato	775
A-22) Afronta à inviolabilidade física e à segurança ou estresse acentuado, em face de violência decorrente do exercício de função perigosa	775
A-23) Conduta de discriminação no ambiente laborativo.....	776
A-24) Desrespeito a direitos intelectuais, especialmente relativos à autoria	777
A-25) Violação à imagem.....	777

CURSO DE DIREITO DO TRABALHO	21
A-26) Acusação não comprovada de ato ilícito	778
A-27) Anotação desabonadora em Carteira de Trabalho	778
A-28) Dispensa discriminatória	779
A-29) Supressão injustificável de plano de saúde	780
A-30) Elaboração e/ou divulgação de “lista suja” de trabalhadores.....	780
A-31) Dano existencial	781
A-32) Síndrome de <i>Burn-out</i> ou Síndrome de Esgotamento Profissional.....	781
B) Dano Moral Coletivo.....	782
VI. REFORMA TRABALHISTA: DANOS EXTRAPATRIMONIAIS NAS RELAÇÕES DE TRABALHO ..	784

CAPÍTULO XX
O PODER NO CONTRATO DE TRABALHO — DIRETIVO,
REGULAMENTAR, FISCALIZATÓRIO, DISCIPLINAR

I. INTRODUÇÃO	789
II. PODER EMPREGATÍCIO: CONCEITO E CARACTERIZAÇÃO.....	790
1. Conceituação	790
Poder Empregatício <i>versus</i> Poder Hierárquico	790
2. Caracterização.....	791
A) Poder Diretivo	792
B) Poder Regulamentar	792
Natureza dos Dispositivos Regulamentares	793
C) Poder Fiscalizatório	794
Limites ao Poder de Controle.....	795
D) Poder Disciplinar.....	797
III. FUNDAMENTOS DO PODER EMPREGATÍCIO	799
1. Fundamentos Doutrinários.....	799
A) Propriedade Privada	799
B) Institucionalismo	800
C) Delegação do Poder Público	801
D) Contrato	803
E) Uma Variante: a autonomia como fundamento jurídico	805
2. Fundamentos Legais.....	806
IV. NATUREZA JURÍDICA DO PODER EMPREGATÍCIO.....	808
1. Concepções Tradicionais	808
A) Direito Potestativo	809
B) Direito Subjetivo.....	810
C) <i>Status</i> Jurídico	810
D) Direito-função.....	812
Poder e Cidadania.....	813
2. Teoria da Relação Jurídica Contratual Complexa.....	814
Virtudes da Concepção Relacional.....	815

V. O PODER DISCIPLINAR	817
1. Fundamentos	818
A) Posição Negativista.....	818
B) Posição Autonomista.....	819
C) Vertente Intermediária.....	820
2. Infrações Características	820
A) Critérios de Caracterização.....	821
B) Infrações Obreiras Tipificadas.....	822
3. Penalidades Características	823
A) Modalidades Acolhidas	823
B) Modalidades Rejeitadas.....	826
4. Critério de Aplicação de Penalidades (Requisitos Incidentes).....	828
A) Requisitos Objetivos	829
B) Requisitos Subjetivos.....	829
C) Requisitos Circunstanciais.....	830
5. Intervenção Judicial	834
6. Poder Disciplinar e Direito Obreiro de Resistência	836
VI. PODER EMPREGATÍCIO: ENTRE A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E A REFORMA TRABALHISTA DE 2017	837
1. Direitos da Personalidade do Trabalhador e Poder Empregatício: contrapontos e harmonização de princípios, regras e institutos jurídicos	837
A) Caracterização do Contraponto Jurídico.....	838
B) Harmonização das Dimensões Jurídicas Contrapostas	838
2. A Reforma Trabalhista de 2017 e o Recrudescimento do Poder Empregatício.....	839

CAPÍTULO XXI REMUNERAÇÃO E SALÁRIO

I. INTRODUÇÃO	841
II. REMUNERAÇÃO E SALÁRIO: DISTINÇÕES	841
1. Salário: definição.....	841
2. Remuneração: definição e distinções	842
Remuneração e Gorjetas.....	842
3. Remuneração: nova regulação das gorjetas	846
III. SALÁRIO: DENOMINAÇÕES	848
1. Denominações Impróprias	849
A) Salário de Contribuição e Salário de Benefício.....	849
B) Salário-Família	849
C) Salário-Maternidade	850
D) Salário-Educação.....	852
E) Salário Mínimo de Referência	852
F) Salário Social	852

2. Denominações Próprias.....	853
A) Salário Mínimo, Salário Profissional, Salário Normativo.....	853
Piso Salarial.....	853
B) Salário Básico	854
C) Salário Isonômico, Salário Equitativo, Salário Substituição, Salário Supletivo.....	854
D) Salário Judicial.....	855
E) Salário Complessivo	855
F) Salário Condição	855
G) Salário Progressivo.....	855
H) Outras Denominações	856
IV. SALÁRIO: COMPOSIÇÃO E DISTINÇÕES.....	856
Efeito Expansionista Circular	856
1. Composição do Salário (Parcelas Salariais).....	856
A) Parcelas Salariais Tipificadas	857
B) Parcelas Salariais Não Tipificadas.....	857
C) Parcelas Salariais Dissimuladas	857
2. Parcelas Salariais Dissimuladas	858
A) Diárias para Viagem e Ajudas de Custo	858
B) Outras Parcelas Salariais Dissimuladas	860
V. PARCELAS NÃO SALARIAIS	860
1. Classificação Segundo a Natureza Jurídica	861
A) Parcelas de Natureza Indenizatória.....	861
B) Parcelas Meramente Instrumentais	861
Outras Utilidades Não Salariais	862
C) Parcelas de Direito Intelectual	862
D) Participação nos Lucros ou Resultados.....	862
<i>Stock Options</i> : enquadramento jurídico	863
E) Parcelas Previdenciárias Oficiais	865
F) Parcelas Previdenciárias Privadas	868
G) Parcelas de Seguridade Social	868
H) Parcelas Pagas por Terceiros.....	870
2. Classificação Segundo a Origem (ou Devedor Principal).....	872
A) Parcelas Não Salariais Devidas e Pagas pelo Empregador.....	873
B) Parcelas Não Salariais Pagas Através do Empregador, Embora Não Devidas por Ele ..	873
C) Parcelas Pagas por Terceiros ao Empregado	874
VI. CARACTERES DO SALÁRIO.....	874
VII. CLASSIFICAÇÃO DO SALÁRIO	881
1. Tipologias Principais	881
2. Modos de Aferição Salarial: tipos de salário	883
A) Salário por Unidade de Tempo.....	883
B) Salário por Unidade de Obra	885
C) Salário-Tarefa.....	887

VIII. MEIOS DE PAGAMENTO SALARIAL: SALÁRIO-UTILIDADE	888
1. Caracterização do Salário-utilidade	888
A) Requisitos Essenciais	888
Excludentes do Salário-utilidade	889
B) O Papel da Onerosidade Unilateral da Utilidade	893
2. O Papel da Norma Jurídica Concessora da Utilidade	894
3. Rol de Utilidades Pertinentes	896
4. Repercussões da Utilidade no Contrato de Trabalho	896
A) Efeitos Contratuais da Utilidade Salarial	896
B) Valor da Utilidade no Contrato	898
5. Especificidades do Salário <i>In Natura</i> no Campo	899
6. Especificidades do Salário <i>In Natura</i> nos Contratos Domésticos	901
IX. PARCELAS SALARIAIS: MODALIDADES ESPECIAIS DE SALÁRIOS	902
1. Salário Básico	903
2. Abono	904
A) Enquadramento Clássico	904
B) Novo Enquadramento: Lei n. 13.467/2017	906
3. Adicionais	906
A) Caracterização	906
B) Classificação	907
4. Gratificações	909
A) Caracterização	909
B) Repercussões Contratuais	912
5. 13º Salário	912
6. Comissões	914
A) Caracterização	914
B) Vendedores, Viajantes ou Pracistas	916
a) Últimação do Negócio – data presumida	916
b) Pagamento da Comissão	917
c) Risco Concernente às Vendas	917
d) Inspeção e Fiscalização pelo Vendedor	918
e) Exclusividade de Zona de Trabalho	918
f) Cláusula “ <i>Star del Credere</i> ”	918
7. Prêmios (ou Bônus)	919
A) Enquadramento Clássico	919
B) Novo Enquadramento: Lei n. 13.467/2017	921
8. Outras Parcelas Salariais	921
A) Caracterização	921
B) Ajudas de Custo e Diárias de Viagem Irregulares	922
C) Aluguel de Veículos e Ajuda Combustível Irregulares	922
9. Parcelas Peculiares do Contrato do Atleta Profissional	923
A) Luvas e Bichos	924
a) Luvas	924
b) Bichos	925

B) Direito de Imagem e Direito de Arena	925
a) Direito de Imagem.....	925
b) Direito de Arena	927

CAPÍTULO XXII
SISTEMA DE GARANTIAS SALARIAIS

I. INTRODUÇÃO	930
II. PROTEÇÕES JURÍDICAS QUANTO AO VALOR DO SALÁRIO.....	931
1. Irredutibilidade Salarial.....	932
2. Correção Salarial Automática.....	936
3. Patamar Salarial Mínimo Imperativo.....	938
A) Salário Mínimo Legal	938
Piso Salarial Estadual	941
B) Salário Profissional	942
C) Salário Normativo e Salário Convencional	943
III. PROTEÇÕES JURÍDICAS CONTRA ABUSOS DO EMPREGADOR.....	943
1. Critérios Legais de Pagamento Salarial: tempo, lugar, meios	944
A) Tempo de Pagamento	944
B) Lugar de Pagamento.....	946
C) Meios de Pagamento	947
2. Irredutibilidade Salarial.....	949
3. Intangibilidade Salarial: controle de descontos.....	950
A) Regra Geral de Intangibilidade	950
B) Descontos Salariais Autorizados.....	950
C) A Especificidade Rurícola no Tema dos Descontos.....	954
IV. PROTEÇÕES JURÍDICAS CONTRA DISCRIMINAÇÕES NA RELAÇÃO DE EMPREGO	954
1. Não Discriminação e Isonomia: distinções	955
2. Proteções Antidiscriminatórias Trabalhistas: linhas gerais	958
3. Constituição de 1988: importância na temática antidiscriminatória	958
4. Tradicionais Proteções Antidiscriminatórias.....	959
5. Novas Proteções Antidiscriminatórias a Contar de 1988	961
A) Discriminação Contra a Mulher.....	961
B) Discriminação Contra Trabalhador Menor de 18 Anos	964
A EC n. 65/2010 e o Conceito de <i>Jovem</i>	969
C) Discriminação Contra o Estrangeiro	970
Isonomia entre Brasileiro e Estrangeiro	971
D) Discriminação Contra a Pessoa com Deficiência	973
E) Discriminação Contra a Pessoa com Doença Grave.....	974
F) Discriminação em Face do Tipo de Trabalho.....	976
G) Isonomia com Respeito ao Trabalhador Avulso	978

6. Antidiscriminação e Equiparação de Salários	979
A) Requisitos da Equiparação Salarial	979
a) Identidade de Funções.....	980
b) Identidade de Empregador.....	981
c) Identidade de Localidade	981
d) Simultaneidade no Exercício Funcional.....	983
B) Outros Elementos de Relevância no Tema Equiparatório	984
a) Diferença de Perfeição Técnica	984
b) Diferença de Produtividade.....	985
Uma Particularidade: salário por unidade de obra.....	985
c) Diferença de Tempo de Serviço	986
d) Existência de Quadro de Carreira.....	986
e) Paradigma em Readaptação Funcional.....	988
C) Um Debate: desnível salarial resultante de decisão judicial favorável ao paradigma	988
D) Equiparação Salarial: ônus da prova	990
E) Isonomia entre Brasileiro e Estrangeiro (art. 358, CLT).....	991
a) Recepção <i>versus</i> Não Recepção.....	991
b) Análise do Tipo Isonômico	992
7. Antidiscriminação Salarial em Empresas com Quadro de Carreira	993
A) Requisitos do Quadro de Carreira	994
B) Proteções Antidiscriminatórias	995
8. Antidiscriminação e Substituição de Empregados	996
A) Diferenciação Relevante: substituição interina ou provisória e substituição meramente eventual.....	997
B) “Substituição Permanente”: ocupação de cargo vago	998
9. Antidiscriminação e Terceirização Trabalhista	999
A) Terceirização Provisória (contrato de trabalho temporário)	999
B) Terceirização Permanente	1001
C) Terceirização e Discriminação: problemas e soluções no Direito	1002
a) Terceirização Permanente em Entidades Estatais.....	1003
b) O Problema Discriminatório na Terceirização Lícita	1004
V. PROTEÇÕES JURÍDICAS CONTRA CREDORES DO EMPREGADOR	1006
1. Proteção Jurídica Mediante a Responsabilidade Trabalhista	1007
2. Proteção Jurídica na Concordata do Empregador.....	1009
3. Proteção Jurídica na Recuperação Judicial ou Extrajudicial	1009
4. Proteção Jurídica na Falência do Empregador.....	1011
Competência Judicial.....	1014
5. Proteção Jurídica na Liquidação Extrajudicial do Empregador.....	1015
VI. PROTEÇÕES JURÍDICAS CONTRA CREDORES DO EMPREGADO	1016
1. Impenhorabilidade do Salário	1017
2. Restrições à Compensação.....	1018
3. Critério de Correção Monetária.....	1020
4. Inviabilidade da Cessão do Crédito Salarial	1022

CAPÍTULO XXIII
DURAÇÃO DO TRABALHO — JORNADA

I. INTRODUÇÃO	1024
1. Jornada e Salário	1024
2. Jornada e Saúde no Trabalho	1025
3. Jornada e Emprego	1027
II. DISTINÇÕES RELEVANTES — DURAÇÃO, JORNADA, HORÁRIO	1029
1. Duração do Trabalho	1029
2. Jornada de Trabalho	1029
3. Horário de Trabalho	1030
III. COMPOSIÇÃO DA JORNADA DE TRABALHO	1031
1. Critérios Básicos de Fixação da Jornada	1031
A) Tempo Efetivamente Trabalhado	1031
B) Tempo à Disposição	1032
C) Tempo de Deslocamento	1033
Tempo de Deslocamento — horas <i>in itinere</i>	1034
2. Critérios Especiais de Fixação da Jornada	1036
A) Tempo de Prontidão	1037
B) Tempo de Sobreaviso	1037
BIPs, <i>paggers</i> , telefones celulares e outros instrumentos de comunicação	1038
C) Tempo Residual à Disposição	1040
3. Jornada: tronco básico e componentes suplementares	1041
A) Tronco Básico	1041
B) Componentes Suplementares	1042
4. A Peculiaridade dos Motoristas Profissionais no Tema da Duração do Trabalho	1043
A) Lei n. 12.619/2012: tempo de repouso, tempo de espera, tempo de reserva	1044
B) Lei n. 15.103/2015: novas regras jurídicas	1046
IV. NATUREZA DAS NORMAS RELATIVAS À JORNADA: TRANSAÇÃO E FLEXIBILIZAÇÃO	1049
1. Natureza das Normas Relativas à Jornada	1049
2. Transação e Flexibilização da Jornada: possibilidades e limites	1050
A) Critérios Gerais Informativos	1050
B) Flexibilização e Compensação de Jornada	1054
a) Título Jurídico Autorizador e Prazo Compensatório	1054
b) Dinâmica do Banco de Horas	1057
c) Restrições ao Regime Compensatório	1059
C) Flexibilização de Horas <i>in itinere</i>	1061
V. MODALIDADES DE JORNADA — O PROBLEMA DO CONTROLE	1063
1. Modalidades de Jornada de Trabalho	1063
2. Jornadas Controladas	1063

3. Jornadas Não Controladas	1065
A) Atividade Externa Incompatível com a Fixação de Horário.....	1066
a) A Peculiaridade dos Motoristas Profissionais.....	1067
b) Trabalho no Domicílio (<i>Home Office</i>) e Teletrabalho (novo inciso III do art. 62 da CLT).....	1068
B) Exercentes de Cargos de Gestão	1070
4. Jornada Não Tipificada: antiga regência normativa da categoria doméstica	1071
EC n. 72/2013: extensão da regulação normativa.....	1072
VI. JORNADA PADRÃO DE TRABALHO	1073
VII. JORNADAS ESPECIAIS DE TRABALHO	1075
1. Caracterização das Jornadas Especiais	1075
2. Categorias Específicas	1076
A) Jornadas Superiores a 8 horas	1076
Jornada de Plantão 12 X 36 Horas	1077
B) Jornadas Inferiores a 8 horas	1078
3. Turnos Ininterruptos de Revezamento	1080
A) Caracterização da Figura Jurídica	1081
B) Efeitos Jurídicos do Art. 7º, XIV, CF/88.....	1083
C) Negociação Coletiva e Jornada Ampliada	1084
4. Atividade Contínua de Digitação	1084
VIII. JORNADA EXTRAORDINÁRIA	1087
1. Caracterização da Jornada Extraordinária.....	1087
A) Jornada Extraordinária e Jornada Suplementar	1088
B) Prorrogações Regulares e Irregulares.....	1090
2. Tipos de Jornadas Extraordinárias.....	1090
A) Tipologia pela Causa da Prorrogação.....	1091
a) Acordo de Prorrogação de Jornada	1091
b) Regime de Compensação de Jornada.....	1094
c) Prorrogação em Virtude de Força Maior	1095
d) Prorrogação em Virtude de Serviços Inadiáveis	1097
e) Prorrogação para Reposição de Paralisações Empresariais.....	1098
B) Tipologia pelo Título Jurídico Autorizador da Prorrogação	1099
C) Tipologia pelo Tempo Lícito de Prorrogação.....	1101
3. Efeitos da Jornada Extraordinária.....	1103
IX. TRABALHO EM REGIME DE TEMPO PARCIAL	1105
1. Regência Normativa Provida da Década de 1990	1105
A) Trabalho em Regime de Tempo Parcial: tipificação	1108
B) Efeitos do Regime de Tempo Parcial	1109
C) Alteração Contratual para o Regime de Tempo Parcial	1110
2. Regência Normativa Inserida pela Lei n. 13.467/2017.....	1111
X. JORNADA NOTURNA.....	1113
1. Parâmetros da Jornada Noturna.....	1113
2. Efeitos Jurídicos da Jornada Noturna	1115
3. Restrições ao Trabalho Noturno	1118

CAPÍTULO XXIV
PERÍODOS DE DESCANSO: INTERVALOS, REPOUSO SEMANAL E EM FERIADOS

I. INTRODUÇÃO	1120
II. INTERVALOS TRABALHISTAS: ANÁLISE JURÍDICA.....	1121
1. Relevância dos Intervalos Trabalhistas.....	1121
A) Intervalos e Saúde no Trabalho	1121
B) Transação e Flexibilização dos Intervalos: possibilidades e limites.....	1123
2. Modalidades de Intervalos Trabalhistas.....	1128
3. Intervalos Intraornadas: caracterização e efeitos jurídicos	1128
A) Objetivos dos Intervalos Intraornadas.....	1128
B) Classificação dos Intervalos Intraornadas.....	1129
a) Intervalos Comuns e Especiais.....	1130
b) Intervalos Remunerados e Não Remunerados.....	1130
Quadro de Intervalos Intraornadas	1131
C) Intervalos Intraornadas: repercussões jurídicas de seu desrespeito.....	1132
a) Desrespeito a Intervalo Remunerado	1133
b) Desrespeito a Intervalo Não Remunerado.....	1133
D) Intervalos Intraornadas: outras regras aplicáveis	1136
4. Intervalos Interornadas: caracterização e efeitos jurídicos	1137
A) Objetivos dos Intervalos Interornadas.....	1137
B) Classificação dos Intervalos Interornadas.....	1138
a) Intervalos Interornadas e Intersemanais.....	1138
b) Intervalos Comuns e Especiais.....	1138
c) Intervalos Remunerados e Não Remunerados.....	1139
Quadro de Intervalos Interornadas	1139
C) Intervalos Interornadas: repercussões jurídicas de seu desrespeito.....	1140
a) Desrespeito ao Intervalo Interornadas	1140
b) Desrespeito ao Intervalo Intersemanal	1141
III. DESCANSO SEMANAL E EM FERIADOS: ANÁLISE JURÍDICA.....	1142
1. Aproximação das Figuras Jurídicas	1142
Normatização Aplicável	1142
2. Descanso Semanal: caracterização e efeitos jurídicos.....	1144
A) Caracterização do Descanso Semanal.....	1144
a) Lapsos Temporais.....	1144
b) Ocorrência Semanal do Descanso	1145
c) Coincidência Preferencial com o Domingo	1146
d) Imperatividade do Descanso Semanal	1149
B) Remuneração do Descanso Semanal	1149
a) Requisitos da Remuneração.....	1149
b) Valor da Remuneração	1150
c) Remuneração do Dia de Descanso Efetivamente Trabalhado	1151

3. Descanso em Feriados: caracterização, especificidades e efeitos jurídicos	1153
A) Tipos de Feriados.....	1154
a) Feriados Civis e Religiosos.....	1154
a.1) Feriados Civis.....	1154
a.2) Feriados Religiosos	1155
b) Feriados Nacionais, Regionais e Locais.....	1155

CAPÍTULO XXV
PERÍODOS DE DESCANSO: FÉRIAS ANUAIS REMUNERADAS

I. INTRODUÇÃO	1157
1. Objetivos das Férias	1157
2. Normatização Aplicável.....	1158
II. CARACTERIZAÇÃO	1159
III. AQUISIÇÃO DAS FÉRIAS E SUA DURAÇÃO.....	1162
1. Aquisição do Direito a Férias (Período Aquisitivo)	1163
2. Fatores Prejudiciais à Aquisição das Férias	1163
Situações Especiais.....	1164
3. Duração das Férias Adquiridas.....	1165
A) Duração Genérica das Férias	1165
B) Duração em Contratos de Tempo Parcial	1166
Restrições Específicas	1168
C) Duração em Contratos Domésticos.....	1169
IV. CONCESSÃO E GOZO DAS FÉRIAS	1171
1. Concessão Regular das Férias (Período Concessivo).....	1171
A) Fracionamento das Férias Antes da Lei n. 13.467/2017.....	1172
B) Fracionamento das Férias em Três Períodos (Lei n. 13.467/2017).....	1175
C) Época de Concessão das Férias.....	1175
2. Concessão Extemporânea das Férias	1176
V. FÉRIAS INDIVIDUAIS E COLETIVAS.....	1178
1. Férias Individuais: procedimentos concessivos.....	1178
2. Férias Coletivas: especificidades e procedimentos concessivos.....	1179
A) Caracterização das Férias Coletivas	1179
B) Procedimentos Concessivos.....	1181
VI. REMUNERAÇÃO DAS FÉRIAS	1181
1. Cálculo da Remuneração.....	1182
A) Cálculo Salarial	1182
B) Parcelas Integradas	1182
C) Parcelas Não Integradas	1183
2. Remuneração Simples.....	1183
3. Remuneração Dobrada.....	1184
Natureza Jurídica da Dobra.....	1184
4. Terço Constitucional de Férias.....	1185

5. Conversão Pecuniária das Férias (Abono Pecuniário)	1187
Conversão Pecuniária e Contratos em Regime de Tempo Parcial	1189
VII. FÉRIAS E EXTINÇÃO DO CONTRATO: EFEITOS	1190
1. Férias Vencidas e Extinção Contratual	1190
2. Férias Simples e Extinção Contratual	1191
3. Férias Proporcionais e Extinção Contratual	1191
VIII. NATUREZA JURÍDICA DAS FÉRIAS	1194
IX. PRESCRIÇÃO: REGRAS APLICÁVEIS	1196
1. Contagem em Função do Término do Período Concessivo	1196
2. Contagem em Função do Término do Contrato de Trabalho	1197

CAPÍTULO XXVI
FORMAÇÃO E ALTERAÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO

I. INTRODUÇÃO	1198
II. FORMAÇÃO CONTRATUAL TRABALHISTA	1198
Experiência Prévia (art. 442-A, CLT)	1199
III. FORMAÇÃO DO CONTRATO: MOMENTO E LOCAL	1200
1. Policitização e Formação Contratual	1200
2. Formação Contratual e Competência Judicial Trabalhista	1201
IV. FORMAÇÃO CONTRATUAL: PROBLEMAS DO PRÉ-CONTRATO	1202
Indenização pela Perda de Uma Chance	1204
V. ALTERAÇÕES CONTRATUAIS TRABALHISTAS: SUBJETIVAS E OBJETIVAS	1205
1. Alterações Contratuais Subjetivas	1205
2. Alterações Contratuais Objetivas	1206
VI. ALTERAÇÕES CONTRATUAIS OBJETIVAS: CLASSIFICAÇÃO	1206
1. Classificação Segundo a Origem	1207
2. Classificação Segundo a Obrigatoriedade	1207
3. Classificação Segundo o Objeto	1208
4. Classificação Segundo os Efeitos	1208
VII. ALTERAÇÕES CONTRATUAIS OBJETIVAS: PRINCÍPIOS APLICÁVEIS	1209
1. Princípios Aplicáveis	1209
A) Princípio da Inalterabilidade Contratual Lesiva	1209
B) Princípio do Direito de Resistência Obreiro	1213
C) Diretriz do <i>Jus Variandi</i> Empresarial	1214
2. Princípios Informativos: contradição aparente e compatibilização	1216
3. Critérios Autorizativos do <i>Jus Variandi</i> Empresarial	1217
VIII. ALTERAÇÕES OBJETIVAS DO TIPO QUALITATIVO	1219
1. Conceituação	1219
2. Alteração de Função	1219
A) Conceito e Distinções	1219
B) Regras Aplicáveis	1221
Compatibilização Normativa	1222
C) Alterações Funcionais Favoráveis e Desfavoráveis	1222

D) Alterações Funcionais Lícitas	1223
a) Situações Excepcionais ou de Emergência	1224
b) Substituição Temporária.....	1224
c) Destituição do Cargo ou Função de Confiança.....	1224
Reversão/Retrocessão/Rebaixamento	1226
d) Extinção do Cargo ou Função.....	1226
e) Alteração de PCS ou Quadro de Carreira.....	1227
f) Readaptação Funcional por Causa Previdenciária.....	1227
g) Promoção ou Remoção	1229
IX. ALTERAÇÕES OBJETIVAS DO TIPO QUANTITATIVO	1230
1. Conceito e Modalidades.....	1230
2. Alteração da Duração do Trabalho: modalidades	1230
A) Alterações Ampliativas da Duração do Trabalho.....	1230
a) Classificação das Alterações Ampliativas Lícitas.....	1230
a.1) Causa da Prorrogação.....	1230
a.2) Título Jurídico da Prorrogação	1233
a.3) Tipologia pelo Tempo Lícito de Prorrogação	1234
b) Prorrogações Realizadas Irregularmente	1236
c) Efeitos Jurídicos do Trabalho Extraordinário.....	1236
B) Alterações Redutoras da Duração do Trabalho	1238
C) Alterações de Horário de Trabalho	1241
3. Alteração de Salário: modalidades.....	1242
A) Elevações Salariais.....	1242
B) Reduções Salariais	1242
a) Redução Salarial Direta	1243
a.1) Redução Nominal de Salários	1243
a.2) Redução Real de Salários	1244
b) Redução Salarial Indireta.....	1244
X. ALTERAÇÕES OBJETIVAS DO TIPO CIRCUNSTANCIAL.....	1245
1. Conceituação	1245
2. Alteração do Local de Trabalho no País	1245
A) Distinções.....	1246
a) Remoções Relevantes e Não Relevantes	1246
b) Remoções Lícitas e Remoções Ilícitas	1247
B) Efeitos da Remoção/Transferência	1248
C) Adicional de Transferência.....	1249
a) Pontos Consensuais	1249
b) Critérios de Incidência do Adicional	1249
c) Novo Critério Incidente: Lei Maria da Penha (n. 11.340/2006)	1251
d) Adicional: valor e repercussões contratuais.....	1253
D) Ajuda de Custo por Transferência.....	1253

E) Empregados Intransferíveis	1253
a) Empregados Estáveis e Dirigentes Sindicais.....	1253
b) Outros Obreiros Relativamente Protegidos	1255
3. Transferência Obreira para o Exterior.....	1256
A) Inviabilidade do <i>Jus Variandi</i>	1256
B) Diploma Especial: Lei n. 7.064/82.....	1257
a) Critérios e Direitos da Lei n. 7.064.....	1257
b) Aplicação Analógica da Lei n. 7.064	1258
C) Atenuação Gradativa da Súmula 207, com Alargamento da Incidência da Lei n. 7.064/82.	1260
D) Generalização da Lei n. 7.064 pela Lei n. 11.962/2009.....	1260

CAPÍTULO XXVII
INTERRUPÇÃO E SUSPENSÃO DO CONTRATO DE TRABALHO

I. INTRODUÇÃO	1262
II. CONCEITO E DENOMINAÇÕES.....	1262
1. Conceituação	1262
2. Denominações	1263
III. DISTINÇÕES RELEVANTES	1264
1. Interrupção e Suspensão: críticas à tipologia celetista	1264
2. Distinções Existentes	1266
A) Suspensão: características	1266
B) Interrupção: características.....	1267
IV. SUSPENSÃO (OU SUSPENSÃO TOTAL) — CASOS TIPIFICADOS E EFEITOS JURÍDICOS...	1267
1. Suspensão por Motivo Alheio à Vontade Obreira	1267
Atenuação de Efeitos Jurídicos	1269
2. Suspensão por Motivo Lícito Atribuível ao Empregado	1270
3. Suspensão por Motivo Ilícito Atribuível ao Empregado.....	1270
4. Suspensão: efeitos jurídicos	1271
A) Efeitos Contratuais da Suspensão.....	1271
a) Suspensão e Justa Causa	1272
b) Suspensão e Pedido de Demissão	1272
B) Prazo para Retorno após Suspensão.....	1273
V. INTERRUPTÃO (OU SUSPENSÃO PARCIAL) — CASOS TIPIFICADOS E EFEITOS JURÍDICOS	1274
1. Casos de Interrupção Contratual	1274
2. Interrupção: efeitos jurídicos	1277
A) Efeitos Contratuais da Interrupção.....	1277
B) Prazo para Retorno após a Interrupção.....	1278
VI. INTERRUPTÃO E SUSPENSÃO: SITUAÇÕES CONTROVERTIDAS.....	1278
1. Serviço Militar.....	1279
2. Acidente do Trabalho ou Doença Profissional/Ocupacional	1281

3. Afastamento Maternidade	1283
A) Aspectos Legais	1283
B) Enquadramento Jurídico	1286
4. Encargos Públicos	1287
5. Afastamento da Trabalhadora em Face de Violência (Lei <i>Maria da Penha</i>)	1289
VII. CASOS EM DESTAQUE — SUSPENSÃO DISCIPLINAR E SUSPENSÃO PARA INQUÉRITO ..	1292
1. Suspensão Disciplinar	1292
A) Natureza Jurídica	1292
B) Critérios de Aplicação da Pena Suspensiva	1292
C) Limites à Penalidade	1293
D) Dosagem Judicial da Suspensão: debate	1293
2. Suspensão para Inquérito	1294
A) Cabimento da Figura	1294
B) Natureza Jurídica	1296
C) Prazos Legais	1296
D) Efeitos da Sentença do Inquérito	1297
E) Suspensão Preventiva e Reintegração Liminar	1298
VIII. NOVO CASO EM DESTAQUE: SUSPENSÃO PARA QUALIFICAÇÃO PROFISSIONAL DO EMPREGADO	1299
1. Requisitos da Nova Hipótese Suspensiva	1299
Desrespeito aos Requisitos Legais	1300
2. Prazo Legal	1301
3. Efeitos da Suspensão Contratual	1301
A) Bolsa de Qualificação Profissional	1302
B) Parcelas Devidas pelo Empregador ao Obreiro Afastado	1302
C) Ruptura Contratual	1303
Desestímulo Rescisório	1304
IX. INTERRUPTÃO E SUSPENSÃO NOS CONTRATOS A TERMO	1304
1. Regência Normativa Especial dos Contratos a Termo	1305
A) Extinção Peremptória do Contrato	1305
B) Extinção Contratual Prorrogada	1306
C) Resgate do Prazo de Afastamento	1307
2. Afastamento Acidentário e Contratos a Termo: exceção constitucional configurada	1307
3. Afastamento da Gestante em Contratos a Termo: outra exceção constitucional	1308

CAPÍTULO XXVIII

TÉRMINO DO CONTRATO DE TRABALHO — MODALIDADES E EFEITOS

I. INTRODUÇÃO	1310
II. EXTINÇÃO CONTRATUAL — PRINCÍPIOS APLICÁVEIS	1311
1. Princípio da Continuidade da Relação de Emprego	1312
2. Princípio das Presunções Favoráveis ao Trabalhador	1315
3. Princípio da Norma mais Favorável	1316

III. RESTRIÇÕES À EXTINÇÃO CONTRATUAL	1317
1. Restrições a Contratos a Termo.....	1318
2. Estabilidade e Garantias de Emprego	1319
3. Interrupção e Suspensão Contratuais.....	1321
4. Motivação da Dispensa pelo Empregador	1322
A) Convenção 158 da OIT	1324
B) Concurso Público e Motivação da Dispensa.....	1325
IV. EXTINÇÃO CONTRATUAL — EVOLUÇÃO JURÍDICA NO BRASIL.....	1327
1. Antigo Modelo Jurídico Celetista.....	1328
2. O FGTS e a Liberalização do Mercado de Trabalho.....	1328
3. Constituição de 1988 e Extinção do Contrato de Trabalho.....	1331
A) Universalização do FGTS e Revogação do Sistema Celetista	1331
B) Restrição à Dispensa Arbitrária ou Sem Justa Causa	1332
4. Dispensa Coletiva: novas leituras da Constituição	1334
V. MODALIDADES DE EXTINÇÃO CONTRATUAL: TIPOLOGIAS	1337
1. Classificação Civilista: modos normal e anormal de extinção	1338
2. Classificação Segundo as Causas de Extinção.....	1340
3. Outra Classificação: resilição, resolução e rescisão do contrato.....	1342
VI. EFEITOS DA EXTINÇÃO CONTRATUAL.....	1344
1. Extinção dos Contratos por Tempo Determinado	1344
A) Extinção Normal.....	1344
B) Extinção Anormal	1345
a) Dispensa Antecipada por Ato Empresarial.....	1345
b) Pedido de Demissão Antecipado pelo Obreiro	1347
2. Extinção dos Contratos por Tempo Indeterminado	1348
A) Modalidades Extintivas e Parcelas Rescisórias.....	1350
a) Dispensa arbitrária (<i>ou</i> despedida sem justa causa <i>ou, ainda,</i> dispensa desmotivada).....	1350
b) Pedido de demissão pelo obreiro.....	1352
c) Distrato trabalhista — extinção por acordo e extinção por adesão a PDV e/ou PDI ...	1353
d) Dispensa por justa causa operária.....	1355
e) Ruptura por infração empresarial (rescisão indireta)	1355
f) Ruptura por culpa recíproca.....	1356
g) Extinção da empresa ou do estabelecimento	1357
h) Morte do empregado ou do empregador-pessoa natural.....	1358
B) Outros Pagamentos Rescisórios.....	1360
3. Penalidades Relativas ao Pagamento Rescisório	1360
A) Pena do Art. 477, da CLT	1361
B) Pena do Art. 467, da CLT	1363
Entidades Estatais: não exclusão da pena	1363
VII. FORMALIDADES RESCISÓRIAS	1365
1. Capacidade do Empregado	1366

2. Homologação Rescisória: formalidades e assistência.....	1368
3. Rescisão via Comissões de Conciliação Prévia	1371
A) Problemas no Enquadramento Jurídico da Nova Figura	1372
B) Formalidades e Poderes Rescisórios	1372

CAPÍTULO XXIX

TÉRMINO DO CONTRATO POR ATO LÍCITO DAS PARTES: DISPENSA SEM JUSTA CAUSA E DISPENSA MOTIVADA, MAS SEM CULPA OBREIRA. PEDIDO DE DEMISSÃO PELO EMPREGADO. RESILIÇÃO BILATERAL: EXTINÇÃO POR ACORDO E EXTINÇÃO POR ADESÃO A PDV/PDI. O INSTITUTO DO AVISO-PRÉVIO

I. INTRODUÇÃO	1375
II. TÉRMINO CONTRATUAL POR ATO LÍCITO DAS PARTES — RESILIÇÃO UNILATERAL: NATUREZA JURÍDICA.....	1376
1. O Contraponto da Convenção 158 da OIT	1378
2. Entidades Estatais: o contraponto da motivação da dispensa.....	1379
III. RESILIÇÃO POR ATO EMPRESARIAL — DISPENSA INJUSTA.....	1380
1. Modalidades de Despedidas.....	1381
A) Classificação Conforme a Motivação da Dispensa.....	1381
B) Despedidas Individuais e Coletivas	1382
a) Despedidas Coletivas: inferências constitucionais.....	1383
b) Reforma trabalhista e dispensas coletivas (novo art. 477-A, CLT).....	1385
2. Aspectos Próprios à Despedida Injusta	1387
3. Limitações à Dispensa Injusta	1389
A) Causas Restritivas	1389
B) Efeitos da Dispensa Irregular.....	1393
IV. DISPENSA MOTIVADA POR FATORES TÉCNICOS, ECONÔMICOS OU FINANCEIROS	1397
1. Convenção 158 da OIT.....	1397
2. Motivação da Dispensa do Servidor Celetista Concursado.....	1399
3. Dispensa Motivada <i>versus</i> Dispensa Arbitrária: outros aspectos	1400
V. RESILIÇÃO POR ATO OBREIRO — PEDIDO DE DEMISSÃO.....	1402
VI. RESILIÇÃO BILATERAL — DISTRATO TRABALHISTA: EXTINÇÃO POR ACORDO E EXTINÇÃO POR ADESÃO A PDV/PDI.....	1404
1. Extinção por Acordo Bilateral (novo art. 484-A, CLT).....	1405
2. Extinção por Adesão do Empregado a PDV ou PDI.....	1406
VII. O AVISO-PRÉVIO NAS RUPTURAS CONTRATUAIS	1407
1. Conceito e Natureza Jurídica.....	1407
2. Cabimento do Aviso-Prévio.....	1408
3. Prazos, Tipos e Efeitos	1410
A) Prazos do Aviso-Prévio	1410
B) Tipos de Aviso-Prévio.....	1410
C) Efeitos do Aviso-Prévio	1412
4. A Proporcionalidade do Pré-Aviso (Lei n. 12.506/2011).....	1414

CAPÍTULO XXX
TÉRMINO DO CONTRATO POR ATO CULPOSO DO EMPREGADO:
DISPENSA POR JUSTA CAUSA

I. INTRODUÇÃO	1418
II. CARACTERIZAÇÃO DAS INFRAÇÕES TRABALHISTAS: SISTEMAS PERTINENTES	1418
III. JUSTA CAUSA E FALTA GRAVE: CONCEITO E DIFERENCIAÇÃO	1420
IV. INFRAÇÕES OBREIRAS: CRITÉRIOS DE APLICAÇÃO DE PENALIDADES.....	1422
1. Requisitos Objetivos	1424
2. Requisitos Subjetivos.....	1425
3. Requisitos Circunstanciais	1426
V. INFRAÇÕES OBREIRAS TIPIFICADAS: JUSTAS CAUSAS	1429
1. Infrações do Art. 482 da CLT	1430
2. Outras Infrações Obreiras Tipificadas.....	1441
3. Infrações Obreiras em Destaque: assédio sexual e assédio moral	1445
VI. PUNIÇÕES TRABALHISTAS.....	1448
1. Penalidades Acolhidas.....	1448
2. Penalidades Rejeitadas	1451

CAPÍTULO XXXI
TÉRMINO DO CONTRATO POR ATO CULPOSO DO EMPREGADOR: RESCISÃO INDIRETA

I. INTRODUÇÃO	1454
II. INFRAÇÃO EMPRESARIAL — APROXIMAÇÕES E ESPECIFICIDADES EM FACE DA JUSTA CAUSA OBREIRA.....	1454
1. Requisitos Objetivos	1455
2. Requisitos Subjetivos.....	1456
3. Requisitos Circunstanciais	1457
III. FIGURAS DE INFRAÇÃO EMPRESARIAL	1459
1. Infrações do Art. 483 da CLT	1459
2. Infrações Empresariais em Destaque: assédio moral e assédio sexual.....	1464
A) Assédio Moral.....	1464
B) Assédio Sexual.....	1466
3. Infração Patronal Doméstica Peculiar: violência doméstica ou familiar contra mulheres.....	1467
IV. PROCEDIMENTOS APLICÁVEIS À RESCISÃO INDIRETA.....	1468
1. Ação Trabalhista com Pleito de Rescisão Indireta.....	1468
2. Rescisão Indireta e Afastamento do Empregado do Trabalho.....	1470
A) Afastamento do Trabalho: possibilidade jurídica.....	1470
B) Afastamento Laborativo e Improcedência do Pedido: efeitos jurídicos.....	1471
V. SITUAÇÕES ESPECIAIS DE TÉRMINO CONTRATUAL PREVISTAS NO ART. 483 DA CLT ...	1473
1. Desempenho de Obrigações Legais Incompatíveis.....	1473
2. Morte do Empregador Constituído em Firma Individual.....	1473
VI. TÉRMINO CONTRATUAL POR CULPA RECÍPROCA DAS PARTES.....	1475
VII. RESOLUÇÃO CONTRATUAL CULPOSA E CONTRATOS DOMÉSTICOS.....	1476

CAPÍTULO XXXII
ESTABILIDADE E GARANTIAS DE EMPREGO. INDENIZAÇÕES RESCISÓRIAS — FGTS

I. INTRODUÇÃO	1478
II. AS ANTIGAS ESTABILIDADE E INDENIZAÇÃO CELETISTAS E O REGIME DO FGTS.....	1479
1. Antigo Modelo Jurídico Celetista.....	1480
2. O FGTS e a Liberalização do Mercado de Trabalho.....	1481
3. Constituição de 1988 e Extinção do Contrato de Trabalho.....	1484
A) Universalização do FGTS e Revogação do Sistema Celetista.....	1484
B) Restrição à Dispensa Arbitrária ou Sem Justa Causa	1484
C) Dispensa Coletiva: graduação do poder empresarial.....	1487
III. ESTABILIDADE NO EMPREGO	1490
1. Estabilidade Celetista.....	1490
2. Estabilidade do Art. 19 do ADCT da Constituição de 1988.....	1491
3. Estabilidade do Art. 41 da Constituição de 1988	1492
4. Estabilidade Advinda de Ato Empresarial	1495
IV. GARANTIAS DE EMPREGO (ESTABILIDADES PROVISÓRIAS)	1496
1. Estabilidades Provisórias de Origem Constitucional	1498
A) Imunidade Sindical.....	1498
B) Dirigente de CIPA e Mulher Gestante	1499
2. Estabilidades Provisórias de Origem Legal	1501
V. ESTABILIDADE E GARANTIAS DE EMPREGO: CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DA DISPENSA IRREGULAR.....	1504
Peculiaridade do Dirigente de CIPA.....	1507
VI. INDENIZAÇÕES POR TEMPO DE SERVIÇO OU RUPTURA CONTRATUAL.....	1509
1. Antiga Indenização Rescisória e por Tempo de Serviço.....	1509
2. Outras Indenizações Rescisórias.....	1512
A) Indenizações Rescisórias em Contratos a Termo.....	1512
B) Indenização por Dispensa Injusta no Trintídio Anterior à Data-base	1513
VII. FUNDO DE GARANTIA DO TEMPO DE SERVIÇO	1514
1. Características do FGTS.....	1515
A) Recolhimentos de FGTS.....	1515
B) Abrangência do FGTS.....	1517
C) Saque do FGTS e Acréscimo Rescisório.....	1518
2. O FGTS como Fundo Social com Destinação Variada	1522
A) Natureza Jurídica	1523
B) Prescrição	1524

LIVRO III
DIREITO COLETIVO DO TRABALHO
CAPÍTULO XXXIII
DIREITO COLETIVO: ASPECTOS GERAIS

I. INTRODUÇÃO	1529
---------------------	------

II. DENOMINAÇÃO	1530
1. Denominações Arcaicas.....	1530
2. Denominações Atuais	1531
A) Direito Coletivo do Trabalho.....	1531
B) Direito Sindical	1532
C) Direito Social.....	1532
III. DEFINIÇÃO	1533
IV. CONTEÚDO.....	1534
V. FUNÇÃO	1535
1. Funções Justrabalhistas Gerais.....	1536
Extensão ao Direito Coletivo.....	1538
2. Funções Juscoletivas Específicas	1540
VI. CONFLITOS COLETIVOS DE TRABALHO E SUA RESOLUÇÃO	1542
1. Modalidades de Conflitos Coletivos.....	1542
2. Modalidades de Resolução de Conflitos Coletivos.....	1543
Uma Fórmula Controvertida: dissídio coletivo.....	1544
VII. O PROBLEMA DA AUTONOMIA DO DIREITO COLETIVO DO TRABALHO.....	1548

CAPÍTULO XXXIV
PRINCÍPIOS ESPECIAIS DO DIREITO COLETIVO DO TRABALHO

I. INTRODUÇÃO	1552
II. PRINCÍPIOS ESPECIAIS DO DIREITO COLETIVO — TIPOLOGIA.....	1553
Tipologia de Princípios.....	1554
III. PRINCÍPIOS ASSECURATÓRIOS DA EXISTÊNCIA DO SER COLETIVO OBREIRO	1555
1. Princípio da Liberdade Associativa e Sindical.....	1556
Liberdade Individual e Liberdade Coletiva.....	1557
A) Cláusulas de Sindicalização Forçada	1558
B) Práticas Antissindicais.....	1559
C) Garantias à Atuação Sindical.....	1560
2. Princípio da Autonomia Sindical.....	1561
IV. PRINCÍPIOS REGENTES DAS RELAÇÕES ENTRE OS SERES COLETIVOS TRABALHISTAS..	1565
1. Princípio da Interveniência Sindical na Normatização Coletiva	1565
2. Princípio da Equivalência entre os Contratantes Coletivos	1567
3. Princípio da Lealdade e Transparência na Negociação Coletiva	1572
V. PRINCÍPIOS REGENTES DAS RELAÇÕES ENTRE NORMAS COLETIVAS NEGOCIADAS E NORMAS ESTATAIS.....	1573
1. Princípio da Criatividade Jurídica da Negociação Coletiva.....	1573
2. Princípio da Adequação Setorial Negociada.....	1575
Impactos da Lei da Reforma Trabalhista.....	1578
VI. NOVAS INTERPRETAÇÕES SOBRE OS PRINCÍPIOS DO DIREITO COLETIVO DO TRABALHO: DECISÕES RECENTES DO STF.....	1579

CAPÍTULO XXXV
DIREITO COLETIVO E SINDICATO

I. INTRODUÇÃO	1589
II. DEFINIÇÃO	1590
III. SISTEMAS SINDICAIS	1591
1. Critérios de Agregação dos Trabalhadores no Sindicato	1592
A) Sindicatos por Ofício ou Profissão	1592
B) Sindicato por Categoria Profissional	1593
C) Sindicato por Empresa	1595
D) Sindicatos por Ramo Empresarial de Atividades	1596
2. Unicidade <i>versus</i> Pluralidade. A Unidade Sindical	1596
A) Unicidade no Brasil: modelo tradicional	1597
B) A Posição da Constituição de 1988	1598
C) Liberdade Sindical no Brasil: requisitos	1598
Garantias à Atuação Sindical	1599
IV. ORGANIZAÇÃO SINDICAL BRASILEIRA ATUAL	1600
1. Estrutura Sindical	1602
A) Estrutura Externa	1602
Centrais Sindicais	1603
B) Estrutura e Funcionamento Internos	1604
2. Registro Sindical	1605
3. Funções, Prerrogativas e Receitas Sindicais	1606
A) Funções e Prerrogativas	1606
B) Receitas Sindicais	1608
V. GARANTIAS SINDICAIS	1611
1. Garantia Provisória de Emprego	1612
2. Inamovibilidade do Dirigente Sindical	1614
3. Garantias Oriundas de Normas da OIT	1615
VI. NATUREZA JURÍDICA DO SINDICATO	1616
VII. SINDICATO: RETROSPECTIVA HISTÓRICA	1618
1. Evolução Sindical nos Países de Capitalismo Central	1619
Autoritarismo e Refluxo Sindical	1623
2. Evolução Sindical no Brasil	1623
A) Período Inicial do Sindicalismo Brasileiro	1623
B) 1930: implantação e reprodução de modelo sindical	1625
Continuidade do Modelo nas Décadas Subsequentes	1629
C) Constituição de 1988: deflagração e aprofundamento de mudanças	1629
a) Avanços Democráticos	1630
Carta de Direitos	1631
b) Contradições Antidemocráticas do Texto Original de 1988	1633
D) Novo Modelo Sindical: democratização com garantias legais	1634
VIII. SINDICATO E DIREITO DO TRABALHO — AVALIAÇÃO	1635
IX. COMISSÃO DE REPRESENTAÇÃO DE EMPREGADOS NA EMPRESA	1637

CAPÍTULO XXXVI
NEGOCIAÇÃO COLETIVA TRABALHISTA

I. INTRODUÇÃO	1640
II. IMPORTÂNCIA DA NEGOCIAÇÃO COLETIVA	1642
1. Parâmetros dos Modelos Justrabalistas Democráticos	1643
A) Normatização Autônoma e Privatística	1643
B) Normatização Privatística Subordinada	1643
2. Parâmetros do Modelo Justrabalista Autoritário	1644
3. Democracia e Normatização Estatal: reflexões complementares.....	1645
4. Constituição de 1988 e Negociação Coletiva: novas reflexões	1646
III. DIPLOMAS NEGOCIAIS COLETIVOS — CONVENÇÃO E ACORDO COLETIVOS DE TRABA- LHO	1651
1. Convenção e Acordo Coletivos de Trabalho: definição.....	1651
2. Convenção e Acordo Coletivos de Trabalho: distinções	1653
IV. CONVENÇÃO E ACORDO COLETIVO DE TRABALHO — ASPECTOS CARACTERÍSTICOS.....	1654
1. CCT e ACT: normatização aplicável.....	1654
2. CCT e ACT: caracterização.....	1657
A) Legitimação.....	1657
a) Centrais sindicais	1658
b) Entes Estatais de Direito Público.....	1659
B) Conteúdo.....	1660
C) Forma.....	1661
D) Vigência	1662
E) Duração.....	1663
F) Prorrogação, Revisão, Denúncia, Revogação, Extensão	1663
V. DIPLOMAS NEGOCIAIS COLETIVOS — CONTRATO COLETIVO DE TRABALHO	1664
1. Denominação: dubiedades	1664
2. Caracterização.....	1665
VI. DIPLOMAS NEGOCIAIS COLETIVOS: EFEITOS JURÍDICOS	1666
1. Regras Coletivas Negociadas e Regras Estatais: hierarquia	1666
A) Hierarquia Normativa: teoria geral	1667
B) Hierarquia Normativa: especificidade justrabalista	1667
Acumulação Versus Conglobamento	1669
2. Regras de Convenção e Acordo Coletivos: hierarquia	1672
3. Regras Negociais Coletivas e Contrato de Trabalho: relações.....	1674
A) Aderência Irrestrita (ultratividade plena)	1674
B) Aderência Limitada pelo Prazo (sem ultratividade).....	1674
C) Aderência Limitada por Revogação (ultratividade relativa).....	1675
VII. NEGOCIAÇÃO COLETIVA — POSSIBILIDADES E LIMITES.....	1678
1. Possibilidades e Limites: o princípio da adequação setorial negociada	1679
2. Decisões do STF sobre Negociação Coletiva Trabalhista	1685
3. Reforma Trabalhista (Lei n. 13.467/2017) e Negociação Coletiva.....	1691

VIII. DIPLOMAS COLETIVOS NEGOCIADOS: NATUREZA JURÍDICA	1694
1. Teorias Explicativas Tradicionais	1694
2. Contrato Social Normativo	1696

**CAPÍTULO XXXVII
A GREVE NO DIREITO COLETIVO**

I. INTRODUÇÃO	1697
II. LOCAUTE	1698
1. Caracterização	1699
2. Distinções	1699
3. Regência Jurídica	1701
4. Efeitos Jurídicos	1703
III. O INSTITUTO DA GREVE	1703
1. Caracterização	1704
A) Caráter Coletivo do Movimento	1704
B) Sustação de Atividades Contratuais	1704
C) Exercício Coercitivo Coletivo e Direto	1705
D) Objetivos da Greve	1706
E) Prazo de Duração da Greve (suspensão <i>versus</i> interrupção)	1708
2. Distinções	1709
A) Figuras Próximas ou Associadas	1709
B) Formas de Pressão Social	1711
C) Condutas Ilícitas de Pressão	1711
3. Extensão e Limites	1712
A) Extensão do Direito	1712
B) Limitações ao Direito	1713
4. Requisitos da Greve	1715
5. Direitos e Deveres dos Grevistas	1716
A) Direitos dos Grevistas	1716
B) Deveres dos Grevistas	1717
6. Uma Especificidade: greve e serviço público	1717
A) Servidores Cíveis e Direito de Greve	1718
B) Prazo de Duração da Greve: suspensão <i>versus</i> interrupção	1720
7. Greve: natureza jurídica e fundamentos	1721
A) Natureza Jurídica	1721
Outras Concepções	1723
B) Fundamentos	1725
8. Greve: retrospectiva histórico-jurídica	1725
9. Greve: competência judicial	1728

**CAPÍTULO XXXVIII
ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO NO DIREITO COLETIVO**

I. INTRODUÇÃO	1730
---------------------	------

II. MEIOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS: AUTOTUTELA, AUTOCOMPOSIÇÃO, HETERO-COMPOSIÇÃO	1730
1. Autotutela	1731
2. Autocomposição	1732
3. Heterocomposição	1732
A) Enquadramento Jurídico: controvérsias	1733
B) Métodos Existentes	1734
III. ARBITRAGEM NO DIREITO COLETIVO DO TRABALHO	1736
1. Distinções Relevantes	1736
2. Tipos de Arbitragem	1737
3. Arbitragem no Direito Individual do Trabalho	1739
Reforma Trabalhista (Lei n. 13.467/2017) e Arbitragem	1742
4. Arbitragem no Direito Coletivo do Trabalho	1744
IV. MEDIAÇÃO NO DIREITO COLETIVO DO TRABALHO	1746
Conflitos Coletivos do Trabalho: tipos de mediação	1746
V. COMISSÕES DE CONCILIAÇÃO PRÉVIA	1748
1. Enquadramento Jurídico	1749
2. Dinâmica das Comissões de Conciliação Prévia	1749
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	1755



LIVRO I

INTRODUÇÃO E PARTE GERAL

CARACTERIZAÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO

I. INTRODUÇÃO

O Direito do Trabalho é ramo jurídico especializado, que regula certo tipo de relação laborativa na sociedade contemporânea. Seu estudo deve se iniciar pela apresentação de suas características essenciais, permitindo ao analista uma imediata visualização de seus contornos próprios mais destacados.

É o que será feito neste primeiro capítulo deste Curso: aqui serão estudados tópicos como definição, denominação, conteúdo e função do Direito do Trabalho. Serão examinadas, também, a área do Direito em que ele se situa e a divisão interna que caracteriza o ramo juristrabalhista.

Em seguida (Capítulo II), serão examinados os traços que envolvem a relação desse ramo especializado com o conjunto geral do Direito. Trata-se de problemas como: autonomia do Direito do Trabalho, seu posicionamento no plano jurídico geral (natureza jurídica) e, finalmente, suas relações com outros ramos do universo do Direito.

Firmada uma consistente visão característica do Direito do Trabalho, o analista passará, então, à retrospectiva de sua evolução histórica, quer no mundo ocidental (Capítulo III), quer no Brasil (Capítulo IV).

Estes quatro capítulos, portanto, completam a apresentação inicial ao leitor desse ramo jurídico especializado, o Direito do Trabalho.

II. DEFINIÇÃO

Definir um fenômeno consiste na atividade intelectual de apreender e desvelar seus elementos componentes e o nexó lógico que os mantém integrados. Definição é, pois, a declaração da estrutura essencial de determinado fenômeno, com seus integrantes e o vínculo que os preserva unidos.

Na busca da essência e elementos componentes do Direito do Trabalho, os juristas tendem a adotar posturas distintas. Ora enfatizam os sujeitos componentes das relações jurídicas reguladas por esse ramo jurídico especializado — trata-se das *definições subjetivistas*, com enfoque nos sujeitos das relações juristrabalhistas. Por vezes enfatizam o conteúdo objetivo das relações jurídicas reguladas por esse mesmo ramo do Direito: são as *definições objetivistas*, que afirmam enfoque na matéria de conteúdo das relações juristrabalhistas. Há, finalmente, a elaboração de *concepções mistas*, que procuram combinar, na mesma definição, os dois enfoques acima especificados.

A mesma variedade de perspectivas já se verificou, a propósito, no Direito Comercial (hoje, Direito Empresarial), definido quer como “direito dos comerciantes” (subjativismo), quer como “direito regulador dos atos de comércio” (objetivismo).

É *subjativista* a definição exposta por Hueck e Nipperdey: “... o Direito do Trabalho é o direito especial de um determinado grupo de pessoas, que se caracteriza pela classe de sua atividade lucrativa (...) é o direito especial dos trabalhadores.(...) O Direito do Trabalho se determina pelo círculo de pessoas que fazem parte do mesmo”⁽¹⁾.

É *objetivista* a definição exposta por Messias Pereira Donato: “corpo de princípios e de normas jurídicas que ordenam a prestação do trabalho subordinado ou a este equivalente, bem como as relações e os riscos que dela se originam”⁽²⁾.

É definição *mista*, por sua vez, esta construída por Octavio Bueno Magano. Expõe o autor que Direito do Trabalho é o “conjunto de princípios, normas e instituições, aplicáveis à relação de trabalho e situações equiparáveis, tendo em vista a melhoria da condição social do trabalhador, através de medidas protetoras e da modificação das estruturas sociais”⁽³⁾.

Dos três enfoques utilizados para a construção de definições, o menos consistente, do ponto de vista científico, é, sem dúvida, o subjativista. É que, considerada a *relação de emprego* como a categoria fundamental sobre que se constrói o Direito do Trabalho, obviamente que o ramo jurídico especializado não irá definir-se, sob o ponto de vista técnico, a partir de qualquer de seus sujeitos, *mas a partir de sua categoria fundamental*. Por outro lado, o caráter expansionista desse ramo jurídico tem-no feito regular, mesmo que excepcionalmente, relações jurídicas de trabalho que não envolvem exatamente o *empregado*⁽⁴⁾ — o que torna o enfoque subjativista inábil a apreender todas as relações regidas pelo ramo jurídico em análise.

Não obstante suas deficiências, o enfoque subjativista não é de todo inválido. De fato, ao destacar a figura obreira, tem a virtude de enfatizar o *caráter teleológico do Direito do Trabalho*, sua qualidade de ramo jurídico dirigido a garantir um aperfeiçoamento constante nas condições de pactuação da força de trabalho na sociedade contemporânea.

(1) HUECK, Alfred e NIPPERDEY, H. C. *Compêndio de Derecho del Trabajo*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1963, p. 21-22 (tradução efetuada).

(2) DONATO, Messias Pereira. *Curso de Direito do Trabalho*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 6.

(3) MAGANO, Octavio Bueno. *Manual de Direito do Trabalho*. Parte Geral, 4. ed. São Paulo: LTr, 1991, p. 59.

(4) Por exemplo, o trabalhador avulso. O tema das relações regidas pelo Direito do Trabalho será examinado logo a seguir, no item IV deste capítulo, sobre o *conteúdo* do Direito do Trabalho.

O enfoque objetivista de feitura da definição do Direito do Trabalho é mais satisfatório do que o anterior, em face da circunstância de se construir desde a categoria jurídica essencial do Direito em questão: a relação empregatícia. A ênfase no objeto, no conteúdo das relações jurídicas de prestação empregatícia do trabalho, confere a tal concepção visão mais precisa sobre a substância e elementos componentes desse ramo jurídico especializado. Não obstante, o acentuado direcionamento teleológico do Direito do Trabalho — e que consiste em seu qualificativo diferenciador perante outros ramos jurídicos — pode se descolorir nas definições objetivistas, com prejuízo ao desvelamento da essência desse ramo jurídico especializado.

As concepções mistas, desse modo, têm melhor aptidão para o atendimento da meta científica estabelecida para uma definição — apreender e desvelar os elementos componentes de determinado fenômeno, com o nexo lógico que os mantém integrados.

Nesse quadro, o Direito Individual do Trabalho define-se como: *complexo de princípios, regras e institutos jurídicos que regulam, no tocante às pessoas e matérias envolvidas, a relação empregatícia de trabalho, além de outras relações laborais normativamente especificadas.*

Já o Direito Coletivo do Trabalho pode ser definido como *o complexo de princípios, regras e institutos jurídicos que regulam as relações laborais de empregados e empregadores, além de outros grupos jurídicos normativamente especificados, considerada sua ação coletiva, realizada autonomamente ou através das respectivas associações*⁽⁵⁾.

O Direito Material do Trabalho, compreendendo o Direito Individual e o Direito Coletivo — e que tende a ser chamado, simplesmente, de *Direito do Trabalho*, no sentido lato —, pode, finalmente, ser definido como: *complexo de princípios, regras e institutos jurídicos que regulam a relação empregatícia de trabalho e outras relações normativamente especificadas, englobando, também, os institutos, regras e princípios jurídicos concernentes às relações coletivas entre trabalhadores e tomadores de serviços, em especial através de suas associações coletivas.*

Como o leitor já percebe, há certa divisão interna ao Direito do Trabalho, englobando o segmento do Direito Individual e o do Direito Coletivo, que podem (ou não) ser considerados separadamente. Esta divisão, contudo, será mais bem examinada no item VII do presente Capítulo.

(5) Observe-se que Hueck e Nipperdey definem Direito Coletivo do Trabalho como a parte do Direito do Trabalho relativa às associações sindicais profissionais e empresariais, as pactuações e disputas que entre si firmam. In: ob. cit., p. 243 (tradução efetuada).

III. DENOMINAÇÃO

A denominação *Direito do Trabalho* tornou-se hegemônica no plano atual dos estudos jurídicos; está consagrada na doutrina, na jurisprudência e também nos inúmeros diplomas normativos existentes na área.

Em consequência, o presente estudo ganha certo sabor rememorativo, voltado, essencialmente, a lembrar os diversos epítetos que, em momentos históricos anteriores, já tentaram disputar preferência para a designação do ramo jurídico especializado em análise. De todo modo, este estudo contribui também para tornar mais claras certas características próprias ao Direito do Trabalho.

Nesse quadro, o ramo jurídico em análise já recebeu diferentes denominações desde o início de sua existência, no século XIX, a par da hoje consagrada Direito do Trabalho. Trata-se, principalmente, de: Direito Industrial, Direito Operário, Direito Corporativo, Direito Sindical e Direito Social. Nenhum desses epítetos alternativos, contudo, prevaleceu ou se afirmou hegemonicamente no tempo, certamente em face de cada um deles apresentar tantos ou mais problemas e insuficiências quanto os perceptíveis no consagrado título *Direito do Trabalho*.

O designativo *Direito Industrial* é claramente inadequado para espelhar o preciso objeto a que pretende se referir. Influenciado pela circunstância de que este ramo jurídico especializado surgiu, nas primeiras experiências europeias, efetivamente vinculado à dinâmica da crescente *industrialização capitalista*, o epíteto, porém, sob certa perspectiva, é muito mais amplo do que o fenômeno a que se quer referir. De fato, na expressão Direito Industrial está sugerida a presença de regras, institutos e princípios que não se circunscrevem propriamente à área justralhista, interessando também ao Direito Comercial/Empresarial e Direito Econômico (por exemplo, invenções, patentes, relações tecnológicas, etc.).

Há uma segunda inadequação neste superado título: ao mesmo tempo em que se mostra excessivamente amplo (sugerindo relações de Direito Econômico ou Direito Comercial/Empresarial), ele também se mostra, por outro lado, incapaz de captar todo o vasto conjunto de relações justralhistas, que se estabelecem e se desenvolvem por muito além do estrito segmento industrial, abrangendo, também, ilustrativamente, os enormes setores terciários e primários da economia. Ao fixar, desse modo, em um setor econômico, a indústria, o critério de escolha de sua denominação, o nome Direito Industrial lançou enganosa pista acerca do ramo jurídico que pretendia identificar, comprometendo sua própria existência como denominação desse segmento jurídico.

A expressão *Direito Operário* tem história e destino semelhantes aos do epíteto anterior. Também influenciada pela circunstância de que o Direito

do Trabalho, de fato, originalmente surgiu no segmento industrial capitalista, envolvendo, portanto, relações entre *operários* e empregadores, este nome elegeu como critério para identificação do novo ramo jurídico o *tipo específico de empregado da indústria, o operário*. Ao incorporar tal critério, esta segunda denominação também iria se mostrar inadequada à identificação do objeto a que pretendia se referir. Na verdade, de um lado, reduzia o fenômeno amplo e expansionista do Direito do Trabalho a seu exclusivo segmento original, o operariado (e logo, à indústria); de outro lado, enfocava preferentemente o novo ramo jurídico a partir somente de um de seus sujeitos (o empregado operário), em vez de enfatizar a sua categoria nuclear, a relação jurídica empregatícia. As deficiências dessa expressão, em contraponto à riqueza e amplitude do fenômeno que pretendia identificar, comprometeram sua utilização pelos autores mais modernos desse ramo jurídico especializado.

A denominação *Direito Sindical* é obviamente inadequada. Impressionada pela importância das organizações coletivas obreiras em certos modelos de normatização justralhista (particularmente, o anglo-americano), a expressão veio reduzir toda a complexidade do fenômeno do Direito do Trabalho (inclusive do Direito Individual do Trabalho) ao papel cumprido por um dos agentes de construção e dinamização desse ramo jurídico: os sindicatos. De todo modo, mesmo nas experiências justralhistas de normatização autônoma, não há como se eliminar o fato de que a relação jurídica nuclear do Direito Individual passa-se entre empregado e empregador, ainda que comparecendo o sindicato como importante interveniente. A inadequação desse terceiro nome é ainda mais clara quando se percebe que, mesmo nos modelos mais autoritários de gestão trabalhista (onde o sindicato não cumpre papel de destaque), continua a existir um complexo universo de regras, institutos e princípios justralhistas regendo as relações de emprego na sociedade respectiva⁽⁶⁾.

A expressão *Direito Corporativo* é também flagrantemente inadequada. Tornou-se comum durante as experiências juspolíticas autoritárias prevalentes na Europa do entre-guerras do século XX, em especial o fascismo italiano⁽⁷⁾. O nome, na verdade, construiu-se mais como instrumento de elogio ao tipo de modelo de gestão sociopolítica a que se integrava do que vinculado à preocupação científica de identificar, com precisão, o objeto a que se reportava. De todo modo, a ideia de *corporação* apenas dissimulava a relação sociojurídica nuclear desenvolvida no estabelecimento e na empresa (a relação de emprego), não traduzindo, portanto, com adequação, o aspecto cardeal do ramo jurídico especializado do Direito do Trabalho.

(6) Esclareça-se, porém, que ainda hoje é prestigiada a tendência de designar não todo o Direito do Trabalho, mas somente seu ramo juscoletivo (o Direito Coletivo do Trabalho) como *Direito Sindical*.

(7) A respeito dos principais modelos de ordens jurídico-trabalhistas construídos no mundo ocidental, durante a evolução histórica do Direito do Trabalho, consultar o Capítulo III deste Curso.

Comprometido com o ideário e práticas autoritárias do regime político a que servia, esse título eclipsou-se na cultura justralhista tão logo expurgada a experiência autocrática fascista no findar da Segunda Guerra Mundial.

A denominação *Direito Social*, diferentemente das anteriores, mantém ainda relativo prestígio entre alguns autores do Direito do Trabalho. É, contudo, nome destacado pela marca da ambiguidade.

Do ponto de vista histórico, tal ambiguidade se apresenta em face de este epíteto ter se fortalecido precisamente em contextos culturais de maior autocracia no que concerne ao modelo de gestão justralhista (como verificado nos experimentos corporativistas do Direito do Trabalho), embora ressurgja modernamente associado também a propostas e críticas justralhistas de inspiração inquestionavelmente democráticas. Do ponto de vista teórico, a ambiguidade se apresenta pela circunstância de a expressão *social* traduzir, na verdade, característica atávica a qualquer ramo jurídico, não podendo, desse modo, identificar com singularidade um único deles. Ainda que se argumentasse que certos ramos têm conteúdo social maior do que outros (o Direito do Trabalho em contraposição ao civilista Direito das Obrigações, por exemplo), não se poderia, em contrapartida, negar que tal característica não é exclusiva do ramo juslaboral, hoje. Observe-se que o conteúdo social do Direito da Seguridade Social, do Direito do Consumidor ou do Direito Ambiental não é seguramente inferior àquele inerente ao Direito do Trabalho.

De todo modo, seja por sua dubiedade teórica, seja por sua dubiedade histórica, não parece conveniente se insistir na expressão *Direito Social* para se designar o complexo unitário de regras, institutos e princípios jurídicos que demarcam o Direito do Trabalho.

Está, portanto, consagrada a prevalência da expressão *Direito do Trabalho* para identificar esse ramo jurídico especializado surgido no século XIX.

Reconheça-se, porém, que a expressão não é perfeita. Afinal, a palavra *trabalho* se refere a objeto mais amplo (trabalho autônomo, por exemplo) do que o objeto próprio ao ramo justralhista, que regula, basicamente, o trabalho *empregaticamente* contratado. Sob esse enfoque, a expressão *Direito Empregatício* talvez fosse mais precisa.

Entretanto, ainda assim, mesmo do ponto de vista teórico, deve-se preservar o epíteto *Direito do Trabalho*. É que, de um lado, o trabalho empregatício constitui a mais relevante modalidade de relação trabalhista *lato sensu* existente no mundo contemporâneo, justificando-se, pois, que a espécie mais importante oferte o designativo cabível ao próprio gênero (procedimento, aliás, muito comum na linguagem). De outro lado, a tendência expansionista do Direito do Trabalho tem estendido suas normas a categorias de prestadores de trabalho que não são, tecnicamente, empregados (como

ocorre com o trabalhador avulso). Nesse contexto de expansão, o empregado se mantém como a figura central da normatividade justralhista, embora não possa mais ser considerado o único tipo de trabalhador abrangido pelo ramo jurídico especializado a que deu origem.⁽⁸⁾

IV. CONTEÚDO

Todo sistema consiste em um conjunto de partes coordenadas, que se articulam organicamente, formando um todo unitário⁽⁹⁾. Não obstante formado por um complexo de partes componentes, todo sistema se qualifica por ter uma categoria básica, que lança sua marca específica e distintiva ao conjunto do sistema correspondente.

O Direito do Trabalho, como sistema jurídico coordenado, tem na *relação empregatícia* sua categoria básica, a partir da qual se constroem os princípios, regras e institutos essenciais desse ramo jurídico especializado, demarcando sua característica própria e distintiva perante os ramos jurídicos correlatos.

O conteúdo do Direito do Trabalho se molda também a partir dessa sua característica sistemática específica. Assim, será em torno da *relação empregatícia* — e de seu sujeito ativo próprio, o empregado — que será firmado o conteúdo principal do ramo justralhista. Sob esse ponto de vista, o Direito do Trabalho despontará, essencialmente — conforme já falavam Hueck e Nipperdey —, como o Direito de *tudo e qualquer empregado*. Este o conteúdo básico desse ramo jurídico: todas as *relações empregatícias* estabelecem-se sob sua normatividade. Entretanto se esclareça que existem relações empregatícias que, embora se situando dentro do ramo justralhista, regulam-se por normatividade jurídica especialíssima, distinta dos demais empregados (ou, pelo menos, mais restrita). É o que se passa com os empregados domésticos no Brasil.⁽¹⁰⁾

(8) O epíteto *Direito Social* tem recuperado prestígio, contemporaneamente, a partir de outro significado, muito mais amplo do que a simples sinonímia com o Direito do Trabalho. Trata-se de designação relativa a amplo e próprio campo jurídico, integrado por múltiplos ramos especializados do Direito, dotados de normas prevalentemente imperativas, com forte conteúdo social e força de repercussão em largo espectro da comunidade envolvente; seriam ramos distintos tanto daqueles essencialmente privatísticos e individualistas (como o Direito Civil e o Direito Empresarial), como dos ramos eminentemente públicos (como o Direito Administrativo, o Direito Tributário e o Direito Penal). Nesta medida e acepção, o Direito Social formaria campo normativo específico e demarcado, composto pelo Direito do Trabalho, Direito da Seguridade Social, Direito Ambiental e Direito do Consumidor, em contraposição aos antigos campos do Direito Privado e do Direito Público.

(9) Caldas Aulete conceitua sistema como um “conjunto de partes coordenadas entre si”. In: *Dicionário Contemporâneo da Língua Portuguesa*, 5. ed. Rio de Janeiro: Delta, 1986, p. 1.793.

(10) A categoria doméstica teve uma evolução inclusiva trabalhista bastante lenta no País, conforme se sabe. Apenas com a Emenda Constitucional n. 72, de 2013, é que se aprofundou essa inclusão, alargando-se, ainda mais, com a Lei Complementar n. 150, de 2015. Não obstante esse processo inclusivo, trata-se ainda de categoria que ostenta uma normatividade

Sob o ponto de vista de seu conteúdo, o Direito do Trabalho é, fundamentalmente, portanto, o Direito dos *empregados*, especificamente considerados. Não é, porém, o Direito de todos os *trabalhadores*, considerados em seu gênero. *Excluem-se* da área de abrangência desse ramo jurídico especializado, em consequência, inúmeras categorias específicas de trabalhadores não empregatícios. Citem-se, ilustrativamente, os trabalhadores autônomos, os eventuais, os estagiários, além do importante segmento dos servidores públicos não empregaticamente contratados (servidores sob regime administrativo).

Há categorias de trabalhadores não empregados que ingressaram no Direito do Trabalho, não pela natureza de sua relação jurídica particular (que não é empregatícia), porém em decorrência de expressa determinação legal. No Brasil, há um exemplo desse tipo de situação especial: os *trabalhadores portuários avulsos*. De fato, embora não sendo, tecnicamente, empregados, têm recebido, desde início do século XX, a extensão do manto justralhista sobre suas relações com seus tomadores de serviços. Hoje, tal extensão está reconhecida pela Constituição (art. 7º, XXXIV)⁽¹¹⁾.

Sinteticamente, o Direito do Trabalho abrange *todo e qualquer empregado* (embora a categoria doméstica seja absorvida neste ramo jurídico mediante normatividade especial e restritiva). Abrange ainda determinados trabalhadores que não são empregados, mas que foram legalmente favorecidos pelo padrão geral da normatividade trabalhista (caso dos *avulsos*).

Há, finalmente, uma situação singular no Direito do Trabalho brasileiro: trata-se do pequeno empreiteiro (“operário ou artífice”, segundo a linguagem da CLT).

De fato, o art. 652, “a”, III, da Consolidação das Leis do Trabalho, fixa a *competência* da Justiça do Trabalho para conhecer e julgar causas propostas por esse pequeno empreiteiro contra o tomador de seus serviços (“dono da

jurídica própria, específica, hoje concentrada no parágrafo único do art. 7º da Constituição (em sua nova redação de 2013) e na LC n. 150/2015. A essa categoria especial aplicam-se também outros diplomas legais trabalhistas esparsos, além de a própria CLT, esta de maneira subsidiária, conforme explicitado no art. 19, *caput* e parágrafo único, da Lei Complementar n. 150/2015. Por fim, mediante o Decreto Legislativo n. 172, de 4.12.2017 (DOU de 5.12.17), o Congresso Nacional ratificou os textos da Convenção sobre o Trabalho Decente para as Trabalhadoras e os Trabalhadores Domésticos (Convenção n. 189 da OIT) e da Recomendação sobre o Trabalho Decente para as Trabalhadoras e os Trabalhadores Domésticos (Recomendação n. 201 da OIT). Como o governo brasileiro realizou o depósito formal dos instrumentos ratificados na OIT, em Genebra, no dia 31.1.2018, os dois diplomas passaram a vigorar no País um ano após, isto é, em 31.1.2019, em conformidade com o critério previsto no art. 21.3 da Convenção 189 da OIT. A respeito do contrato de trabalho doméstico, consultar, neste Curso, o Capítulo XI (“O Empregado”), em seu item IV (“Empregado Doméstico”). Consultar também: DELGADO, M. G.; DELGADO, G. N. *O Novo Manual do Trabalho Doméstico* — com os comentários aos artigos da LC n. 150/2015. 2. ed. São Paulo: LTr, 2016.

(11) A respeito da categoria avulsa, consultar o Capítulo X, item VII, do presente Curso, que trata, inclusive, da figura do *avulso não portuário*, regulada pela Lei n. 12.023, de 2009.

obra”). Qual a extensão do dispositivo celetista: meramente processual ou, a um só tempo, com caráter processual e também material trabalhista?

Parece claro, pela natureza da regra enfocada (art. 652, CLT, de nítido caráter processual, *fixando hipóteses de competência da Justiça do Trabalho*), que a intenção da lei foi de apenas viabilizar o mais simples acesso ao Judiciário a esse trabalhador autônomo humilde, franqueando-lhe o *jus postulandi* trabalhista e a singeleza das práticas processuais vigorantes no processo do trabalho. Evidentemente que a extensão de direitos materiais trabalhistas suporia texto legal nítido nesse sentido (como ocorreu com o trabalhador avulso, ao contrário do que se passa no citado art. 652, “a”, III, CLT). É que a equiparação, na prática, da situação desse trabalhador autônomo modesto à do empregado não poderia ser feita pela via dos arts. 2º e 3º, CLT — que firmam os elementos fático-jurídicos da relação empregatícia —, já que inexiste, no mínimo, a subordinação no quadro da relação jurídica civilista estabelecida entre empregado e dono da obra. A extensão expressa de direitos, em quadro de ausência do complexo unitário de elementos fático-jurídicos da relação de emprego, teria de resultar, portanto, de comando legal específico, independente do modelo jurídico fixado pelos arts. 2º e 3º da Consolidação.

Desse modo, no contexto hermenêutico ora predominante, o pequeno empregado tipificado pela CLT não é considerado titular de direitos trabalhistas. Assim, pode pleitear na esfera judicial laborativa apenas os direitos civis inerentes a seu contrato civil pactuado com o dono da obra (preço, pagamento, etc.). Evidentemente que, em situações fáticas tão fronteiriças, como a presente, o operador jurídico deverá aferir, inicialmente, se não foi efetivada simulação de pequena empreitada, encobrindo efetiva relação empregatícia entre as partes (caso em que o *empreiteiro* não seria autônomo, mas efetivo empregado). Porém, concluindo-se tratar-se de real *pequeno empreiteiro*, seus pedidos serão mesmo civis, embora veiculados no âmbito judicial trabalhista.

De igual maneira, não se considera, em princípio, como extensiva do Direito Material do Trabalho a regra processual ampliadora da competência judicial trabalhista inserida na Constituição pela *reforma do Judiciário*, promulgada em dezembro de 2004 (novo art. 114, CF/88).⁽¹²⁾

V. FUNÇÕES

Todo Direito, como instrumento de regulação de instituições e relações humanas, atende a fins preestabelecidos em determinado contexto histórico. Sendo as regras e diplomas jurídicos resultado de processos políticos

(12) A EC n. 45/2004, de todo modo, incentivou o debate sobre a conveniência e a viabilidade de se estenderem direitos trabalhistas a certos segmentos de trabalhadores *lato sensu*. Neste debate insere-se o livro de Gabriela Neves Delgado, *Direito Fundamental ao Trabalho Digno*, São Paulo: LTr, 2006 (2. ed.: 2015).

bem-sucedidos em determinado quadro sociopolítico, sempre tenderão a corresponder a um estuário cultural tido como importante ou até hegemônico no desenrolar de seu processo criador. Todo Direito é, por isso, teleológico, finalístico, na proporção em que incorpora e realiza um conjunto de valores socialmente considerados relevantes⁽¹³⁾.

O Direito do Trabalho não escapa a essa configuração a que se submete todo fenômeno jurídico. Na verdade, o ramo juslaboral destaca-se exatamente por levar a certo clímax esse caráter teleológico que caracteriza o fenômeno do Direito. De fato, o ramo justralhista incorpora, no conjunto de seus princípios, regras e institutos, um valor finalístico essencial, que marca a direção de todo o sistema jurídico que compõe. Este valor — e a consequente direção teleológica imprimida a este ramo jurídico especializado — consiste na *melhoria das condições de pactuação da força de trabalho na ordem socioeconômica*. Sem tal valor e direção finalística, o Direito do Trabalho sequer se compreenderia, historicamente, e sequer justificar-se-ia, socialmente, deixando, pois, de cumprir sua função principal na sociedade contemporânea.

A força desse valor e direção finalísticos está clara no *núcleo basilar* de princípios específicos do Direito do Trabalho, tornando excetivas normas justralhistas vocacionadas a imprimir padrão restritivo de pactuação das relações empregatícias⁽¹⁴⁾.

Tal função decisiva do ramo justralhista realiza, na verdade, o fundamental intento democrático e inclusivo de *desmercantilização* da força de trabalho no sistema socioeconômico capitalista, restringindo o livre império das forças de mercado na regência da oferta e da administração do labor humano.⁽¹⁵⁾

(13) As relações direito/política estão tratadas em dois ensaios deste autor: Direito e Política: Integração e Ruptura na História do Pensamento. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais, v. 72, jan. 1991, p. 83-100 e Política — Introdução à Conceituação do Fenômeno. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais, v. 76, jan. 1993, p. 55-93.

(14) O tema dos “princípios justralhistas” é examinado no Capítulo VI componente deste Curso (“Princípios do Direito do Trabalho”). Para estudo mais abrangente, consultar DELGADO, Mauricio Godinho. *Princípios Constitucionais do Trabalho e Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2017 (1. ed.: 2001; 2. ed.: 2004; 3. ed.: 2010; 4. ed.: 2013).

(15) É evidente que o Direito do Trabalho não consegue realizar a plena desmercantilização da força de trabalho no sistema socio-econômico capitalista; mas atenua, reduz esse processo de mercantilização. Sem o Direito do Trabalho, o que se tem é o darwinismo social descontrolado nessa seara de relações humanas, sociais e econômicas. Em contraponto a esse papel de desmercantilização da força de trabalho, examinar os temas recorrentes da flexibilização e desregulamentação trabalhistas, inclusive com os efeitos da recente Lei da Reforma Trabalhista no Brasil (Lei n. 13.467/2017, com alterações pela MPr. n 808/2017), conforme exposto no item IX deste próprio Capítulo I.

Essa *função central* do Direito do Trabalho (melhoria das condições de pactuação da força de trabalho na ordem socioeconômica) não pode ser apreendida sob uma perspectiva meramente individualista, enfocando o trabalhador isolado. Como é próprio ao Direito — e fundamentalmente ao Direito do Trabalho, em que o ser coletivo prepondera sobre o ser individual —, a lógica básica do sistema jurídico deve ser captada tomando-se o conjunto de situações envolvidas, jamais sua fração isolada. Assim, deve-se considerar, no exame do cumprimento da função justralhista, o ser coletivo obreiro, a categoria, o universo mais global de trabalhadores, independentemente dos estritos efeitos sobre o ser individual destacado.

Uma segunda função notável do Direito do Trabalho é *seu caráter modernizante e progressista, do ponto de vista econômico e social*. Nas formações socioeconômicas centrais — a Europa Ocidental, em particular —, a legislação trabalhista, desde seu nascimento, cumpriu o relevante papel de generalizar ao conjunto do mercado de trabalho aquelas condutas e direitos alcançados pelos trabalhadores nos segmentos mais avançados da economia, impondo, desse modo, a partir do setor mais moderno e dinâmico da economia, condições mais modernas, ágeis e civilizadas de gestão da força de trabalho⁽¹⁶⁾.

Esclareça-se melhor essa função modernizante e progressista, sob a perspectiva econômica e social, desempenhada pelo ramo justralhista. De um lado, o Direito do Trabalho distribui renda equanimemente ao conjunto da sociedade e país envolvidos, por meio da valorização que impõe ao labor humano; com isso, alarga e fortalece o mercado interno da respectiva economia, conferindo a esta dinamismo e organicidade. De outro lado, esse ramo jurídico estimula o empresário a investir tanto em tecnologia como no aperfeiçoamento de sua mão de obra, de modo a elevar a produtividade do trabalho em seus empreendimentos. Assim induz o manejo das melhores potencialidades da inteligência e criatividade humanas em favor do avanço tecnológico da economia e também do avanço educativo da força laborativa que a integra. Por fim, o Direito do Trabalho incrementa a adoção de fórmulas mais eficientes e respeitosas de gestão trabalhista, eclipsando modalidades obscurantistas de gerência e gestão de pessoas no universo empresarial.

(16) Sobre o caráter modernizante e progressista do Direito do Trabalho, quer sob o ponto de vista econômico, quer sob o ponto de vista social e mesmo sob a ótica política, ver DELGADO, Mauricio Godinho. *Democracia e Justiça*. São Paulo: LTr, 1993, especialmente o capítulo Direito do Trabalho e Progresso Social: Contradições da Ordem Jurídica Brasileira. Igualmente, DELGADO, Mauricio Godinho. *Capitalismo, Trabalho e Emprego* — entre o paradigma da destruição e os caminhos de reconstrução. 3. ed. São Paulo: LTr, 2017, especialmente em seu Capítulo IV (“Direito do Trabalho e Inclusão Social: o desafio brasileiro”).

É verdade que esse caráter progressista não se percebeu, por tempos, com tanta clareza no caso brasileiro, em face da conformação contraditória do modelo trabalhista do País, notadamente seu Direito Coletivo do Trabalho⁽¹⁷⁾. Não obstante, tal caráter progressista e modernizante mantém-se como luminar para o aperfeiçoamento legislativo da sociedade brasileira (dirigido, pois, ao legislador) e como luminar para o próprio processo de interpretação das normas justralhistas existentes, adequando-as à evolução social ocorrida (dirigido, pois, ao intérprete e aplicador do Direito).

Contudo, mesmo no caso brasileiro, pelo menos no plano do Direito Individual do Trabalho, regulatório do contrato de emprego, a ordem justralhista emerge como importante instrumento civilizatório no que tange à utilização da força de trabalho no mercado laborativo do País. Em conformidade com o exposto por uma das maiores autoridades brasileiras acerca da equação emprego/desemprego e demais aspectos econômicos do mercado de trabalho, *Marcio Pochmann*, no contexto de profunda análise sobre a estrutura e funcionamento do mundo laborativo no Brasil, cabe “se reconhecer que o emprego assalariado formal representa o que de melhor o capitalismo brasileiro tem constituído para a sua classe trabalhadora, pois vem acompanhado de um conjunto de normas de proteção social e trabalhista...”⁽¹⁸⁾.

No País, a função progressista e modernizante do Direito do Trabalho, sua função civilizatória básica, foi claramente comprometida também pela *resistência à generalização desse padrão de contratação laborativa* (o Direito do Trabalho e seu contrato de emprego) ao longo do século XX e até o início do novo século. Ora, os dados evidenciam que, mesmo no início do século XXI, muito menos de 25 milhões de trabalhadores encontravam-se formalmente registrados como empregados, no segmento privado, em contraponto à disseminação generalizada de diversas modalidades de precarização trabalhista⁽¹⁹⁾. Note-se que esse quadro desolador, derivado de antiga resistência cultural que responde pelos constrangedores índices de concentração de

(17) A crítica ao modelo justralhista brasileiro tradicional, especialmente no plano juscoletivo, típico do período anterior à Constituição de 1988, está efetuada nos Capítulos II e III da obra *Democracia e Justiça*, já mencionada, tendo sido parcialmente incorporada no Capítulo IV deste Curso.

(18) POCHMANN, Marcio. *O Emprego na Globalização* — a nova divisão internacional do trabalho e os caminhos que o Brasil escolheu, 1ª ed./1ª reimpr. São Paulo: Boitempo, 2002, p. 98.

(19) Dados do então Ministério do Trabalho e Emprego, segundo Márcio Pochmann, informam que em 1999 existiam apenas 22,3 milhões de assalariados com carteira assinada no País. POCHMANN, M., loc. cit. Pela Pesquisa Nacional de Amostra por Domicílios (Pnad) do IBGE, relativa a 2001, o número de trabalhadores com CTPS anotada alcançava o montante de 23.714.901 indivíduos, em um total de 75.458.172 pessoas ocupadas, acrescidas de 7.785.067 desempregados, totalizando 83.243.239 pessoas na população economicamente ativa — PEA. Fonte: Almanaque Abril 2003, São Paulo: Abril, 2003, p. 136 e 138.

renda em nossa economia e sociedade, recebeu inquestionáveis impulsos oficiais na década de 1990, mediante uma política trabalhista de franco desprestígio ao Direito do Trabalho e indisfarçável incentivo à precarização da contratação laborativa de seres humanos no País.

Nesta linha, a Fundação IBGE detectou, em 2001, em sua Pesquisa Nacional de Amostra por Domicílios (Pnad), dentro do enorme universo do trabalho não regulado normativamente no Brasil (composto por mais de 43 milhões de pessoas), nada menos do que 18,2 milhões de *empregados sem carteira assinada*, ao lado de outros 16,8 milhões de *trabalhadores autônomos*, a par de quase 9 milhões de *trabalhadores não remunerados* ou que se situam no chamado *setor de subsistência*⁽²⁰⁾. Ainda que se admita, como pertinente, que certo percentual dos 35 milhões de pessoas prestadoras de serviços onerosos acima indicadas (18,2 milhões + 16,8 milhões) correspondesse efetivamente a trabalhadores autônomos ou eventuais, não há como refutar a presença, na época, de *dezenas de milhões de indivíduos que prestavam serviços nos moldes empregatícios no Brasil, sem que lhes fossem assegurado o rol de garantias e direitos trabalhistas*. Ou seja, à medida que o ramo justrabalhista naturalmente eleva as condições de pactuação da força do trabalho no mercado laborativo, seu solapamento generalizado despontava como importante instrumento concentrador de renda no País⁽²¹⁾.

Reconheça-se que, felizmente, a partir de 2003, deflagrou-se notável processo de formalização empregatícia no Brasil, aumentando-se, em poucos anos, até o final da década, em mais de 10 milhões de pessoas o montante de trabalhadores formalmente incorporados ao Direito do Trabalho na economia e sociedade. Não por coincidência, no mesmo período, o País assistiu significativo processo de inclusão social e econômica de enorme contingente de pessoas e famílias, permitindo se evidenciar, com clareza, o impressionante papel civilizatório e progressista do Direito do Trabalho também em nossa realidade.

Considerado o período de janeiro de 2003 até dezembro de 2013 (onze anos corridos, portanto) — em que se passou a efetivar clara política pública de geração de empregos e de prestígio do Direito do Trabalho no País —, o número de trabalhadores formalizados, segundo o índice oficial do CAGED, estruturado com os dados nacionais da RAIS, alcançou mais de *20 milhões de pessoas*, amplificando a população economicamente ativa ocupada no Brasil para o importe de mais de *49 milhões de empregados*.⁽²²⁾

(20) Pnad/IBGE, 2001, cit. In: Almanaque Abril, São Paulo: Abril, 2003, p. 138.

(21) A respeito deste tema, consultar o texto intitulado “Direito do Trabalho e Inclusão Social: o desafio brasileiro”, que consta do Capítulo IV do livro deste autor, *Capitalismo, Trabalho e Emprego* — entre o paradigma da destruição e os caminhos de reconstrução. 3. ed. São Paulo: LTr, 2017 (1. ed.: 2006).

(22) Embora não haja exata coincidência numérica entre os resultados estatísticos da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) do IBGE (esta envolvendo procedimento

Com a inflexão da política pública a partir de 2015, seguida da exacerbação de medidas ultraliberalistas a contar de 2016/2017, em diante, os níveis de desemprego rapidamente se elevaram novamente no País, comprometendo a função progressista e modernizante clássica do Direito do Trabalho.⁽²³⁾

Retomando-se o exame das funções juslaborativas gerais, é evidente que seria ingenuidade negar-se que o Direito do Trabalho não tenha, também e de modo concomitante, uma *função política conservadora*. Esta existe à medida que esse ramo jurídico especializado confere legitimidade política e cultural à relação de produção básica da sociedade contemporânea. O reconhecimento dessa função, entretanto, não invalida o diagnóstico de que a normatividade autônoma e heterônoma justtrabalhista é que assegurou, ao longo dos dois últimos séculos, a elevação do padrão de gestão das relações empregatícias existentes e do próprio nível econômico conferido à retribuição paga aos trabalhadores por sua inserção no processo produtivo.

Cabe acrescer-se, por fim, a *função civilizatória e democrática*, que é própria ao Direito do Trabalho. Esse ramo jurídico especializado tornou-se, na História do Capitalismo Ocidental, um dos instrumentos mais relevantes de inserção na sociedade econômica de parte significativa dos segmentos sociais despossuídos de riqueza material acumulada, e que, por isso mesmo,

de amostragem), em contraponto à pesquisa do CAGED do então Ministério do Trabalho e Emprego — atualmente, Ministério do Trabalho (esta fundada nas informações oriundas da RAIS de todo o País) —, relativamente ao preciso número de empregos e trabalhos protegidos formalizados no Brasil, o forte crescimento da formalização trabalhista no Brasil, entre 2003 e 2013, é fato incontroverso. Segundo os dados do MTE/CAGED, baseados em informações da RAIS de todo o País — subscritas pelos próprios empregadores e/ou tomadores de serviços —, havia apenas 28,6 milhões de trabalhadores formalizados no Brasil em dezembro de 2002. A contar de janeiro de 2003 até dezembro de 2013, esse número atingiu, aproximadamente, o montante de 49 milhões de trabalhadores formalizados em todo o País. Ou seja, em onze anos (2003/2013), o acréscimo de empregos formais ou de trabalho realmente protegido, formalizado e com direitos efetivos, alcançou mais de 20 milhões de postos, uma evolução de aproximadamente 70% sobre o patamar de dezembro de 2002. A título de informação, esclareça-se que a sigla CAGED significa “Cadastro Geral de Empregados e Desempregados”, programa que foi criado pela Lei n. 4.923, de 1965, sendo administrado pelo então Ministério do Trabalho e Emprego (atualmente, Ministério do Trabalho). Já a RAIS (“Relação Anual de Informações Sociais”) foi criada pelo Decreto n. 76.900, de 1975. Agregue-se que os dados do CAGED referem-se à *relações de trabalho formalizadas*, no sentido amplo, ou seja, empregados formalizados, trabalhadores avulsos formalizados e servidores públicos, celetistas ou administrativos. As informações relativas ao CAGED são mensalmente publicadas e anualmente sistematizadas no sítio eletrônico do Ministério do Trabalho, de amplo acesso a toda a sociedade brasileira.

(23) Relativamente ao papel estratégico impressionante cumprido pelo desemprego na dinâmica de afirmação dos poderes político, econômico, social e ideológico ultraliberalistas, consultar o texto intitulado “O Desemprego como Estratégia no Capitalismo de Finanças” que integra o Capítulo V inserido na recente edição da seguinte obra: DELGADO, Mauricio Godinho. *Capitalismo, Trabalho e Emprego* entre o paradigma da destruição e os caminhos de reconstrução. 3. ed. São Paulo: LTr, 2017, p. 153-164.

vivem, essencialmente, de seu próprio trabalho. Nesta linha, ele adquiriu o caráter, ao longo dos últimos 150/200 anos, de um dos principais mecanismos de controle e atenuação das distorções socioeconômicas inevitáveis do mercado e sistema capitalistas. Ao lado disso, também dentro de sua função democrática e civilizatória, o Direito do Trabalho consumou-se como um dos mais eficazes instrumentos de gestão e moderação de uma das mais importantes relações de poder existentes na sociedade contemporânea, a relação de emprego.⁽²⁴⁾

VI. ABRANGÊNCIA DA ÁREA JURÍDICO-TRABALHISTA

O estudo do Direito do Trabalho, na qualidade de ramo jurídico delimitado, deve ser acompanhado da visão panorâmica dos segmentos jurídicos originados em função de sua categoria socioeconômica básica (a relação empregatícia), os quais, após desenvolvidos, estruturaram-se, contudo, em ramos próprios e distintos, verdadeiramente autônomos do segmento justralhista.

Deve ser acompanhado, desse modo, pela identificação de área jurídica mais ampla, composta de ramos jurídicos próximos, dotados de certa afinidade entre si, embora com autonomia claramente preservada. Essa afinidade resulta do fato de todos eles, de um modo ou de outro e com intensidade diferente, relacionarem-se com a categoria básica do Direito do Trabalho, a relação de emprego. Todos esses ramos jurídicos afins formam aquilo que pode ser chamado de *área jurídico-trabalhista em sentido lato*, no interior da qual ocupa posição de destaque o Direito do Trabalho.

De fato, a relação de emprego, ao consistir na categoria nuclear do sistema produtivo capitalista, ganhou notável potencial de criação de relações socioeconômicas e jurídicas correlatas, a ela, de algum modo, vinculadas, dando origem a um diversificado número de ramos jurídicos próximos e associados. Embora todos esses ramos se referenciem, inquestionavelmente, à relação empregatícia (e, na verdade, sequer se compreendam, caso inexistente a relação de emprego), alguns estruturaram-se tendo como categoria nuclear relação jurídica própria e específica, que não se confunde com a relação de emprego. É o que se passa, por exemplo, com o Direito Acidentário do Trabalho: o núcleo de construção de suas regras e institutos jurídicos encontra-se em uma relação jurídica complexa, de que participa também o Estado.

A *área justralhista, no sentido lato* — compreendida como a área de estruturação e dinâmica de ramos jurídicos especializados construídos a partir da *indução* básica propiciada pela relação de emprego —, é, desse modo,

(24) Exame mais analítico deste tema foi retomado no texto deste autor, “As Funções do Direito do Trabalho no Capitalismo e na Democracia”. In: DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *Constituição da República e Direitos Fundamentais* — Dignidade da Pessoa Humana, Justiça Social e Direito do Trabalho. 4. ed. São Paulo: LTr, 2017 (1. ed.: 2012).

significativamente larga. Nesta área se encontram, portanto, não somente os princípios, regras e institutos jurídicos característicos do Direito do Trabalho, como também regras, princípios e institutos jurídicos dirigidos a regular a estruturação e dinâmica de relações sociojurídicas que se desenvolvem com dinamismo próprio, mesmo que a partir da indução inicial propiciada pela relação empregatícia.

Nessa lata acepção, a *área jurídico-trabalhista* abrange, pelo menos, os seguintes grupos de ramos jurídicos: a) Direito Material do Trabalho, englobando o Direito Individual do Trabalho e o Direito Coletivo do Trabalho; b) Direito Constitucional do Trabalho; c) Direito Internacional do Trabalho; d) Direito Público do Trabalho, englobando o Direito Processual do Trabalho, o Direito Administrativo do Trabalho, o Direito Ambiental do Trabalho, o Direito Previdenciário e Acidentário do Trabalho (ou, mais amplamente, o Direito da Seguridade Social) e, finalmente, o Direito Penal do Trabalho (há forte e consistente dissensão sobre a real existência autônoma deste último ramo).⁽²⁵⁾

Na acepção restrita, o Direito do Trabalho, como *conjunto de princípios, regras e institutos jurídicos dirigidos à regulação das relações empregatícias e outras relações de trabalho expressamente especificadas*, não abrange, obviamente, ramos jurídicos em que a categoria básica não seja a relação empregado-empregador, mas relações nucleares próprias. Por essa razão, não abrange, ilustrativamente, o Direito Previdenciário (ou Direito da Seguridade Social), que trata de relações tanto de empregado como empregador, enquanto sujeitos específicos, com o Estado/Previdência. Também não abrange o Direito Processual do Trabalho, que se estrutura em torno da relação processual trilateral e angular, autor-réu-Estado/juiz.

Nessa mais restrita acepção, o Direito do Trabalho corresponderia, efetivamente, apenas ao *Direito Material do Trabalho* (chamado, comumente, de *Direito do Trabalho*, tão só), o qual abrangeria o Direito Individual do Trabalho (que envolve a Teoria Geral do Direito do Trabalho) e o Direito Coletivo do Trabalho.

No Direito Material do Trabalho (ou, simplesmente, Direito do Trabalho) comparecem, obviamente, regras e institutos próprios ao Direito Constitucional do Trabalho (princípios constitucionais gerais, princípios constitucionais do trabalho, princípios trabalhistas constitucionalizados, outras diretrizes da Constituição da República para o Direito do Trabalho, além de direitos sociais e individuais trabalhistas incrustados no Texto Magno da República).

Também no Direito Material do Trabalho comparecem, obviamente, regras e institutos próprios ao Direito Internacional do Trabalho, em especial no tocante às fontes justralhistas (tratados e convenções internacionais, notadamente).

(25) Naturalmente que o Direito da Seguridade Social encontra pontos muito relevantes de contato com a área jurídica trabalhista, embora tenha dimensão significativa externa a essa área.

Também comparecem ao Direito Material do Trabalho princípios, institutos e regras do Direito Administrativo do Trabalho, uma vez que a ação administrativa do Estado no âmbito da gestão empresarial cria direitos e deveres às partes contratuais trabalhistas, influenciando no estuário de condutas jurídicas próprias ao Direito do Trabalho. É o que ocorre, por exemplo, na fundamental área de saúde e segurança do trabalho, em que a ação administrativa e fiscalizadora do Estado tende a ser intensa.

VII. DIVISÃO INTERNA DO DIREITO DO TRABALHO

A divisão interna do Direito do Trabalho (ou Direito Material do Trabalho) compreende dois segmentos jurídicos (se englobada a Teoria Geral no primeiro desses segmentos): o Direito Individual do Trabalho e o Direito Coletivo do Trabalho.

O Direito Coletivo é uno, não comportando divisões internas significativas, respeitadas suas várias matérias componentes.

Já o Direito Individual do Trabalho se estrutura a partir de dois segmentos claramente diferenciados: a *parte geral*, compreendendo a Introdução e Teoria Geral do Direito do Trabalho, e a *parte especial*, que compreende o estudo do contrato de trabalho, de um lado, e, de outro lado, o exame dos contratos especiais de trabalho.

A parte especial pode ser desdobrada de modo distinto, sem prejuízo do exame de suas matérias integrantes. Assim, mantém-se como segmento principal de estudo, o *contrato empregatício*, lançando-se, complementarmente, a análise das *situações justrabalhistas especiais* (em vez da referência apenas aos contratos especiais). Nessas situações justrabalhistas especiais se encontram o trabalho da mulher, o trabalho do adolescente (a CLT vale-se da antiga expressão “trabalho do menor”), o trabalho em circunstâncias insalubres, perigosas e penosas, e, finalmente, o trabalho pactuado mediante contratos empregatícios especiais.

Esquemáticamente, assim se enunciaria a área jurídica trabalhista, *lato sensu*:

Área justrabalhista no sentido amplo

a) *Direito Material do Trabalho*

Direito Individual do Trabalho

Direito Coletivo do Trabalho

b) *Direito Constitucional do Trabalho*

c) *Direito Internacional do Trabalho*

d) *Direito Público do Trabalho*

Direito Processual do Trabalho

Direito Administrativo do Trabalho

Direito Ambiental do Trabalho

Direito Previdenciário e Acidentário do Trabalho (Direito da Seguridade Social)

Direito Penal do Trabalho (?)

Esquemáticamente, o Direito do Trabalho (isto é, Direito Material do Trabalho), em sua acepção restrita, assim se enunciaria:

Direito (Material) do Trabalho

a) Direito Individual do Trabalho

(*Parte Geral*: Introdução e Teoria Geral do Direito Material do Trabalho. *Parte Especial*: Contrato de Trabalho e Situações Empregatícias Especiais)

b) Direito Coletivo do Trabalho

Reafirme-se ser controvertida a efetiva existência de um ramo próprio e autônomo, sob o título de Direito Penal do Trabalho. Afinal, não estão atendidos aqui os requisitos científicos à autonomização desse suposto ramo jurídico: complexidade de matérias, princípios próprios, teorias próprias, etc.

Na área trabalhista *lato sensu*, três segmentos jurídicos relativamente jovens se destacam, além dos específicos Direito Individual do Trabalho e Direito Coletivo do Trabalho: trata-se do Direito Constitucional do Trabalho, do Direito Internacional do Trabalho e do Direito Ambiental do Trabalho.

1. Segmento em Destaque: Direito Constitucional do Trabalho

O processo de constitucionalização do Direito do Trabalho surgiu, conforme se sabe, com a Constituição do México, de 1917, e a Constituição da Alemanha, de 1919, que inseriram significativas regras trabalhistas em seu interior.

A partir de então, firmou-se a tendência de as novas constituições elaboradas inserirem, em seu final, título ou capítulo direcionado à “ordem econômica e social” e aos “direitos sociais”, especialmente os de seguridade social e os trabalhistas.

No Brasil, essa tendência emergiu com a Constituição de 1934, que incorporou vários direitos trabalhistas (art. 121, *caput*, § 1º, alíneas “a” até “j”, além de § 2º). A tendência inaugurada no início da década de 1930 repetiu-se em *todos* os textos constitucionais seguintes (Constituições de 1937, 46, 67 e 69), inclusive as cartas autoritárias de 1937, 1967 e 1969 (esta, EC n. 1/69).

A constitucionalização inaugurada em 1934 — embora fenômeno muito relevante, sob a perspectiva institucional, cultural, jurídica, econômica e social — não seria apta a conferir origem a um verdadeiro Direito Constitucional do Trabalho, em vista da falta de complexidade e extensão de matérias, da ausência de métodos próprios de estruturação, além da lacuna ainda percebida quanto à identificação de perspectivas próprias de regência normativa acerca da temática trabalhista.

Apenas com a Constituição de 1988, no Brasil, é que se pode falar, efetivamente, de modo científico, no surgimento de um real Direito Constitucional do Trabalho no País.

Inúmeros aspectos conduzem a essa conclusão.

Em primeiro lugar, a Constituição da República aprovada em 1988 estruturou uma arquitetura conceitual matriz, que perpassa todo o Texto Magno, que é o conceito de Estado Democrático de Direito — em cujo núcleo o Direito do Trabalho cumpre papel decisivo.

O Estado Democrático de Direito concebido pela nova Constituição funda-se em um *inquebrantável tripé conceitual*: a *pessoa humana*, com sua *dignidade*; a *sociedade política*, concebida como *democrática e inclusiva*; e a *sociedade civil*, também concebida como *democrática e inclusiva*.⁽²⁶⁾ Ora, na conformação de todos os elementos desse tripé, em especial a garantia de efetiva dignidade à pessoa humana, além da garantia de efetivação das idéias de democratização e do caráter inclusivo da sociedade política e da sociedade civil, ostenta papel imprescindível o Direito do Trabalho.

Some-se ainda, em segundo lugar, a circunstância de a Constituição possuir outro conceito estrutural (além do Estado Democrático de Direito), em que o Direito do Trabalho também exerce destacada função integrante: está-se referindo à noção de direitos e garantias individuais e sociais fundamentais.

Em terceiro lugar, a Constituição de 1988 possui diversos e importantes princípios gerais, que não se compreendem sem a direta referência ao Direito do Trabalho e seu papel na economia e na sociedade. Trata-se, ilustrativamente, dos princípios da dignidade da pessoa humana; da centralidade da pessoa humana na ordem jurídica e na vida socioeconômica; da justiça social; da inviolabilidade física e psíquica do direito à vida; do respeito à

(26) Conforme DELGADO, Mauricio Godinho. Constituição da República, Estado Democrático de Direito e Direito do Trabalho. In: DELGADO, M. G. e DELGADO, G. N. *Constituição da República e Direitos Fundamentais* — Dignidade da Pessoa Humana, Justiça Social e Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2012. p. 43 (4. ed.: 2017). Para mais ampla análise sobre esse conceito constitucional de Estado Democrático de Direito, sugerimos a leitura do texto referido. Reflexões recentes sobre o importante conceito constitucional encontram-se em MIZIARA, Raphael; ASSUNÇÃO, Carolina Silva Silvino; CAPUZZI, Antonio (Coordenadores). *Direito do Trabalho e Estado Democrático de Direito* — homenagem ao Professor Mauricio Godinho Delgado. São Paulo: LTr, 2018.

privacidade e à intimidade; da não discriminação; da valorização do trabalho e emprego; da proporcionalidade; da segurança; da subordinação da propriedade à sua função socioambiental; da vedação do retrocesso social.⁽²⁷⁾

Agregue-se, ademais, em quarto lugar, o fato de a Lei Máxima Brasileira ter ressaltado a pessoa humana e o trabalho, especialmente o emprego, em todos os seus principais títulos normativos, particularmente no Título I (“Dos Princípios Fundamentais”), no Título II (“Dos Direitos e Garantias Fundamentais”), no Título VII (“Da Ordem Econômica e Financeira”) e no Título VIII (“Da Ordem Social”).

Não bastasse isso, o Texto Magno de 1988, em quinto lugar, constitucionalizou vários princípios próprios do Direito Individual do Trabalho, tais como o da proteção; o da norma mais favorável; o da imperatividade das normas trabalhistas; o da indisponibilidade dos direitos trabalhistas; o da intangibilidade e da irredutibilidade salariais; o da primazia da realidade sobre a forma; o da continuidade da relação de emprego; o da irretroação das nulidades.

A Lei Magna da República constitucionalizou também, em sexto lugar, diversos princípios inerentes ao Direito Coletivo do Trabalho (alguns, de maneira inovadora), a saber: o da liberdade associativa e sindical; o da autonomia sindical; o da interveniência sindical na negociação coletiva; o da lealdade e transparência na negociação coletiva; o da equivalência entre os contratantes coletivos; o da criatividade jurídica da negociação coletiva trabalhista; o da adequação setorial negociada.

Além de tudo, em sétimo lugar, a Constituição Federal instituiu ou incorporou mais de três dezenas de direitos individuais e sociais trabalhistas, além de haver assegurado importantes direitos coletivos com relação à mesma área temática.

Inovadoramente, a Constituição da República, em oitavo lugar, também conferiu novo *status* a regras internacionais ratificadas sobre direitos humanos, inclusive no concernente aos direitos trabalhistas, além de haver incorporado, direta ou indiretamente, importantes princípios e regras internacionais de várias convenções da OIT.

Não bastasse esse largo universo de princípios, regras e institutos jurídicos, a Constituição de 1988, em nono lugar, sistematizou princípios e regras especiais concernentes à regência normativa entre servidores públicos, sejam estatutários, sejam celetistas, e as respectivas entidades estatais de Direito Público. No fundo, o Texto Magno instituiu certa (e inovadora) especificidade com respeito aos vínculos de trabalho com entidades estatais.

(27) Sobre esses *princípios constitucionais do trabalho*, consultar o Capítulo II da obra de Mauricio Godinho Delgado, em sua 5ª edição, de 2017, *Princípios Constitucionais do Trabalho e Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho* (São Paulo: LTr, 5. ed., 2017, p. 36-100).

Finalmente, a Constituição Federal, em décimo lugar, organizou importantes princípios e regras quanto à estruturação da Justiça do Trabalho e mesmo quanto a seu funcionamento, inclusive no tocante ao processo judicial trabalhista.

Todos esses fatores, organicamente conectados na Constituição da República, indicam que, desde 5 de outubro de 1988, passou a existir no País, do ponto de vista histórico e também sob a perspectiva científica, um verdadeiro Direito Constitucional do Trabalho.⁽²⁸⁾

Ressalte-se, de todo modo, que eventual conjuntura histórica de regressão normativa e interpretativa da matriz humanista e social da Constituição da República Federativa do Brasil, no contexto de um processo de reconstrução da hegemonia individualista e antissocial neoliberais, não tem o condão de invalidar o espírito filosófico e jurídico real e originário da Constituição Cidadã de 1988.

2. Segmento em Destaque: Direito Internacional do Trabalho

No plano material do Direito do Trabalho naturalmente têm preponderado, nas distintas experiências históricas dos últimos 150 anos, o Direito Individual do Trabalho e o Direito Coletivo do Trabalho, por conterem, esses dois segmentos, o grande estuário de regras reguladoras das relações empregatícias nas respectivas sociedades.

Não obstante, o Direito Internacional do Trabalho, desde seu surgimento em 1919 com a fundação da Organização Internacional do Trabalho pelo Tratado de Versalhes, e, considerada sua estruturação, principalmente em torno das Convenções da OIT, tem mantido e até incrementado sua influência no âmbito interno das realidades normativas nacionais e, até mesmo, comunitárias. Some-se o fato de que também a Organização das Nações Unidas (ONU), desde a sua instituição (1945), tem aprovado Declarações e/ou Convenções Internacionais que também ostentam relevância para o Direito do Trabalho, embora não se caracterizem por atingir apenas esse segmento jurídico especializado.

Nas últimas décadas, em face da acentuação da globalização e da influência crescente de certa perspectiva internacional no interior das sociedades nacionais, a força do Direito Internacional do Trabalho tem se elevado.

(28) Sobre o tema, consultar DELGADO, Mauricio Godinho. *Princípios Constitucionais do Trabalho e Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2017, especialmente o Capítulo II (“Princípios Constitucionais do Trabalho”). Consultar também a seguinte obra dual, em três volumes: DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *Tratado Jurisprudencial de Direito Constitucional do Trabalho*. São Paulo: Thomson Reuters/Revista dos Tribunais, 2013.

A reorientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal de dez anos atrás (2008), nesse tema, conferindo caráter *supralegal* às regras de tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, independentemente de seu *quorum* de aprovação parlamentar (STF, RE-466343; RE-349703; HC-87585, sessão de 3.12.2008), acentuou a importância no Brasil das Declarações, Tratados e Convenções Internacionais sobre Direitos Humanos Sociais, Econômicos e Culturais, inclusive os trabalhistas, quer da OIT, quer da ONU, quer de outras entidades internacionais. É que, na qualidade de repositório de regras de direitos humanos econômicos, sociais e culturais, tais diplomas internacionais passam a ter sua imperatividade incrementada em nosso sistema jurídico⁽²⁹⁾.

Naturalmente que, no contexto de aparente contraposição entre regras internacionais ratificadas e regras heterônomas estatais internas, incidem duas diretrizes orientadoras fundamentais, iluminando o labor interpretativo e também hierarquizante a ser necessariamente feito pelo profissional da área jurídica: o *princípio da vedação do retrocesso* e o *princípio da norma mais favorável*.

A primeira diretriz informa que regras internacionais de direitos humanos — inclusive trabalhistas — não de traduzir somente confirmações ou avanços civilizatórios no plano interno a que se dirigem, não podendo prevalecer caso signifiquem diminuição de padrão protetivo em contraponto com as regras internas já existentes.

A segunda diretriz, muito próxima à anterior, informa que, no cotejo entre regras internacionais e regras internas sobre a mesma matéria, firma-se a hierarquia normativa pelo critério da norma mais favorável à pessoa humana tutelada (no caso do Direito do Trabalho, pela pessoa do trabalhador).

Nesse novo cenário cultural e jurídico, eleva-se a importância do estudo do Direito Internacional do Trabalho, de seus princípios informativos e regras jurídicas ratificadas, de modo a aperfeiçoar a extensão e profundidade da força normativa do Direito do Trabalho na vida social e econômica brasileira⁽³⁰⁾.

(29) A respeito da inflexão jurisprudencial do STF, verificada no julgamento dos três mencionados processos na sessão de 3.12.2008, consultar o tópico “Tratados e Convenções Internacionais” no Capítulo V do presente Curso.

(30) A respeito do presente tema, consultar DELGADO, Gabriela Neves. Princípios Internacionais do Direito do Trabalho e do Direito Previdenciário, In: SENA, Adriana Goulart; DELGADO, Gabriela Neves; NUNES, Raquel Portugal (Coord.). *Dignidade Humana e Inclusão Social* — caminhos para a efetividade do Direito do Trabalho no Brasil. São Paulo: LTr, 2010. Também examinar REIS, Daniela Muradas. *O Princípio da Vedação do Retrocesso no Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2010. Igualmente, na obra dual de DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *Constituição da República e Direitos Fundamentais* — Dignidade da Pessoa Humana, Justiça Social e Direito do Trabalho (São Paulo: LTr, 2012), o último capítulo é dedicado ao Direito Internacional do Trabalho, a saber: “Capítulo XI — Direitos Humanos dos Trabalhadores: Perspectiva de Análise a partir dos Princípios Internacionais do Direito do

3. Segmento em Destaque: Direito Ambiental do Trabalho

No plano material do Direito do Trabalho, por fim, tem ganhado destaque a concentração de estudos e regramentos jurídicos sobre o meio ambiente do trabalho. Daí que se tem batizado o segmento de Direito Ambiental do Trabalho.

Obviamente que, nessa seara temática, cumpre papel relevante o Direito Previdenciário e Acidentário do Trabalho, uma vez que a infortunística do trabalho tem sido objeto de regulação, desde a segunda metade do século XIX na Europa, por esse campo do Direito Público (hodiernamente, melhor denominado Direito da Seguridade Social, de maneira mais ampla). Por décadas, assim ocorreu também no País, ao longo do século XX e mesmo atualmente.

Entretanto, com o advento da Constituição de 1988, no Brasil, o fato é que novas perspectivas foram lançadas sobre o campo do meio ambiente do trabalho e da própria infortunística laboral, inclusive pela circunstância de se ter tornado possível, do ponto de vista jurídico, a responsabilização do empregador e/ou do tomador de serviços pelos danos materiais e morais, inclusive estéticos, decorrentes dos acidentes do trabalho e das doenças profissionais e/ou ocupacionais ocorridos em seus estabelecimentos empresariais (respeitados certos requisitos jurídicos, é claro).

Se não bastasse, a forte luz que a Constituição da República lançou sobre o universo da personalidade do trabalhador no contexto das relações de trabalho e, em especial, da relação de emprego, projetou possibilidades e efeitos novos sobre a estruturação e gestão do meio ambiente laborativo, inclusive no que concerne à gestão do contrato de trabalho e da efetiva prestação de serviços no cenário das empresas e de seus estabelecimentos.

Essa nova e ampla complexidade de temáticas conferida ao campo jurídico, com o acréscimo de princípios e regras a ele incidentes, além de teorias novas surgidas nas décadas seguintes à Constituição Federal de 1988, tudo conduziu ao crescimento do campo de pesquisas e decisões judiciais sobre essa área da realidade jurídica, justificando o incremento de investigações e obras particularizadas sobre o denominado Direito Ambiental do Trabalho.⁽³¹⁾

Trabalho e Direito Previdenciário”, de autoria única de Gabriela Neves Delgado. Consultar, ademais, DELGADO, Mauricio Godinho, e DELGADO, Gabriela Neves. *A Reforma Trabalhista no Brasil* — com os comentários à Lei n. 13.467/2017. São Paulo: 2017, especialmente em seu Capítulo III (“As Normas Internacionais de Direitos Humanos e a Lei n. 13.467/2017”).

(31) Citem-se alguns importantes livros nessa nova linha de investigação acadêmica a respeito de normas jurídicas, decisões judiciais e circunstâncias fáticas que envolvem o meio ambiente laboral: ALVARENGA, Rúbia Zanotelli. *Trabalho Decente: direito humano e fundamental*. São Paulo: LTr, 2016; ALVARENGA, Rúbia Zanotelli. *Direitos da Personalidade do Trabalhador e Poder Empregatício*. São Paulo: LTr, 2013; CAMARGO, Thaísa Rodrigues Lustosa de; MELO, Sandro Nahmias. *Princípios de Direito Ambiental do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2013; FELICIANO, Guilherme Guimarães; URIAS, João; MARANHÃO, Ney; SEVERO, Valdete Souto

VIII. CARACTERÍSTICAS DO DIREITO DO TRABALHO — SÍNTESE

A síntese das características do Direito do Trabalho conduz a um conjunto de traços mais notáveis, que podem ser classificados em conformidade com sua *origem e evolução histórica*, suas *funções e atuação na comunidade circundante* e, finalmente, sua *estrutura jurídica própria*.

No que tange à sua *origem e evolução na história*, o Direito do Trabalho se caracteriza por ser ramo especializado do Direito, oriundo do segmento obrigacional civil, porém dele se apartando e se distanciando de modo pronunciado. É ramo especializado que se construiu a partir de específica relação jurídica de trabalho — o vínculo de emprego. Tem demonstrado, porém, importante tendência expansionista em direção a outras relações jurídicas trabalhistas próximas, de natureza não empregatícia.

Quanto às suas *funções e atuação na comunidade circundante*, é segmento jurídico que cumpre objetivos fortemente sociais, embora tenha também importantes impactos econômicos, culturais e políticos. Trata-se de segmento jurídico destacadamente teleológico, finalístico, atado à meta de aperfeiçoar as condições de pactuação da força de trabalho na sociedade capitalista. Em consonância com isso, distingue-se por forte direcionamento interventivo na sociedade, na economia e, principalmente, na vontade das partes contratuais envolvidas nas relações jurídicas que regula.

No que diz respeito à sua *estrutura jurídica*, o Direito do Trabalho é composto essencialmente por normas imperativas (e não dispositivas). Além disso, no seu cerne normativo, têm decisiva presença os princípios jurídicos, notadamente seus princípios jurídicos especiais e os princípios jurídicos gerais, inclusive de matriz constitucional, que sejam valorizadores da dignidade da pessoa humana, do trabalho e emprego e da justiça social.⁽³²⁾

Outra peculiaridade de relevo reside no fato de possuir, internamente, duas dimensões: a *dimensão individual*, que gira em torno da regulação do contrato de trabalho, e a *dimensão coletiva*, que gira em torno das relações e seres coletivos trabalhistas.

(Coord.) *Direito Ambiental do Trabalho*: apontamentos para uma teoria geral. São Paulo: LTr (1º vol.: 2013; 2º vol.: 2015; 3º vol.: 2017). São Paulo: LTr.; FILGUEIRAS, Vitor Araújo (Org.). *Saúde e Segurança do Trabalho no Brasil*. Brasília: Ministério Público do Trabalho/Gráfica Movimento, 2017; MELO, Raimundo Simão de. *Direito Ambiental do Trabalho e a Saúde do Trabalhador*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2013;. OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Proteção Jurídica à Saúde do Trabalhador*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2011.

(32) É claro que se percebe, mais recentemente, uma regressão cultural e jurídica do Direito do Trabalho em direção a tradicionais postulados do Direito Obrigacional Civil, com repercussões em sua teleologia classicamente voltada ao humanismo e à justiça social. Tais aspectos serão examinados logo a seguir, no item IX deste Capítulo, intitulado "IX. Temas Recorrentes: Flexibilização e Desregulamentação Trabalhistas".

Finalmente, sua estrutura jurídica evidencia a presença de normas oriundas de três sítios principais, o *nacional heterônomo* (normas estatais internas), o *nacional autônomo* (normas coletivas negociadas internas) e o *internacional heterônomo* (normas oriundas de Tratados e Convenções Internacionais, principalmente da Organização Internacional do Trabalho).⁽³³⁾

IX. TEMAS RECORRENTES: FLEXIBILIZAÇÃO E DESREGULAMENTAÇÃO TRABALHISTAS

Na caracterização contemporânea do Direito do Trabalho despontam usualmente dois temas correlatos: *a flexibilização e a desregulamentação trabalhistas*.

No Brasil, esses dois temas ganharam força em duas conjunturas políticas específicas: nos anos de 1990, em que vicejou no País o neoliberalismo, e a partir da derrubada do governo constitucional em 2016 e período imediatamente seguinte, em que houve abrupta e profunda retomada, no Brasil, do ideário neoliberalista. Nesta última conjuntura, os dois temas penetraram fortemente na política pública, mediante a reforma trabalhista feita pela Lei n. 13.467/2017, que entrou em vigor em 11.11.2017.⁽³⁴⁾

Tais aspectos serão, a seguir, examinados.

1. Flexibilização Trabalhista e Desregulamentação Trabalhista: aspectos gerais

Por flexibilização trabalhista entende-se a possibilidade jurídica, estipulada por norma estatal ou por norma coletiva negociada, de atenuação da

(33) No tocante às características do Direito do Trabalho, consultar BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2005. p. 87-91 (9. ed., 2013, p. 73-77). Igualmente, CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho*. 7. ed. São Paulo: Método, 2012, p. 6-8. No que tange à necessária retomada do clássico expansionismo do Direito do Trabalho no iniciante século XXI, consultar DELGADO, Mauricio Godinho. Direitos Fundamentais na Relação de Trabalho. In: *Revista LTr*, São Paulo: LTr, v. 70, n. 06, junho de 2006. Também DELGADO, M.G. Relação de Emprego e Relações de Trabalho: a retomada do expansionismo do direito trabalhista, In: SENA, Adriana Goulart; DELGADO, Gabriela Neves; NUNES, Raquel Portugal (Coord.). *Dignidade Humana e Inclusão Social — caminhos para a efetividade do Direito do Trabalho no Brasil*. São Paulo: LTr, 2010. Examinar, ainda, a Tese de Doutorado de Gabriela Neves Delgado na UFMG (2005), posteriormente publicada pela Editora LTr, sob o título *Direito Fundamental ao Trabalho Digno*. São Paulo: LTr, 2006.

(34) A Lei n. 13.467/2017, poucos dias após o início de sua vigência, sofreu algumas alterações por meio da MPr. n. 808, publicada em 14.12.17. Contudo, esse diploma provisório não foi, oportunamente, rejeitado nem convertido em lei pelo Congresso Nacional, vigorando, dessa maneira, apenas pelo exíguo prazo de 14.12.2017 a 23.4.2018, conforme critério explicitado pelos § 11 combinado com o § 3º do art. 62 da Constituição da República (EC n. 32/2001). Terminada a vigência da MPr. n. 808, por caducidade, retomou vigência o texto original da Lei n. 13.467, que começara a produzir efeitos em 11.11.2017.

força imperativa das normas componentes do Direito do Trabalho, de modo a mitigar a amplitude de seus comandos e/ou os parâmetros próprios para a sua incidência. Ou seja, trata-se da diminuição da imperatividade das normas justralhistas ou da amplitude de seus efeitos, em conformidade com autorização fixada por norma heterônoma estatal ou por norma coletiva negociada.

Pela *flexibilização*, o preceito legal trabalhista é atenuado em seus comandos e efeitos abstratamente estabelecidos, em decorrência de permissivo estipulado em norma estatal ou integrante de instrumento coletivo negociado (convenção coletiva de trabalho ou acordo coletivo de trabalho). Nessa medida, a flexibilização trabalhista pode ser *heterônoma* (oriunda de permissivo constitucional ou legal) ou *autônoma* (oriunda de permissivo de CCT ou ACT).⁽³⁵⁾

Configuram *flexibilização heterônoma trabalhista* as situações em que a norma jurídica estatal realiza a própria atenuação da regra legal abstrata em referência ou, ao invés, estipula autorização para que outro agente o faça (em geral, o processo negocial coletivo). Nessa medida, a flexibilização heterônoma envolve também as regras jurídicas autorizadoras da própria flexibilização autônoma. A flexibilização heterônoma tem como limite o disposto na Constituição da República, uma vez que não é possível à norma legal afrontar normas constitucionais prevaletentes.⁽³⁶⁾

Configuram *flexibilização autônoma trabalhista* as situações em que a negociação coletiva sindical — usualmente autorizada por prévia e específica norma constitucional ou legal — é que realiza, na prática, a atenuação da regra legal abstrata em referência. Esse tipo de flexibilização tem como limite não só a Constituição, como também o disposto na legislação heterônoma estatal e em normas de tratados e convenções internacionais ratificados. Quer isso dizer que essa flexibilização tem de se posicionar dentro dos limites fixados pela ordem jurídica heterônoma estatal.

O desrespeito aos limites legais e constitucionais impostos à flexibilização autônoma trabalhista conduz à invalidade da respectiva cláusula inserida no

(35) Alice Monteiro de Barros, já na primeira edição de sua obra clássica, de 2005, apresenta a classificação entre *flexibilização heterônoma* e *flexibilização autônoma*, considerada a natureza e a origem da norma flexibilizadora. A respeito, consultar, BARROS, A. M. de. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2005, p. 80-82.

(36) Exemplo de *flexibilização heterônoma trabalhista* encontra-se no *contrato provisório de trabalho*, instituído pela Lei n. 9.601, de 1998. A figura jurídica alarga as antes restritas hipóteses de contratação por tempo determinado no Direito do Trabalho, com rol muito mais modesto de proteções, garantias e direitos trabalhistas. A lei especial prevê, contudo, que a pactuação desse tipo de contrato tenha de ser autorizada por negociação coletiva sindical. Nessa medida, a Lei n. 9.601/98 condiciona a efetividade da flexibilização heterônoma estipulada à ocorrência de prévia flexibilização autônoma coletiva sindical. A respeito, consultar, neste Curso, o Capítulo XVII, em seu item III, sob o título “Novo Pacto a Termo: o Contrato Provisório da Lei n. 9.601, de 1998”...

instrumento coletivo negociado. Observem-se alguns exemplos recorrentes de tentativas de *irregular* flexibilização autônoma trabalhista no cotidiano das relações laborais: diminuição do intervalo para refeição e descanso em jornadas superiores a seis horas, do lapso legal de uma hora (art. 71, *caput*, CLT) para montante inferior (usualmente, 30 minutos)⁽³⁷⁾, alargamento da margem de desconsideração dos minutos residuais lançados em cartões de ponto, do lapso legal de cinco minutos em cada fronteira da jornada (art. 58, § 1º, CLT) para 15/30 minutos ou até mais tempo; desconsideração da natureza salarial e das repercussões contratuais do tempo gasto em horas *in itinere* (art. 58, § 2º, CLT); alargamento do prazo legal para pagamento de salários, do parâmetro legal máximo de até o quinto dia útil do mês subsequente ao trabalhado (art. 459, parágrafo único, CLT) para lapso temporal mais extenso. Em todos esses exemplos tem-se presenciado tentativas da negociação coletiva trabalhista de desprezar as fronteiras máximas lançadas pela ordem jurídica do País.⁽³⁸⁾

A Constituição e o Direito do Trabalho, entretanto — como dito —, não têm reconhecido semelhantes amplos poderes à negociação coletiva trabalhista, limitando a validade desse tipo de flexibilização somente aos seguintes

(37) Havendo regra legal autorizando a redução do intervalo, evidentemente que ela se torna permitida. Ilustrativamente: a) art. 71, § 3º, CLT: redução franqueada ao empregador por ato formal (Portaria específica) da autoridade administrativa do Ministério do Trabalho e Emprego (desde a MPr. n. 696, publicada em 5.10.2015, *Ministério do Trabalho e Previdência Social*; atualmente, apenas *Ministério do Trabalho*), após vistoria própria realizada na empresa; b) fracionamento intervalar permitido pelo § 5º do art. 71 da CLT, desde que previsto em convenção ou acordo coletivo do trabalho, no caso de motoristas, cobradores, fiscalização de campo e afins nos serviços de operação de veículos rodoviários, empregados no setor de transporte coletivo de passageiros, nos termos da redação definida pela Lei n. 12.619, de 2012, e atualmente, pela Lei n. 13.103, de 2015; c) redução para 30 minutos, “mediante prévio acordo escrito entre empregador e empregado”, do intervalo para repouso ou alimentação do empregado doméstico, fixado entre o mínimo de uma hora e o máximo de duas horas ao dia (art. 13, *caput*, da Lei Complementar n. 150/2015, que regula a relação empregatícia doméstica).

(38) O Supremo Tribunal Federal, em 2016, por meio de decisão monocrática ministerial, estendeu as fronteiras da flexibilização autônoma trabalhista para o caso de horas *in itinere* (direito trabalhista, na época, fixado expressamente por lei e enquadrado como parte não apenas da jornada de trabalho como também do salário do empregado, conforme se sabe), por intermédio de ACT ou CCT que realize, em contrapartida, a concessão de determinados bens ou serviços. Para a decisão monocrática, tal concessão pode conduzir, inclusive, à eliminação da natureza salarial das horas itinerantes, além da completa supressão de todo o direito. A decisão monocrática, contudo, ainda não passou pelo crivo do Plenário do STF. Trata-se da decisão prolatada, em oito de setembro de 2016, no RE n. 895.759-PE, em que contendem Usina Central Olho D'Água S/A e Moisés Lourenço da Silva, tendo como Relator o Ministro Teori Zavascki (Diário Oficial da União de 12.9.2016). Esclareça-se, de todo modo, que o agravo regimental interposto pelo Ministério Público Federal contra essa decisão monocrática foi desprovido pela Segunda turma do STF, à unanimidade, em 09.12.2016. Agregue-se, ademais, que a Lei n. 13.467/2017 eliminou a referência legal às horas *in itinere* que constava do art. 58 da CLT (nova redação atribuída ao § 2º do art. 58 da Consolidação, combinada com a revogação do § 3º desse mesmo artigo).

casos: a) quando a norma constitucional ou legal indubitavelmente autorizar a flexibilização autônoma (caso do art. 7º, XIV, da Constituição, por exemplo, que permite a ampliação, por CCT ou ACT, da jornada especial reduzida de seis horas relativa a turnos ininterruptos de revezamento até o padrão constitucional geral de oito horas); b) quando se tratar de parcela *supra legal*, isto é, que tenha sido inovadoramente criada pela própria negociação coletiva, a qual, desse modo, ostenta poderes para conferir os contornos jurídicos da parcela distintiva elaborada (ilustrativamente, auxílio-alimentação instituído por norma coletiva negociada, porém sem caráter salarial).⁽³⁹⁾

A *desregulamentação trabalhista* consiste na retirada, por lei, do manto normativo trabalhista clássico sobre determinada relação socioeconômica ou segmento das relações de trabalho, de maneira a permitir o império de outro tipo de regência normativa. Em contraponto ao conhecido expansionismo do Direito do Trabalho, que preponderou ao longo da história desse ramo jurídico no Ocidente, a desregulamentação trabalhista aponta no sentido de alargar espaços para fórmulas jurídicas novas de contratação do labor na vida econômica e social, naturalmente menos interventivas e protecionistas. Nessa medida, a ideia de desregulamentação é mais extremada do que a ideia de flexibilização, pretendendo afastar a incidência do Direito do Trabalho sobre certas relações socioeconômicas de prestação de labor.⁽⁴⁰⁾

A desregulamentação (ou desregulação) trabalhista ocorre, regra geral, por meio de iniciativas legais, que abrem exceção ao império genérico da normatização trabalhista clássica. É o que se passa, por exemplo, com as relações cooperativistas de trabalho, que buscam instaurar um vasto campo de utilização do labor humano, mas com parcas proteções e garantias normativas.⁽⁴¹⁾

(39) A respeito dos poderes e limites da negociação coletiva trabalhista na ordem jurídica brasileira — e, portanto, dos limites da flexibilização autônoma trabalhista —, consultar, no Capítulo XXXIV deste Curso, o item V.2, “Princípio da Adequação Setorial Negociada”. Para exame ainda mais detalhado do assunto, consultar no livro deste autor, *Direito Coletivo do Trabalho* (7. ed. São Paulo: LTr, 2017), dentro do Capítulo IV (“Negociação Coletiva Trabalhista”), o seu item VIII (“Negociação Coletiva Trabalhista — possibilidades e limites”), estruturado em três subitens (1: “Possibilidades Jurídicas da Negociação Coletiva Trabalhista”; 2: “Limites Jurídicos da Negociação Coletiva Trabalhista”; 3: “Um Debate em Recidiva: o negociado sobre o legislado”).

(40) Naturalmente que se pode também considerar a expressão *flexibilização* no sentido amplo, de modo a abranger a *flexibilização autônoma* (realizada por negociação coletiva sindical) e a *flexibilização heterônoma*, realizada por norma jurídica estatal. Esta, por sua vez, poderia englobar dois tipos: a *flexibilização parcial*, consistente na atenuação da força e amplitude do comando abstrato justrabalhistas clássico, ao lado da *flexibilização ampliada*, a qual traduz a própria ideia de *desregulamentação*, ou seja, de afastamento puro e simples das normas clássicas trabalhistas sobre a relação socioeconômica enfocada.

(41) O cooperativismo despontou, no Brasil, como fórmula incontida de desregulamentação trabalhista na década de 1990, por meio da Lei n. 8.949/94, que inseriu novo e enxuto, mas

Curioso exemplo de tentativa desregulatória, porém elaborada por meio de formulações doutrinárias e jurisprudenciais — que, posteriormente, em alguns países, foram seguidas por iniciativas legais —, ocorreu na Europa Ocidental, a partir da década de 1970 e período seguinte, com a chamada *parassubordinação*. Enxergando um patamar intermediário entre o trabalho subordinado — típico da relação de emprego — e o trabalho autônomo, certa corrente interpretativa europeia cunhou o conceito de *trabalho parassubordinado*, de modo a concluir pela aplicação, sobre esses trabalhadores, de uma normatividade restrita e acanhada, distante da amplitude e firmeza do Direito do Trabalho clássico. Semelhante construção, entretanto, tendeu a produzir indissimulável desvalorização do trabalho humano.⁽⁴²⁾

As fórmulas de flexibilização e de desregulamentação trabalhistas, na verdade, ostentam importante correspondência com período histórico de crise do Direito do Trabalho, deflagrado no Ocidente a partir do final dos anos de 1970, em meio à estruturação de nova hegemonia político-cultural, de matriz liberalista, que iria perdurar por algumas décadas. Sob o impulso do argumento motor de que o Direito do Trabalho clássico criava obstáculos desnecessários e inconvenientes à livre gestão das relações econômicas e sociais, prejudicando a produtividade e a concorrência empresariais, despontaram diversificados veios discursivos e fórmulas interpretativas e normativas dirigidas à busca de maior aproximação dos processos e mecanismos de gestão da força de trabalho às necessidades econômicas do sistema capitalista. O resultado alcançado, entretanto, apontou essencialmente para a maior concentração de renda e a maior precarização das condições de trabalho nas economias e sociedades que absorveram tais orientações político-ideológicas.⁽⁴³⁾

A partir da crise capitalista ocidental de 2008 e anos subsequentes, deflagrada pelo colapso do sistema financeiro e especulativo imobiliário

avassalador, parágrafo único no art. 442 da CLT. Cerca de duas décadas depois, a figura jurídica passou a ser disciplinada de maneira mais minuciosa pela Lei n. 12.690, de 2012. Sobre esse fenômeno socioeconômico e jurídico, consultar, nesse Curso, no Capítulo X (“Relações de Trabalho *Lato Sensu*”), o item “IV. A Questão das Cooperativas”.

(42) Obra fundamental sobre o conceito de *parassubordinação*, seu sentido jurídico e ideológico, suas interfaces no campo jurídico e manifestações diversas no Direito Comparado, encontra-se no seguinte livro de autoria coletiva: RENAULT, Luiz Otávio Linhares; CANTELLI, Paula Oliveira; PORTO, Lorena Vasconcelos; NIGRI, Fernanda. *Parassubordinação — em homenagem ao Professor Márcio Túlio Viana*. São Paulo: LTr, 2011. Igualmente, a obra de PORTO, Lorena Vasconcelos. *A Subordinação no Contrato de Trabalho — uma releitura necessária*. São Paulo: LTr, 2009.

(43) Sobre essa fase despontada na Europa e EUA, que mostrou significativa força desde o fim dos anos de 1970 até o início do século XXI, consultar, neste Curso, no Capítulo III, o item V.4, intitulado “Crise e Transição do Direito do Trabalho”. A fase correspondente do Direito do Trabalho ocorrida no Brasil, com as peculiaridades próprias da transição no país, encontra-se no Capítulo IV deste Curso: “Origem e Evolução do Direito do Trabalho no Brasil”, especialmente em seu item II.3.B) “Crise Cultural: desregulamentação e flexibilização”.

norte-americano entre 2007/08, atingindo todo o sistema bancário daquele país e também da Europa, as teses da desregulamentação e da flexibilização trabalhistas ressurgiram com força no mundo ocidental, particularmente no continente europeu. No Brasil, elas retornaram, com grande ênfase, especialmente a contar do ano de 2016.

Seus argumentos, porém, não sofreram efetiva renovação, sendo, basicamente, os mesmos que caracterizaram o período antecedente. Há que se reconhecer, porém, que o ideário ultraliberalista, nos últimos anos, alargou e aprofundou o seu prestígio no campo jurídico, passando a permear a própria interpretação do Direito Positivo e, até mesmo, da Constituição da República, em direção a um cenário de abrandamento (ou descaracterização) da matriz constitucional humanista e social, inclusive de seus princípios humanistas e sociais, mesmo os *princípios constitucionais do trabalho*.

2. A Reforma Trabalhista feita pela Lei n. 13.467/2017

Com a derrubada, em 2016, no Brasil, do governo democraticamente eleito em 2014, retomou-se, no País, de maneira célere e compulsiva, as teses ultraliberalistas do Estado Mínimo e do império genérico e incontestável dos interesses do poder econômico nas diversas searas da economia, da sociedade e das políticas públicas. Entre estas teses, soblevam-se as vertentes da desregulamentação trabalhista e da flexibilização trabalhista.

Nesse quadro, a Lei n. 13.467, aprovada em 13.07.2017 e vigente desde o dia 11 de dezembro do mesmo ano, implementou inúmeras medidas de desregulamentação e de flexibilização trabalhistas.⁽⁴⁴⁾

No plano da desregulamentação trabalhista, citem-se, a título meramente ilustrativo, os seguintes aspectos: a) exclusão do conceito de “tempo à disposição” de vários lapsos temporais em que o trabalhador já se encontra dentro dos limites físicos do estabelecimento empresarial (novo texto do art. 4º, §§ 1º e 2º da CLT); b) introdução da prescrição intercorrente no processo de execução trabalhista (novo art. 11-A da CLT); c) eliminação das horas *in itinere* da CLT (novo texto do § 2º do art. 58 da CLT, com a revogação do § 3º desse mesmo preceito legal); d) exclusão da natureza salarial dos intervalos

(44) Poucos dias depois do início de vigência da Lei n. 13.467, foi publicada a Medida Provisória n. 808 (DOU de 14.11.2017), que introduziu mudanças pontuais no diploma legal reformista. Entretanto, por não ter sido convertida em lei, nem rejeitada explicitamente pelo Parlamento, a MPr. n. 808 caducou, preservando seus efeitos jurídicos somente no período de 14.11.2017 a 23.4.2018 (art. 62, §§ 11 e 3º, combinados, conforme EC n. 62/2001). Retomou-se, assim, a plena vigência da Lei n. 13.467/2017, em conformidade com o seu texto original. Para análise do texto da Lei n. 13.467/2017 — inclusive, em separado, com as mudanças pontuais e provisórias inseridas pela MPr. n. 808/2017 —, consultar DELGADO, Mauricio Godinho, e DELGADO, Gabriela Neves. *A Reforma Trabalhista no Brasil* — com os comentários à Lei n. 13.467/2017. 2. ed. São Paulo: LTr, 2018.

trabalhistas (novo texto do § 4º do art. 71 da CLT); e) exclusão da natureza salarial de distintas parcelas contratuais trabalhistas (novo texto do art. 457 da CLT); f) restrições na regulamentação dos danos moral e material no campo das relações de trabalho (novo Título II-A da CLT, art. 223-A até art. 223-G); g) inúmeras situações de exacerbação do poder empregatício do empregador na relação de emprego; h) incentivo legal à contratação autônoma, em contraponto à contratação empregatícia (novo art. 442-B da CLT); i) criação do “contrato de trabalho intermitente” (art. 443, *caput* e § 3º, c.c. art. 452-A, *caput* e §§ 1º até 9º, todos da CLT); j) eliminação de proteções normativas ao empregado relativamente mais qualificado e relativamente melhor remunerado, criando-lhe grave situação de segregação (novo parágrafo único do art. 444 da CLT); k) diminuição das garantias antidiscriminatórias no contexto da equiparação salarial (novo texto do art. 461 da CLT); l) eliminação da possibilidade de incorporação, pela média, da gratificação percebida por dez anos ou mais no contrato de trabalho (novo § 2º do art. 468 da CLT); m) eliminação de formalidades e proteções rescisórias ao empregado com mais de um ano de contrato (novo texto do art. 477 da CLT); n) igualação jurídica das dispensas individuais, plúrimas e coletivas (novo art. 477-A da CLT); o) permissão para a pactuação da arbitragem nas relações de trabalho (novo art. 507-A da CLT); p) permissão para celebração de termo anual de quitação de obrigações trabalhistas (novo art. 507-B da CLT); q) alargamento e maior desregulamentação da terceirização trabalhista.

Diversos outros preceitos poderiam aqui ser acrescidos, lamentavelmente. Porém, essas 22 regras supra mencionadas já conferem uma clara dimensão do acanhamento e restrições impostos ao Direito do Trabalho, no tocante à regulação das relações trabalhistas, pela Lei n. 13.467/2017.

Naturalmente que diversos desses dispositivos podem vir a ter a sua inconstitucionalidade ou inconvenção reconhecidas, oportunamente, além de poderem igualmente merecer interpretação lógica, sistemática e teleológica pelos profissionais do Direito e pelo próprio Poder Judiciário, de maneira a melhor adequar o seu sentido normativo aos princípios e normas da Constituição da República, dos Tratados, Convenções e Declarações Internacionais sobre Direitos Humanos, inclusive trabalhistas, vigorantes, com imperatividade, no Brasil, além dos próprios princípios, normas e sentido normativo mais largo do Direito do Trabalho.

No plano da flexibilização trabalhista, cite-se, a título meramente ilustrativo, em especial, a clara exacerbação dos poderes da negociação coletiva trabalhista implementada pelo novo art. 611-A da CLT, preceito a ser lido em conjunto com o novo art. 611-B da mesma Consolidação das Leis do Trabalho.

De fato, os 15 grandes temas franqueados no art. 611-A da CLT, aliados à tentativa feita pelo art. 611-B da Consolidação, no sentido de fixar taxativamente as restrições negociais coletivas que elenca (observe-se que no

caput do art. 611-B se usa a palavra “exclusivamente”), tudo interpretado em conjugação lógica, evidencia o enorme espaço que se quis abrir à negociação coletiva trabalhista, particularmente na direção de piorar as condições de contratação e gestão da força de trabalho no País.

É evidente que alguns dispositivos elencados acima como exemplos de desregulamentação trabalhista também podem ser interpretados como exemplos de flexibilização trabalhista, seja porque neles o sindicato de trabalhadores apresenta alguma atuação (novo art. 507-B da CLT, ilustrativamente), seja porque se pode considerar como mera flexibilização (ao invés de desregulamentação) as diversas fórmulas instituídas pela nova Lei no sentido de franquear à vontade contratual empregatícia a piora das condições de trabalho (afinal, se trata de um manifesto *contrato de adesão*). De todo modo, isso significa, pelo menos, que tais dispositivos ostentam natureza multidimensional, sendo, ao mesmo tempo, exemplos tanto de desregulamentação como de flexibilização trabalhistas.⁽⁴⁵⁾

(45) Para exame da Lei da Reforma Trabalhista, em seus múltiplos aspectos, consultar a obra dual de Mauricio Godinho DELGADO e Gabriela Neves DELGADO, intitulada *A Reforma Trabalhista no Brasil* — com os comentários à Lei n. 13.467/2017 (1. ed. São Paulo: LTr, 2017; 2. ed. São Paulo: LTr, abril de 2018).

AUTONOMIA E NATUREZA JURÍDICA DO DIREITO DO TRABALHO

I. INTRODUÇÃO

A apresentação das características essenciais do Direito do Trabalho, que permita ao analista a visualização de seus contornos próprios mais destacados, não se completa sem o exame dos traços que envolvem a relação desse ramo especializado com o conjunto geral do Direito.

Esses traços são dados, fundamentalmente, pelo estudo da autonomia do ramo juslaborativo, de seu posicionamento no plano jurídico geral (sua natureza jurídica, em suma), e, finalmente, a investigação de suas relações com outros ramos do universo do Direito.

II. AUTONOMIA

Autonomia (do grego *auto*, próprio, e *nomé*, regra), *no Direito, traduz a qualidade atingida por determinado ramo jurídico de ter enfoques, princípios, regras, teorias e condutas metodológicas próprias de estruturação e dinâmica.*

A conquista da autonomia confirma a maturidade alcançada pelo ramo jurídico, que se desgarrar dos laços mais rígidos que o prendiam a ramo(s) próximo(s), sedimentando via própria de construção e desenvolvimento de seus componentes específicos. Nessa linha, pode-se afirmar que um determinado complexo de princípios, regras e institutos jurídicos assume caráter de ramo jurídico específico e próprio quando alcança autonomia perante os demais ramos do Direito que lhe sejam próximos ou contrapostos.

O problema da autonomia não é exclusivo do Direito e seus ramos integrantes. As próprias ciências o enfrentam, necessariamente. Neste plano científico específico, pode-se dizer que um determinado conjunto de proposições, métodos e enfoques de pesquisa acerca de um universo de problemas assume o caráter de ramo de conhecimento específico e próprio quando também alcança autonomia perante os demais ramos de pesquisa e saber que lhe sejam correlatos ou contrapostos.

Quais são os requisitos para a afirmação autonômica de certo campo do Direito?

O jurista italiano *Alfredo Rocco* sintetizou, com rara felicidade, a tríade de requisitos necessários ao alcance de autonomia por certo ramo jurídico. Trata-se, de um lado, da existência, em seu interior, de um *campo temático vasto e específico*; de outro lado, a elaboração de *teorias próprias* ao mesmo ramo jurídico investigado; por fim, a observância de *metodologia própria* de construção e reprodução da estrutura e dinâmica desse ramo jurídico enfocado⁽¹⁾.

A esses três requisitos, acrescentaríamos um quarto, consubstanciado na existência de *perspectivas e questionamentos específicos e próprios*, em contraposição aos prevalecentes nos ramos próximos ou correlatos.

O Direito do Trabalho, cotejado com o conjunto desses quatro requisitos à conquista de sua autonomia, atende largamente ao desafio proposto. De fato, são óbvias e marcantes a *vastidão e especificidade do campo temático* desse ramo jurídico especializado. Basta enfatizar que a relação empregatícia — categoria central do ramo justralhista — jamais foi objeto de teorização e normatização em qualquer época histórica, antes do advento da moderna sociedade industrial capitalista. Basta aduzir, ainda, institutos como negociação coletiva e greve, além de temas como duração do trabalho, salário, com sua natureza e efeitos próprios, poder empregatício, além de inúmeros outros assuntos, para aferir-se a larga extensão das temáticas próprias ao Direito do Trabalho.

É amplo também o número de *teorias específicas e distintivas* do ramo justralhista. Ressaltem-se, ilustrativamente, as fundamentais teorias justralhistas de nulidades e de hierarquia das normas jurídicas — ambas profundamente distantes das linhas gerais hegemônicas na teorização do Direito Civil (ou *Direito Comum*).⁽²⁾

É também clara a existência de *metodologia e métodos próprios* ao ramo jurídico especializado do trabalho. Neste passo, a particularidade justralhista é tão pronunciada que o Direito do Trabalho destaca-se pela circunstância de possuir até mesmo métodos próprios de criação jurídica, de geração da própria normatividade trabalhista. É o que se ressalta, por exemplo, através dos importantes mecanismos de negociação coletiva existentes.

Por fim, o Direito do Trabalho destaca-se igualmente pelo requisito de incorporar *perspectivas e questionamentos específicos e próprios*. De fato,

(1) ROCCO, Alfredo. *Corso di Diritto Commerciale* — Parte Generale. Padova: La Litotipo — Editrice Universitaria, 1921, p. 76. A proposição de *Rocco* é largamente difundida entre os diversos autores de Direito.

(2) Sobre a teoria justralhista de nulidades, consultar neste Curso o Capítulo XV, item IV. Sobre a teoria de hierarquização de regras jurídicas, consultar o Capítulo V, item VII desta mesma obra.

este ramo especializado enfoca problemas afins a outros ramos jurídicos de modo inteiramente distinto ao perfilado pelos ramos tradicionais. Veja-se a relação credor/devedor, que, no Direito Civil, é, em geral, normatizada sob a perspectiva básica favorável ao devedor: o Direito Obrigacional Civil constrói-se sob a perspectiva do devedor, elaborando princípios e regras segundo essa perspectiva primordial. Já o Direito Individual do Trabalho constrói-se sob a perspectiva do credor trabalhista, o empregado, elaborando, conseqüentemente, princípios e regras de matriz e direcionamento sumamente diversos dos civilistas clássicos.

Desde a plena institucionalização do Direito do Trabalho, no século XX, já não se coloca em dúvida a autonomia justralhista. Seja pelo exame analítico dos quatro requisitos necessários ao alcance da autonomia de qualquer ramo jurídico ou científico, seja pela pujante reunião de estruturas e dinâmicas de largo impacto social estritamente vinculadas à área justralhista (sindicatos, regras coletivas negociadas, greves, organização obreira no estabelecimento e na empresa, legislação trabalhista intensa, etc.), seja pelo já longínquo distanciamento das origens e fase de afirmação do ramo justralhista, há muito já não se questiona mais a óbvia existência de autonomia do Direito do Trabalho no contexto dos ramos e disciplinas componentes do universo do Direito e da ciência dirigida a seu estudo. O questionamento que talvez deva ser colocado pelo estudioso do Direito é de ordem inteiramente diversa.

De fato, o debate envolvente a esse tema certamente não será mais frutífero, hoje, se se limitar a discutir sobre a existência ou não da autonomia do Direito do Trabalho e de sua disciplina de pesquisa e reflexão. Tal discussão teve sentido na fase de afirmação do ramo justralhista, quando o segmento novo naturalmente tendia a digladiar com o berço teórico e cultural que abrigou seu nascimento, o Direito Obrigacional Civil. O debate contemporâneo, o debate da maturidade do Direito do Trabalho certamente não versará sobre sua autonomia — inquestionável, sob qualquer enfoque que se tome o tema —, mas, em vez disso, sobre os *limites da autonomia do ramo especializado e os compatíveis critérios de integração desse ramo no conjunto do universo jurídico*⁽³⁾. Ilustrativamente, os critérios de integração e harmonização do Direito do Trabalho — e seus princípios específicos — à normatividade constitucional (veja-se a perplexidade provocada pela norma constitucional de

(3) Este processo de ruptura de um ramo novo de conhecimento com o tronco básico de onde se desprende — e o anátema que tende a surgir entre os dois segmentos na fase de afirmação autonômica do ramo nascente — é examinado em Maurício Godinho DELGADO. *Direito e Política: Integração e Ruptura na História do Pensamento*, já referido. Nesse ensaio também se examinam as possibilidades (e vantagens teóricas) da retomada de um diálogo entre os ramos próximos, atingida a fase de maturidade do ramo novo desenvolvido e preservada sua fundamental autonomia.

1988, de nulidade das admissões irregulares de servidores — mesmo celetistas); ou ainda os critérios de integração e harmonização do Direito do Trabalho ao Direito Administrativo (veja-se a extrema dificuldade do ramo justralhista de conferir consistência aos princípios administrativistas de legalidade e moralidade, quando em aparente confronto com princípios justralhistas específicos). Nesta mesma linha, podem se contrapor, também, o debate entre princípios justralhistas e ética jurídica (como sugerido, contemporaneamente, pelo tema do “trabalho” ilícito e seus efeitos no Direito do Trabalho).

Este novo e consistente debate é um dos que mais devem instigar os estudiosos do Direito do Trabalho no processo de avanço da modernização e democratização da sociedade brasileira no início do terceiro milênio.

A propósito, em obra já construída no novo milênio⁽⁴⁾, buscamos enfrentar esse instigante debate. De um lado, indicando o tronco fundamental do ramo justralhista, seu *núcleo basilar*, sem o qual não se pode referir, com seriedade, à própria existência do Direito do Trabalho. Trata-se, aqui, do núcleo basilar de princípios especiais juslaborativos.⁽⁵⁾

De outro lado, estudando os princípios gerais do Direito aplicáveis ao Direito do Trabalho, com a percepção, nesse grupo genérico, de um núcleo também basilar, perante o qual o ramo justralhista não pode ser desinteressado ou impermeável.⁽⁶⁾

III. NATUREZA JURÍDICA

A pesquisa acerca da *natureza* de um determinado fenômeno supõe a sua precisa *definição* — como declaração de sua essência e composição — seguida de sua *classificação*, como fenômeno passível de enquadramento em um conjunto próximo de fenômenos correlatos. Definição (busca da essência) e classificação (busca do posicionamento comparativo), eis a equação compreensiva básica da ideia de natureza⁽⁷⁾.

(4) DELGADO, Mauricio Godinho. *Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2001 (2. ed.: 2004; 3. ed.: 2010; 4. ed.: 2013). Desde a sua 5ª edição (2017), a obra passou a se denominar *Princípios Constitucionais do Trabalho e Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho*.

(5) É o que se analisa na mencionada obra, no capítulo intitulado “Princípios Especiais do Direito Individual do Trabalho — núcleo basilar”.

(6) Na obra *Princípios Constitucionais do Trabalho e Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho*, já citada, examinam-se tais diretrizes em dois capítulos: “Princípios Constitucionais do Trabalho” (este, existente desde a 2ª edição) e “Princípios Gerais do Direito (ou de Outros Ramos Jurídicos) Aplicáveis ao Direito do Trabalho” (existente desde a 1ª edição, de 2001). Consultar, hoje, a nova 5ª edição do livro, de 2017, revista, atualizada e aperfeiçoada.

(7) A comparação entre definição e natureza, como procedimentos lógicos acolhidos pela ciência, encontra-se em DELGADO, Mauricio Godinho. *A Natureza Jurídica do Poder Empregatício*, p. 78-80, texto a que se reporta no presente instante.

Encontrar a natureza jurídica de um instituto do Direito (ou até de um ramo jurídico, como o Direito do Trabalho) consiste em se apreenderem os elementos fundamentais que integram sua composição específica, contrapondo-os, em seguida, ao conjunto mais próximo de figuras jurídicas (ou de segmentos jurídicos, no caso do ramo justrabalhista), de modo a classificar o instituto enfocado no universo de figuras existentes no Direito.

É “atividade lógica de classificação”⁽⁸⁾, pela qual se integra determinada figura jurídica no conjunto mais próximo de figuras existentes no universo do Direito, mediante a identificação e cotejo de seus elementos constitutivos fundamentais.

Encontrar a natureza jurídica do Direito do Trabalho consiste em se fixarem seus elementos componentes essenciais, contrapondo-os ao conjunto mais próximo de segmentos jurídicos sistematizados, de modo a classificar aquele ramo jurídico no conjunto do universo do Direito. À medida que esse universo do Direito tem sido subdividido em dois grandes grupos (Direito Público *versus* Direito Privado), a pesquisa da natureza jurídica do Direito do Trabalho importa em classificar tal ramo especializado em algum dos grandes grupos clássicos componentes do Direito.

Há uma dificuldade inicial razoável no que tange a essa pesquisa. É que os autores sequer se harmonizam a respeito dos critérios informadores dessa clássica subdivisão, percebendo-se até mesmo o questionamento taxativo sobre a própria validade científica da tipologia Direito Público/Direito Privado. Não obstante tais obstáculos, é indubitável a validade da referida tipologia, que tem ainda expressivo interesse prático para se compreender a essência e posicionamento comparativo dos diversos ramos jurídicos componentes do universo do Direito.

No quadro do largo espectro de critérios voltados à diferenciação entre os segmentos público e privado do Direito, dois surgem como mais objetivos e abrangentes: o critério do *interesse* (oriundo da tradição romana) e o critério da *titularidade* (de origem mais recente, na Idade Moderna).

Pelo critério tradicional, a natureza do interesse prevalente no ramo jurídico (privada ou pública) é que determinaria seu posicionamento classificatório em um dos grupos básicos do universo jurídico. Já pelo critério moderno, a titularidade primordial dos direitos e prerrogativas prevaletentes no ramo jurídico (detida por entes públicos ou, em contrapartida, por pessoas ou grupos privados) é que responderia por seu pretendido posicionamento classificatório.

(8) A expressão é de SILVA, Antônio Álvares da. *Direito Coletivo do Trabalho*. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 144. O autor, a propósito, traça, nessa obra, rico contraponto entre *definição jurídica* e *natureza jurídica*.

Roberto de Ruggiero encontra a melhor fórmula de concretização da mencionada tipologia, ao combinar, em um todo coerente, os dois critérios acima enfocados. Para o autor, público será o Direito que tenha por finalidade regular as relações do Estado com outro Estado ou as do Estado com seus súditos (ideia de titularidade), procedendo em razão do poder soberano e atuando na tutela de bem coletivo (ideia de interesse). Privado, por sua vez, será o Direito que discipline as relações entre pessoas singulares (titularidade), nas quais predomine imediatamente o interesse de ordem particular (interesse)⁽⁹⁾. Não há dúvida de que o critério combinado acima exposto está ainda excessivamente influenciado pela visão individualista tão cara ao velho Direito Civil e que hoje, cada vez mais, mostra-se inadequada aos avanços democratizantes da sociedade ocidental contemporânea. De todo modo, o critério combinado pode ainda ser válido e útil, desde que se substituindo a noção de pessoas singulares por *pessoas privadas, singulares ou coletivas*; desde que se substitua, ainda, a noção de interesse de ordem particular por *interesse de ordem particular, setorial ou comunitária*.

Nesse debate teórico, o Direito do Trabalho já foi classificado como componente do Direito Público, por autores de distinta especialização jurídica⁽¹⁰⁾. Prepondera, hoje, entretanto, a classificação do ramo jurtrabalhista no segmento do Direito Privado⁽¹¹⁾. Há autores, contudo, que consideram esse ramo jurídico inassimilável a qualquer dos dois grandes grupos clássicos, enquadrando-se em um terceiro grande grupo de segmentos jurídicos, o Direito Social⁽¹²⁾.

O posicionamento no grupo do Direito Público estriba-se, fundamentalmente, no caráter imperativo marcante das regras trabalhistas e na tutela próxima à típica de matriz pública que confere aos interesses laborais acobertados por suas regras. Nos modelos jurtrabalhistas mais autoritários, esse posicionamento classificatório socorre-se ainda da tendência publicizante (ou *estatizante*) que tais modelos conferem a instituições e práticas trabalhistas: por exemplo, a natureza paraestatal normalmente atribuída a certas instituições essenciais do novo ramo jurídico (principalmente os sindicatos)

(9) RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de Direito Civil*. V. I, 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1971, p. 46-47.

(10) Ilustrativamente, MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. V. I, 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 8-9 e MAYNES, Eduardo Garcia. *Introducción al Estudio del Derecho*, 7. ed. México: Porrúa, 1956, p. 152.

(11) Ilustrativamente, PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. V. I, 5. ed., 2ª tir., Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 8. A posição privatística é a preponderante, hoje, entre os modernos autores jurtrabalhistas.

(12) Ilustrativamente, GURVITCH, Georges. *L'Idée du Droit Social*. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1932, p. 15-16. No Brasil, a posição foi classicamente adotada por CESARINO JÚNIOR, Antônio Ferreira. *Direito Social*. São Paulo: Universidade de São Paulo/LTr, 1980, p. 60-62.

ou o papel interventivo explícito do Estado nos procedimentos privados de negociação coletiva (como por meio dos dissídios coletivos, por exemplo).

Não obstante os aspectos mencionados, tal procedimento classificatório é claramente equivocado.

É que a natureza jurídica de qualquer ramo do Direito não se mede em função da imperatividade ou dispositividade de suas regras componentes. Se tal critério fosse decisivo, o Direito de Família, formado notadamente por regras imperativas, jamais seria ramo componente do Direito Civil e Privado.

De outro lado, o intervencionismo autoritário que intenta *estatizar* instituições (como os sindicatos) ou métodos (como o da negociação coletiva) próprios à sociedade civil — intervencionismo típico dos modelos justralhistas de normatização estatal subordinada⁽¹³⁾ — *não consegue alterar* a natureza da relação jurídica essencial normatizada pelo Direito do Trabalho, que se mantém como relação jurídica específica do âmbito socioeconômico privado. Finalmente, esse intento de estatização de instituições e métodos tão próprios à sociedade civil corresponde, na verdade, a uma experiência historicamente delimitada, em harmonia às experiências de gestão autocrática das relações políticas e trabalhistas que tiveram importância na história ocidental do século XX. Por essa razão, sua eventual validade fica estritamente circunscrita ao modelo autoritário a que se vincula e serve, não indicando, contudo, a essência e posicionamento classificatório do ramo justralhista especializado.

A eleição de um terceiro segmento jurídico específico (consubstanciado no Direito Social), ao lado do Direito Público e do Direito Privado, para abranger o Direito do Trabalho, como se este fosse parte de um terceiro gênero, tem raízes em *Otto von Gierke*, em fins do século XIX, tendo sido incorporada por autores civilistas, como *Paul Roubier*, e juslaboristas, como *Arthur Nikisch*⁽¹⁴⁾. Não obstante, constitui intento passível de críticas, quer do ponto de vista científico, quer do ponto de vista prático.

É que o núcleo do Direito do Trabalho (relação empregatícia) não corresponde a uma categoria jurídica *incomunicável* com outras categorias correlatas de ramos jurídicos próximos (por exemplo, relação de trabalho autônomo, relação de sociedade, de mandato, etc.), o que afasta a necessidade

(13) Trata-se de referência ao modelo trabalhista autoritário, de origem fascista e caráter corporativista, que teve presença saliente em certos países europeus durante parte do século XX. A respeito dos principais modelos justralhistas nos países de capitalismo central, consultar o Capítulo III deste Curso (“Origem e Evolução do Direito do Trabalho”), em seu item III (“Modelos Principais de Ordens Jurídicas Trabalhistas”).

(14) A respeito, LA CUEVA, Mario de. *Derecho Mexicano del Trabajo*, Tomo I, Cuarta Edición, México: Porrúa, 1959, p. 221-236. *De La Cueva*, a propósito, adere também à concepção de Direito Social.

teórica de se formular, para esse ramo especializado, um gênero próprio, distinto do gênero a que se filia, ilustrativamente, o Direito Obrigacional Civil.

De par com isso, a particularidade maior do Direito do Trabalho perante o Direito Obrigacional Civil — a relevância da noção do *ser coletivo* em seu interior, em contraposição ao individualismo prevalecente no Direito Civil — não é, como visto, característica isolada do ramo trabalhista, estando hoje presente em outros ramos do Direito Privado, como o Direito do Consumidor. De todo modo, o caráter *social* do fenômeno jurídico está presente em qualquer ramo do Direito (mesmo no mais individualista existente), não sendo apanágio do ramo trabalhista. Finalmente, a dubiedade teórica (e mesmo histórica) desse suposto segmento (como já ressaltado) compromete sua própria funcionalidade para o estudo da natureza jurídica do Direito do Trabalho.⁽¹⁵⁾

Enfocada a substância nuclear do Direito do Trabalho (relação de emprego) e seu cotejo comparativo com a substância dos demais ramos jurídicos existentes — e não se optando por seu enquadramento no chamado *Direito Social* —, não há como se escapar da conclusão de que o ramo trabalhista situa-se no quadro componente do Direito Privado. À medida que a categoria nuclear do Direito do Trabalho é essencialmente uma relação entre particulares (a relação empregatícia), esse ramo jurídico, por sua essência, situa-se no grupo dos ramos do Direito Privado — em que preponderam relações próprias à sociedade civil, pactuadas entre particulares⁽¹⁶⁾. A justeza dessa conclusão teórica mais se evidencia pela circunstância de ter essa classificação aptidão de abranger desde os modelos mais democráticos e descentralizados de normatização trabalhista até os modelos mais autoritários de normatização juslaboral. É que se sabe, afinal, que a tutela do

(15) Reconheça-se que a concepção concernente à existência de um *Direito Social*, como terceiro campo diferenciado dos ramos jurídicos, por além do Direito Público e do Direito Privado, tem recobrado prestígio contemporaneamente, em face da especificidade acentuada tanto dos ramos do Direito Público (Direito Penal, Direito Tributário, Direito Administrativo, notadamente), como dos ramos tradicionais do Direito Privado (Direito Civil e Direito Empresarial, principalmente). Nesse contexto, o Direito Social corresponderia a amplo e próprio campo jurídico, formado por múltiplos ramos especializados do Direito, dotados de normas prevalentemente imperativas, com forte conteúdo social e força de repercussão em largo espectro da comunidade envolvente; seriam, assim, ramos distintos tanto daqueles essencialmente privatísticos e individualistas (como o Direito Civil e o Direito Empresarial), como dos ramos eminentemente públicos (como o Direito Administrativo, o Direito Tributário e o Direito Penal). Nessa medida e acepção, o Direito Social formaria campo normativo específico e demarcado, composto pelo Direito do Trabalho, Direito da Seguridade Social, Direito do Consumidor e Direito Ambiental, em contraposição aos antigos campos do Direito Privado e do Direito Público.

(16) É o que bem aponta, por exemplo, GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1971, p. 29-30, que enxerga no Direito do Trabalho uma “especialização” do Direito Civil (loc. cit.).

Estado sobre relações privadas não é incompatível com a natureza de Direito Privado do ramo jurídico em exame — como se percebe, por exemplo, pelo caso do Direito de Família.

É óbvio que a concepção de Direito Privado não pode manter-se prisioneira da visão individualista hegemônica no velho Direito Civil — e que sempre se espalhou pelo conjunto da Teoria do Direito. As relações jurídicas privadas envolvem tanto um largo universo de vínculos em que prepondera a perspectiva individual de interesses, como um cada vez mais relevante universo de vínculos em que prepondera a perspectiva grupal, coletiva ou até mesmo social de interesses. Mais que isso, há relações que simplesmente se travam entre seres coletivos — como visto no Direito do Trabalho, em especial no segmento juscoletivo —, independentemente do impacto individual que produzem no âmbito isolado de cada pessoa. Apenas sob esta compreensão atualizada e abrangente é que se torna adequada e rica a discussão sobre o presente tema.

Esclareça-se, finalmente, que a natureza jurídica do Direito do Trabalho já foi considerada *mista* por alguns autores, como se fosse este ramo um “conúbio indissociável e inseparável de instituições de Direito Público e Direito Privado”⁽¹⁷⁾. Nesta linha, o presente debate classificatório perderia sentido quanto ao segmento justrabalista, pois ele seria uma mistura dos dois segmentos.

Entretanto, a concepção de Direito misto é falha, quer por não captar a existência de uma identidade própria ao ramo justrabalista, quer por centrar seu critério de análise no tipo de regras jurídicas componentes do mencionado ramo.

Contrapõe-se à visão de *Direito misto* a concepção de *Direito unitário*, pela qual a reunião de institutos de origem diversa no Direito do Trabalho não lhe retiraria a coerência e diretriz uniformes. Em consequência, ele formaria um “... todo orgânico, diferenciado e tanto quanto possível autossuficiente”⁽¹⁸⁾. A concepção unitária, mais correta, do ponto de vista científico, integra-se, naturalmente, ao debate sobre a classificação do ramo juslaboral no Direito Público, Privado ou Social. Ou seja, o Direito do Trabalho é um *ramo jurídico unitário* que se enquadra no campo do Direito Privado (posição hegemônica) — embora haja autores que prefiram realizar esse enquadramento no Direito Público ou, ainda, no Direito Social.⁽¹⁹⁾

(17) É o argumento de BOTIJA, Eugenio Perez. *Curso de Derecho del Trabajo*. 4. ed. Madrid: Tecnos, 1955, p. 14.

(18) MORAES FILHO, Evaristo de. *Tratado Elementar de Direito do Trabalho*. Vol. I, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960, p. 133.

(19) Reitere-se que a concepção de *Direito Social*, na qualidade de terceiro bloco classificatório dos ramos jurídicos existentes no mundo ocidental contemporâneo, ao lado da antiga dualidade Direito Público/Direito Privado, tem renovado seu fôlego explicativo e seu prestígio na atualidade, conforme já exposto anteriormente neste mesmo item III do presente Capítulo.

IV. RELAÇÕES DO DIREITO DO TRABALHO COM OUTROS CAMPOS DO DIREITO

O Direito do Trabalho, embora sendo ramo jurídico especializado, mantém relações permanentes e, às vezes, estreitas com outros campos do Direito.

1. *Relações com o Direito Constitucional*

O Direito Constitucional é campo decisivo no processo de inserção justrabalhista no universo geral do Direito. Em seguida ao deflagrar da tendência de *constitucionalização do ramo juslaborativo*, com as Constituições de 1917, no México, e 1919, na Alemanha (no Brasil, a tendência iniciou-se com o Texto Máximo de 1934), as relações entre as duas áreas acentuaram-se, significativamente.

Após a Segunda Guerra Mundial, superadas, na Europa, as experiências traumáticas e constrangedoras do fascismo e nazismo, as novas Constituições promulgadas em importantes países europeus conferiram novo *status* ao processo de constitucionalização justrabalhista. É que passaram a inserir nos Textos Magnos não só direitos laborativos, mas, principalmente, *princípios jurídicos*, vários deles associados à mesma perspectiva de construção e desenvolvimento do Direito do Trabalho: trata-se, ilustrativamente, dos princípios da dignidade humana, da inviolabilidade física e psíquica do direito à vida, da centralidade da pessoa humana na sociedade, na economia e no Direito, da valorização socio-econômica e jurídica do trabalho e emprego, da subordinação da propriedade privada à sua função social, da justiça social, da igualdade em sentido material (além da tradicional visão formalística do princípio jurídico), todos atuando como fochos orientadores das ações estatais e da sociedade civil. Nesta linha, as Constituições da França (1946), Itália (1947), Alemanha (1949); posteriormente, os Textos Magnos de Portugal (1976) e Espanha (1978).

No Brasil, a mesma tendência de constitucionalização verificou-se: começada em 1934, foi mantida em *todas* Constituições posteriores, mesmo as de natureza autocrática (1937, 1967, 1969). Entretanto, tal tendência adquiriu novo *status* com a Constituição de 1988. É que esta, em inúmeros de seus preceitos e, até mesmo, na disposição topográfica de suas normas (que se iniciam pela pessoa humana, em vez de pelo Estado), firmou princípios basilares para a ordem jurídica, o Estado e a sociedade — grande parte desses princípios elevando ao ápice o *trabalho* e o *emprego*, tal como a matriz do pós-guerra europeu.⁽²⁰⁾

(20) Sobre a relevância dos princípios nos ordenamentos jurídicos fundados no Constitucionalismo Humanístico e Social subsequente à Segunda Guerra Mundial e, em particular, os *princípios constitucionais do trabalho* na Constituição Brasileira de 1988, consultar DELGADO, Mauricio Godinho. *Princípios Constitucionais do Trabalho e Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2017.

Mais do que isso, a Constituição da República firmou no Brasil o conceito e estrutura normativos do Estado Democrático de Direito, em que ocupam posições cardeais a pessoa humana e sua dignidade, juntamente com a valorização do trabalho, especialmente do emprego, o que insere o ramo justralhista no coração e mente jurídicos definidores do melhor espírito da Constituição.⁽²¹⁾

Nesse período de maturidade da área juslaborativa, portanto, o reporte permanente à Constituição e aos princípios basilares do Direito Constitucional, ao lado das diretrizes essenciais do ramo justralhista, é veio condutor fundamental para o estudioso e operador do Direito do Trabalho⁽²²⁾.

Note-se, por fim, que a nova fase vivida pelo Direito Constitucional europeu depois da Segunda Guerra Mundial e o brasileiro a partir de 1988 — fase do *Constitucionalismo Humanista e Social* — expressa-se fortemente por uma compreensão renovada do Direito do Trabalho, como núcleo essencial do ideário e objetivos constitucionais mais importantes.

2. Relações com Princípios Gerais de Direito e de Outros Ramos Jurídicos

O Direito do Trabalho, como ramo jurídico *especial*, porém não *singular* ou *anômalo*, integra-se ao universo jurídico geral, guardando, é claro, suas especificidades, mas também se submetendo a vínculos com o núcleo jurídico principal.

Parte significativa desses vínculos é formada pelos princípios gerais de Direito que atuam no ramo justralhista, além dos princípios especiais de outros segmentos jurídicos que também cumprem papel de relevo no Direito do Trabalho. Na verdade, pode-se dizer que os *princípios gerais do Direito* (que, hoje, em grande medida, são *princípios constitucionais*), que se aplicam ao ramo justralhista especializado, demarcam os laços essenciais que este ramo, não obstante suas particularizações, tem de manter com o restante do Direito.

(21) Para essas inter-relações, consultar o artigo deste autor, “Constituição da República, Estado Democrático de Direito e Direito do Trabalho”, inserido na seguinte obra dual: DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *Constituição da República e Direitos Fundamentais* — Dignidade da Pessoa Humana, Justiça Social e Direito do Trabalho. 4. ed. São Paulo: LTr, 2017. Para análise dos *princípios constitucionais do trabalho* e princípios do Direito Individual do Trabalho e do Direito Coletivo do Trabalho que foram *constitucionalizados* em 5.10.1988, pesquisar também a seguinte obra: DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *Tratado Jurisprudencial de Direito Constitucional do Trabalho*. 3 Vols. São Paulo: Thomson Reuters/Revista dos Tribunais, 2013.

(22) A respeito deste tema, examinar ainda, no Capítulo I, item VII, deste Curso, o seguinte tópico: *1. Segmento em Destaque: Direito Constitucional do Trabalho*. De outro lado, para melhor análise sobre o papel dos *princípios* no Direito, em geral, e, especial, no ramo justralhista, além do papel decisivo cumprido, neste aspecto, pela Constituição de 1988, consultar os Capítulos VI e IV do presente Curso. Examinar, também, o livro deste autor, *Princípios Constitucionais do Trabalho e Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2017.

É claro que tais princípios externos ao Direito do Trabalho sofrem *adequações inevitáveis* ao ingressarem no ramo jurídico especializado; tais adequações não são aptas, contudo, a transformá-los em princípios específicos ao campo justralhista, nem a descaracterizá-los, inteiramente, como princípios gerais.

Há diversos princípios gerais (ou especiais de outros ramos jurídicos) que têm relevância no Direito do Trabalho. Aqui, entretanto, cabe adiantar-se apenas o *grupo principal dos princípios gerais*, composto de três planos de diretrizes.

Em um dos planos, o princípio da *dignidade humana* e diversas diretrizes associadas a esta basilar: o princípio da *centralidade da pessoa humana na vida socioeconômica e no Direito*; o princípio da *inviolabilidade do direito à vida* (inviolabilidade física e psíquica, é claro, mas também a proteção à privacidade e à intimidade); o princípio da *valorização do trabalho e do emprego*; o princípio da *igualdade em sentido formal, mas também em sentido material*; o princípio da *não discriminação*; o princípio da *justiça social*; o princípio do *bem-estar individual e social*.

Em outro plano, os princípios da *proporcionalidade* e da *razoabilidade* (o primeiro também formulado como *princípio da proibição do excesso*).

Em um terceiro plano, o princípio da *boa-fé* e seus corolários, os princípios do *não enriquecimento sem causa*, da *vedação ao abuso do direito* e da *não alegação da própria torpeza*.

Como já sugerido por este autor em outra obra⁽²³⁾, a importância desses três princípios é também aqui, na área justralhista (assim como, em geral, no restante do Direito), tão exponencial que podem ser arrolados como parte integrante do cerne do Direito do Trabalho — *mas só que são a parte do cerne do Direito do Trabalho que se comunica de modo próximo e intenso com o restante do Direito ou alguns dos segmentos mais importantes deste*. Não são, desse modo, a parte que se distancia, que se afasta, que marca a distinção juslaboral perante os demais segmentos jurídicos (parte esta capitaneada pelos princípios *especiais* do Direito do Trabalho). São, ao reverso, a parte que assegura a comunicação e integração do Direito do Trabalho com o universo jurídico mais amplo circundante.

Tais princípios gerais do Direito atuantes no ramo justralhista caracterizam-se por incorporar diretrizes centrais da própria noção de Direito, seja englobando valores essenciais da vida humana, elevados ao ápice pelas modernas constituições democráticas (como o princípio da dignidade do ser

(23) DELGADO, Mauricio Godinho. *Princípios Constitucionais do Trabalho e Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2017.

humano), seja referindo-se a comandos diretores fundamentais para as relações entre os sujeitos de direito (como o princípio da razoabilidade e/ou proporcionalidade e o princípio da boa-fé).

São, desse modo, princípios que se irradiam por todos os segmentos da ordem jurídica, cumprindo o relevante papel de assegurar organicidade e coerência integradas à totalidade do universo normativo de uma sociedade política. Nessa linha, esses princípios gerais, aplicando-se aos distintos segmentos jurídicos especializados, preservam a noção de unidade da ordem jurídica, mantendo o Direito como um efetivo *sistema*, isto é, um conjunto de partes coordenadas.

O estudo mais aprofundado sobre o tema dos princípios — inclusive os externos ao Direito do Trabalho, mas a ele aplicáveis — será feito no Capítulo VI do presente Curso⁽²⁴⁾.

3. Relações com o Direito Civil

A matriz de origem do Direito do Trabalho é o Direito Civil, em especial, seu segmento regulatório das *obrigações*. Em consequência, permanecem inevitáveis as relações entre os dois campos do Direito.

Não há dúvida, porém, de que a autonomização do ramo justralhista conduziu à separação das duas esferas jurídicas, buscando o Direito do Trabalho, ao longo de quase dois séculos, firmar suas particularidades, em contraponto ao estuário original de onde se despreendeu.

Contudo, ainda assim, há importantes institutos, regras e princípios do Direito Civil que preservam interesse à área justralhista. Ilustrativamente, os critérios de fixação de responsabilidade civil, fundada em culpa, que se aplicam a certas situações de interesse trabalhista (veja-se o caso da responsabilidade do empregador em vista de dano acidentário — art. 7º, XXVIII, CF/88). É claro que avanços verificados no plano civilista podem, sem dúvida, atingir também o ramo juslaboral, se houver a necessária compatibilidade de segmentos jurídicos. Nesta linha, a tendência do novo Código Civil de *objetivar*, em certa medida e em determinadas situações, a responsabilidade do empregador perante seu empregado, “quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem” (parágrafo único do art. 927 do CCB/2002, vigente desde 11.01.2003).

Por outro lado, a teoria civilista de nulidades. Embora o ramo justralhista tenha elaborado, como sua regra geral, teoria de nulidades

(24) Consultar também a obra deste autor: *Princípios Constitucionais do Trabalho e Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2017 (a 1ª edição da obra é de 2001).

específica e distinta, a velha matriz do Código Civil ainda se aplica a algumas situações de vícios nos elementos constitutivos do contrato de trabalho. É o que se passa no tocante à ilicitude do objeto do contrato empregatício (o chamado trabalho ilícito, ou melhor, *atividade ilícita*).

Esse tipo de relação verifica-se também no que tange à teoria hierárquica de normas justralhistas. Embora o Direito do Trabalho também tenha elaborado teoria própria, muito diferente da oriunda do Direito Civil (teoria justralhista baseada no *princípio da norma mais favorável*, constitucionalizado no *caput* do art. 7º da Constituição), a verdade é que a teoria civilista se preserva influente em certos casos de conflitos de regras jurídicas no ramo juslaborativo (notadamente, quando se tratar de regras proibitivas estatais).

O Direito Civil, por fim, como parte integrante do denominado “Direito Comum”, é fonte subsidiária do Direito do Trabalho, em situações de lacunas nas fontes principais do campo justralhista (art. 8º, *caput* e antigo parágrafo único, CLT; desde 11.11.2017, com a Lei n. 13.467/2017, art. 8º, *caput* e § 1º, CLT). Cabe notar, porém, que a aplicação da regra civilista não tem o condão de revogar regra juslaborativa especial: é que, em tal caso, não terá havido lacuna, inviabilizando a analogia pretendida; além disso, a regra especial não se invalida, por força do surgimento de regra geral distinta, do mesmo modo que não tem aptidão para influir no campo de atuação desta.⁽²⁵⁾

Registre-se que inúmeras dessas relações serão retomadas ao longo do presente Curso de Direito do Trabalho.

4. Relações com o Direito Previdenciário (ou Direito da Seguridade Social)

Os vínculos do Direito do Trabalho com o ramo jurídico previdenciário (ou Direito da Seguridade Social) são históricos: os dois segmentos jurídicos praticamente nasceram do mesmo processo de intervenção do Estado no mercado de trabalho, a partir da segunda metade do século XIX, na Europa Ocidental.⁽²⁶⁾

(25) Sobre a não aplicação de regras civis e processuais civis no campo material e processual trabalhista, quando incompatíveis, consultar DELGADO, Mauricio Godinho. *Direito do Trabalho e Processo do Trabalho: critérios para a importação de regras legais civis e processuais civis*. *Revista LTr*, São Paulo: LTr, maio de 2007, p. 553-554. Consultar também DELGADO, M. G.; DELGADO, G. N. *A Reforma Trabalhista no Brasil* — com os comentários à Lei n. 13.467/2017. São Paulo: LTr, 2017, especialmente, no Capítulo IV, item III, o subitem III.3 (“Fontes Subsidiárias do Direito do Trabalho. Limitações à Interpretação Jurídica pela Justiça do Trabalho. Alterações do Art. 8º, §§ 1º, 2º e 3º, da CLT”).

(26) Sobre esse processo histórico, que também desaguaria, já no século XX, na Europa Ocidental, no *Welfare State*, consultar a obra coletiva organizada por DELGADO, Mauricio Godinho e PORTO, Lorena Vasconcelos. *O Estado de Bem-Estar Social no Século XXI*, São Paulo: LTr, 2007.

Hoje tais vínculos preservam-se estreitos, inclusive pelo fato de parte significativa da arrecadação da Previdência Oficial, no sistema brasileiro, originar-se da *folha de salários das empresas*, tomando como base de cálculo, *no caso dos empregados*, as verbas de natureza salarial por eles recebidas, inclusive as equiparadas aos salários para tais fins, como as gorjetas (arts. 29, § 1º, e 457, *caput*, CLT)⁽²⁷⁾.

A Constituição de 1988, em seu texto original, firmava relação mais rigorosa entre “folha de *salários*” (incluídas as gorjetas, como exposto) e *salário de contribuição* (antigo art. 195, I, CF/88). Desde a Emenda Constitucional 20, de 15.12.1998, a contribuição social passou a incidir, no tocante à entidade empresarial e respeitadas outras bases de cálculo (receita, faturamento, lucro), sobre “a folha de *salários* e demais *rendimentos do trabalho* pagos ou creditados, *a qualquer título*, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício” (art. 195, I, “a”, CF/88; grifos acrescidos).⁽²⁸⁾

O parâmetro do salário de contribuição do empregado, evidentemente, submete-se à mesma regra constitucional, centrada na noção de salário e parcelas a este equiparadas, como as gorjetas (art. 195, II, CF/88).

A matéria ganhou maior importância para o Direito do Trabalho em virtude da nova competência do Judiciário Trabalhista, fixada pela mesma Emenda Constitucional 20/98, de executar, “de ofício, as contribuições sociais previstas no art. 195, I, ‘a’, e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir” (art. 114, § 3º, CF/88, conforme EC 20, de 1998; desde EC 45/2004, art. 114, VIII).

Nesse quadro, a diferenciação entre *parcelas salariais* (e equiparadas, como as gorjetas — tidas como remuneração) e *parcelas não salariais*, em especial as *indenizatórias*, passou a ser fundamental na prática processual

(27) As gorjetas são consideradas, rigorosamente, *remuneração*, uma vez que pagas por terceiros e não pelo empregador; porém, compõem a base de cálculo do salário de contribuição do empregado.

(28) Há ponderações sociopolíticas no sentido de se desfocar, no possível, da *folha salarial* a incidência da contribuição previdenciária do *empregador*, fazendo-a incidir sobre outra base de cálculo (faturamento, por exemplo). Semelhante *reforma normativa* iria favorecer, no sentido tributário, empresas mais agregadoras de mão de obra, desonerando seus encargos indiretos da contratação empregatícia. Mesmo se implementada essa recomendável reforma normativa (que teria de ser feita com equilíbrio, racionalidade e sensatez, de modo a não diminuir a arrecadação tributária estatal, porém, apenas deslocar sua base de cálculo, seu foco de incidência), manter-se-iam fortes os laços entre o Direito Previdenciário e o Direito do Trabalho. Esclareça-se, de toda maneira, que o intento pretendido pelo Governo Federal, a partir da Medida Provisória n. 540, de 2.8.2011, de realizar tal reforma tributária, inegavelmente se frustrou: é que, no exame da MPr. n. 540, o Congresso Nacional decidiu diminuir acentuadamente as alíquotas fiscais, ampliando também desmesuradamente os setores econômicos favorecidos, provocando injustificável e atécnica redução da arrecadação tributária estatal desde então.

trabalhista. É que não incide contribuição previdenciária sobre parcela rigorosamente *indenizatória*, por não se tratar, como é óbvio, de *salário*, e nem mesmo de *rendimento do trabalho*, porém mero ressarcimento de despesas em função da prestação de serviços ou de parcelas trabalhistas cuja efetiva fruição foi frustrada. É claro que verbas relativas a apenações (multas) também não ostentam natureza de salário ou rendimento.

Para a análise mais circunstanciada de tais conceitos e distinções, verificar o Capítulo XXI deste Curso, que trata de remuneração e salário⁽²⁹⁾.

5. *Direito do Trabalho e Direitos Humanos*

O Direito do Trabalho corresponde à dimensão *social* mais significativa dos Direitos Humanos, ao lado do Direito Previdenciário (ou Direito da Seguridade Social). É por meio desses ramos jurídicos que os Direitos Humanos ganham maior espaço de evolução, ultrapassando as fronteiras originais, vinculadas basicamente à dimensão da liberdade e intangibilidade física e psíquica da pessoa humana.

O universo social, econômico e cultural dos Direitos Humanos passa, de modo lógico e necessário, pelo ramo jurídico trabalhista, à medida que este regula a principal modalidade de inserção dos indivíduos no sistema socioeconômico capitalista, cumprindo o papel de lhes assegurar um patamar civilizado de direitos e garantias jurídicas, que, regra geral, por sua própria força e/ou habilidade isoladas, não alcançariam.

Ora, a conquista e afirmação da dignidade da pessoa humana não mais podem se restringir à sua liberdade e intangibilidade física e psíquica, envolvendo, naturalmente, também a conquista e afirmação de sua individualidade no meio econômico e social, com repercussões positivas conexas no plano cultural —, o que se faz, de maneira geral, considerado o conjunto mais amplo e diversificado das pessoas, mediante o trabalho e, particularmente, o emprego, normatizado pelo Direito do Trabalho⁽³⁰⁾.

(29) Consultar também a obra deste autor: *Salário — teoria e prática*, 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

(30) Sobre a importância do Direito do Trabalho, como instrumento decisivo e generalizado de distribuição de poder e de riqueza para a maior parte das populações na sociedade capitalista, mesmo em sua fase contemporânea globalizada, consultar, DELGADO, Mauricio Godinho. *Capitalismo, Trabalho e Emprego — entre o paradigma da destruição e os caminhos de reconstrução*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2017 (1. ed.: 2006). A respeito dos vínculos entre o ramo juístrabalhista e o jus-humanístico, ler ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. *O Direito do Trabalho como Dimensão dos Direitos Humanos*. São Paulo: LTr, 2009.

ORIGEM E EVOLUÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO

I. INTRODUÇÃO

O Direito do Trabalho é produto do capitalismo, atado à evolução histórica desse sistema, retificando-lhe distorções econômico-sociais e civilizando a importante relação de poder que sua dinâmica econômica cria no âmbito da sociedade civil, em especial no estabelecimento e na empresa.

A existência de tal ramo especializado do Direito supõe a presença de elementos socioeconômicos, políticos e culturais que somente despontaram, de forma significativa e conjugada, com o advento e evolução capitalistas.

Porém o Direito do Trabalho não apenas serviu ao sistema econômico deflagrado com a Revolução Industrial, no século XVIII, na Grã-Bretanha; na verdade, ele fixou controles para esse sistema, conferiu-lhe certa medida de civilidade, inclusive buscando eliminar as formas mais perversas de utilização da força de trabalho pela economia.

Compreender-se o tipo de relação construída entre Direito do Trabalho e capitalismo é o que justifica, primordialmente, o presente capítulo deste Curso.

II. ORIGEM E DESENVOLVIMENTO DO DIREITO DO TRABALHO — PROPOSIÇÕES METODOLÓGICAS

Ciência traduz a ideia de estudo sistemático e objetivo acerca de fenômenos, com o conjunto de conhecimentos resultantes desse processo⁽¹⁾. A busca de uma satisfatória objetividade e sistematicidade na análise do fenômeno enfocado impõe ao estudioso o respeito a *métodos* de observância e reflexão sobre o respectivo fenômeno; o respeito, portanto, a um conjunto

(1) O conceito de ciência ora reproduzido origina-se de Willian Kolb: “estudo sistemático e objetivo dos fenômenos empíricos e o acervo de conhecimentos daí resultante”. *Ciência*, In: *Dicionário de Ciências Sociais*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas/Instituto de Documentação, 1986. p. 182. A restrição de Kolb quanto ao objeto (o autor se refere a fenômenos *empíricos*), caso compreenda a exclusão do campo científico de fenômenos que tenham relevante dimensão ideal — como o Direito —, se configura, porém, como inaceitável. É que a ciência se distingue de outros níveis de conhecimento menos pelo objeto do que pelo enfoque e métodos que lhe são específicos.

de procedimentos racionais que permitam à reflexão científica descobrir e demonstrar a efetiva estrutura e dinâmica do fenômeno analisado⁽²⁾.

A Filosofia da Ciência tem exaustivamente discutido os limites da objetividade que se pode alcançar nas conclusões das Ciências Sociais — em comparação com a objetividade mais satisfatória atingida pelas Ciências Físicas e Biológicas⁽³⁾. É que a ação humana lança sempre um dado de criatividade (ainda que contingenciada) e, portanto, de incerteza ao objeto focado por aquelas ciências (os atos e elaborações humanas, individuais ou societários). Tão importante quanto isso, o próprio universo de teorias, métodos e hipóteses de investigação manejado pelo cientista (que em seu conjunto formaria o que se tem chamado de *paradigma*)⁽⁴⁾, incorporaria, necessariamente, uma certa perspectiva de interesses sociais, comprometendo o objetivismo e neutralidade plenos pretendidos quanto à análise efetuada.

Não obstante essas reconhecidas limitações das Ciências Humanas e Sociais, em geral, e a diversidade às vezes larga entre os modelos paradigmáticos de abordagem científica que compõem tais ciências⁽⁵⁾, é inquestionável a validade científica desses ramos especializados de conhecimento. É que, resguardadas tais limitações, é indubitável, hoje, que os fenômenos humanos e sociais podem ser objeto de pesquisa e reflexão fundamentalmente objetivas e sistemáticas, hábeis a descortinar e demonstrar a essência de sua estruturação e dinâmica específicas.

A dissensão entre os paradigmas científicos não impede, assim, o encontro de alguns pontos relevantes de contato no que tange à pesquisa

(2) Método (do grego *methodos*: “odos”, caminho; “meta”, até) traduz “uma direção definível e regularmente seguida em uma operação de espírito” (BERNÉS, M., In: André Lalande. *Vocabulario Técnico y Crítico de la Filosofía*. Buenos Aires-Barcelona: El Ateneo, 1966). O conceito de método, na ciência, deriva desse anterior: “conjunto de procedimentos racionais que têm por fim estabelecer e demonstrar a verdade” (Paul Foulquié. *Diccionario del Lenguage Filosófico*. Barcelona: Labor, 1967) ou, ainda, a “maneira racional de conduzir o pensamento para chegar a um resultado determinado e especialmente para descobrir a verdade” (Edmond Goblot. *Vocabulario Filosófico*. Buenos Aires: El Ateneo, 1945).

(3) Ilustrativamente, ver LOWY, Michael. *Método Dialético e Teoria Política*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1975. Especialmente p. 11-36.

(4) A expressão *paradigma*, na Filosofia da Ciência, tem sido utilizada para designar grandes modelos de construção científica, com questionamentos, problemas e enfoques próprios, acompanhados de teorias, métodos e hipóteses compatíveis. A mesma expressão (paradigma) comparece ao Direito Individual do Trabalho, em tema de equiparação salarial, com acepção inteiramente distinta (para a análise desta última acepção, ver o Capítulo XVII da obra deste autor: *Salário — Teoria e Prática*, 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, a par do Capítulo XXII do presente Curso).

(5) Norberto Bobbio faz interessante comparação entre os paradigmas marxiano e funcionalista, certamente os mais influentes nas Ciências Sociais ao longo do século XX (In: *Estado, Governo, Sociedade*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987. p. 58-60).

científica acerca dos fenômenos examinados. Esses pontos se elegem, desse modo, como elementos imprescindíveis no contexto de qualquer pesquisa científica sobre fenômenos produzidos socialmente.

Alcançam esse patamar de destaque três proposições de métodos correntes nas Ciências Sociais. A primeira proposição informa que *todo fenômeno social tem uma categoria fundamental, categoria que lhe é nuclear e sem a qual o próprio fenômeno não existiria*. A segunda proposição informa que, a despeito de dotado de uma categoria fundamental, *todo fenômeno não resulta de um único elemento (ou, se se preferir, de uma única determinação), decorrendo de um complexo combinado de determinações*. Finalmente, a terceira proposição de método informa que *a pesquisa e reflexão sobre um fenômeno social não se esgota no exame de sua criação, de sua origem, tendo de incorporar as vicissitudes de sua reprodução social*. Enquanto processo, o fenômeno se determina não somente por sua *origem*, mas também em função de sua *reprodução* ao longo da história.

Essas três proposições se aplicam, como visto, à análise de qualquer fenômeno social. Aplicam-se, assim, também à pesquisa, reflexão e compreensão do Direito, como fenômeno social. Certamente são aplicáveis ao estudo do Direito do Trabalho e de seu papel e sentido na história do mundo ocidental contemporâneo.⁽⁶⁾

III. POSICIONAMENTO DO DIREITO DO TRABALHO NA HISTÓRIA

O Direito do Trabalho — como qualquer ramo jurídico — constitui um complexo coerente de institutos, princípios e normas jurídicas, que resulta de um determinado contexto histórico específico⁽⁷⁾. A localização do preciso momento em que esse contexto se forma supõe, inicialmente, a observância do procedimento metodológico de identificar a categoria básica do ramo jurídico analisado, a sua categoria nuclear, dominante, sem a qual não existiria o fenômeno jurídico em questão.

Como sugere a primeira das proposições de método enunciadas, todo fenômeno — quer os materiais, quer os ideais (como o Direito) — tem uma

(6) Trata-se de três proposições de métodos clássicas, oriundas das Ciências Sociais a partir do século XIX (Sociologia, Economia, Ciência Política, História, Antropologia, por exemplo). Na verdade, elas também informam, de certa maneira, o próprio estudo das doenças, na Biologia, ao menos daquelas doenças que ostentem algum grau de causalidade social, ambiental, comportamental, etc.

(7) Esta reflexão sobre o posicionamento histórico do Direito do Trabalho está originalmente exposta em DELGADO, Mauricio Godinho. *A Natureza Jurídica do Poder Empregatício*, UFMG, Tese de Doutorado, 1994, particularmente em seu Capítulo III (Democracia e Trabalho), em cujo texto ora nos baseamos (obra publicada pela LTr Editora, em 1996, sob o título *O Poder Empregatício*).

categoria básica, um elemento-pilar que lhe confere identificação própria e sem o qual o fenômeno não poderia existir. A busca e isolamento da categoria fundamental de certo fenômeno permite se eliminar a procura errática do fenômeno focado em contextos histórico-sociais em que esse fenômeno seria técnica e historicamente inviável, por inexistir naqueles contextos, como dado relevante, a categoria nuclear identificada. De fato, é objetivamente inviável a existência do fenômeno focado em momentos históricos em que a categoria nuclear desse mesmo fenômeno não exista como dado histórico-social relevante.

Qual a categoria central do Direito do Trabalho, a categoria sem a qual esse ramo jurídico especializado não existiria? Obviamente, se está falando do trabalho subordinado, mais propriamente da *relação empregatícia*. O núcleo fundamental do Direito do Trabalho se encontra, sem dúvida, na relação empregatícia de trabalho, em torno dessa relação jurídica específica é que se constrói todo o universo de institutos, princípios e regras características a esse específico ramo jurídico.

Ora, a existência do trabalho livre (isto é, juridicamente livre) é pressuposto histórico-material do surgimento do trabalho subordinado (e, via de consequência, da relação empregatícia). Pressuposto histórico porque o trabalho subordinado não ocorre, de modo relevante, na história, enquanto não assentada uma larga oferta de trabalho livre no universo econômico-social. Pressuposto material (e lógico) porque o elemento subordinação não se constrói de modo distintivo senão em relações em que o prestador não esteja submetido de modo pessoal e absoluto ao tomador dos serviços (como ocorre na servidão e escravatura, por exemplo). Em decorrência dessa conexão histórica, material e lógica entre trabalho livre e trabalho subordinado, se percebe que as relações jurídicas escravistas e servis são incompatíveis com o Direito do Trabalho. É que elas supõem a *sujeição pessoal* do trabalhador e não a sua *subordinação*.

Subordinação é conceito que traduz a situação jurídica derivada do contrato de trabalho mediante a qual o empregado se obriga a acolher a direção do empregador sobre o *modo de realização* da prestação de serviços⁽⁸⁾. Consiste, assim, no polo reflexo e combinado do poder de direção (também de matriz jurídica), exercitado pelo empregador ao longo da relação de emprego. A subordinação é, pois, enfocada pela ordem jurídica sob um prisma estritamente objetivo, atuando sobre o *modo* de realização da prestação pactuada. Não gera um estado de sujeição pessoal (prisma subjetivo) do prestador de serviços — razão por que supõe e preserva a liberdade do prestador.

(8) A respeito, ver DELGADO, Mauricio Godinho. *O Poder Empregatício*. São Paulo: LTr, 1996 (Capítulo III). O tema da *subordinação* será retomado neste Curso, no Capítulo IX, sobre *relação de emprego*.

Já a sujeição é subjetiva, atuando sobre a pessoa do trabalhador — razão por que supõe e reproduz sua falta de liberdade pessoal.

O pressuposto histórico-material (isto é, trabalho livre) do elemento nuclear da relação empregatícia (trabalho subordinado) somente surge, na história ocidental, como elemento relevante, a contar da Idade Moderna. De fato, apenas a partir de fins da Idade Média e alvorecer da Idade Moderna se verificaram processos crescentes de expulsão do servo da gleba, rompendo-se as formas servis de utilização da força de trabalho. Esse quadro lançaria ao meio social o trabalhador juridicamente livre dos meios de produção e do proprietário desses meios.

O elemento nuclear da relação empregatícia (trabalho subordinado) somente surgiria, entretanto, séculos após a crescente destruição das relações servis. De fato, apenas já no período da *Revolução Industrial* é que esse trabalhador seria reconectado, de modo permanente, ao sistema produtivo, por intermédio de uma relação de produção inovadora, hábil a combinar liberdade (ou melhor, separação em face dos meios de produção e seu titular) e subordinação. Trabalhador separado dos meios de produção (portanto juridicamente livre), mas subordinado no âmbito da relação empregatícia ao proprietário (ou possuidor, a qualquer título) desses mesmos meios produtivos — eis a nova equação jurídica do sistema produtivo dos últimos dois séculos.

A relação empregatícia, como categoria socioeconômica e jurídica, tem seus pressupostos despontados com o processo de ruptura do sistema produtivo feudal, ao longo do desenrolar da Idade Moderna. Contudo, apenas mais à frente, no desenrolar do processo da Revolução Industrial, é que irá efetivamente se estruturar como categoria específica, passando a responder pelo modelo principal de vinculação do trabalhador livre ao sistema produtivo emergente. Somente a partir desse último momento, situado desde a Revolução Industrial do século XVII (e principalmente século XVIII), é que a relação empregatícia (com a subordinação que lhe é inerente) começará seu roteiro de construção de hegemonia no conjunto das relações de produção fundamentais da sociedade industrial contemporânea. Apenas a partir do instante em que a relação de emprego se torna a categoria dominante como modelo de vinculação do trabalhador ao sistema produtivo, é que se pode iniciar a pesquisa sobre o ramo jurídico especializado que se gestou em torno dessa relação empregatícia. Esse instante de hegemonia — de generalização e massificação da relação de emprego no universo societário — somente se afirma com a generalização do sistema industrial na Europa e Estados Unidos da América; somente se afirma, portanto, ao longo do século XIX.

O Direito do Trabalho é, pois, produto cultural do século XIX e das transformações econômico-sociais e políticas ali vivenciadas. Transformações

todas que colocam a relação de trabalho subordinado como núcleo motor do processo produtivo característico daquela sociedade. Em fins do século XVIII e durante o curso do século XIX é que se maturaram, na Europa e Estados Unidos, todas as condições fundamentais de formação do trabalho livre mas subordinado e de concentração proletária, que propiciaram a emergência do Direito do Trabalho.

Por essa razão, é cientificamente desnecessária a busca de manifestações justralhistas em sociedades anteriores à sociedade industrial contemporânea. Nas sociedades feudais e antigas, a categoria do trabalho subordinado pode, eventualmente, ter surgido — como singular exceção —, mas jamais foi uma categoria relevante do ponto de vista socioeconômico. Muito menos se erigiu em categoria socialmente dominante, a ponto de poder gerar um fenômeno de normatização jurídica abrangente como o Direito do Trabalho. O Direito do Trabalho é, desse modo, fenômeno típico do século XIX e das condições econômicas, sociais e jurídicas ali reunidas⁽⁹⁾.

IV. PROCESSO DE FORMAÇÃO E CONSOLIDAÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO

O isolamento da categoria fundamental sobre a qual se constrói o Direito do Trabalho (a relação de emprego) é tarefa essencial para se encontrar seu preciso posicionamento na história, eliminando-se a pesquisa errática em torno de períodos em que esse ramo jurídico especializado seguramente não poderia se gestar e se desenvolver.

Fixado, contudo, o posicionamento histórico desse Direito, a pesquisa deve se socorrer de uma segunda proposição de método, qual seja a que informa que “todo fenômeno resulta de múltiplas determinações”⁽¹⁰⁾. Tal proposição permite se apreender o conjunto diversificado de determinações e fatores que conduziram à emergência e consolidação do ramo jurídico pesquisado. Assentado que qualquer fenômeno sócio-histórico resulta de um complexo diferenciado e combinado de fatores, cabe se identificarem as múltiplas determinações que deram origem ao fenômeno sociojurídico do Direito do Trabalho.

(9) Esse estrito posicionamento histórico, embora não percebido com clareza por todos os autores, é claramente enfatizado em algumas obras relevantes. Evaristo de MORAES FILHO, ilustrativamente, destaca: “O direito do trabalho é um produto típico do século XIX. Somente nesse século surgiram as condições sociais que tornaram possível o aparecimento do direito do trabalho, como um ramo novo da comum ciência jurídica, com características próprias e autonomia doutrinária”. In: *Tratado Elementar de Direito do Trabalho*. Vol. I. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960, p. 69.

(10) A proposição, como se sabe, é oriunda de Karl Marx. Entretanto, correntes funcionalistas do século XX, nas Ciências Sociais, sedimentadas e prestigiadas nos EUA, também enfatizaram a correção do enfoque multifacetado na origem e reprodução dos fatos sociais.

O Direito do Trabalho surge da combinação de um conjunto de fatores, os quais podem ser classificados em três grupos específicos: fatores econômicos, fatores sociais, fatores políticos⁽¹¹⁾. Evidentemente que nenhum deles atua de modo isolado, já que não se compreendem sem o concurso de outros fatores convergentes. Muito menos têm eles caráter estritamente singular, já que comportam dimensões e reflexos diferenciados em sua própria configuração interna (não há como se negar a dimensão e repercussão social e política, por exemplo, de qualquer fato fundamentalmente econômico). Entretanto, respeitadas essas limitações, a classificação sugerida se mantém válida e funcional, por permitir uma visão abrangente do conjunto do processo de construção e consolidação do ramo juristralhista.

Do ponto de vista *econômico*, são fatores que propiciaram as condições favoráveis ao surgimento do novo ramo jurídico especializado: de um lado, a utilização da força de trabalho livre, mas subordinada, por meio da relação de emprego, como instrumento central de relação de produção pelo novo sistema produtivo emergente; de outro lado, a circunstância de esse novo sistema produtivo também gerar e desenvolver uma distinta modalidade de organização do processo produtivo, a chamada *grande indústria*. Essa nova modalidade suplantou as formas primitivas de organização da produção, consubstanciadas no artesanato e na manufatura.

Esclareça-se o primeiro fator: a relação de emprego, erigindo-se a partir do trabalho livre, mas simultaneamente subordinado, permite ao empreendedor capitalista usufruir do máximo da energia, da inteligência, da emoção e da criatividade humanas, dando origem a um mecanismo de integração da pessoa ao sistema produtivo dotado de potencialidade máxima no tocante à geração de bens e serviços na sociedade histórica. Em torno da relação de emprego, pelas suas características de permitir combinar *liberdade pessoal do trabalhador com direção empresarial pelo empreendedor*, é que se erigiu a fórmula inovadora de organização do sistema produtivo que permitiria ao capitalismo distanciar-se dos precedentes modos de produção, potenciando ao máximo não só a inteligência produtiva, sistematizada e objetivada do ser humano, como a produtividade do trabalho ao longo dos últimos dois séculos e meio.

Esclareça-se o segundo fator: a expressão *grande indústria* traduz um *modelo* de organização do processo produtivo, baseado na intensa utilização de máquinas e profunda especialização e mecanização de tarefas, de modo a alcançar a concretização de um sistema de produção sequencial, em série rotinizada. O modelo da *grande indústria* conduziu à utilização maciça e concentrada da força de trabalho assalariada, que se torna instrumento integrante do sistema industrial característico do capitalismo emergente.

(11) A respeito, DELGADO, Mauricio Godinho. *O Poder Empregatício*, especialmente o capítulo Democracia e Trabalho, a que ora se reporta o presente texto.

Surge, por fim, também como relevante fator econômico, o processo generalizado e crescente de concentração industrial (concentração empresarial ou de capital, no sentido mais amplo), característico dos países europeus ocidentais e dos Estados Unidos da América de fins do século XVIII e principalmente desenrolar do século XIX. Esse processo sobretudo terá o condão de acentuar outros fatores convergentes, como a utilização maciça da força de trabalho pelo sistema produtivo e a formação de grandes contingentes urbanos operários naquelas sociedades.

Do ponto de vista *social*, são fatores que propiciaram as condições favoráveis ao surgimento do Direito do Trabalho: a concentração proletária na sociedade europeia e norte-americana em torno das grandes cidades industriais; o surgimento de uma inovadora identificação profissional entre as grandes massas obreiras, a partir de um mesmo universo de exercício de sua força de trabalho — universo consubstanciado no estabelecimento ou empresa.

Finalmente, do ponto de vista *político*, são fatores que conduziram ao surgimento do Direito do Trabalho as ações gestadas e desenvolvidas no plano da sociedade civil e do Estado, no sentido de fixar preceitos objetivos para a contratação e gerenciamento da força de trabalho componente do sistema produtivo então estruturado.

No plano da sociedade civil, tem fundamental relevância a descoberta, pelos trabalhadores, da *ação coletiva* (em vez da simples ação individual) como instrumento de atuação, quer no âmbito político (perante o Estado, principalmente), quer no âmbito essencialmente profissional (perante o empregador ou empregadores, portanto). Em seguida, o aperfeiçoamento dessa estratégia coletiva de ação, mediante a formação e consolidação de organizações coletivas de trabalhadores, seja sindicais, seja mais nitidamente políticas. Por fim, como síntese de todo esse processo, o surgimento de movimentos claramente políticos, com forte participação obreira, de que são exemplos marcantes o associacionismo sindical nacional e internacional, o socialismo, o comunismo⁽¹²⁾.

Ainda no plano da sociedade civil, essa descoberta da ação coletiva tendeu a gerar modalidades novas de normatização jurídica, abrangendo, em geral, segmentos de ponta do mercado econômico e as categorias mais avançadas do movimento operário-sindical. Tal normatização — típico Direito autônomo em contraposição ao heterônimo estatal, ainda não surgido — se constituía, segundo Evaristo de Moraes Filho, de “acordos coletivos, entre empregados e empregadores, entre sindicatos e grupos de empresas, entre sindicatos operários e sindicatos patronais; de regulamentos de empresa; de conciliação de

(12) E inúmeras outras formas de atuação coletiva e política com substantiva participação de trabalhadores, de que seriam também exemplos o *trabalhismo*, na Inglaterra, e o *reformismo cristão*, em diversos países europeus.

greves e conflitos coletivos de trabalho; de estatutos sindicais; de atividades cooperativas, e assim por diante”⁽¹³⁾. Óbvio que essa produção normativa autônoma, embora provocada, fundamentalmente, por um processo de organização e mobilização obreiras, evidenciava também a elaboração (consciente ou não) de uma estratégia empresarial alternativa, no sentido de assimilar e conferir instrumentos novos à gestão trabalhista interna ao sistema produtivo.

No plano da sociedade política, o Estado, ainda no século XIX, começa a construir respostas diferenciadas à mobilização e pressão vindas dos trabalhadores organizados. Nessa linha, ao lado da primitiva concepção de impermeabilidade política às pressões operárias (repressão como resposta única às demandas obreiras), se afirma também uma linha de atuação estatal que incorpora a normatização autônoma surgida na sociedade civil, sem estabelecer uma clara matriz de incompatibilidade entre o Direito autônomo negociado e o Direito heterônimo produzido. É o que se passou inquestionavelmente com a Grã Bretanha⁽¹⁴⁾.

De par com isso, surgem ainda outras alternativas de ação estatal, reconhecedoras da existência e relevância da realidade e pressões obreiras, embora procurando sistematizar respostas mais centralmente dirigidas em face desse novo e crescente processo. A política social de *Bismarck*, na Alemanha de fins do século XIX, ilustra com perfeição uma vertente dessa estratégia alternativa⁽¹⁵⁾.

No contexto histórico-social em que se reúnem esses fatores econômicos, sociais e políticos, o Direito vigente à época, consistente no Direito Civil, de formação liberal-individualista, não tinha resposta jurídica adequada para o fato novo da relação empregatícia. A matriz civilista clássica tendia a reduzir todas as questões surgidas no interior da relação de emprego a questões típicas e próprias ao velho modelo de contrato bilateral regido pela autonomia

(13) MORAES FILHO, Evaristo de. *Tratado Elementar de Direito do Trabalho*. p. 75. A respeito desse processo, ainda comenta o jurista: “E dessas agitações, enquanto o Estado não se decidia definitivamente a intervir, enquanto não se modificava a mentalidade das classes dirigentes, iam os operários e patrões ultimando entre si verdadeiras convenções coletivas de trabalho. Eram acordos coletivos que surgiam espontaneamente, fora da legislação do Estado, trazendo paz, pelo menos momentaneamente, para as classes produtoras” (ob. cit., p. 74).

(14) A respeito das tendências mais marcantes de normatização trabalhista nos países capitalistas centrais, ver o item “Modelos Principais de Ordens Jurídicas Trabalhistas”, ainda neste Capítulo III.

(15) Mario de La Cueva evidencia com clareza esse lado da estratégia política de Bismarck e da legislação e medidas trabalhistas intervencionistas que buscou implementar. Diz o autor: “Esta intervenção é, de uma parte, um formidável intento para conter o movimento operário, a união dos trabalhadores e o pensamento socialista e, de outra parte, a intervenção estatal é um esforço para melhorar as condições de vida dos trabalhadores”. In: *Derecho Mexicano del Trabajo*. México: Porrúa, 1959, p. 36 (tradução efetuada).

da vontade de seus sujeitos contratuais. Portanto, questões de natureza civil e contratual, tratadas sob a perspectiva individual dos sujeitos isolados da relação empregatícia — de um lado, o empregador e, de outro lado, o empregado. Ambos tomados, pelo Direito Civil, como se indivíduos singelos fossem.

Os segmentos sociais dos trabalhadores, a contar da segunda metade do século XIX, descobriram a *ação coletiva*, por meio da qual compreenderam, no transcorrer do processo, que seus dramas, necessidades e interesses não se explicavam a partir da perspectiva exclusivamente civilista, contratualista e apenas individual. Esses segmentos, socialmente dominados e juridicamente subordinados na estrutura do processo produtivo, passaram a formular, em contraposição ao estuário jurídico liberal e individualista da época, propostas de normatização de caráter coletivo, abrangentes do conjunto dos trabalhadores envolvidos e subordinados. Dessa maneira, os trabalhadores, por meio de sua ação sociopolítica, conseguiram contrapor ao sujeito individual assimilado pelo Direito Civil da época a ideia de *sujeito coletivo*.

Todo esse processo desvelava a falácia da proposição jurídica individualista liberal enquanto modelo explicativo da relação empregatícia, eis que se referia a ambos os sujeitos da relação de emprego como seres individuais singelos. Na verdade, perceberam os trabalhadores que um dos sujeitos da relação de emprego (o empregador) *sempre foi um ser coletivo*, isto é, um ser cuja vontade era hábil a deflagrar ações e repercussões de impacto social, seja certamente no âmbito da comunidade do trabalho, seja eventualmente até mesmo no âmbito comunitário mais amplo. Efetivamente, a vontade empresarial, ao se concretizar em ação, atinge um universo bastante amplo de pessoas no conjunto social em que atua. Em comparação a ela, a vontade obreira, como manifestação meramente individual, não tem a natural aptidão para produzir efeitos além do âmbito restrito da própria relação bilateral pactuada entre empregador e empregado. O Direito Civil tratava os dois sujeitos da relação de emprego como seres individuais, ocultando, em sua equação formalística, a essencial qualificação de ser coletivo detida naturalmente pelo empregador.

O movimento sindical, desse modo, desvelou como equivocada a equação do liberalismo individualista, que conferia validade social à ação do ser coletivo empresarial, mas negava impacto maior à ação do trabalhador individualmente considerado. Nessa linha, o movimento sindical contrapôs ao ser coletivo empresarial também a ação do ser coletivo obreiro. Os trabalhadores passaram a agir coletivamente, emergindo na arena política e jurídica como vontade coletiva (e não mera vontade individual). Os movimentos sociais urbanos e, em particular, o sindicalismo e movimentos políticos de corte socialista (ou matiz apenas *trabalhista*) conseguem generalizar, portanto, seus interesses, vinculados aos segmentos assalariados urbanos, ao conjunto da estrutura

jurídica da sociedade. Eles se contrapõem, assim, ao estuário jurídico liberal civilista dominante. O Direito do Trabalho é uma das *expressões principais dessa contraposição e generalização da vontade coletiva vinda de baixo*.

É óbvio que, numa etapa seguinte, o Direito do Trabalho europeu e norte-americano passaria a incorporar também em seu universo normativo a resposta jurídica dada pelo Estado ao avanço dessa organização obreira vinda de baixo. Contudo, a origem peculiar desse ramo jurídico especializado é fundamental no processo de caracterização do padrão normativo do Direito do Trabalho nos países desenvolvidos ocidentais. É que a circunstância de surgir o Direito do Trabalho de um processo de luta, organização e representação de interesses do conjunto da classe trabalhadora, ou pelo menos de seus segmentos mais avançados, fez com que esse novo ramo jurídico incorporasse, em seu interior nuclear, as dinâmicas próprias à atuação coletiva. A posterior assimilação pelo Direito do Trabalho das inevitáveis estratégias de resposta e contraposição estatal à ação obreira não teria o condão de suprimir ou romper a legitimidade política e força jurídica (criadora do Direito) dessa dinâmica democrática original. Nesse sentido, o Direito do Trabalho dos países desenvolvidos ocidentais — que não por outra razão se mantiveram dentro da experiência básica democrática — seria um ramo jurídico sempre hábil a contemplar um largo espaço à produção normativa por parte dos próprios agentes sociais, não obstante a ação específica do Estado.

V. FASES HISTÓRICAS DO DIREITO DO TRABALHO

O processo de formação e consolidação do Direito do Trabalho nos últimos dois séculos conheceu algumas fases que têm características distintas entre si. Na busca da compreensão mais satisfatória desse ramo jurídico especializado, é importante perceber-se a diferenciação que a dinâmica de construção do universo trabalhista vivenciou na experiência dos países de capitalismo central⁽¹⁶⁾.

No que diz respeito ao Direito do Trabalho dos principais países capitalistas ocidentais, os autores tendem a construir periodizações que guardam alguns pontos fundamentais em comum. Um desses marcos fundamentais está no “Manifesto Comunista”, de *Marx* e *Engels*, em 1848. Outro dos marcos que muitos autores tendem a enfatizar está, em contrapartida, na Encíclica Católica *Rerum Novarum*, de 1891. Um terceiro marco usualmente considerado relevante pelos autores reside no processo da Primeira Guerra Mundial e seus desdobramentos, como, por exemplo, a formação da OIT — Organi-

(16) O presente item acerca da periodização histórica do Direito do Trabalho se reporta à obra deste autor, *A Natureza Jurídica do Poder Empregatício*, em seu Capítulo III, “Democracia e Trabalho” (obra publicada sob o título *O Poder Empregatício*. São Paulo: LTr, 1996).

zação Internacional do Trabalho (1919) e a promulgação da Constituição Alemã de Weimar (1919). É também desse mesmo período a Constituição Mexicana (1917). As duas Constituições mencionadas foram, de fato, pioneiras na inserção em texto constitucional de normas nitidamente trabalhistas ou, pelo menos, pioneiras no processo jurídico fundamental de constitucionalização do Direito do Trabalho, que seria uma das marcas distintivas do século XX.

Há uma específica tipologia (dos autores *Granizo* e *Rothvoss*), bastante recorrente em manuais sobre Direito do Trabalho, que foi claramente delineada a partir desses marcos históricos acima apontados⁽¹⁷⁾. Esses dois autores percebem a existência de *quatro* fases principais na evolução do Direito do Trabalho: *formação, intensificação, consolidação e autonomia*.

A fase da *formação* estende-se de 1802 a 1848, tendo seu momento inicial no *Peel's Act*, do início do século XIX na Inglaterra, que trata basicamente de normas protetivas de menores. A segunda fase (da *intensificação*) situa-se entre 1848 e 1890, tendo como marcos iniciais o *Manifesto Comunista* de 1848 e, na França, os resultados da Revolução de 1848, como a instauração da liberdade de associação e a criação do Ministério do Trabalho. A terceira fase (da *consolidação*) se estende de 1890 a 1919. Seus marcos iniciais são a Conferência de Berlim (1890), que reconheceu uma série de direitos trabalhistas, e a Encíclica Católica *Rerum Novarum* (1891), que também fez referência à necessidade de uma nova postura das classes dirigentes perante a chamada "questão social". A quarta e última fase, da *autonomia* do Direito do Trabalho, tem início em 1919, estendendo-se às décadas posteriores do século XX. Suas fronteiras iniciais estariam marcadas pela criação da OIT (1919) e pelas Constituições do México (1917) e da Alemanha (1919).

Não há dúvida de que a periodização de *Granizo* e *Rothvoss* é bastante descritiva de importantes eventos da História do Direito do Trabalho. Contudo, à semelhança de outras periodizações correntes, tem o inconveniente de não permitir nenhuma compreensão mais sistemática sobre o padrão de organização do mercado de trabalho e de sua normatização jurídica nos países desenvolvidos ocidentais. É periodização descritiva mas não explicativa da substância do Direito do Trabalho e dos modelos justralhistas aos quais se refere.

Por essa razão mantém-se aberto o espaço para a busca de uma periodização que permita o alcance de uma compreensão mais global, abran-

(17) GRANIZO, Martin L. e ROTHVOSS, M. Gonzalez. *Derecho social*. Madrid: Reus, 1935, p. 24-27. Citados em MARANHÃO, Délio. *Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1987, p. 14-16 e OLIVEIRA, José César de. "Formação Histórica do Direito do Trabalho". In: BARROS, A. M. de (Coord.), *op. cit.*, p. 70-75.

gente e sistemática da experiência justralhista dos países desenvolvidos centrais. Nessa linha, enxergamos três fases principais no desenvolvimento empírico-normativo do Direito do Trabalho, desde o século XIX até finais dos anos de 1970. A essas três fases se acrescenta, hoje, um quarto período, abrangente das últimas décadas do século XX e início do século XXI.

A primeira fase é a das *manifestações incipientes ou esparsas*, que se estende do início do século XIX (1802), com o *Peel's Act* britânico, até 1848. A segunda fase, da *sistematização e consolidação do Direito do Trabalho*, se estende de 1848 até 1919. A terceira fase, da *institucionalização do Direito do Trabalho*, inicia-se em 1919, avançando ao longo do século XX. Sessenta anos depois, em torno de 1979/80, deflagra-se no Ocidente um processo de desestabilização e reforma dos padrões justralhistas até então imperantes (que produzirá mais fortes reflexos no Brasil em torno da década de 1990, recrudescendo a partir de 2016/2017). Trata-se da fase de *crise e transição do Direito do Trabalho*.

1. Manifestações Incipientes ou Esparsas

A fase das *manifestações incipientes ou esparsas* inicia-se com a expedição do *Peel's Act* (1802), diploma legal britânico voltado a fixar certas restrições à utilização do trabalho de menores.

Essa fase se qualifica pela existência de leis dirigidas tão somente a reduzir a violência brutal da superexploração empresarial sobre mulheres e menores. *Leis de caráter humanitário, de construção assistemática*. O espectro normativo trabalhista ainda é disperso — sem originar um ramo jurídico próprio e autônomo.

Trata-se também de um espectro estático de regras jurídicas, sem a presença significativa de uma dinâmica de construção de normas com forte indução operária. A diversidade normativa que no futuro caracterizaria o Direito do Trabalho não se faz ainda clara. Afinal, inexistia na época uma união operária com significativa capacidade de pressão e eficaz capacidade de atuação grupal no contexto das sociedades europeias e norte-americana. É oportuno lembrar que a estratégia de atuação operária e socialista ainda está, neste momento histórico, fortemente permeada pelas concepções insurrecionais e/ou utópicas, incapazes de produzir uma pressão concentrada transformadora e democratizante sobre a estrutura e dinâmica da sociedade civil e política.

Por todas essas razões, as leis trabalhistas, nessa época, ainda não deram consistência à formação de um ramo jurídico especializado, não se traduzindo, ainda, como um conjunto sistemático de normas. Consubstanciavam, fundamentalmente, esforços dispersos no sentido da contenção das

manifestações excessivamente violentas de exploração da força de trabalho infantil e feminina pelo novo sistema econômico em crescimento.

2. Sistematização e Consolidação

A segunda fase do Direito do Trabalho nos países centrais se caracteriza pela *sistematização e consolidação* desse ramo jurídico especializado. Estende-se de 1848 até o processo seguinte à Primeira Guerra Mundial, com a criação da OIT e a promulgação da Constituição de Weimar, ambos eventos ocorridos em 1919.

O marco inicial dessa segunda fase situa-se não apenas no *Manifesto Comunista* (1848) como também no movimento de massas denominado *cartista*, na Grã-Bretanha, e, ainda, na *Revolução de 1848*, na França. Este último processo revolucionário, a propósito, é substantivamente criativo. É que, de fato, ele traduz a primeira grande ação coletiva sistemática dos segmentos dominados na estrutura socioeconômica da época perante a ordem institucional vigorante — agindo os trabalhadores na qualidade de sujeito coletivo típico. Combinadamente a isso, desponta a circunstância de incorporar essa revolução um estuário de reivindicações nitidamente oriundas dos trabalhadores urbanos. Estes conseguem, no processo revolucionário, generalizar para o mundo do Direito uma série de reivindicações que lhe são próprias, transformando-as em preceitos da ordem jurídica ou instrumentos da sociedade política institucionalizada. São dessa época, na França, o reconhecimento do direito de associação e greve e a fixação da jornada de 10 horas; no plano político, tem-se a extensão do sufrágio universal. No que diz respeito à Grã-Bretanha, por outro lado, a jornada de trabalho seria reduzida a 10 horas em 1849, após o movimento reivindicatório de massas verificado no ano anterior (denominado *movimento cartista*).

O ano de 1848 é, de fato, marco decisivo à compreensão da História do Direito do Trabalho. Isso, pela verdadeira mudança que produz no pensamento socialista, representada pela publicação do *Manifesto de Marx e Engels*, sepultando a hegemonia, no pensamento revolucionário, das vertentes insurrecionais ou utópicas. Do mesmo modo, pelo processo de revoluções e movimentos de massa experimentado naquele instante, indicando a reorientação estratégica das classes socialmente subordinadas. Estas passam a se voltar a uma linha de incisiva pressão coletiva sobre o pólo adverso na relação empregatícia (o empresariado) e sobre a ordem institucional vigorante, de modo a insculpir no universo das condições de contratação da força de trabalho e no universo jurídico mais amplo da sociedade o vigor de sua palavra e de seus interesses coletivos.

Todo o processo seguinte a 1848 até a Primeira Guerra Mundial caracterizou-se por avanços e recuos entre a ação do movimento operário, do movimento sindical, do movimento socialista e, ao mesmo tempo, a

estratégia de atuação do Estado. Processo em que a ação vinda de baixo e a atuação oriunda de cima se interagem reciprocamente, dinamicamente, dando origem a um ramo jurídico próprio que tanto incorpora a visão própria ao Estado como assimila um amplo espaço de atuação para a pressão operária vinda de baixo.

É fato relevante nesse período de sistematização e consolidação do Direito do Trabalho o crescente reconhecimento, em distintos países europeus, do direito de livre associação sindical dos trabalhadores. Citem-se, a título de exemplo, a descriminalização do associacionismo sindical na Alemanha, em 1869; a regulação do direito de livre associação sindical na Dinamarca em 1874; o surgimento de nova lei assecuratória da livre associação sindical na Grã-Bretanha, também em 1874 (que já fora pioneira nesta seara, décadas atrás, nos anos de 1820, com o reconhecimento do direito de associação sindical dos trabalhadores); a consolidação desse mesmo direito na França, em 1884; igualmente na Espanha e em Portugal, em 1887; na Itália, em 1889, também desponta a descriminalização das coalizões de trabalhadores⁽¹⁸⁾.

Também é fato relevante nesse período de cerca de sete décadas o surgimento crescente de leis trabalhistas em diversos países europeus, ao lado do avanço sistemático da negociação coletiva na mesma época. Esse desenvolvimento se passa tanto em países de experiência mais democrática, como a França, quanto em países com experimentação autoritária, como a Alemanha unificada de *Otto von Bismarck* (1871-1890).

Outro fato importante nessa fase foi a Conferência de Berlim, ocorrida em 1890, reunindo 14 Estados. Embora não tivesse produzido resultados concretos imediatos, significou o primeiro reconhecimento formal e coletivo pelos principais Estados europeus da franca necessidade de se regular o mercado de trabalho, com a edição de normas trabalhistas diversificadas na realidade de cada país⁽¹⁹⁾.

Finalmente, é ainda marco destacado desse período o surgimento, em 1891, da Encíclica *Rerum Novarum*, editada pelo Papa Leão XIII. O documento traduz manifestação oficial da Igreja Católica, de notável influência na época, com respeito à *questão social*, exigindo do Estado e das classes dirigentes postura mais compreensiva sobre a necessidade de regulação das relações trabalhistas.

(18) A respeito, consultar o tópico “VII — Sindicato: Retrospectiva Histórica”, no Capítulo III da obra deste autor. *Direito coletivo do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2008.

(19) Informa Evaristo de Moraes Filho que a “Conferência de Berlim (1890) reuniu 14 países, e foram aí discutidas medidas sobre a duração do trabalho, descanso semanal, férias, voltadas todas elas para uma legislação de natureza internacional”. MORAES FILHO, Evaristo de. *Tratado Elementar de Direito do Trabalho*. Vol. I, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960, p. 86.

3. Institucionalização do Direito do Trabalho

A terceira fase do Direito do Trabalho inicia-se logo após a Primeira Guerra Mundial. Identifica-se como a fase da *institucionalização ou oficialização* do Direito do Trabalho. Seus marcos (situados no ano de 1919) são a Constituição de Weimar e a criação da OIT (a Constituição Mexicana de 1917, conforme se sabe, lança o brilho do processo nos países periféricos ao capitalismo central).

Tal fase se define como o instante histórico em que o Direito do Trabalho ganha absoluta cidadania nos países de economia central. Esse Direito passa a ser um ramo jurídico absolutamente assimilado à estrutura e dinâmica institucionalizadas da sociedade civil e do Estado. Estrutura-se a Organização Internacional do Trabalho; realiza-se a *constitucionalização* do Direito do Trabalho; finalmente, a legislação autônoma ou heterônoma trabalhista ganha larga consistência e autonomia no universo jurídico do século XX⁽²⁰⁾.

O dado fundamental é que o Direito do Trabalho se institucionaliza, oficializa-se, incorporando-se à matriz das ordens jurídicas dos países desenvolvidos democráticos, após longo período de estruturação, sistematização e consolidação, em que se digladiaram e se adaptaram duas dinâmicas próprias e distintas. De um lado, a dinâmica de atuação coletiva por parte dos trabalhadores — dinâmica essa que permitia inclusive aos trabalhadores, mediante a negociação coletiva, a produção autônoma de normas jurídicas. De outro lado, a estratégia de atuação oriunda do Estado, conducente à produção heterônoma de normas jurídicas. Portanto, a oficialização e institucionalização do Direito do Trabalho se fez em linha de respeito a essas duas dinâmicas diferenciadas de formulação de normas jurídicas — a dinâmica negocial autônoma, concretizada no âmbito da sociedade civil, e a dinâmica estatal heterônoma, produzida no âmbito do aparelho de Estado.

Tal fase conheceria seu clímax nas décadas seguintes à Segunda Guerra Mundial, com o aprofundamento do processo de constitucionalização do Direito de Trabalho e hegemonia do chamado *Estado de Bem-Estar Social*.

De fato, as Constituições Democráticas pós-1945, da França, da Itália e da Alemanha em um primeiro momento (segunda metade da década de 1940), e depois, de Portugal e da Espanha (década de 1970), não só incorporariam normas justralhistas, mas, principalmente, diretrizes gerais de valorização do trabalho e do ser humano que labora empregaticamente para

(20) Evaristo de Moraes Filho, escrevendo na década de 1960, também enfatiza três períodos essenciais no desenvolvimento do Direito do Trabalho nos países centrais: “de 1802 a 1848”; “de 1848 a 1919”; de “1919 a nossos dias”. In: *Tratado Elementar de Direito do Trabalho*. Vol. I, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960, p. 81-90.

outrem. A par disso, iriam arquitetar um conceito constitucional novo, do *Estado Democrático de Direito*, estruturado mediante a ênfase na centralidade e dignidade da pessoa humana na ordem jurídica, além da natureza e dinâmica democráticas e inclusivas das respectivas sociedades políticas (o Estado e suas instituições) e sociedades civis (o reino das relações sociais e privadas). Mais do que isso: tais novas Constituições da Europa Ocidental iriam instituir ou incorporar *princípios jurídicos*, constitucionalizando-os e lhes conferindo natureza normativa, além de fixarem princípios gerais de clara influência na área trabalhista (como, por exemplo, os princípios da *dignidade da pessoa humana*, da *centralidade da pessoa humana na ordem jurídica e na vida socioeconômica*, da *inviolabilidade física e psíquica do ser humano*, da *valorização do trabalho e emprego*, da *subordinação da propriedade à sua função social* — ou socioambiental —, da *igualdade em sentido material*, além do princípio da *justiça social*).

4. Crise e Transição do Direito do Trabalho

A quarta fase do Direito do Trabalho, de sua *crise e transição*, abrange o final do século XX e primeiras décadas do século XXI. Fixamos seu marco inicial, nos países ocidentais desenvolvidos, nos anos de 1979/1980.

Uma conjugação de fatores verificou-se nessa época. De um lado, uma crise econômica iniciada alguns anos antes, entre 1973/74 (a chamada *crise do petróleo*), que não encontrou resposta eficaz e rápida por parte das forças políticas então dirigentes. A crise abalava a higidez do sistema econômico, fazendo crescer a inflação e acentuando a concorrência interempresarial e as taxas de desocupação no mercado de trabalho. A par disso, agravava o déficit fiscal do Estado, colocando em questão seu papel de provedor de políticas sociais intensas e generalizantes.⁽²¹⁾

De outro lado, um processo de profunda renovação tecnológica, capitaneado pela microeletrônica, robotização e microinformática. Tais avanços da tecnologia agravavam a redução dos postos de trabalho em diversos segmentos econômicos, em especial na indústria, chegando causar a ilusão de uma próxima *sociedade sem trabalho*. Além disso, criavam ou acentuavam formas de prestação laborativa (como o teletrabalho e o escritório em casa — *home-office*), que pareciam estranhas ao tradicional sistema de contratação e controle empregatícios.

(21) Com a crise econômica — qualquer que seja o seu fator de deflagração —, reduz-se a atividade da economia, diminuindo, em consequência, a arrecadação tributária do Estado. Essa diminuição faz surgir, no plano imediato, o debate sobre o déficit público ou déficit fiscal do Estado.

Em acréscimo, essa renovação tecnológica, aplicada ao campo das comunicações, eliminava as antes impermeáveis barreiras do espaço e do tempo, extremando a competição capitalista no plano das diversas regiões do globo.

Em meio a esse quadro, ganha prestígio a reestruturação das estratégias e modelos clássicos de gestão empresarial, em torno dos quais se construíram as normas justralhistas. Advoga-se em favor da descentralização administrativa e da radical repartição de competências interempresariais, cindindo-se matrizes tradicionais de atuação do Direito do Trabalho. É o que se passa, por exemplo, com a *terceirização*, cuja dificuldade de enfrentamento pelo ramo justralhista sempre foi marcante.

Nesse contexto de crise econômica, tecnológica e organizacional, consolidou-se nos principais centros do sistema capitalista, mediante vitórias eleitorais circunstancialmente decisivas (Margaret Thatcher, na Grã-Bretanha, em 1979; Ronald Reagan, nos EUA, em 1980; Helmut Kohl, na Alemanha, em 1982), a hegemonia político-cultural de um pensamento desregulatório do Estado de Bem-Estar Social — o ultraliberalismo. No centro dessa diretriz em prol da desregulação das políticas sociais e das regras jurídicas limitadoras do mercado econômico encontrava-se, por lógica decorrência, o Direito do Trabalho.

De fato, o ramo justralhista afirmou-se no período anterior como o mais clássico e abrangente instrumento de políticas sociais surgido no capitalismo, produzindo inquestionável intervenção normativa na economia, em favor, regra geral, de importante distribuição social dos ganhos do sistema econômico. Nesse contexto, a desregulamentação de suas regras ou, pelo menos, sua crescente flexibilização, tudo passou a compor foco destacado na matriz cultural ultraliberalista que se generalizou no Ocidente no último quartel do século XX.

Entretanto, passadas mais de três décadas do início da crise do ramo juslaborativo, não se tornaram consistentes as catastróficas predições de uma sociedade sem trabalho. Não se tornaram também consistentes as alardeadas predições de uma sociedade capitalista com intensas relações laborativas subordinadas e pessoais, mas sem algo como o Direito do Trabalho. Houve, sem dúvida, uma acentuada desregulação, informalização e desorganização do mercado de trabalho, inclusive nos países semiperiféricos ao capitalismo central (Brasil incluído, especialmente na década de 1990 e, mais recentemente, em 2016/2017 e tempos seguintes, com claro recrudescimento do impulso desregulamentador). Porém, o fato é que, onde quer que preponderasse esse impulso desregulamentador ou flexibilizatório, não se viram instituídas alternativas minimamente civilizadas de gestão trabalhista, em contraponto com o padrão juslaborativo clássico.

Na verdade, tornou-se ainda mais clara a necessidade histórica de um segmento jurídico com as características essenciais do Direito do Trabalho. Evidenciou-se inquestionável, em suma, que a existência de um sistema desigual de criação, circulação e apropriação de bens e riquezas, com um meio social fundado na diferenciação econômica entre seus componentes (como o capitalismo), mas que convive com a liberdade dos indivíduos e com o reconhecimento jurídico-cultural de um patamar mínimo para a convivência na realidade social (aspectos acentuados com a democracia), não pode mesmo desprezar ramo jurídico tão incrustado no âmago das relações sociais, como o justrabalhista.

No fundo, o que despontara, no início, para alguns, como crise para a ruptura final do ramo trabalhista, tem-se afirmado, cada dia mais, como essencialmente uma transição para um Direito do Trabalho renovado⁽²²⁾.

VI. MODELOS PRINCIPAIS DE ORDENS JURÍDICAS TRABALHISTAS

Considerada a evolução do Direito do Trabalho nos séculos XIX e XX, podem-se perceber alguns modelos principais de ordens jurídicas trabalhistas nos países ocidentais mais desenvolvidos. É claro que o ramo justrabalhista no Ocidente expressa e assimila, inevitavelmente, a diversidade das experiências históricas vivenciadas em cada país em que esse Direito gestou se e se consolidou. Não obstante tal diversidade, é possível se identificar a existência de alguns padrões principais de *estruturação normativa* do mercado de trabalho e das relações de produção no universo dessas experiências centrais.

Nesse sentido, é viável — e funcional — apreenderem-se, em grossas linhas, dois grandes padrões de organização do mercado de trabalho e do ramo justrabalhista nos países centrais. O primeiro padrão de organização corresponde àquele inerente às sociedades democráticas consolidadas, cumprindo relevante papel na configuração própria da Democracia nessas sociedades. O outro padrão principal de estruturação do mercado de trabalho e do seu ramo jurídico especializado consiste no padrão corporativo-autoritário, que cumpriu papel importante em diversas experiências políticas ocidentais do mundo contemporâneo⁽²³⁾.

(22) Sobre a crise e transição do Direito do Trabalho na história recente, consultar DELGADO, Mauricio Godinho. *Capitalismo, Trabalho e Emprego* — entre o paradigma da destruição e os caminhos de reconstrução. 3. ed. São Paulo: LTr, 2017. Neste Capítulo III, consultar também o item V.5 (“5. A Reforma Trabalhista Brasileira de 2017: sentido jurídico”).

(23) A tipologia aqui exposta foi lançada em estudos anteriores deste autor, a saber, ilustrativamente, o livro *Democracia e Justiça*. São Paulo: LTr, 1993 (capítulo “O Modelo Trabalhista Brasileiro: Pontos e Contrapontos à Consolidação Democrática”, p. 71-104). O presente item VI e seus subitens, portanto, reportam-se a esses precedentes estudos. Semelhante contrapo-

1. Parâmetros dos Modelos Justrablistas Democráticos

O padrão democrático de organização do mercado de trabalho não se configura, historicamente, sob um único e indiferenciado modelo. É inquestionável a existência de inúmeras peculiaridades normativas entre as diversas experiências dos países centrais. Ainda assim, é viável se enxergarem alguns relevantes pontos de aproximação entre os padrões nacionais existentes, permitindo a formulação de uma tipologia composta por alguns modelos específicos.

Em linhas gerais, é razoável se acolher a configuração de dois modelos trabalhistas democráticos essenciais. Eles podem ser denominados, respectivamente, de *modelo de normatização autônoma e privatística* e de *modelo de normatização privatística mas subordinada*.

A) Normatização Autônoma e Privatística — O padrão de normatização autônoma e privatística supõe a plena legitimação do conflito entre particulares. A ampla realização do conflito gesta meios de seu processamento no âmbito da própria sociedade civil, através dos mecanismos de negociação coletiva autônoma, hábeis a induzir à criação da norma jurídica. A norma produz-se, de fato, a partir da sociedade civil, mediante a dinâmica conflituosa e negocial estabelecida entre os sindicatos, associações profissionais e empregadores. Generaliza-se a norma jurídica nesses casos, muitas vezes, independentemente de ser ainda absorvida legislativamente pelo Estado.

Os exemplos mais clássicos desse padrão residem nas experiências dos sistemas britânico e norte-americano, em que a normatização jurídica deflui, fundamentalmente, da criatividade privatística, manifestada em especial por meio dos acordos e convenções coletivos⁽²⁴⁾.

Grosso modo, tem-se também atribuído a esse padrão o epíteto de *modelo negociado*.

B) Normatização Privatística Subordinada — No modelo ora considerado (da *normatização privatística mas subordinada*) a criação e reprodução da norma jurídica faz-se mediante uma dinâmica em que o peso básico é conferido pelos particulares, mas segundo um processo heteronomamente regulamentado pelo Estado. A normatização tende a ser privatística, contudo sem a margem de criatividade autônoma da vertente anterior. Já

sição de modelos está, anteriormente, já na década de 1970, magistralmente exposta por VIANNA, Luiz Werneck. Sistema Liberal e Direito do Trabalho, In: *Estudos CEBRAP*, n. 7. São Paulo: CEBRAP, jan./mar.74, p. 115-149.

(24) Yves Delamotte sustenta, inclusive, que, nos EUA, Suécia e Grã-Bretanha, a Convenção Coletiva surge como modalidade *essencial* do Direito Social. In: *Relações Coletivas e Regras Jurídicas do Trabalho e da Segurança Social apud* FRIDMAN, George; NAVILLE, Pierre. *Tratado de Sociologia do Trabalho*. Vol. II, São Paulo: Cultrix, 1973, p. 241-262.

anteriormente expôs-se que esse segundo padrão pode ser considerado, “fundamentalmente, uma variante do primeiro modelo de dinâmica jurídico-trabalhista. A distinção, contudo, se estabelece à medida que, na hipótese variante, o Estado delimita, de maneira importante, a atuação dos agentes particulares, subordinando sua criatividade normativa. A França configura claramente essa hipótese”⁽²⁵⁾.

Ressalte-se que o intervencionismo estatal que caracteriza o padrão de normatização privatística mas subordinada não é substitutivo ou impeditivo da criatividade e dinamismo privados, mas condicionador dessa criatividade. Nesse quadro, o intervencionismo, embora inquestionável, admite claramente a franca e real participação da sociedade civil na elaboração do Direito do Trabalho. Em função dessa combinação de esferas de atuação, o modelo tende a gerar uma legislação que reflete, com grande aproximação, as necessidades efetivas dessa sociedade.

É óbvio que, politicamente, este modelo estabelece, no estuário normativo trabalhista, um patamar heterônomo que a criatividade privada não pode desconhecer. Mas não se suprimem ou sufocam os instrumentos para essa ação privada coletiva, que mantém seu papel relevante no universo jurídico desse padrão de normatividade juslaboral.

Grosso modo, tem-se atribuído a esse padrão também o epíteto de *modelo legislado*.

2. Parâmetros do Modelo Justrabalista Autoritário

Há um nítido padrão alternativo aos dois anteriores, com forte origem e reprodução autoritárias. Esse padrão, que repele a gestão democratizante das relações de trabalho e não se assimila a uma estruturação democrática da sociedade política, identifica-se sob o título de *modelo de normatização subordinada estatal*.

Essa última vertente jurídico-política repudia, frontalmente, a noção e a dinâmica do conflito, que considera incompatível com a gestão sociopolítica da comunidade. A rejeição do conflito faz-se em duas dimensões: quer de modo direto, mediante uma legislação proibitiva expressa, quer de modo indireto, ao absorvê-lo, sob controle, no aparelho de Estado, que tece, minuciosamente, as práticas para a sua resolução.

Os problemas propostos pelas duas vertentes democráticas anteriores não se colocam ao padrão subordinado estatal: a minuciosa legislação estatal institui formas e conteúdos de solução de conflitos, procurando se antecipar (ou sufocar), através de uma cuidadosa operosidade legislativa,

(25) DELGADO, Mauricio Godinho. *Prefácio à Negociação Sindical e Convenção Coletiva: os Sistemas Jurídico-trabalhistas Clássicos*, cit., p. 676.

às alternativas jurídicas que se poderiam, privadamente, estabelecer. Nesse padrão jurídico, a elaboração estatal do Direito do Trabalho consubstancia um processo de restringida participação da sociedade civil e cria uma dinâmica cujas linhas mestras se caracterizam por assegurarem o contínuo impedimento a essa participação⁽²⁶⁾.

O exemplo clássico plenamente configurado do modelo de normatização estatal subordinada consiste naquele constituído pelas experiências fascistas que caracterizaram particularmente a Itália e a Alemanha, na primeira metade do século XX, tendo influência em inúmeros outros contextos nacionais (Portugal, Espanha e, inclusive, o Brasil).

Tais experiências forjaram um sistema básico de elaboração e reprodução de normas justralhistas, cujo núcleo fundamental situava-se no aparelho de Estado. O conflito privado — pressuposto da negociação e foco da criação justralhista — era negado ou rejeitado pelo Estado, que não admitia seus desdobramentos autônomos, nem lhe construía formas institucionais de processamento. Os canais eventualmente abertos pelo Estado tinham o efeito de funcionar, no máximo, como canais de sugestões e pressões controladas, dirigidas a uma vontade normativa superior, distanciada de tais pressões e sugestões.

Em suma, no presente modelo, a normatização jurídica provinha fundamentalmente da vontade estatal, ora como expressão de uma vontade nacional suposta (é o caso da ideologia organicista da Alemanha nazista), ora como síntese de uma colaboração societária também suposta (é o caso da ideologia corporativa do fascismo italiano).

3. Democracia e Normatização Estatal: reflexões complementares

A atual rejeição das premissas, instituições e efeitos do paradigma autocrático de organização do mercado de trabalho (*modelo de normatização subordinada estatal*) não deve levar, entretanto, à conclusão simplista de que a alternativa democratizante de normatização trabalhista suponha um frontal e absoluto afastamento do Estado perante a dinâmica do Direito Laboral. De forma alguma: diversos fatores conspiram contra essa compreensão unilinear e simplificadora do problema.

Em primeiro lugar, é claramente inverossímil a reunião, no presente contexto histórico (transposição do século XX para o XXI), das condições socioeconômicas que viabilizaram o sucesso jurídico-político do modelo

(26) DELGADO, Mauricio Godinho. *Prefácio à Negociação Sindical e Convenção Coletiva: os Sistemas Jurídico-trabalhistas Clássicos*, cit., p. 677. Nessa linha, destaca-se o relevante e pioneiro estudo de VIANNA, Luiz Werneck. *Sistema Liberal e Direito do Trabalho*. n. 7. São Paulo: CEBRAP, jan./mar. 1974, p. 115-149.

autônomo e privatístico. Isso deriva do fato de que apenas nos países de capitalismo originário (em especial, Grã-Bretanha e Estados Unidos — onde o modelo autônomo e privatístico se consolidou) é que o Direito do Trabalho emergiu ainda no desdobrar de um mercado econômico do tipo liberal. Todas as outras relevantes experiências justralhistas despontaram sob um cenário socioeconômico sumamente diverso, em que o liberalismo concorrencial e não intervencionista era página definitivamente sepultada na evolução do sistema industrial, comercial e financeiro modernos.

Em segundo lugar, as demais experiências europeias democráticas, construídas na fase posterior ao liberalismo econômico inicial do capitalismo, melhor se aproximavam do *padrão privatístico mas subordinado* que do modelo original, autônomo e privatístico. É que o intervencionismo estatal característico desse outro modelo de gestão trabalhista democrática (expressado na legislação heterônoma a que dava origem) não se manifestava em instituições e preceitos neutralizadores ou esterilizantes da organização privada coletiva. Na verdade, a legislação heterônoma fundamentalmente acelerava o processo de generalização, ao conjunto societário, dos direitos e métodos pioneiramente abraçados nos setores mais dinâmicos do mercado laboral⁽²⁷⁾. O Direito Estatal embebia-se do Direito de Grupos Sociais, levando ao conjunto societário o padrão mais avançado e moderno de gestão trabalhista.

O modelo de *normatização privatística mas subordinada* mantém-se democrático, ainda que autorizando a fluência de uma relevante legislação heterônoma estatal. Isso ocorre pela circunstância de o modelo não inviabilizar, como visto, a auto-organização coletiva dos trabalhadores e a auto-administração dos conflitos que resultam de sua atuação coletiva.

Não há contradição no modelo, mas combinação dialética de dinâmicas: é que o padrão privatístico mas subordinado, embora admitindo a legislação estatal, procurou eliminar as formas clássicas de *controle* ou *cooptação* do movimento sindical pelo Estado. Buscou suprimir, portanto, os canais de internalização, no seio estatal, do conflito privado trabalhista; os canais estatais de controle ou cooptação de organizações e dirigentes sindicais; os mecanismos estatais de supressão de responsabilidade das lideranças e representantes sindicais perante os trabalhadores representados.

Nesse quadro, a legislação heterônoma surge como um produto social que se *adiciona* à atuação coletiva obreira, afirmadora do padrão democrático de gestão trabalhista alcançado nos setores mais avançados da economia. Não esteriliza o avanço político, social e cultural da classe trabalhadora,

(27) Esse processo de generalização progressista e modernizante que caracteriza o Direito do Trabalho nos países centrais é exposto com maior abrangência no estudo *Direito do Trabalho e Progresso Social: Contradições da Ordem Jurídica Brasileira*, constante do livro deste autor, *Democracia e Justiça*, já citado.

porque não lhe retira o essencial senso de cidadania e de sujeito social, nucleares à existência e consolidação de qualquer convivência democrática.

4. Constituição de 1988 e o Modelo de Normatização Privatística Subordinada: novas reflexões

Além das reflexões mais gerais inseridas no item 3, imediatamente anterior, é necessário se agregar reflexão específica sobre a estrutura normativa da Constituição da República Federativa do Brasil e da maneira como ela incorpora e reconhece a negociação coletiva trabalhista — e, dessa maneira, absorve a essência do paradigma exitoso, inclusivo e democrático denominado de *modelo de normatização privatística subordinada*.

A Constituição de 1988 buscou implantar no País um Estado Democrático de Direito, estruturado a partir de um tripé conceitual, a saber: a pessoa humana, e sua dignidade; a sociedade política, democrática e inclusiva; a sociedade civil, também democrática e inclusiva.⁽²⁸⁾

Nessa dimensão, como meio de favorecer a democratização da sociedade civil, a Constituição da República reconheceu e conferiu estímulos à negociação coletiva trabalhista, por meio de vários de seus dispositivos: art. 7º, VI, XIII, XIV e XXVI, do texto constitucional original de 1988; art. 8º do texto original da Constituição que, em seus diversos incisos, trata das entidades sindicais, instituições decisivas para a adequada dinâmica negocial coletiva; art. 114, em seu novo § 2º (este, inserido pela EC n. 45/2004), dispositivo que restringiu o anterior amplo acesso ao poder normativo judicial trabalhista, enquanto via concorrential à clássica negociação coletiva trabalhista.

Os estímulos constitucionais produziram resultado exponencial em todo o período seguinte à promulgação da nova Constituição Federal, transformando, de maneira impactante, essa dimensão do Direito Coletivo do Trabalho do País e da realidade socioeconômica das relações coletivas trabalhistas brasileiras. Em uma palavra, a nova Constituição da República retirou do limbo e inércia factuais a dinâmica das negociações coletivas trabalhistas em todo o território brasileiro, abrindo-lhe espaço de desenvolvimento que ainda não experimentara no período histórico precedente a 1988.⁽²⁹⁾

(28) Sobre o conceito constitucional de *Estado Democrático de Direito*, consultar DELGADO, Mauricio Godinho. “Constituição da República, Estado Democrático de Direito e Direito do Trabalho”, situado na seguinte obra dual: DELGADO, M. G.; DELGADO, G. N. *Constituição da República e Direitos Fundamentais* — dignidade da pessoa humana, justiça social e Direito do Trabalho. 4. ed. São Paulo: LTr, 2017. Reflexões recentes sobre o importante tema encontram-se na obra coletiva coordenada por MIZIARA, Raphael; ASSUNÇÃO, Carolina Silva Silvino e CAPUZZI, Antonio. *Direito do Trabalho e Estado Democrático de Direito* — homenagem ao Professor Mauricio Godinho Delgado (São Paulo: LTr, 2018).

(29) Efetivamente, no período anterior à Constituição de 1988, não havia espaço significativo para a negociação coletiva trabalhista no Brasil. Pela lógica do sistema corporativista estrutu-

Efetivamente, o fato é que, desde a nova Constituição, a negociação coletiva trabalhista — que era caminho de solução de conflitos coletivos, dentro do âmbito das relações de trabalho, raramente adotado na vida laborativa do País antes de 1988 — passou a ser a via mais importante de solução desses conflitos na realidade brasileira, logo depois da promulgação da Constituição Federal, considerada, inclusive, a década de 1990 e até os dias atuais.

Não obstante esse amplo sucesso da negociação coletiva trabalhista, a partir da regência normativa e dos estímulos constitucionais, usualmente reaparece no País uma curiosa proposição: a ideia de que o incentivo constitucional à negociação coletiva trabalhista supõe a permissão para que esse importante instrumento de gestão social, realizado no seio da sociedade civil, detenha a prerrogativa de piorar, precarizar, rebaixar as condições de vida e de trabalho dos empregados e demais trabalhadores sob sua influência normativa.

A curiosa proposição interpretativa não se sustenta, a qualquer título, conforme será demonstrado.

A Constituição de 1988, ao estruturar um Estado Democrático de Direito, abriu larga senda de modificações, as quais, naturalmente, apenas seriam melhor compreendidas ao longo dos anos e décadas seguintes à sua própria promulgação. Ao colocar a pessoa humana no vértice da ordem constitucional e, nessa medida, de toda a ordem jurídica do País (e, por consequência, da ordem social, econômica, cultural e institucional brasileira), a Lei Magna impôs ao Direito e a todos os seus intérpretes o dever de compreenderem e aplicarem a nova e civilizatória lógica constitucional.

Ora, a centralidade da pessoa humana está manifestamente exposta pelo próprio sentido da estruturação topográfica da Constituição da República. O Preâmbulo constitucional, o Título I da Constituição (“Dos Princípios Fundamentais”) e o seu Título II (“Dos Direitos e Garantias Fundamentais”) — estes, os componentes mais paradigmáticos da Constituição Federal, que antecedem os demais e a eles influenciam —, todos são enfáticos em demonstrar essa centralidade humanística e social, conforme se reconhece, hoje, amplamente, no segmento científico e jurisprudencial do Direito.

rado entre 1930/1943, criaram-se mecanismos de internalização na Justiça do Trabalho dos conflitos coletivos trabalhistas e se desestimulando, direta ou indiretamente, que florescessem e se mantivessem no cenário da sociedade civil. Vários fatores expressavam esse evidente desestímulo: a inexistência dos princípios cardeais da liberdade sindical e da autonomia dos sindicatos; a forte repressão aos movimentos sindicais em geral e aos movimento de greve, em particular; as dificuldades formais para a celebração de instrumentos coletivos negociados então existentes na legislação (quorum de aprovação assemblear rigorosíssimo, por exemplo). Em contraponto a isso, a mesma ordem jurídica da época franqueava largo espaço processual para a livre propositura da ação de dissídio coletivo de natureza econômica, remetendo aos Tribunais do Trabalho a solução, via sentença normativa, dos conflitos coletivos laborais.

E os direitos individuais e sociais trabalhistas foram, de modo destacado e claramente imperativo, integrados ao âmago desses componentes paradigmáticos da Constituição da República, seja no Título I, por meio de princípios jurídicos de larga amplitude, mas cardeais também para o Direito do Trabalho, seja no Título II, por meio de todo o Capítulo II, que trata dos “Direitos Sociais”, com iniludível ênfase nos direitos individuais e sociais fundamentais trabalhistas.

Por sua vez, os princípios humanísticos e sociais da Constituição de 1988 expressam-se já em seu Preâmbulo, para se afirmarem, enfaticamente, nos Títulos I e II da nova Constituição e, a partir dali, lançarem influência por todo o texto magno. Citem-se, ilustrativamente: centralidade da pessoa humana na ordem jurídica; dignidade da pessoa humana; inviolabilidade física e psíquica do direito à vida; bem-estar individual e social; valorização do trabalho e emprego; liberdade e igualdade, esta especialmente em sentido substantivo, material; justiça social; segurança, particularmente em sua dimensão humana, ao invés de, como no passado, em suas dimensões estritamente econômicas e patrimoniais; subordinação da propriedade à sua função socioambiental.

Nos títulos que tratam da ordem econômica e social (VII e VIII), é retomada essa ênfase na centralidade da pessoa humana, com seus princípios humanísticos e sociais. E é retomada especialmente nas normas de abertura de cada título, de modo a não permitir o negligenciamento interpretativo acerca da firme e segura determinação filosófica e jurídica da Constitucional da República.

É o que se percebe no Título VII (“Da Ordem Econômica e Financeira”), em sua norma introdutória, insculpida no *caput* do art. 170: “A ordem econômica, *fundada na valorização do trabalho humano* e na livre-iniciativa, *tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social ...*” (grifos acrescidos).

É o que se nota também no Título VIII (“Da Ordem Social”), igualmente em sua norma introdutória, inserta em seu Capítulo I (“Disposição Geral”), composto estritamente do art. 193: “A ordem social tem como base o *primado do trabalho*, e como objetivo o *bem-estar e a justiça sociais*” (grifos acrescidos).

Todo esse conjunto normativo constitucional, de caráter lógico e teleológico, além de sistêmico, coerente, integrado, aplica-se, sim, é claro, à negociação coletiva trabalhista. Por essa razão, em vista do disposto na Constituição da República, ostenta a negociação coletiva amplos poderes; porém não se trata jamais de um *superpoder* da sociedade civil, apto a desconsiderar, objetivamente, os princípios humanísticos e sociais da própria Constituição Federal, ou de, inusitadamente, rebaixar ou negligenciar o patamar de direitos individuais e sociais fundamentais dos direitos trabalhistas que sejam imperativamente fixados pela ordem jurídica do País.

Afinal, a negociação coletiva trabalhista consiste em um instrumento de democratização do poder e da riqueza no âmbito da sociedade civil; é

importante veículo institucionalizado para a busca da maior democratização e inclusão socioeconômica das pessoas humanas na sociedade civil. Entretanto, se ela não exercer esse seu papel histórico e constitucional — ao invés, passando a se transmutar em mecanismo de rebaixamento das condições de vida e trabalho da pessoa humana trabalhadora —, ela se encontrará desfigurada, descaracterizada, posta distante de sua função histórica, lógica e teleológica no Direito Coletivo do Trabalho.

Em síntese, a Constituição da República, conforme já dito neste livro, resgatou a negociação coletiva de seu limbo jurídico e de sua inércia factual, que eram uma das marcas criticáveis, nesse campo, relativamente ao período precedente a 1988. Mas não a transformou, contraditória e perversamente, em um mecanismo adicional de solapamento de direitos individuais e sociais humanísticos trabalhistas — os quais, afinal, a própria Constituição de 1988 alçou a patamar magno e superior.⁽³⁰⁾

5. A Reforma Trabalhista Brasileira de 2017: sentido jurídico

No contexto da derrubada, em 2016, do governo democraticamente eleito em fins de 2014, deflagrou-se no Brasil uma série de reformas jurídicas direcionadas a implementar o projeto ultraliberalista de Estado Mínimo, com a privatização de riquezas e instituições públicas, a restrição de políticas públicas de caráter social e o impulso a medidas diversificadas de favorecimento unilateral do poder econômico.

Nesse quadro, elaborou-se, em poucos meses, a Lei da Reforma Trabalhista no País: o projeto de lei foi enviado pela Presidência da República ao Parlamento nos últimos dias de 2016, transformando-se, em exíguos meses de tramitação — de fevereiro a julho — na Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017, vigorante desde o dia 11 de novembro do mesmo ano. Em 14 de novembro, recebeu o novo diploma legal pontuais alterações, por intermédio da Medida Provisória n. 808, de 14.11.2017 — cujas regras vigoraram, porém, apenas de 14.11.2017 até 23.04.2018.

As inovações inseridas se apresentaram em três planos combinados: Direito Individual do Trabalho, Direito Coletivo do Trabalho e Direito Processual do Trabalho.

No plano do Direito Individual do Trabalho, as inovações eliminaram, desregulamentaram ou flexibilizaram diversas parcelas trabalhistas, de

(30) Para se analisar os poderes e os limites da negociação coletiva trabalhista, com os princípios da equivalência entre os contratantes coletivos, da criatividade jurídica da negociação coletiva e da adequação setorial negociada, consultar, neste livro, o Capítulo XXXIV, especialmente em seu item IV, subitem 2 (“Princípio da Equivalência dos Contratantes Coletivos”), e em seu item V, subitens 1 e 2 (“Princípio da Criatividade Jurídica da Negociação Coletiva” e “Princípio da Adequação Setorial Negociada”).

maneira a diminuir, significativamente, o valor trabalho na economia e na sociedade e, em decorrência, o custo trabalhista para o poder econômico. Embora se fale, eufemisticamente, em simplificação, desburocratização, racionalização e modernização, além da busca de maior segurança jurídica no contexto da relação empregatícia, o fato é: as inovações, em sua vasta maioria, debilitam, direta ou indiretamente, os direitos e garantias trabalhistas, exacerbam os poderes contratuais do empregador na relação de emprego e diminuem, acentuadamente, os custos da contratação do trabalho humano pelo poder econômico.

Eis uma rápida síntese das mudanças no campo do *Direito Individual do Trabalho* (tomando-se como base estritamente o texto da Lei n. 13.467/17): em primeiro lugar, a busca da eliminação ou, pelo menos, atenuação, da clássica correlação trabalhista, enfatizada por Convenções da OIT e pela Constituição de 1988, entre o tempo do trabalho ou de disponibilidade do trabalhador perante o empregador e as condições contratuais, inclusive a retribuição salarial obreira. Isso envolve, por exemplo: a) exclusão do conceito de “tempo à disposição” no tocante a vários lapsos temporais em que o trabalhador já se encontra dentro dos limites físicos do estabelecimento empresarial (novo texto do art. 4º, §§ 1º e 2º da CLT); b) a eliminação das horas *in itinere* da CLT (novo texto do § 2º do art. 58 da CLT, com a revogação do § 3º desse mesmo preceito legal); c) a desregulamentação e/ou flexibilização das regras concernentes à jornada de trabalho, em sentido menos favorável do que o anteriormente dominante; d) o incentivo legal à contratação autônoma, em contraponto à contratação empregatícia (novo art. 442-B da CLT); e) a criação do “contrato de trabalho intermitente”, pelo qual se imagina a viabilidade formal e concreta da existência de um contrato empregatício até mesmo praticamente sem jornada e sem salário (art. 443, *caput* e § 3º, c./c. art. 452-A, *caput* e §§ 1º até 9º, todos da CLT).

Em segundo lugar, cite-se também a busca da desconexão entre as regras de duração do trabalho e as regras inerentes à saúde e segurança laborativas. Isso envolve, por exemplo: a) permissão para a pactuação meramente bilateral da jornada de plantão 12 X 36 horas relativamente às situações que envolvam ambientes insalubres e perigosos, *desde que situados no setor empresarial de saúde* (novo art. 59-A, *caput* e parágrafo único, CLT); b) a exclusão da natureza salarial dos intervalos trabalhistas (novo texto do § 4º do art. 71 da CLT); c) a explícita exclusão das regras sobre duração do trabalho e intervalos trabalhistas do campo das normas de saúde, higiene e segurança do trabalho (novo art. 611-B, parágrafo único, CLT).

Em terceiro lugar, mencione-se o enfraquecimento e a descaracterização do salário do empregado. Isso envolve, ilustrativamente: a) criação do “contrato de trabalho intermitente” (art. 443, *caput* e § 3º, c./c. art. 452-A, *caput* e §§ 1º até 9º, CLT); b) exclusão da natureza salarial de distintas parcelas contratuais trabalhistas (novo texto do art. 457, CLT); c) eliminação da

possibilidade de incorporação, pela média, da gratificação percebida por dez anos ou mais no contrato de trabalho (novo § 2º do art. 468 da CLT).

Em quarto lugar, aponte-se a inserção de situações novas propiciadoras de discriminação direta ou indireta dos empregados no contexto empregatício. Esse aspecto reporta-se, por exemplo, aos seguintes pontos: a) eliminação de proteções normativas ao empregado relativamente melhor remunerado, submetendo-o a grave segregação no cenário contratual empregatício (novo parágrafo único do art. 444 da CLT); b) diminuição das garantias antidiscriminatórias no contexto da equiparação salarial (novo texto do art. 461 da CLT); c) permissão para a pactuação da arbitragem nas relações de trabalho (novo art. 507-A da CLT); d) alargamento e maior desregulamentação da terceirização trabalhista (nova redação para a Lei n. 6.019/1974).

Em quinto lugar, ressaltem-se as diversas situações de exacerbação do poder empregatício pelo empregador na relação de emprego, constantes dos preceitos legais acima elencados, a que se acrescentam as regras de enfraquecimento dos sindicatos no mundo do trabalho no País (estas últimas, indicadas logo a seguir).

Em sexto lugar, enfatizem-se as restrições quanto à regulamentação dos danos morais e materiais na seara das relações de trabalho (novo Título II-A da CLT, art. 223-A até art. 223-G).

Em sétimo lugar, indiquem-se os inúmeros dispositivos e institutos que viabilizam o solapamento de direitos, garantias e proteções trabalhistas no curso e no encerramento do contrato empregatício (alguns já mencionados nos elencos supra referidos). Nessa linha, por exemplo: a) permissão para a celebração de termo anual de quitação de obrigações trabalhistas (novo art. 507-B da CLT); b) permissão para a pactuação da arbitragem nas relações de trabalho (novo art. 507-A da CLT); c) alargamento e maior desregulamentação da terceirização trabalhista; d) eliminação de proteções normativas ao empregado relativamente mais qualificado e relativamente melhor remunerado (novo parágrafo único do art. 444 da CLT); e) eliminação de formalidades e proteções rescisórias ao empregado com mais de um ano de contrato (novo texto do art. 477 da CLT); f) igualação jurídica entre as dispensas individuais, plúrimas e coletivas (novo art. 477-A da CLT).

Também em uma rápida síntese, descrevam-se os aspectos deletérios impostos pela Lei n. 13.467/2017 no que diz respeito ao *Direito Coletivo do Trabalho*.

De um lado, o enfraquecimento adicional das entidades sindicais no sistema trabalhista brasileiro, mediante a supressão, *sem transição*, da obrigatoriedade da contribuição sindical (a eliminação da obrigatoriedade é medida, em si, positiva, reconheça-se; porém, deveria ser efetivada mediante certa transição temporal, evidentemente). Esse enfraquecimento

do sindicalismo, em geral, ocorre particularmente também pelo fato de a regulação legal da contribuição assistencial ou negocial, conhecida pelo epíteto de *cota de solidariedade*, não ter sido efetivada pela Lei da Reforma Trabalhista. Ao inverso, a nova legislação proíbe o desconto da contribuição negocial, ou similar, dos trabalhadores não associados, se não existir a anuência expressa e prévia destes (novo art. 611, XXVI, CLT).

De outro lado, apontem-se, ademais, diversos preceitos que autorizam à negociação coletiva trabalhista se transmutar em mecanismo de supressão ou precarização de direitos e garantias trabalhistas, ao invés de se preservar como fórmula de agregação e aperfeiçoamento das condições de contratação e gestão da força de trabalho no ambiente empregatício. Nesta linha se encontra o disposto em: novo art. 611-A, *caput* e incisos I até XV, a par de §§ 1º até 5º; novo art. 611-B, *caput*, incisos I até XXX e parágrafo único; novo art. 614, § 3º; novo texto do art. 620, todos da CLT. Tais preceitos combinam-se com o novo texto do art. 8º, §§ 2º e 3º, e o novo texto do art. 702, ambos também da CLT.

Igualmente, por fim, em rápida síntese, indiquem-se os dispositivos da Lei n. 13.467/2017 relacionados ao *Direito Processual do Trabalho* (campo jurídico que sequer é objeto do presente *Curso de Direito do Trabalho* — esclareça-se ao leitor). Porém tais dispositivos afetam gravemente a cidadania processual constitucional no campo das relações trabalhistas. É que se trata de um impactante grupo de dispositivos que tornam difícil ou, até mesmo, inviável à pessoa humana vulnerável e hipossuficiente que vive de seu trabalho questionar, perante o Poder Judiciário, as afrontas constitucionais e/ou convencionais internacionais promovidas pela nova Lei, a par das lesões verificadas no cotidiano da relação empregatícia.

Nesse quadro, arrolem-se, em rápido bosquejo, algumas das restrições processuais inseridas na CLT pela Lei da Reforma Trabalhista: a) preceitos que limitam, drasticamente, o acesso à justiça por parte do trabalhador brasileiro (em afronta ao princípio constitucional do amplo acesso à justiça — art. 5º, XXXV, CF); b) regras que diminuem e descaracterizam, manifestamente, o instituto constitucional da justiça gratuita (em afronta ao instituto firmemente assegurado pelo art. 5º, LXXIV, CF); c) preceitos que instigam o Magistrado do Trabalho a desempenhar papel severíssimo na condução do processo judicial; d) dispositivos que inserem a prescrição intercorrente na fase executória do processo judicial trabalhista.⁽³¹⁾

(31) Sobre as inúmeras regras da Lei da Reforma Trabalhista, consultar: DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *A Reforma Trabalhista no Brasil* — com os comentários à Lei n. 13.467/2017. 1. ed. São Paulo: LTr, 2017. Na 2ª edição deste livro (2018), examinam-se, *em separado*, as regras da MPr. n. 808/2017, que vigoraram, porém, por curtíssimo período (de 14.11.2017 a 23.04.2018).

ORIGEM E EVOLUÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO NO BRASIL

I. INTRODUÇÃO

As proposições de método colocadas no momento do exame da formação histórica do Direito do Trabalho nos países de capitalismo central (capítulo anterior) também auxiliam a compreensão do processo correlato ocorrido no Brasil. Nessa linha, a busca da categoria básica em torno da qual se construiu o ramo justralhista — a relação empregatícia — é o ponto fundamental a delimitar a pesquisa da evolução histórica desse ramo jurídico na realidade brasileira.

Em país de formação colonial, de economia essencialmente agrícola, com um sistema econômico construído em torno da relação escravista de trabalho — como o Brasil até fins do século XIX —, não cabe se pesquisar a existência desse novo ramo jurídico enquanto não consolidadas as premissas mínimas para a afirmação socioeconômica da categoria básica do ramo justralhista, a relação de emprego. Se a existência do trabalho livre (juridicamente livre) é pressuposto histórico-material para o surgimento do trabalho subordinado (e, conseqüentemente, da relação empregatícia), não há que se falar em ramo jurídico normatizador da relação de emprego sem que o próprio pressuposto dessa relação seja estruturalmente permitido na sociedade enfocada. Desse modo, apenas a contar da extinção da escravidão (1888) é que se pode iniciar uma pesquisa consistente sobre a formação e consolidação histórica do Direito do Trabalho no Brasil.

II. PERIODIZAÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO DO TRABALHO BRASILEIRO

Embora a Lei Áurea não tenha, obviamente, qualquer caráter justralhista, ela pode ser tomada, em certo sentido, como o marco inicial de referência da História do Direito do Trabalho brasileiro. É que ela cumpriu papel relevante na reunião dos pressupostos à configuração desse novo ramo jurídico especializado. De fato, constituiu diploma que tanto eliminou da ordem sociojurídica relação de produção incompatível com o ramo justralhista (a escravidão), como, em consequência, estimulou a incorporação pela prática social da fórmula então revolucionária de utilização da força de

trabalho: a relação de emprego. Nesse sentido, o mencionado diploma sintetiza um marco referencial mais significativo para a primeira fase do Direito do Trabalho no País do que qualquer outro diploma jurídico que se possa apontar nas quatro décadas que se seguiram a 1888.

Ressalte-se que não se trata de sustentar que inexistisse no Brasil, antes de 1888, qualquer experiência de relação de emprego, qualquer experiência de indústria ou qualquer traço de regras jurídicas que pudessem ter vínculo, ainda que tênue, com a matéria que, futuramente, seria objeto do Direito do Trabalho. Trata-se, apenas, de reconhecer que, nesse período anterior, marcado estruturalmente por uma economia do tipo rural e por relações de produção escravistas, não restava espaço significativo para o florescimento das condições viabilizadoras do ramo justralhista.

Não havia, à época, espaço sensível para o trabalho livre, como fórmula de contratação de labor de alguma importância social; para a industrialização, como processo diversificado, com tendência à concentração e centralização, inerentes ao capitalismo; para a formação de grupos proletários, cidades proletárias, regiões proletárias, que viabilizassem a geração de ideologias de ação e organização coletivas, aptas a produzirem regras jurídicas; não havia espaço, em consequência, para a própria sensibilidade do Estado, de absorver clamores vindos do plano térreo da sociedade, gerando regras regulatórias do trabalho humano.

Tais condições vão reunir-se, com maior riqueza e diversidade, apenas a contar do final da escravatura, em fins do século XIX.

1. Manifestações Incipientes ou Esparsas

O primeiro período significativo na evolução do Direito do Trabalho no Brasil estende-se de 1888 a 1930, identificando-se sob o epíteto de *fase de manifestações incipientes ou esparsas*.

Trata-se de período em que a relação empregatícia se apresenta, de modo relevante, apenas no segmento agrícola cafeeiro avançado de São Paulo e, principalmente, na emergente industrialização experimentada na capital paulista e no Distrito Federal (Rio de Janeiro), a par do setor de serviços desses dois mais importantes centros urbanos do País⁽¹⁾.

(1) No setor de serviços, o segmento portuário — obviamente excluída a cidade mediterrânea de São Paulo — tradicionalmente também sempre teve importância na organização do movimento operário. A esse respeito ilustrativamente expõe o historiador Bóris Fausto: “As docas de Santos reuniram o primeiro grupo importante de trabalhadores em todo o Estado, cujas lutas se iniciaram em fins do século e permaneceram constantes no correr dos anos”. In: *Trabalho Urbano e Conflito Social (1890-1920)*. São Paulo: Difel, 1976, p. 13. O mesmo autor comenta: “O setor serviços (ferrovias e portos) é estrategicamente o mais relevante, dele dependendo o funcionamento básico da economia agroexportadora, assim como o que representa o maior grau de concentração de trabalhadores”. In: ob. cit., p. 122.

É característica desse período a presença de um movimento operário ainda sem profunda e constante capacidade de organização e pressão, quer pela incipiência de seu surgimento e dimensão no quadro econômico-social da época, quer pela forte influência anarquista hegemônica no segmento mais mobilizado de suas lideranças próprias. Nesse contexto, as manifestações autonomistas e de negociação privada vivenciadas no novo plano industrial não têm ainda a suficiente consistência para firmarem um conjunto diversificado e duradouro de práticas e resultados normativos, oscilando em ciclos esparsos de avanços e refluxos⁽²⁾.

Paralelamente a essa incipiência na atuação coletiva dos trabalhadores, também inexistiu uma dinâmica legislativa intensa e contínua por parte do Estado em face da chamada *questão social*. É que prepondera no Estado brasileiro uma concepção liberal não intervencionista clássica, inibidora da atuação normativa heterônoma no mercado de trabalho. A esse liberalismo associa-se um férreo pacto de descentralização política regional — típico da República Velha —, que mais ainda iria restringir a possibilidade de surgimento de uma legislação heterônoma federal trabalhista significativa⁽³⁾.

Nesse quadro, o período se destaca pelo surgimento ainda assistemático e disperso de alguns diplomas ou normas justralhistas, associados a outros diplomas que tocam tangencialmente na chamada *questão social*. Ilustrativamente, pode-se citar a seguinte legislação: Decreto n. 439, de 31.5.1890, estabelecendo as “bases para organização da assistência à infância desvalida”; Decreto n. 843, de 11.10.1890, concedendo vantagens ao “Banco dos Operários”; Decreto n. 1.313, de 17.1.91, regulamentando o trabalho do menor⁽⁴⁾. Nesse primeiro conjunto destaca-se, ainda, o Decreto n. 1.162, de 12.12.1890, que derogou a tipificação da greve como ilícito penal, mantendo como crime apenas os atos de violência praticados no desenrolar do movimento⁽⁵⁾. Luiz Werneck Vianna aponta ainda como determinações legais desse período a concessão de férias de 15 dias aos ferroviários da Estrada de Ferro Central do Brasil, acrescida, em seguida, de aposentadoria (Decreto n. 221, de 26.2.1890), que logo se estenderá a todos os ferroviários (Decreto n. 565, de 12.7.1890)⁽⁶⁾.

(2) Os autores apontam, por exemplo, a greve pelas oito horas de trabalho, abrangendo São Paulo, Santos, Ribeirão Preto e Campinas, em 1907, e a conjuntura de intensos movimentos trabalhistas passada de 1917 a 1920 como alguns dos pontos mais significativos da atuação coletiva obreira nessa fase inicial do Direito do Trabalho. A respeito, ver FAUSTO, Bóris, ob. cit., p. 146-150 e 157-217.

(3) Apenas com a reforma constitucional de 1926 é que passaria à União a competência privativa para legislar sobre Direito do Trabalho (Emenda 22, conferindo nova redação ao art. 34, n. 29, da Constituição de 1891).

(4) A respeito desses três diplomas federais, ver VIANNA, Luiz Werneck. *Liberalismo e Sindicalismo no Brasil*, Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989, p. 45. O autor aponta que o decreto concernente aos menores, embora publicado no Diário Oficial, jamais entrou em vigor.

(5) VIANNA, Luiz Werneck, ob. cit., p. 46.

(6) Conforme VIANNA, Luiz Werneck, ob. cit., p. 46.

Já transposto o século XIX, surge o Decreto Legislativo n. 1.150, de 5.1.1904, concedendo facilidades para o pagamento de dívidas de trabalhadores rurais, benefício posteriormente estendido aos trabalhadores urbanos (Decreto Legislativo n. 1.607, de 29.12.1906). O Decreto Legislativo n. 1.637, de 5.1.1907, por sua vez, facultava a criação de sindicatos profissionais e sociedades cooperativas⁽⁷⁾. Em 1919, surge a legislação acidentária do trabalho (Lei n. 3.724, de 15.1.1919), acolhendo o princípio do risco profissional, embora com inúmeras limitações⁽⁸⁾. Em 1923, surge a Lei Elói Chaves (n. 4.682, de 24.1.1923), instituindo as Caixas de Aposentadorias e Pensões para os ferroviários. Tais benefícios foram estendidos, posteriormente, às empresas portuárias e marítimas pela Lei n. 5.109, de 20.12.1926⁽⁹⁾. Ainda em 1923, institui-se o Conselho Nacional do Trabalho (Decreto n. 16.027, de 30.4.1923). Em 1925, concedem-se férias (15 dias anuais) aos empregados de estabelecimentos comerciais, industriais e bancários (Lei n. 4.982, de 24.12.1925). Em 12.10.1927, é promulgado o Código de Menores (Decreto n. 17.934-A), estabelecendo a idade mínima de 12 anos para o trabalho, a proibição do trabalho noturno e em minas aos menores, além de outros preceitos. Em 1928, o trabalho dos artistas é objeto de regulamentação (Decreto n. 5.492, de 16.7.1928). Finalmente, em 1929, altera-se a lei de falências, conferindo-se estatuto de privilegiados aos créditos de “prepostos, empregados e operários” (Decreto n. 5.746, de 9.12.1929)⁽¹⁰⁾.

Há ainda uma significativa legislação estadual de São Paulo sobre a área justrabalhista. Em 27.12.1911, promulga-se a Lei n. 1.299-A, instituidora do “patronato agrícola, com a incumbência específica de resolver, por meios suasórios, quaisquer dúvidas surgidas entre os operários agrícolas e seus patronos”⁽¹¹⁾. Em 14.11.1911, pelo Decreto n. 2.141, tratando do Regulamento do Serviço Sanitário do Estado, lançaram-se “dispositivos sobre condições de higiene nas fábricas, proibindo-se também a atividade dos menores de 10 anos e o serviço noturno dos menores de 18; no mesmo ano, criou-se o Departamento Estadual do Trabalho (Decreto n. 2.071, de 5.7.1911), encarregado do estudo, informação e publicação das condições de trabalho no Estado”⁽¹²⁾. Em 10.10.1922, finalmente, a Lei n. 1.869 criou os tribunais rurais naquele Estado⁽¹³⁾.

(7) FAUSTO, Bóris. *Trabalho Urbano e Conflito Social (1890-1920)*. São Paulo: Difel, 1976, p. 223-224.

(8) FAUSTO, Bóris, ob. cit., p. 233.

(9) MORAES FILHO, Evaristo de. *Tratado Elementar de Direito do Trabalho*. Vol. I. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960, p. 313.

(10) A respeito, ver MAGANO, Octavio Bueno. *Manual de Direito do Trabalho (Parte Geral)*, 4. ed. São Paulo: LTr, 1991, p. 40-42. Também MORAES FILHO, Evaristo de, ob. cit., p. 314.

(11) MAGANO, O. B., ob. cit., p. 36-39.

(12) FAUSTO, Bóris, ob. cit., p. 224.

(13) MAGANO, O. B., ob. cit., p. 41.

2. Institucionalização do Direito do Trabalho

O segundo período a se destacar nessa evolução histórica será a *fase da institucionalização* (ou *oficialização*) do *Direito do Trabalho*. Essa fase tem seu marco inicial em 1930, firmando a estrutura jurídica e institucional de um novo modelo trabalhista até o final da ditadura getulista (1945). Terá, porém, o condão de manter seus plenos efeitos ainda sobre quase seis décadas seguintes, até pelo menos a Constituição de 1988.

A fase de *institucionalização do Direito do Trabalho* consubstancia, em seus primeiros treze a quinze anos (ou pelo menos até 1943, com a Consolidação das Leis do Trabalho), intensa atividade administrativa e legislativa do Estado, em consonância com o novo padrão de gestão sociopolítica que se instaura no País com a derrocada, em 1930, da hegemonia exclusivista do segmento agroexportador de café.

O Estado largamente intervencionista que ora se forma estende sua atuação também à área da chamada *questão social*. Nesta área implementa um vasto e profundo conjunto de ações diversificadas mas nitidamente combinadas: de um lado, através de rigorosa repressão sobre quaisquer manifestações autonomistas do movimento operário; de outro lado, por meio de minuciosa legislação instaurando um novo e abrangente modelo de organização do sistema justralhista, estreitamente controlado pelo Estado.

Essa evolução sofreu pequeno — e pouco consistente — interregno de menos de dois anos, entre 1934 e 1935, com a Texto Constitucional de 1934, onde voltou a florescer maior liberdade e autonomia sindicais (a própria pluralidade sindical foi acolhida por esta Constituição)⁽¹⁴⁾. Entretanto, logo imediatamente o governo federal retomou seu controle pleno sobre as ações trabalhistas, através do estado de sítio de 1935, dirigido preferencialmente às lideranças políticas e operárias adversárias da gestão oficial. Mais que isso, com o estado de sítio de 35, continuado pela ditadura manifesta de 1937, pôde o governo federal eliminar qualquer foco de resistência à sua estratégia político-jurídica, firmando solidamente a larga estrutura do modelo justralhista, cujas bases iniciara logo após o movimento de outubro de 1930.

O modelo justralhista mencionado forma-se a partir de políticas integradas, administrativamente dirigidas em pelo menos seis direções. Todas essas políticas mostraram-se coerentemente lançadas e estruturadas nos quinze anos do governo instalado em 1930.

(14) Ressalte-se, porém, que mesmo a Constituição de 1934 já se encontrava fortemente influenciada pelo corporativismo profissional e sindical, que seria a marca do novo modelo justralhista. No caso, o “governo provisório” cuidou de lançar, por exemplo, na representação componente do Parlamento, como meio de contrabalançar a representação política dos dois grandes Estados, Minas e São Paulo, a “representação profissional”, estreitamente harmônica à direção do executivo federal.

A primeira área contemplada pela ação governamental seria a própria administração federal, de modo a viabilizar a coordenação das ações institucionais a serem desenvolvidas nos anos seguintes. Criou-se, assim, o Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, pelo Decreto n. 19.443, de 26.11.1930. Meses após, em 4.2.1931, instituiu-se o Departamento Nacional do Trabalho (Decreto n. 19.671-A)⁽¹⁵⁾.

A área sindical seria também imediatamente objeto de normatização federal, por meio do Decreto n. 19.770, de 19.3.1931, que cria uma estrutura sindical oficial, baseada no sindicato único (embora ainda não obrigatório), submetido ao reconhecimento pelo Estado e compreendido como órgão colaborador deste⁽¹⁶⁾. Passado o interregno da Constituição de 1934, aprofundou-se o modelo sindical oficial corporativista, mediante a Carta de 1937 e do Decreto n. 1.402, de 5.7.1939. A essa altura já se tornara juridicamente explícito o que fora prática institucional desde 1935: a inviabilidade de coexistência de qualquer outro sindicato com o sindicalismo oficial.

Como terceira área de desenvolvimento da política trabalhista oficial, criou-se um sistema de solução judicial de conflitos trabalhistas. Esse sistema seria instaurado, inicialmente, por intermédio da criação das Comissões Mistas de Conciliação e Julgamento (Decreto n. 21.396, de 21.3.1932), *em que só poderiam demandar os empregados integrantes do sindicalismo oficial* (Decreto n. 22.132, de 25.11.1932). A Constituição de 1937 (não aplicada, é verdade), referindo-se a uma “Justiça do Trabalho”, induziria, alguns anos após, ao aperfeiçoamento do sistema, à medida que elevava seu patamar institucional. A Justiça do Trabalho seria, por fim, efetivamente regulamentada pelo Decreto-lei n. 1.237, de 1.5.1939, sendo instalada e passando a funcionar em 1.5.1941⁽¹⁷⁾.

O sistema previdenciário, também de formação corporativa, vinculado às respectivas áreas profissionais e aos correspondentes sindicatos oficiais, começou a ser estruturado logo após 1930, do mesmo modo que as demais instituições do modelo justralhista. Nesse caso, a estruturação procedeu-se a partir da ampliação e reformulação das antigas Caixas de Aposentadoria e Pensões, vindas da época precedente e ainda organizadas essencialmente por empresas (a Lei Elói Chaves é de 1923, relembre-se). Já em 1931, pelo Decreto n. 20.465, de 1.10.31, o novo governo promoveu

(15) MORAES FILHO, Evaristo de, ob. cit., p. 316.

(16) VIANNA, Luiz Werneck, ob. cit., p. 146-147.

(17) Apenas a Constituição de 1946 é que iria integrar, contudo, a Justiça do Trabalho no Poder Judiciário. Sobre a instalação, estrutura e crescimento da Justiça do Trabalho, desde 1941 até os dias atuais, consultar DELGADO, M. G.; DELGADO, G. N. Estruturação e desenvolvimento da justiça do trabalho no Brasil. In: DELGADO, M. G.; DELGADO, G. N. *Constituição da República e direitos fundamentais — dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2017.

a primeira reforma ampliativa do anterior sistema previdenciário, firmando, contudo, a *categoria profissional* como parâmetro⁽¹⁸⁾. O núcleo essencial do novo sistema reformulado e ampliado seriam os diversos Institutos de Aposentadorias e Pensões, abrangendo categorias específicas e tendo âmbito nacional. Com essa nova denominação, o primeiro desses órgãos a ser instaurado foi o Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Marítimos (IAPM), mediante o Decreto n. 22.872, de 29.6.1933. Inúmeros outros órgãos semelhantes se seguiram nos anos subsequentes.

A legislação profissional e protetiva, como mais uma área de atuação da política trabalhista do novo governo, desponta por toda essa época. Citem-se, ilustrativamente, alguns dos inúmeros diplomas justralhistas: Decreto n. 21.471, de 17.5.1932, regulamentando o trabalho feminino; Decreto n. 21.186, de 22.3.1932, fixando a jornada de oito horas para os comerciários, preceito que seria, em seguida, estendido aos industriários (Decreto n. 21.364, de 4.5.1932); Decreto n. 21.175, de 21.3.1932, criando as carteiras profissionais; Decreto n. 23.103, de 19.8.1933, estabelecendo férias para os bancários, e diversos outros diplomas que se sucederam ao longo da década de 30 até 1943.

A última das direções seguidas pela política oficial tendente a implantar o modelo trabalhista corporativista e autocrático da época traduzia-se nas distintas ações voltadas a sufocar manifestações políticas ou operárias autonomistas ou simplesmente adversas à estratégia oficial concebida. O primeiro marco dessas ações combinadas residiria na Lei de Nacionalização do Trabalho, reduzindo a participação de imigrantes no segmento obreiro do País (Decreto n. 19.482, de 12.12.1930, estabelecendo um mínimo de 2/3 de trabalhadores nacionais no conjunto de assalariados de cada empresa). A essa medida estrutural se seguiram os diversos incentivos ao sindicalismo oficial (monopólio de ação junto às Comissões Mistas de Conciliação; exclusivismo de participação nos Institutos de Aposentadorias e Pensões, etc.), incentivos que seriam transformados, logo após, em expresso monopólio jurídico de organização, atuação e representação sindical. Finalmente, por quase todo o período getulista, uma contínua e perseverante repressão estatal sobre as lideranças e organizações autonomistas ou adversas obreiras.

O modelo justralhista então estruturado reuniu-se, anos após, em um único diploma normativo, a Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-lei n. 5.452, de 1.5.1943). Embora o nome reverenciasse a obra legislativa anterior (*consolidação*), a CLT, na verdade, também alterou

(18) A respeito de tais fases e reformulações previdenciárias, ver ALLY, Raimundo Cerqueira. *Normas Previdenciárias no Direito do Trabalho*. São Paulo: IOB — Informações Objetivas, 1989, p. 25-26. Consultar, ainda, a obra de DELGADO, Ignacio Godinho. *Previdência Social e Mercado no Brasil — A Presença Empresarial na Trajetória da Política Social Brasileira*. São Paulo: LTr, 2001.

e ampliou a legislação trabalhista existente, assumindo, desse modo, a natureza própria a um *código do trabalho*.

Análise Comparativa — A reflexão comparativa entre as duas primeiras fases do Direito do Trabalho no País evidencia que se passou, de um salto, da fase de manifestações incipientes e esparsas para a fase da institucionalização do ramo jurídico trabalhista, sem a essencial maturação político-jurídica propiciada pela fase da sistematização e consolidação (à diferença dos exemplos europeus mais significativos).

Construindo-se essa institucionalização/oficialização ao longo de um demorado período político centralizador e autoritário (de 1930 a 1945), o ramo justralhista veio a se institucionalizar, conseqüentemente, sob uma matriz corporativa e intensamente autoritária. A evolução política brasileira não permitiu, desse modo, que o Direito do Trabalho passasse por uma *fase de sistematização e consolidação*, em que se digladiassem (e se maturassem) propostas de gerenciamento e solução de conflitos no próprio âmbito da sociedade civil, democratizando a matriz essencial do novo ramo jurídico. Afirmando-se uma intensa e longa ação autoritária oficial (pós-1930) sobre um segmento sociojurídico ainda sem uma estrutura e experiência largamente consolidadas (como o sistema anterior a 1930), disso resultou um modelo fechado, centralizado e compacto, caracterizado ainda por incomparável capacidade de resistência e duração ao longo do tempo.

Efetivamente, o modelo justralhista construído nesse período manteve-se quase intocado nas décadas posteriores a 1930. A fase de institucionalização autoritária e corporativista do Direito do Trabalho estende-se, assim, de 1930 até pelo menos a Constituição de 1988. Sobre essa continuidade comenta o cientista político *Leôncio Martins Rodrigues*: “Um dos fatos que chama a atenção na história do sindicalismo brasileiro é a extraordinária persistência do tipo de sindicato esboçado após a vitória de Vargas e completado durante o Estado Novo. Atribuiu-se sua criação à influência das doutrinas fascistas então em moda, principalmente à Carta do Trabalho italiana. No entanto, depois de 1945, com a chamada redemocratização do país, o modelo de organização sindical que parecia ter sido uma imposição artificial da ditadura varguista (sob influência fascista) não sofreu alterações que afetassem sua essência”⁽¹⁹⁾.

Na realidade, o *conjunto* do modelo justralhista oriundo do período entre 1930 e 1945 é que se manteve quase intocado. À exceção do sistema previdenciário que, na década de 60, foi afastado da estrutura corporativa sindical e dissociado desse tradicional modelo justralhista, não se assiste, quer na fase democrática de 1945-1964⁽²⁰⁾, quer na fase do regime militar

(19) RODRIGUES, Leôncio Martins. *Trabalhadores, Sindicatos e Industrialização*. São Paulo: Brasiliense, 1974, p. 94. A observação em parênteses está no original.

(20) No período da República Democrático-Desenvolvimentista (1945-1964), esse modelo trabalhista viu-se acrescentar de uma instituição de nítido caráter político-eleitoral: o Partido

implantado em 1964, à implementação de modificações substantivas no modelo justralhista corporativo imperante no País.⁽²¹⁾

3. Transição Democrática do Direito do Trabalho Brasileiro: a Constituição de 1988

A persistência do modelo justralhista tradicional brasileiro sofreu seu mais substancial questionamento ao longo das discussões da Constituinte de 1987/88 e na resultante Constituição de 1988.

A existência e a força desse questionamento, com as modificações incrementadas pelo novo Texto Máximo da República, é que permite concluir-se estar-se diante de nova fase do Direito do Trabalho no País: a da superação democrática das linhas centrais do antigo modelo corporativo de décadas atrás.

A compreensão dessa nova fase de transição democrática do Direito do Trabalho exige, porém, que se perceba que o texto *original* da Constituição preservou algumas *contradições antidemocráticas*, ou seja, alguns institutos inadequados para a própria afirmação e desenvolvimento da Democracia no âmbito da sociedade civil e do mercado de trabalho brasileiros.

Trata-se, em suma, do preceito que mantém a unicidade e o sistema de enquadramento sindical (art. 8º, II, CF/88); do preceito que reconhece a validade da contribuição sindical obrigatória, de origem legal (art. 8º, IV, *in fine*, CF/88); dos preceitos originais de 1988 que mantinham — e até reforçavam — a representação corporativa classista na Justiça do Trabalho (antiga redação dos artigos 111, 112, 113, 115 e 116, CF/88); do preceito constitucional original de 1988 que mantinha amplo poder normativo judicial como concorrente estatal para a negociação coletiva trabalhista (antigo texto do art. 114, § 2º, CF/88).

Contudo, houve avanços constitucionais no período seguinte à promulgação da Constituição da República que tiveram o condão de aperfeiçoar e

Trabalhista Brasileiro. A respeito, ver DELGADO, Lucilia de Almeida Neves. *PTB: do Getulismo ao Reformismo (1945-1964)*. São Paulo: Marco Zero, 1989.

(21) Cabe ressaltar, de todo modo, que no início da década de 1960 o modelo tradicional implantado em 1930/40 recebeu um aperfeiçoamento de caráter democrático e inclusivo, que se evidenciou pela extensão da legislação econômico-profissional trabalhista para o campo brasileiro, onde ainda residia, na época, grande parte da população do País. Essa extensão ocorreu por força da Lei n. 4.214/63, que entrou em vigor em 2.6.1963 (“Estatuto do Trabalhador Rural”). Na verdade, mostrou-se, na época, tão impactante esse aperfeiçoamento democrático e inclusivo no contexto das políticas sociais brasileiras que é comum se considerar a sua ocorrência como um dos fatores que conduziu à derrubada do Governo João Goulart poucos meses depois, em março/abril de 1964.

aprofundar, sim, a renovação democrática iniciada em 5 de outubro de 1988. Afinal, a representação corporativa classista no Poder Judiciário Trabalhista foi totalmente eliminada por meio da Emenda Constitucional n. 24, de 1999, que conferiu nova redação aos arts. 111, 112, 113, 115 e 116 do Texto Magno. E o poder normativo da Justiça do Trabalho foi substancialmente reduzido, por intermédio da EC n. 45, de 2004, que fixou novo (e de difícil consecução) pressuposto processual para a instauração de dissídios coletivos de natureza econômica: o prévio *comum acordo* entre as partes coletivas (nova redação do art. 114, § 2º, CF/88).

Cabe se registrar ainda que a transição democrática do Direito do Trabalho iniciada em outubro de 1988 conviveu também, logo em seguida à Constituição, com crise cultural de graves proporções no País, importada do vendaval ultraliberalista que fora hegemônico, no Ocidente, a partir dos anos de 1979/1980. Essa crise cultural importada, inspirando-se em tendências político-ideológicas influentes no mundo capitalista desenvolvido desde finais dos anos de 1970 e ao longo dos anos 80, apontava para a desarticulação de todo o ramo jurídico trabalhista, para sua desregulamentação e/ou flexibilização normativas, no sentido oposto à transição democrática delineada pela Constituição da República.

Essa tendência à desregulamentação e à flexibilização trabalhistas foram retomadas a partir de 2016/2017, com a então derrubada do governo democraticamente eleito no final de 2014 e a adoção de políticas públicas de forte conteúdo antissocial, entre as quais se destacaria a reforma trabalhista implementada pela Lei n. 13.467/2017.⁽²²⁾

A) Arquitetura Democrática Constitucional — Os pontos de avanço democrático são claros na Constituição de 1988. De um lado, assegurou-se, pela primeira vez em 60 anos, liberdade associativa e sindical, com autonomia de organização e gestão para as entidades sindicais no País, especialmente *sem interferência administrativa do Estado* (art. 8º, I e II, CF/88).

De outro lado, fixaram-se reconhecimento e incentivos importantes para a negociação coletiva trabalhista na sociedade civil, com a interveniência das entidades sindicais de trabalhadores (art. 7º, VI, XIII, XIV e XXVI; art. 8º, III e VI, todos da CF/88).

Incrementou-se, ademais, a expansão da Justiça do Trabalho para todo o interior brasileiro, seja em primeira instância, seja no plano dos tribunais

(22) Sobre essas tendências político-ideológicas desregulamentadoras e flexibilizadoras das normas imperativas incidentes sobre o mercado econômico capitalista em geral, inclusive o mercado de trabalho, consultar o item V.4 do Capítulo III deste Curso, sob o título “Crise e Transição do Direito do Trabalho”. Consultar também, neste Curso, no Capítulo I, o tópico intitulado: “IX. Temas Recorrentes: Flexibilização e Desregulamentação Trabalhistas”.

regionais (o art. 112, CF, em seu texto original de 1988, dispunha: “Haverá pelo menos um Tribunal Regional do Trabalho em cada Estado e no Distrito Federal...”).

Nessa mesma linha de expansão institucional, o Texto Magno de 1988 conferiu novo perfil e novas estruturas, garantias e atribuições ao Ministério Público do Trabalho, tornando-o poderoso *órgão agente, judicial e extrajudicial*, além da clássica função de órgão interveniente nos processos (art. 127, *caput*, e art. 129, II, III e IX, CF/88).

Todas essas notáveis alterações no sistema judicial (considerados os órgãos da Justiça do Trabalho e o próprio MPT) permitiriam, tempos depois, a busca de verdadeira efetividade para o Direito do Trabalho em todo o território nacional.

Incentivou a Constituição, ainda, o manejo das ações coletivas na seara trabalhista, seja por meio da substituição processual sindical (art. 8º, III, CF/88), seja por meio da atuação do Ministério Público do Trabalho (art. 127, *caput*, e art. 129, II, III e IX, CF/88).

Em harmonia a tudo isso, o Texto Magno conferiu novo *status* ao Direito do Trabalho — inclusive o Direito Individual do Trabalho —, mediante princípios, regras e institutos jurídicos que acentuaram a força e a projeção desse campo normativo na sociedade e na economia brasileiras.

É bem verdade que, na redação original de 5.10.1988, foram mantidos alguns institutos corporativistas, inerentes ao sistema trabalhista tradicional — e que se caracterizavam por seu desajuste e difícil adaptação à nova dinâmica democrática instituída. Por exemplo, o critério de enquadramento sindical (art. 8º, I e II, CF), o financiamento compulsório dos sindicatos (art. 8º, IV, *in fine*, CF), o amplo poder normativo judicial (art. 114, § 2º, CF) e a representação corporativa sindical no seio da Justiça do Trabalho (arts. 111 a 116, CF).

Entretanto, emendas constitucionais subseqüentes a 1988 atenuaram (ou, até mesmo, excluíram) o impacto negativo dessas contradições anti-democráticas. Assim, a representação classista corporativista foi completamente extinta pela EC n. 24, de 1999, ao passo que o poder normativo judicial foi severamente restringido, por intermédio da EC n. 45, de 2004.⁽²³⁾

Desse modo, entre todas as contradições percebidas na redação original da CF/1988, restaram, em consequência, apenas aquelas relativas à *estrutura*

(23) A EC n. 45/2004, conferindo nova redação ao art. 114, § 2º, da CF/88, criou o pressuposto processual do *comum acordo* para a propositura da ação de dissídio coletivo — exigência de difícil cumprimento pelas partes. Dessa maneira, indiretamente diminuiu a frequência e a importância desse concorrente judicial da negociação coletiva trabalhista na sociedade e na economia brasileiras.

sindical brasileira. Quer isso dizer que, por meio das Emendas Constitucionais n. 24/99 e 45/04, a transição democrática do sistema trabalhista brasileiro, inaugurada em 5 de outubro de 1988, avançou substancialmente.

Agregue-se, por fim, mudanças infraconstitucionais igualmente expressivas, seguramente estimuladas pelo espírito democrático e inclusivo da Constituição da República. Citem-se, ilustrativamente, no plano do Direito Coletivo do Trabalho, a ratificação da Convenção n. 135 da OIT (aprovada pelo Decreto Legislativo n. 86, de 14.12.1989), identificada como “Convenção Relativa aos Representantes dos Trabalhadores”, ao lado da Convenção n. 151 da OIT (aprovada pelo Decreto Legislativo n. 206, de 7.4.2010), denominada “Convenção sobre as Relações de Trabalho na Administração Pública”. Cite-se também a promulgação da Lei das Centrais Sindicais (n. 11.648/2008), que institucionalizou notável instrumento de democratização na ordem jurídica do País.

B) Crise Cultural: desregulamentação e flexibilização — A transição democrática no Brasil realizou-se, porém, em meio a profunda crise cultural, caracterizada pela incorporação no País, na década de 1990, de linhas de pensamento que propugnavam pela diminuição da intervenção estatal, inclusive normativa, na economia e na sociedade. Essa vertente ideológica defendia a desregulamentação acentuada das relações econômicas e sociais, inclusive na seara do Direito do Trabalho, que deveria, em consequência, criar instrumentos para a mais franca desconstrução ou *flexibilização* de suas regras jurídicas.

De fato, logo após o surgimento da Constituição de 1988, fortaleceu-se no País, no âmbito oficial e nos meios privados de formação de opinião pública, um pensamento estratégico direcionado à total desarticulação das normas estatais trabalhistas, com a direta e indireta redução dos direitos e garantias laborais. Ou seja, mal se iniciara a transição democrática do Direito do Trabalho (já guardando, em si mesma, algumas contradições), a ela se acoplava uma proposta de desarticulação radical desse ramo jurídico especializado. Nesse quadro, a maturação do processo democratizante comprometia-se em face do assédio da proposta extremada de pura e simples desarticulação de todo o ramo jurídico protetivo.

A crise e a transição do Direito do Trabalho, que despontaram na Europa Ocidental a partir de meados ou fins da década de 1970, fizeram-se sentir tardiamente no Brasil, ao longo da década de 1990 — em pleno processo de transição democrática desse ramo jurídico instigado pela Constituição de 1988. Essa coincidência temporal de processos — o de democratização, de um lado, e, de outro, o de desarticulação radical do ramo trabalhista — tornou dramática a fase brasileira de crise e transição do Direito do Trabalho.

A partir de 2016/2017, retomou-se no País essa agenda político-ideológica dos anos 1990, no sentido da desregulamentação e flexibilização

trabalhistas, estruturada sobre as mesmas bases argumentativas e propagandísticas neoliberais alardeadas tempos atrás. No choque provocado pela derubada do governo precedente, arquitetaram-se políticas públicas diversas, firmemente caracterizadas por direcionamento anti-humanístico e antissocial. Nesse quadro, aprovou-se, em 13.7.2017, a Lei da Reforma Trabalhista n. 13.467, que passou a vigorar em 11 de novembro do mesmo ano, sofrendo pequenos ajustes por meio da Medida Provisória n. 808, de 14.11.2017 (a MPr. n. 808, contudo, somente produziu efeitos no curtíssimo período entre 14.11.2017 e 23.4.2018).⁽²⁴⁾

C) Arquitetura Democrática Constitucional: outros traços — Efetivamente, há inegável equívoco em se pensar viável a implantação, no País, de um modelo à semelhança do anglo-saxão e/ou norte-americano de *normatização autônoma e privatística* (como subjacente à estratégia de desarticulação radical das normas trabalhistas).⁽²⁵⁾ Entretanto, o reconhecimento de tal equívoco não pode, obviamente, conduzir, ao reverso, à simplista defesa do velho modelo autoritário-centralizador oriundo da década de 1930.

O modelo compatível com a Democracia e com as características econômicas, sociais e culturais brasileiras é algo próximo ao padrão da *normatização privatística mas subordinada*, típico dos países europeus continentais mais desenvolvidos (países nórdicos, França e Alemanha do pós-Guerra, por exemplo). Conforme já exposto no capítulo anterior desta

(24) Sobre essa recente fase de desregulamentação e flexibilização trabalhistas, consultar, neste Curso, o item V.4 do Capítulo III, sob o título “Crise e Transição do Direito do Trabalho”, além de, no Capítulo I, o tópico intitulado: “IX. Temas Recorrentes: Flexibilização e Desregulamentação Trabalhista”. Ler também, deste autor, o livro *Capitalismo, Trabalho e Emprego* — entre o paradigma da destruição e os caminhos de reconstrução. 3. ed. São Paulo: LTr, 2017, especialmente o Capítulo IV, item VI (“A Retomada da Regressão Ultraliberalista no Direito do Trabalho Brasileiro”). Consultar também: DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *A Reforma Trabalhista no Brasil* — com os comentários à Lei n. 13.467/2017. 1. ed. São Paulo: LTr, 2017 (2. ed.: abril de 2018).

(25) Equívoco examinado no subitem 3 (“Democracia e Normatização Estatal: Reflexões Complementares”) do item III do Capítulo precedente desta obra, para onde reportamos o leitor. A propósito, a precarização trabalhista implementada na década de 1990 em decorrência do prestígio oficial da estratégia desarticuladora radical do ramo justtrabalhista produziu efeitos dramáticos no cenário social brasileiro: o País, que há décadas disputava, no mundo, a constrangedora liderança em concentração de renda, teve piorados seus índices de desigualdade social naqueles dez anos, conforme dados oficiais da Fundação IBGE. De fato, “a renda aumentou no Brasil, na década de 90, mas, junto com ela, cresceu a distância salarial entre os 10% mais ricos e os 40% mais pobres. Em 1992, a diferença entre o pico e a base da pirâmide nacional de rendimentos era de cerca de treze salários mínimos. Em 1999, chegou a aproximadamente dezessete. Os números são do estudo Síntese de Indicadores Sociais 2000, divulgado ontem pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística”. (*Gazeta Mercantil*, São Paulo, 05.04.2001, p. A-10 — “Renda Cresce e Desigualdade Persiste”). A mesma pesquisa demonstrava ainda que o número de empregados formais (com CTPS anotada) praticamente não cresceu nos anos 1990, variando de 19,2 milhões para apenas 19,6 milhões de obreiros. O Brasil ocupava, na época, o 74º lugar, no mundo, no tocante ao índice de desenvolvimento humano da ONU, Pnud (*Monitor Mercantil*, Rio de Janeiro, 05.04.2001, p. 08).

obra (em seu item VI.1.B), “o intervencionismo estatal que caracteriza o padrão de normatização privatística mas subordinada não é substitutivo ou impeditivo da criatividade e dinamismo privados, mas condicionador dessa criatividade. Nesse quadro, o intervencionismo, embora inquestionável, admite claramente a franca e real participação da sociedade civil na elaboração do Direito do Trabalho. Em função dessa combinação de esferas de atuação, o modelo tende a gerar uma legislação que reflète, com grande aproximação, as necessidades efetivas dessa sociedade. (...) É óbvio que, politicamente, este modelo estabelece, no estuário normativo trabalhista, um patamar heterônomo que a criatividade privada não pode desconhecer. Mas não se suprimem ou sufocam os instrumentos para essa ação privada coletiva, que mantém seu papel relevante no universo jurídico desse padrão de normatividade juslaboral”.

Isso significa, no Brasil, o *reconhecimento dos poderes da negociação coletiva* (conforme já feito pela Constituição). Por coerência, inclusive poderes de atuação do sindicato efetivamente representativo (ilustrativamente, o sindicato da categoria principal de trabalhadores da empresa tomadora, representando todos os terceirizados que ali trabalham). É óbvio que tais poderes só se realizam se, de fato, houver uma reforma sindical extirpadora do corporativismo remanescente no modelo sindical oriundo de 1930, combinada a uma Carta de Direitos Sindicais que realmente assegure consistência e força à atuação do sindicalismo. Tudo isso combinado a uma prática jurisprudencial que saiba ler a Constituição em seu essencial espírito democrático e coletivo.

Significa também o reconhecimento dos claros e insuplantáveis limites postos à própria negociação coletiva trabalhista. À luz do proposto pelo *princípio da adequação setorial negociada* (estudado no Capítulo XXXIV, item V, do presente Curso), a negociação *não prevalece se se concretizar através de ato estrito de renúncia (e não transação)*. É que ao processo negocial coletivo falecem poderes de *renúncia* sobre direitos de terceiros (isto é, despojamento unilateral sem contrapartida do agente adverso). Cabe-lhe, essencialmente, promover *transação* (ou seja, despojamento bilateral ou multilateral, com reciprocidade entre os agentes envolvidos), hábil a gerar normas jurídicas.

Também *não prevalece a negociação se concernente a direitos revestidos de indisponibilidade absoluta (e não indisponibilidade relativa)*. Tais parcelas são aquelas imantadas por uma tutela de interesse público, por constituírem um *patamar civilizatório mínimo* que a sociedade democrática não concebe ver reduzido em qualquer segmento econômico-profissional, sob pena de se afrontarem a própria dignidade da pessoa humana e a valorização mínima deferível ao trabalho (arts. 1º, III, e 170, *caput*, CF/88). Expressam, ilustrativamente essas parcelas de indisponibilidade absoluta a anotação de CTPS, o pagamento do salário mínimo, as normas de saúde e segurança do trabalho.

No caso brasileiro, esse patamar civilizatório mínimo está dado, essencialmente, por três grupos convergentes de normas trabalhistas heterôno-

mas: *as normas constitucionais em geral* (respeitadas, é claro, as ressalvas *parciais* expressamente feitas pela própria Constituição: art. 7º, VI, XIII e XIV, por exemplo); *as normas de tratados e convenções internacionais vigentes no plano interno brasileiro* (referidas pelo art. 5º, § 2º, CF/88, já expressando um patamar civilizatório no próprio mundo ocidental em que se integra o Brasil); *as normas legais infraconstitucionais que asseguram patamares de cidadania ao indivíduo que labora* (preceitos relativos à saúde e segurança no trabalho, normas concernentes a bases salariais mínimas, normas de identificação profissional, dispositivos antidiscriminatórios, etc.).

Passadas mais de duas décadas do surgimento da Constituição, percebe-se que a jurisprudência trabalhista tem buscado aferir essa inter-relação normativa de modo bastante transparente, equilibrado e objetivo. Nessa linha, de maneira geral, tem considerado que, *estando a parcela assegurada por norma imperativa estatal* (Constituição, Leis Federais, Tratados e Convenções Internacionais ratificados), *ela prevalece soberanamente, sem possibilidade jurídica de supressão ou restrição pela negociação coletiva* — salvo se a própria regra heterônoma estatal abrir espaço à interveniência da norma coletiva negociada. Não se tratando a parcela, contudo, de direito resultante do estuário imperativo heterônomo estatal, porém da criatividade jurídica privada coletiva, o respectivo instrumento coletivo negociado (Convenção Coletiva ou Acordo Coletivo de Trabalho) poderá, de maneira geral, fixar-lhe os contornos, características e efeitos.⁽²⁶⁾

III. O MODELO JUSTRABALHISTA BRASILEIRO TRADICIONAL⁽²⁷⁾

1. Parâmetro Estatal-subordinado de Gestão Trabalhista

O modelo estatal-subordinado de gestão trabalhista, tal como insculpido nas experiências fascistas europeias da primeira metade do século XX (mormente Alemanha e Itália), foi expurgado pelos processos democratizantes de

(26) Para examinar decisões recentes do STF (2016) sobre a amplitude da negociação coletiva trabalhista, além das mudanças trazidas pela Lei da Reforma Trabalhista (n. 13.467/2017), em conjugação com a tese ultraliberalista do “negociado sobre o legislado”, consultar, neste livro, no Capítulo XXXIV, item V, o texto do subitem 2, intitulado “Princípio da Adequação Setorial Negociado”. Também neste livro, no Capítulo XXXVI, ler o item VII (“Negociação Coletiva — Possibilidades e Limites”). Para estudo mais aprofundado sobre a reforma trabalhista, consultar o livro dual de M. G. DELGADO e G. N. DELGADO, *A Reforma Trabalhista no Brasil* — com os comentários à Lei n. 13.467/2017. 1. ed. São Paulo: LTr, 2017 (a segunda edição da obra é de abril de 2018).

(27) A presente análise do modelo justtrabalhista brasileiro tradicional e a fase de transição inaugurada pela Constituição de 1988, com seus avanços e contradições, tudo reporta-se ao Capítulo II (“O Modelo Trabalhista Brasileiro: Pontos e Contrapontos à Consolidação Democrática”) do livro deste autor *Democracia e Justiça*, já citado. Fica registrada, pois, esta única referência genérica, válida para todo o restante do presente texto.

após a Segunda Guerra, naqueles países de capitalismo central. Entretanto, seu padrão de gestão autocrática das relações trabalhistas e de inserção da classe trabalhadora na sociedade moderna não passou, necessariamente, ao *status* de mera rememoração histórica. É que permanece claro o interesse em se apreenderem os pontos e efeitos centrais desse antigo modelo jurídico-trabalhista pelo menos em países que importaram esse modelo, nas décadas de 1930 e 40, reproduzindo-o nas cinco ou seis décadas seguintes (como o Brasil).

Nessa linha, combinam-se, no padrão autoritário de organização do mercado de trabalho, alguns pontos comuns e convergentes, todos submetidos ao objetivo básico de retirar o conflito socioeconômico do trabalho do âmbito da sociedade civil, deslocando-o para o interior do aparelho estatal.

Assim, emerge uma *organização sindical unitária*, fundada no conceito de categoria, excludente do conceito de empresa. Quanto menor a identificação obreira no interior do local de trabalho, menos se propicia a eleição desse ambiente como *locus* privilegiado de normatização trabalhista. Menos também se permite a formação de uma cultura obreira de consciência coletiva e de capacidade própria de ação (a partir das mínimas e cotidianas situações), conjugada essa cultura à formação de um senso de responsabilidade inerente a todo indivíduo que tenha de tomar decisões com efeitos consequentes.

Em convergência com o ponto anterior, emerge uma *sistemática intraestatal de solução dos grandes conflitos trabalhistas*, que absorve do seio da sociedade civil o conflito nuclear empregatício e suas alternativas de gerenciamento. À medida que o conflito coletivo de trabalho é fundamental (do ponto de vista econômico, social e político), o Estado passa a conduzi-lo para seu interior, esterilizando o espaço societário civil ao equacionamento desse conflito. É evidente que todos os efeitos antidemocráticos propiciados pelo ponto enfocado nos parágrafos precedentes potenciam-se, substantivamente, com essa segunda sistemática. A construção de uma cultura obreira de consciência coletiva e de capacidade de autotutela, associada a um senso de responsabilidade pelas ações individuais e coletivas tomadas, é praticamente solapada por esse mecanismo tutelar estatal. Ocorre, porém, que *não há Democracia sem que o segmento mais numeroso da população geste uma sólida e experimentada noção de autotutela e, concomitantemente, uma experimentada e sólida noção de responsabilidade própria. No primeiro caso, para se defender dos tiranos antipopulares; no segundo caso, para não se sentir atraído pelas propostas tirânicas populistas.*

O terceiro ponto convergente do modelo autoritário de gestão social trabalhista reside nas *distintas e combinadas formas de controle e cooptação das organizações e lideranças coletivas obreiras pelo Estado*, mediante mecanismos que isentam essas lideranças e organizações do controle imediato de seus representantes institucionais, os trabalhadores. A crueza e perversão

cidade da experiência autocrática, correspondente ao modelo de normatização estatal-subordinada, pode ter produzido uma ilusão de ótica nos próprios críticos daquela experiência: a aparente redução da temática da liberdade e autonomia sindicais à simples ausência de controles verticais do Estado sobre lideranças e organizações obreiras. Trata-se, porém, de um equívoco analítico. *Do ponto de vista democrático, tão grave quanto a existência de formas de controle estatal sobre organizações e lideranças coletivas obreiras é a existência de mecanismos e instituições, na ordem jurídica, que suprimam ou reduzam o controle dos próprios trabalhadores sobre suas lideranças e organizações coletivas.* Instrumentos como o financiamento obreiro imperativo (em vista de comando legal) das organizações sindicais (mediante *contribuições legais obrigatórias*). Ou, ainda, mecanismos de integração e cooptação de representantes sindicais no aparelho de Estado (como *representação classista corporativa* no Poder Judiciário). Nos dois casos, se está diante de instrumentos que inviabilizam a Democracia, porque afirmadores de um padrão autocrático de gestão social.

O caráter autoritário desses mecanismos e instituições manter-se-á intocável, ainda que sejam eles reproduzidos em um quadro político geral mais democrático. Neste caso, essas instituições e mecanismos irão se constituir em elemento conspiratório e inviabilizador da Democracia, ao impedir sua eficácia real como sistema político e social de administração de conflitos. É que uma das distinções básicas entre Autocracia e Democracia (ao lado da questão da liberdade) reside na *questão da responsabilidade*: enquanto na experiência autocrática a ideia de responsabilidade é unilateral, favorecendo apenas quem detém o poder, *na experiência democrática é bilateral e dialética, envolvendo o detentor do poder institucionalizado e aquele a quem se reporte o poder.* Por isso é que, nesse último caso, responsabilidade equivale a *responsibility e responsiveness: quem está representando ou detendo alguma fatia de poder institucionalizado tem de responder perante seus representados, de modo institucional e permanente.* Talvez a larga tradição autoritária dos países de linhagem lusitana é que não tenha permitido gerar, para o uso corrente, na língua portuguesa, a face democrática e combinada (*responsiveness*) da palavra responsabilidade. De qualquer modo, sem esse mecanismo de reporte e controle permanente pelo representado, é inviável construir-se experiência democrática sólida e eficaz — logo, experiência democrática permanente. *No caso enfocado, os dois mecanismos autoritários (financiamento sindical imperativo e representação corporativa no aparelho de Estado) transferem para fora da classe trabalhadora a sorte de suas organizações e representações institucionais, impedindo a efetiva dominância dos trabalhadores sobre suas ações coletivas*⁽²⁸⁾.

(28) Onze anos depois da Constituição de 5.10.1988, a representação corporativista sindical no Judiciário Trabalhista foi, felizmente, extirpada do sistema jurídico do País, por meio da Emenda Constitucional n. 24, de dezembro de 1999.

2. Modelo Justrabalhista Brasileiro Tradicional: caracterização sociojurídica e reprodução histórica

O modelo justrabalhista brasileiro — particularmente a estrutura sindical —, como se sabe, foi inspirado em experiências autocráticas europeias do entreguerras, fundando-se, em especial, no parâmetro fascista italiano. Embora suas linhas básicas tivessem sido lançadas logo no início da década de 1930, apenas após 1935/1937 é que veio a ganhar sua configuração jurídica final. Descabe, aqui, retomarem-se as linhas centrais desse processo de implantação, não tendo relevância, também, discutir-se, neste instante, a eventual funcionalidade que o modelo autocrático importado veio a ter no cenário econômico, social e político das décadas de 1930 e 1940. Importante é, contudo, repisar-se o velho truísmo de que esse modelo sobreviveu incólume à experiência democratizante de 1945/1964, ingressando intocado, em seus aspectos essenciais, no regime autoritário-militar subsequente. Assim, apenas no contexto das discussões constitucionais de 1987 e 1988 é que se propuseram, com certo vigor, enunciados sobre a democratização do tradicional modelo justrabalhista brasileiro.

Em suas linhas básicas e até pelo menos meados da década de 1960, esse modelo se caracterizava pela reunião de *cinco* grandes instituições: Justiça do Trabalho; estrutura sindical; legislação individual protetiva; Ministério do Trabalho; antigo sistema previdenciário. Os cinco pilares do sistema justrabalhista se integravam não somente a partir do mesmo contexto histórico de sua emergência e afirmação, como, também, pelas duas similares inspirações a permearem todas as suas cinco instituições: de um lado, competia-lhes *elidir o conflito socioeconômico básico de seu local originário e central de realização, absorvendo-o no manto do Estado*. De outro lado, também lhes competia *controlar e/ou cooptar as organizações e lideranças obreiras, retirando-as do âmbito de controle, fiscalização e direção de suas bases*.

A primeira das inspirações (supressão do conflito da sociedade civil) concretizava-se, principalmente, na modalidade de estrutura sindical adotada pela CLT, com o sistema de unicidade sindical e o critério de enquadramento sindical. Do mesmo modo, através do amplo *poder normativo* conferido à Justiça do Trabalho, para incidência nos casos de conflitos coletivos. Finalmente, também através da ação direcionadora e tutelar do Ministério do Trabalho.

A segunda inspiração (supressão do controle democrático obreiro sobre suas organizações e lideranças) concretizava-se mediante inúmeros mecanismos convergentes: legislação *sindical* formalista e obrigatória (Título V da CLT); atuação política e intervencionista do Ministério do Trabalho; financiamento sindical imperativo (*imposto sindical* ou *contribuição sindical obrigatória*); participação corporativa de dirigentes e representantes sindicais no aparelho de Estado (tanto na Justiça do Trabalho, como no antigo sistema previdenciário).

De todo esse modelo tradicional, o único ponto que veio sofrer alteração substantiva, antes do advento da Constituição de 1988, foi o sistema de previdência social. Com a reforma previdenciária da década de 1960, extinguindo-se os antigos Institutos de Aposentadorias e Pensões das categorias profissionais (IAPI, IAPC, etc.) e criando-se um instituto previdenciário único, na época o INPS (hoje INSS), foram suprimidos os instrumentos de participação corporativa dos dirigentes e representantes sindicais no aparelho previdenciário do Estado.

Esclareça-se, a propósito, que a reforma do sistema previdenciário iniciou-se em 1960, com a aprovação da Lei Orgânica da Previdência Social (LOPS). Esta, porém, não chegou a realizar a unificação dos organismos gestores⁽²⁹⁾, preservando também “a participação dos sindicatos na gestão do sistema”⁽³⁰⁾. Com o advento do regime militar (1964), rompeu-se, logo a seguir, com a tradição do velho sistema previdenciário, criando-se, pelo Decreto-lei n. 72, de 21.11.1966, instituição nacionalmente unificada, de natureza eminentemente pública e administrativa, o Instituto Nacional de Previdência Social (INPS)⁽³¹⁾. Em conjugação à mencionada “unificação administrativa, eliminar-se-ia a representação classista na gestão da previdência”⁽³²⁾.

As demais instituições do modelo trabalhista brasileiro, excluído o sistema previdenciário, não sofreram, contudo, praticamente, qualquer alteração relevante, em sua estrutura e papel institucional, por longas décadas, até a emergência da Constituição de 1988.

IV. A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E A TRANSIÇÃO DEMOCRÁTICA JUSTRABALHISTA

O sistema jurídico brasileiro tradicional sempre teve o condão de elidir ou delimitar, substantivamente, como visto, o espaço aberto à construção jurídica própria pelos grupos sociais. Nesse ponto, o Direito do Trabalho, no Brasil, não respondeu, positiva e satisfatoriamente (em contraponto às matrizes democráticas dos países centrais), ao problema teórico da equação diferenciação/conflito. Muito menos abriu espaço à ação jurídica (criadora do Direito) autônoma dos grupos sociais e à autoadministração dos conflitos intrassocietários.

De fato, no modelo jurídico brasileiro tradicional jamais foi decisivo o papel da negociação coletiva e seus instrumentos clássicos (convenção

(29) Conforme COIMBRA, J. R. Feijó. *Direito Previdenciário Brasileiro*, 10. ed. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1999, p. 35.

(30) Conforme DELGADO, Ignacio Godinho. *Previdência Social e Mercado no Brasil — a presença empresarial na trajetória da política social brasileira*. São Paulo: LTr, 2001, p. 148.

(31) COIMBRA, J. R. Feijó, ob. cit., p. 35. O INPS corresponde, hoje, ao INSS.

(32) DELGADO, Ignacio Godinho. *Previdência Social e Mercado no Brasil — a presença empresarial na trajetória da política social brasileira*. São Paulo: LTr, 2001, p. 171.

coletiva do trabalho, contrato coletivo e acordo coletivo), a par de outros mecanismos de normatização autônoma — como aqueles ínsitos à representação obreira na empresa. Em termos comparativos, enquanto no padrão justralhista democrático dos países centrais há uma hegemonia das formas de autoadministração dos conflitos sociais, na história justralhista brasileira sempre preponderou uma dominância incontestada da sistemática de heteroadministração dos conflitos sociais, fundada no Estado.

A Constituição de 1988 trouxe, nesse quadro, o mais relevante impulso já experimentado na evolução jurídica brasileira, a um eventual modelo mais democrático de administração dos conflitos sociais no país.

Além disso, a Constituição da República criou as condições culturais, jurídicas e institucionais necessárias para superar antigo e renitente nóculo do sistema trabalhista do Brasil: a falta de efetividade de seu Direito Individual do Trabalho. Ao reforçar, substancialmente, a Justiça do Trabalho e o Ministério Público do Trabalho, a par de garantir o manejo amplo de ações coletivas pelos sindicatos, o Texto Máximo de 1988 acentuou a relevância da política pública de contínua inserção econômica e social dos indivíduos, por meio do Direito do Trabalho, no contexto da democratização da sociedade civil.

1. Avanços Democráticos da Constituição de 1988

Do ponto de vista da criação de condições favoráveis à mais ampla participação dos grupos sociais na geração de normas jurídicas a comporem o universo normativo do País, democratizando o sistema de gestão trabalhista vigente, parece claro que a nova Constituição teve flagrante *intenção* de colocar a sociedade brasileira nesse caminho. Já em seu *Preâmbulo*, a Constituição fala em exercício de direitos *sociais* e individuais, faz menção a uma “sociedade *pluralista*” e defende a solução pacífica de conflitos. Nos *Princípios Fundamentais*, refere-se a valores *sociais* do trabalho e da livre iniciativa, a uma sociedade livre, *justa* e solidária, reiterando a noção de solução pacífica de conflitos.

Mais que isso, a Constituição de 1988 inova — de modo muito destacado — perante todas as Textos Máximos anteriores ao estatuir que todo o poder emana do povo, que o exercerá por meio de seus representantes eleitos *ou diretamente*. Ora, à medida que se sabe que a norma jurídica é a consumação de um processo político bem-sucedido, pode-se concluir que pretendeu também a Constituição *valorizar formas autônomas de exercício do poder*, não apenas através de instrumentos políticos clássicos (ainda que raramente utilizados na história brasileira, como o plebiscito e o *referendum* — art. 14, CF/88), como ainda mediante mecanismos de produção autônoma do Direito (que traduzem meio notável de exercício direto do poder). Mais à

frente, a Constituição confirmará essa intenção, ao acentuar a importância das convenções e acordos coletivos (arts. 7º, XXVI, e 8º, VI, CF/88)⁽³³⁾.

No Capítulo II, do Título II (arts. 6º até 11), a Constituição de 1988 insculpiu seus principais preceitos de natureza trabalhista. Nesse espectro de normas, ressaltam-se aquelas que favorecem o caminho da normatização autônoma, em especial: art. 7º, *caput* (preceito que enfatiza o princípio da norma mais favorável), além de incisos VI, XIII, XIV, XXVI; art. 8º; art. 9º; art. 10 e, finalmente, art. 11. Todos são dispositivos que valorizam a atuação sindical, a participação obreira nos locais de trabalho e a negociação coletiva. O inciso VI do art. 7º autoriza, inclusive, em certa medida, a redução salarial, mediante convenção ou acordo coletivo, dado que excepciona, nos casos de normas autônomas expressas contrárias, o princípio de irredutibilidade salarial. Embora este poder redutor não seja, evidentemente, ilimitado, nem deva ser exercido contrariamente aos fins sociais do Direito do Trabalho, sua presença denota a força conferida pela Constituição à negociação coletiva trabalhista⁽³⁴⁾.

Proíbe a Constituição, ainda, coerentemente com sua manifesta intenção democrática, qualquer interferência e intervenção do Estado nas organizações sindicais (art. 8º, I). Incorpora norma clássica de garantia do emprego ao dirigente sindical (art. 8º, VIII). Estende-a, porém, ao empregado *eleito* para cargo de direção em CIPA (art. 10, II, “a”, ADCT, CF/88), suplantando, sobremaneira, nesse ponto, a timidez celetista anterior. Silencia-se, contudo, sobre a garantia ao representante obreiro eleito em empresas com mais de duzentos empregados (art. 11, CF/88) — figura criada, originalmente, pelo mesmo texto constitucional de 1988.

A) Renovação da Cultura Jurídica Brasileira — Ao lado dos preceitos democratizantes acima enunciados, a Constituição de 1988 produziu um cláreo renovador na cultura jurídica brasileira, permitindo despontar, no estuário normativo básico do País, a visão *coletiva* dos problemas, em anteposição à visão individualista preponderante, oriunda do velho Direito Civil. Essa nova perspectiva se embebe de conceitos e perspectivas próprias ao Direito do Trabalho, em especial a noção de *ser coletivo* (e de fatos/atos coletivos), em contraponto à clássica noção de *ser individual* (e fatos/atos individuais), dominante no estuário civilista brasileiro. Ao ampliar e aprofundar o *status* constitucional do Direito do Trabalho, mediante o conceito de Estado Democrático de Direito, de direitos individuais e sociais fundamentais, além de ter

(33) Sobre esse caráter inovador da Constituição de 1988, no que tange a formas institucionais de participação direta da população no exercício do poder, ver BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita. *A Cidadania Ativa* — Referendo, Plebiscito e Iniciativa Popular. São Paulo: Ática, 1991 e, ainda, MOISÉS, José Álvaro. *Cidadania e Participação* — Ensaio sobre o Referendo, o Plebiscito e a Iniciativa Popular Legislativa na Nova Constituição. São Paulo: Marco Zero, 1990.

(34) A respeito dos limites jurídicos da negociação coletiva, consultar o *princípio da adequação setorial negociada*, no Capítulo XXXIV, item V. 2, do presente Curso.

estruturado importante rol de princípios constitucionais do trabalho, o Texto Máximo de 1988 praticamente impôs ao restante do universo jurídico uma influência e inspiração justralhistas até então desconhecidas na história do País.

O potencial matizador, característico ao Direito do Trabalho, pelo qual ele imprime feição própria àqueles elementos que lhe provêm de outros segmentos da ciência jurídica⁽³⁵⁾, foi, por obra da nova Constituição, disseminado por além das fronteiras justralhistas, impondo-se a outros ramos do Direito. Nesse quadro, a Constituição da República retirou o Direito do Trabalho de seu local delimitado (e, no Brasil, até mesmo isolado), lançando sua influência sobre o conjunto da cultura jurídica do País. O Código do Consumidor (Lei n. 8.078/90), ilustrativamente, surge como a mais notável demonstração, pós-outubro de 1988, dessa nova abrangência de influência justralhista.

Na verdade, a Lei n. 8.078/90, construída a partir de indução constitucional (arts. 5º, XXXII e 170, V, CF/88), incorpora, como inovações, institutos e figuras típicas e clássicas ao Direito Material e Processual do Trabalho. Parte da noção de *ser coletivo* (conceitua, por exemplo, como consumidor também a “coletividade de pessoas, ainda que indeterminadas” — art. 2º) e retira as lógicas consequências jurídicas dessa noção essencial. Assim, fixa (arts. 12, 13, 14 e 23/25) a responsabilidade objetiva do “fornecedor” (a responsabilidade objetiva sempre foi noção clássica ao Direito do Trabalho e, até então, era timidamente aceita no Direito Civil); incorpora a teoria da desconsideração da personalidade jurídica (art. 28), tradicionalmente aplicada na jurisprudência trabalhista; acolhe o princípio da norma mais favorável (art. 47), de origem justralhista; dá notável relevância à substituição processual (arts. 81/82 e 91), de grande projeção no Direito do Trabalho (art. 8º, III, CF/88); admite a teoria da inversão do ônus da prova (art. 6º, VIII), franqueando uma distribuição de *onus probandi* hábil a restabelecer o equilíbrio entre as partes envolvidas. Finalmente, confere caráter objetivo à noção de “cláusulas abusivas” (art. 51), incorporando conduta própria ao Direito Laboral.

Essa nova e profunda influência, na cultura jurídica do País, da marca filosófica do Direito do Trabalho somente se fez possível em decorrência do novo estatuto que conferiu a nova Constituição ao ramo jurídico juslaboral. E é positiva (e democrática) essa influência. Na verdade, apenas a partir do franco diálogo entre a área justralhista e o universo do Direito Comum, em especial entre as dinâmicas processuais (judiciais, portanto) dos dois segmentos, é que a Justiça brasileira poderá vislumbrar o alcance da superação dos impasses em que, classicamente, tem se visto submetida. O excesso de formalismo do processo civil, como parte integrante de uma

(35) Esse potencial matizador do Direito do Trabalho, pelo qual ele *imprime feição própria àqueles elementos que lhe provêm de outros ramos da ciência jurídica* é tratado, ilustrativamente, por DONATO, Messias Pereira. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 6-7.

dinâmica que não encontra meios de atender à celeridade na efetivação do provimento jurisdicional, somente será, de fato, problematizado e vencido, caso admita incorporar dimensões relevantes da cultura judicial administrativa e processual típica ao ramo judiciário trabalhista⁽³⁶⁾. Desde a ideia (relativa à administração da Justiça) de Secretarias de Varas Judiciais, com um corpo técnico e especializado de servidores públicos *concurados*, quadro de carreira diversificado, hierárquico e dinâmico, hábil, assim, a viabilizar a dimensão basilar do pronto, célere e impessoal funcionamento interno da máquina judiciária — em contraposição às estruturas prevaletentes nas Secretarias (antigos *cartórios*) do aparelho judiciário comum estadual; até os institutos processuais e procedimentos do Código de Processo Civil, que, por seu reiterado e minucioso formalismo, inviabilizam o encontro célere, ágil e eficaz da prestação jurisdicional (a simples referência à citação por mandado, concretizada por Oficial de Justiça, que se manteve por longas décadas como regra geral do CPC, em vez da citação via postal — regra geral da CLT —, ilustra o anacronismo formalista da conduta processual privilegiada pela lei processual comum). Qualquer reforma do Judiciário e do processo judicial que não tome em consideração esse novo diálogo proposto pela Constituição de 1988 dificilmente encontrará resultados concretos funcionais e eficazes.⁽³⁷⁾

B) A Carta de Direitos de 1988 — Ao lado de todos esses aspectos apontados, a Constituição de 5.10.1988 emergiu, também, como a mais

(36) A criação de uma nova mentalidade, como pressuposto a uma eficaz reforma no processo civil, tem sido apreendida pelos jusprocessualistas: “O importante, no Direito Processual, já não são os conceitos, mas é uma nova mentalidade de reforma, que se quer efetiva, e se faz urgente, porque é preciso transformar as condições sociais”. (GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro: Aidé, 1992, p. 8). As reformas processuais civis dos anos de 1990 e início da primeira década do século XXI incorporaram, como se sabe, essa nova mentalidade. Contudo, as reformas processuais mais recentes do Direito Processual do Trabalho e do Direito Processual Civil, embora ostentem, naturalmente, grandes méritos, retiraram seu foco das ideias de simplicidade, objetividade, celeridade, instrumentalidade e efetividade.

(37) As reformas processuais civis, iniciadas nos anos de 1990 e em continuidade na década seguinte, têm parte significativa de seu sucesso, como se sabe, creditada à incorporação, pelo Direito Processual Civil, de critérios e procedimentos clássicos ao Direito Processual do Trabalho, notoriamente simples, objetivos, céleres e efetivos. Já o novo CPC, promulgado em 2015, parece ter realizado escolha distinta, distanciando-se ou até anatematizando o Processo do Trabalho clássico em vários aspectos relevantes, em direção a impressionantes complexidade, minúcia e variedade procedimentais. A Lei da Reforma Trabalhista, por fim, de 2017 (Lei n. 13.467/17), praticamente descaracterizou o Direito Processual do Trabalho, erigindo-se como indubitável diploma jurídico de cerceio ao amplo acesso à Justiça pelo trabalhador vulnerável e hipossuficiente. Com isso, produziu grave retrocesso na cidadania processual constitucional no âmbito da Justiça do Trabalho, em contraponto à matriz inclusiva e democrática da Constituição de 1988.

significativa *Carta de Direitos* já escrita na história jurídico-política do País. Não se conduziu, porém, a nova Constituição pela matriz individualista preponderante em outras constituições não autocráticas (como a de 1946). Nessa linha, superou a equivocada dissociação (propiciada pela Constituição de 46) entre liberdade e igualdade, direitos individuais e direitos coletivos ou sociais. A nova Constituição firmou largo espectro de direitos individuais, cotejados a uma visão e normatização que não perdem a relevância do nível social e coletivo em que grande parte das questões individuais deve ser proposta. Nesse contexto é que ganhou coerência a inscrição que produziu de diversificado painel de direitos individuais e sociais trabalhistas, ampliando garantias já existentes na ordem jurídica, a par de criar novas no espectro normativo dominante.

Na linha isonômica, que é sua marca pronunciada (concepção constitucional de igualdade em sentido material, ao invés de apenas em sentido formal), a Constituição de 1988 igualou direitos entre empregados urbanos e rurais (art. 7º, *caput*, CF/88), estendendo a mesma conduta aos trabalhadores avulsos (art. 7º, XXXIV). A par disso, avançou, significativamente, o rol de direitos cabíveis à categoria empregatícia doméstica (parágrafo único, art. 7º, CF/88), deflagrando, ademais, um processo de inclusão jurídica que retomaria seu curso nas duas décadas iniciais do século XXI (Lei n. 11.324/2006; Emenda Constitucional n. 72/2013; Lei Complementar n. 150/2015; Convenção n. 189 da OIT — em vigência no País a contar de 31.1.2019).

Ampliou as proteções jurídicas à empregada gestante, seja por meio do mais largo prazo de licença previdenciária — 120 dias (art. 7º XVIII, CF/88), seja por meio da garantia de emprego instituída, com prazo até cinco meses após o nascimento (art. 10, II, “b”, ADCT, CF/88). Ao lado disso, ampliou de um para cinco dias a interrupção do contrato de trabalho para o pai, no período de nascimento do filho (art. 7º, XIX e art. 10, § 1º, ADCT, combinados com art. 473, III, CLT).

Suprimiu, ainda, o aviso-prévio de oito dias (art. 487, I, CLT), ampliando (e/ou unificando) o seu prazo para trinta dias (art. 7º, XXI, CF/88). Também estendeu para cinco anos o prazo bienal de prescrição do art. 11, CLT, mitigando os efeitos negativos do antigo preceito celetista excessivamente restritivo (art. 7º, XXIX, “a”, CF/88).

Na temática da extinção do contrato de emprego, a Constituição de 1988 se caracterizou, contudo, por certa perplexidade, não firmando conduta definitiva sobre o tema. Estendeu o FGTS, como visto, a todo empregado (art. 7º, III, CF/88), ampliando o acréscimo rescisório (art. 10, I, CF/88: fala-se em “multa fundiária”) e minorando, desse modo, os efeitos deletérios da dispensa para o empregado. Mas, em contrapartida, extinguiu a antiga indenização celetista (art. 7º, I, CF/88; art. 477, *caput*, CLT), remetendo à

legislação complementar a fixação de indenização compensatória. Com isso, deu caráter de relativa permanência à aparente liberalização do mercado laboral insculpida pela Lei n. 5.107/66.⁽³⁸⁾

De toda maneira, nesse campo da extinção contratual trabalhista, instigou a nova Constituição a formulação da tese da necessidade de motivação consistente para as dispensas de servidores no âmbito das entidades estatais (ao menos, no que concerne às entidades de Direito Público, pois ainda grassa divergência quanto à entidades estruturadas como empresas públicas e sociedades de economia mista). Instigou também a nova Constituição a ratificação da Convenção n. 158 da OIT (ocorrida por meio do Decreto Legislativo n. 68, de 16.9.1992, com vigência no Brasil desde 5.1.1996), regulatória do término da relação de trabalho por iniciativa do empregador, extinguindo a ruptura meramente arbitrária do vínculo empregatício. Embora tal Convenção tenha sido, logo a seguir, declarada inconstitucional pelo STF e denunciada pela Presidência da República à OIT, o fato é que o espírito humanista e social da Constituição de 1988 é que propiciou a ratificação de documento normativo tão relevante para o aperfeiçoamento do Direito do Trabalho brasileiro.⁽³⁹⁾

2. Contradições Antidemocráticas do Texto Original de 1988

Sabe-se que é primário e essencial à criação e reprodução continuadas de qualquer processo ou dinâmica que se pretenda implantar e favorecer o estabelecimento de instituições e mecanismos *compatíveis e funcionais* ao pleno desenvolvimento desse processo e dinâmica. *É, desse modo, inviável, teórica e historicamente, construir-se um determinado regime político inserindo-se, em seu núcleo fundamental, mecanismos e institutos típicos a regime que lhe seja antagônico. Do mesmo modo que não há exemplo histórico de regime autocrático que tenha contemplado em seu interior básico, com papel decisivo, instituições e métodos tipicamente democráticos (a não ser — no máximo — como grosseira contrafação), não se conhece, na história, sociedade política estável, eficaz e duradoura que preserve, em seu núcleo essencial, com papel decisivo, métodos e instituições tipicamente autoritários.*

(38) Essa liberalização, na verdade, era apenas aparente. Leituras posteriores feitas da Constituição permitiram vislumbrar um iniludível enfraquecimento, pelo conjunto do texto constitucional, da concepção individualista e potestativista acerca da ruptura contratual por ato imotivado do empregador.

(39) Para a análise da Convenção n. 158 da OIT, seu sentido jurídico e circunstâncias que envolveram seu afastamento da ordem jurídica do País, nos anos de 1990, consultar, neste Curso, no Capítulo XXVIII, o item III.4.A, sob o título: “A) Convenção 158 da OIT”. A respeito do tema da necessidade (ou não) de motivação para a dispensa do empregado, consultar, no Capítulo XXIX deste Curso, o item IV (“Dispensa Motivada por Fatores Técnicos, Econômicos ou Financeiros”).

Como já foi exposto, não há Democracia que se consolide e se mantenha sem o eficaz tratamento institucional à equação liberdade/responsabilidade. *A noção democrática de responsabilidade é bilateral e dialética, envolvendo o detentor do poder institucionalizado e aquele a quem se reporte o poder (responsibility e responsiveness).* Como já foi afirmado, *quem está representando ou detendo alguma fatia de poder institucionalizado tem de responder perante seus representados, de modo institucional e permanente. Sem esse mecanismo de reporte e controle permanente pelo representado, é inviável se construir experiência democrática sólida e eficaz — logo, experiência democrática permanente.*

A Constituição de 1988, em seu texto original, ao manter instituições e mecanismos de grave tradição autocrática, voltados a suprimir a responsiveness do representante perante o representado, criou um impasse à Democracia brasileira. Esses mecanismos e instituições, no âmbito das normas jurídicas trabalhistas, encontram-se no conjunto de figuras originárias da formação corporativista-autoritária da década de 1930, todos eles inviabilizadores do alcance de uma experiência democrática efetiva e profunda no sistema jurídico trabalhista do País.

Trata-se dos seguintes mecanismos: a) *a contribuição sindical obrigatória*, de origem legal (artigo 8º, IV, *in fine*, CF/88), que permite ao sindicato manter-se, independente da vontade e decisões efetivas de seus associados, elidindo das burocracias e direções sindicais a fundamental (do ponto de vista democrático) *responsiveness* (na verdade, o artigo 8º, IV, da Constituição, fala até mesmo em *duas* contribuições); b) *a representação corporativa no seio do Poder Judiciário* (arts. 111 a 117, CF/88), que cristaliza a burocratização das direções sindicais e do aparelho sindical, em sua integralidade, retirando todos do controle de seus representados;⁽⁴⁰⁾ c) *o amplo poder normativo do Judiciário Trabalhista* (art. 114, § 2º, CF/88), que suprime, de um só plano, tanto a *responsibility*, quanto a *responsiveness* das entidades sindicais.⁽⁴¹⁾ Finalmente, na mesma linha, d) *preceitos que mantêm a unicidade e o sistema de enquadramento sindical* (art. 8º, II, CF/88).⁽⁴²⁾

(40) Apenas em dezembro de 1999, por intermédio da Emenda Constitucional n. 24, é que o mecanismo da representação corporativa no seio do Poder Judiciário foi, finalmente, extirpado.

(41) A EC n. 45, de 2004, conforme já exposto — 16 anos depois de 1988 —, reduziu, significativamente, o poder normativo judicial trabalhista, atenuando seu papel de concorrente estatal à negociação coletiva sindical. Para tanto, valeu-se do artifício de instituir pressuposto processual de difícil consecução prática, ou seja, o prévio *comum acordo* entre as partes coletivas para a propositura do dissídio coletivo de natureza econômica (nova redação do art. 114, § 2º, CF/88). Não cumprido o pressuposto processual constitucional, o processo coletivo é extinto, sem resolução do mérito. Naturalmente que, desde então, tornaram-se menos frequentes as ações de dissídio coletivo de natureza econômica.

(42) Como se percebe, a relativa inadequação do sistema trabalhista brasileiro tradicional às características e dinâmicas da Democracia reside, essencialmente, em aspectos de seu *Direito Coletivo do Trabalho*, aqui expostos — e não no plano de seu Direito Individual do Trabalho.

3. *Evolução Constitucional Democrática e Inclusiva: EC n. 24/99 e EC n. 45/04*

Não há dúvida de que os quatro mecanismos indicados — todos oriundos do antigo sistema trabalhista-sindical, mas que foram mantidos, na nova ordem jurídica, pela redação original da CF/88 —, poderiam comprometer o desenvolvimento do próprio projeto constitucional de 1988, no sentido da democratização da sociedade brasileira e da inclusão econômica e social de sua enorme população.

Felizmente, contudo, dois desses mecanismos foram corrigidos pelo poder constituinte derivado seguinte a 1988. O primeiro deles, extremamente grave — representação corporativista classista no âmbito da Justiça do Trabalho —, foi simplesmente extirpado, sem ressalvas, pela Emenda Constitucional n. 24, de 1999.

O segundo mecanismo destacado — poder normativo desmesurado da Justiça do Trabalho, nas ações de dissídios de natureza econômica —, foi firmemente restringido, por meio da EC n. 45, de 2004. Ao criar pressuposto processual de difícil atendimento pelas partes coletivas conflitantes — o *comum acordo* para a propositura do dissídio econômico —, a EC n. 45/2004 fez diminuir a frequência e a viabilidade real dessa ação coletiva geradora de normas jurídicas pelo Estado. Do ponto de vista fático e jurídico, a EC n. 45/2004 realmente enfraqueceu, sobremaneira, dentro do sistema trabalhista do País, o papel desse concorrente judicial da negociação sindical coletiva. É que, desde então, somente havendo comum acordo entre as partes, ou em casos de greve, é que se torna viável a veiculação, pelas partes coletivas privadas, da ação de dissídio coletivo de natureza econômica⁽⁴³⁾.

A par desses dois notáveis avanços propiciados por emendas constitucionais posteriores a 1988, houve inegável aperfeiçoamento também da ordem jurídica infraconstitucional trabalhista, em correspondência aos próprios estímulos constitucionais explícitos ou implícitos.

Ilustrativamente, a Lei n. 7.855, de 1989, entre outros aspectos, revogou, expressamente, em seu art. 13, diversos dispositivos da CLT, por serem considerados incompatíveis com a nova ordem jurídica constitucional. A Lei n. 8.630/1993, entre outros aspectos, igualmente revogou, de maneira expressa, em seu art. 76, todo o Decreto-Lei n. 3/1966, que inseriu vários preceitos autoritários no corpo da legislação trabalhista do País.

(43) Naturalmente, se o suscitado não arguir a falta do pressuposto processual, considera-se que admitiu, tacitamente, a propositura da ação coletiva — circunstância que obsta a extinção do processo sem resolução do mérito. Contudo, sob a perspectiva dos dados numéricos subsequentes a dezembro de 2004 (data da EC n. 45), a mudança constitucional realizada mostrou-se realmente impactante, uma vez que provocou forte diminuição, desde a sua vigência, do número de dissídios coletivos de natureza econômica efetivamente válidos na Justiça do Trabalho.

Dois importantes diplomas internacionais da OIT foram ratificados após 1988, de maneira a aperfeiçoar o Direito Coletivo do Trabalho brasileiro: a Convenção n. 135, que trata da representação de trabalhadores (Decreto Legislativo n. 86, de 1989), e a Convenção n. 151, que trata das relações de trabalho na Administração Pública (Decreto Legislativo n. 206, de 2010).⁽⁴⁴⁾

Foi promulgada também a Lei das Centrais Sindicais, institucionalizando, no Brasil, entidade historicamente fundamental na estruturação e desenvolvimento da Democracia no mundo ocidental (Lei n. 11.648/2008).

Ademais, foram registrados avanços importantes na própria jurisprudência trabalhista brasileira — neste caso, em especial a partir de 2003, durante o desenrolar das duas décadas iniciais do século XXI. A nova interpretação jurisprudencial das Cortes Trabalhistas do País se apercebeu do sentido inovador, inclusivo e democrático da Constituição da República, permitindo finalmente o alcance de melhor efetividade para os instrumentos judiciais coletivos colocados à disposição dos sindicatos e do Ministério Público do Trabalho para atuarem em busca da aplicação concreta do Direito do Trabalho em todo o Brasil. Nesse quadro, a larga e pulverizada presença do Ministério Público do Trabalho e da Justiça do Trabalho em todo o território brasileiro já no início do século XXI — outro decisivo avanço resultante de notável determinação constitucional — demonstra o acerto da arquitetura e do projeto da Constituição Federal de 1988.

Efetivado, nesse contexto, passados mais de 25 anos desde 1988, o balanço da Constituição da República Federativa do Brasil — e consideradas as mudanças introduzidas pelas Emendas Constitucionais n. 24 e n. 45 e os demais avanços infraconstitucionais ocorridos —, percebe-se que se circunscrevem essencialmente ao *sistema sindical*, no sentido estrito, os problemas mais salientes do sistema trabalhista brasileiro constitucionalizado.⁽⁴⁵⁾

(44) Fora do campo do Direito Coletivo do Trabalho, nessa fase histórica de evolução normativa democrática e inclusiva, outro notável documento normativo internacional foi ratificado internamente, com repercussões relevantes na seara justralhista. Trata-se da *Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo*, aprovada pela ONU em 2007, ratificada pelo Decreto Legislativo n. 186, de 9.7.2008, com depósito na ONU em 1.8.2008, iniciando vigência no País em 31.08.2008 (vide Decreto Presidencial n. 6.949, publicado em 26.8.2009, em seus “considerandos”).

(45) Naturalmente que não se faz menção, neste tópico dedicado à evolução constitucional democrática e inclusiva do Direito do Trabalho e do sistema trabalhista brasileiro após 5.10.1988, à recente fase regressiva vivenciada no Brasil no campo dos direitos sociais, particularmente os trabalhistas, quer por meio de medidas legislativas, quer por meio de medidas administrativas, quer por meio de inflexão jurisprudencial. Essa fase regressiva, de nítido viés ultraliberalista, será examinada no item final do presente capítulo (“VI. A Reforma Trabalhista de 2017: Lei n. 13.467/17”). O mesmo tema, de toda maneira, já foi tratado no capítulo anterior, item VI.5: “A Reforma Trabalhista Brasileira de 2017: sentido jurídico”.

V. DIREITO DO TRABALHO: AVALIAÇÃO HISTÓRICO- -CONSTITUCIONAL MAIS DE DUAS DÉCADAS APÓS 1988

Transcorridos mais de vinte e cinco anos do surgimento da Constituição (de 1988 até 2014/15), há maturação histórica suficiente para se fazer análise sobre os problemas, as virtudes e as perspectivas do sistema jurídico-trabalhista brasileiro.

Do ponto de vista do Direito Individual do Trabalho, regulador dos contratos empregatícios, o que se afirmou nesse período foi o inquestionável caráter de *direito escrito*, especialmente *direito legislado*, que caracteriza a cultura do País ao longo de sua história. Desde a Constituição, inúmeros ramos jurídicos produziram alentados diplomas normativos, alguns simplesmente notáveis do ponto de vista civilizatório, tais como o Direito do Consumidor, o Direito de Seguridade Social, o Direito Civil e vários outros segmentos e diplomas destacados. O que de mais positivo o País produziu em sua cultura jurídica de mais de cinco séculos — tendo por cume sua Constituição analítica de 1988 — passou pelo direito escrito, sem registro relevante, consistente e durável de outra experimentação jurídica alternativa, em praticamente qualquer área do Direito.

Assim, pode-se concluir, com segurança, que no Direito Individual do Trabalho o padrão normativo não poderia ser mesmo diferente. Este já significativo período de maturação histórico-constitucional de 25/27 anos confirma essa decidida direção brasileira também no campo trabalhista, ultrapassada a fase de perplexidade e insegurança de rumos que tanto demarcou a década de 1990.

O fato é que o Direito Individual do Trabalho superou a crise de afirmação dos anos 1990, época em que se viu refluído não apenas quanto à sua efetividade como também no próprio sentido de sua consistência e direção. A partir da primeira década do século XXI, o grau de generalização e efetividade do Direito Individual do Trabalho espalhou-se pelo Brasil, com o incremento de vários milhões de novos trabalhadores regidos por suas regras e princípios ao longo de todo o imenso território do País. No ápice desse período (2013), foram mais de 49 milhões de trabalhadores integrados ao império do Direito do Trabalho no Brasil, fenômeno que volta a consolidar o processo de *cidadania institucionalizada* que tem caracterizado — com períodos de regressão, naturalmente — a história brasileira desde 1930⁽⁴⁶⁾.

(46) Sobre o enquadramento do Direito do Trabalho na tradição ampla do direito legislado, consultar a obra do cientista político CARDOSO, Adalberto Moreira. *A Década Neoliberal e a Crise dos Sindicatos no Brasil*. São Paulo: Boitempo, 2003. O cientista político Wanderley Guilherme dos Santos, em sua obra clássica, *Cidadania e Justiça — a política social na ordem brasileira* (Rio de Janeiro: Campus, 1979), é que cunhou a expressão cidadania regulada, referindo-se à circunstância histórica de, no Brasil, a cidadania concretizar-se apenas mediante certo processo de regulação formal estabelecido pela política pública.

Do ponto de vista do Direito Coletivo do Trabalho, regulador das ações e relações dos seres coletivos trabalhistas entre si e com o mundo do trabalho e, de certo modo, com a própria sociedade, é inegável que alguns dos impasses percebidos no período imediatamente anterior à Constituição (final dos anos de 1970 e década de 1980) não foram ainda superados na ordem jurídica e na própria prática sindical e jurídica das décadas subsequentes a 1988. O resultado é que, ao invés de se fortalecer, o sindicalismo tem se fracionado, pulverizado mesmo, enfraquecendo-se no mundo do trabalho e no conjunto societário.

Pontos positivos evidentemente despontaram nos últimos anos nesse campo, é claro, a partir da conformação implementada pela Constituição: a) a interveniência estritamente político-administrativa na estrutura e na dinâmica das entidades sindicais, tão impiedosa, por décadas, na história do País, desapareceu desde 1988 (salvo o registro no órgão competente — art. 8º, I, CF/88); b) a estrutura de vínculos sindicais-classistas na Justiça do Trabalho foi também extirpada (EC n. 24, de 1999); c) o poder normativo judicial — que atua como concorrente estatal perante a negociação coletiva trabalhista — foi atenuado, de modo significativo, pela EC n. 45/2004, ao instituir o pressuposto processual do *comum acordo*, de difícil cumprimento pelas partes coletivas nos dissídios coletivos de natureza econômica (novo § 2º do art. 114 da CF/88); d) a negociação coletiva trabalhista, por meio das entidades sindicais, foi consolidada na ordem social, econômica e jurídica brasileira, finalmente em mais clara harmonia com a ordem jurídica trabalhista heterônoma estatal (art. 7º, XXVI, CF/88)⁽⁴⁷⁾; e) as ações judiciais coletivas, com largos poderes de atuação para os sindicatos (substituição processual ampla), estimuladas pela Constituição, foram finalmente sufragadas pela jurisprudência trabalhista; f) as ações judiciais coletivas propostas pelo Ministério Público do Trabalho, no conjunto de seus novos e relevantes poderes de *órgão agente*, todos foram também sufragadas finalmente pela jurisprudência; g) a estrutura da Justiça do Trabalho passou a atingir todo o País, com a existência de TRTs em todos os Estados da Federação que ostentem mais de dois milhões de habitantes, além de mais de 1587 Varas Trabalhistas ao longo do território brasileiro, diversas delas com até dois Magistrados em atuação;⁽⁴⁸⁾ h) o Direito Individual do Trabalho foi, por fim, no início do século XXI, efetivamente generalizado no Brasil, com a formalização de cerca de 20 milhões de empregos em onze anos, desde 2003 a 2013, atingindo a

(47) A respeito do tema, consultar o Capítulo XXXVI deste Curso, sob o título “Negociação Coletiva Trabalhista”.

(48) Os números atualizados até 31.12.2015 são: 1587 VTs e 2.460 Juizes do Trabalho de 1º Grau. A esse respeito, consultar DELGADO, M. G. e DELGADO, G. N. Estruturação e Desenvolvimento da Justiça do Trabalho no Brasil. In: DELGADO, M. G. e DELGADO, G. N. *Constituição da República e Direitos Fundamentais — dignidade da pessoa humana, justiça social e Direito do Trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2017, p. 151-154.

população economicamente ativa formalmente *ocupada* na economia e na sociedade o nível impressionante de mais de 49 milhões de indivíduos.⁽⁴⁹⁾

Entretanto, há dificuldades e impasses sérios nesse segmento social, institucional e jurídico que não foram superados no período seguinte a 5.10.1988 — em alguns casos, foram até mesmo agravados. Esses impasses e dificuldades se concentram hoje, essencialmente, no tema relativo à *estrutura sindical brasileira*.

Mantida pela Constituição — porém dentro de inovador contexto jurídico de efetivas liberdade e autonomia sindicais —, a estrutura dos sindicatos tem se encaminhado para a rota de irremediáveis fracionamento, esfacelamento e pulverização, a ponto de colocar em risco a própria noção de ser coletivo dos trabalhadores.

Vários fatores atuam nessa dinâmica.

De um lado, a notória inadequação da antiga estrutura do corporativismo sindical aos desafios da democracia implantada na década de 1980 — tema já exaustivamente enfrentado neste Capítulo. De outro lado, a escolha de também inadequado critério orientador da estruturação sindical no mundo do trabalho, quer no plano administrativo (Ministério do Trabalho, onde se realizam os registros autorizados pelo art. 8º, I, da CF/88), quer no plano judicial (Justiça do Trabalho, onde se decidem as lides inter-sindicais por representação), à base de suposto *princípio da especialização*, ao invés do *princípio da agregação sindical*. Ora, naturalmente que a diretriz constitucional segue linha contrária, uma vez que o *princípio da agregação* (e não da especialização) é que orienta, historicamente — e constitucionalmente —, a criação, o desenvolvimento, a renovação e o expansionismo dos sindicatos⁽⁵⁰⁾.

(49) A respeito desses dados numéricos sobre o mercado de trabalho brasileiro, consultar o item “V. Funções”, que integra o Capítulo I deste Curso. Sobre a recidiva do desemprego no País, a contar de 2015 e anos subsequentes, não há como se atribuir qualquer responsabilidade ao Direito do Trabalho e sua regência normativa das relações trabalhistas. Afinal, em País que ostenta taxa de juros muito acima de 100% dos níveis inflacionários (especialmente em 2015, 2016 e parte importante de 2017); em País que preserva tais taxas desproporcionais *mesmo quando a economia entra em recessão*; que não lança mão de mínimos percentuais de suas monumentais reservas monetárias em moeda forte, em quadro de redução da arrecadação estatal em decorrência da crise econômica (as reservas, em 2016, ultrapassavam o montante de R\$ 1.15 trilhão de reais — convertidas do US\$, naturalmente —, ao passo que o *déficit* público anual estimado atingia sete vezes menos, cerca de 170 bilhões em 2016); que elimina o investimento público nas distintas áreas da economia e da sociedade, seja em nichos sociais, seja em nichos infraestruturais, seja em nichos estratégicos; que apresenta sistema tributário gravemente regressivo, sem tributação equânime e justa com respeito às altas rendas e riquezas, em detrimento da tributação sobre os estratos médios e a base da pirâmide social; em síntese, em País com todas essas características distorcidas conjugadas, não há como se atribuir à regulação trabalhista responsabilidade qualquer pela manutenção e agravamento do desemprego recente na economia pátria.

(50) A respeito, consultar o Capítulo XXXV, “Direito Coletivo e Sindicato”, neste Curso. Do mesmo autor, ler também a obra *Direito Coletivo do Trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2017, especialmente o Capítulo III, “Sujeitos do Direito Coletivo do Trabalho — o Sindicato”.

Finalmente, somando-se a esse contexto desfavorável, o impulso divisionista que tem se mostrado aparentemente irreprimível no universo das forças sociais do sindicalismo no País nas duas últimas décadas.⁽⁵¹⁾

Passe-se, em seguida, ao financiamento das entidades sindicais. Preservada a contribuição sindical obrigatória pela Constituição (art. 8º, IV, *in fine*), um dos antigos problemas do sindicalismo brasileiro acentuou-se, propiciando dificuldades tradicionais e novas para a conquista de legitimidade e representatividade dos entes sindicais perante suas bases. Além disso, a contribuição sindical obrigatória cria estímulos econômicos relevantes em favor do desmembramento sindical no País.

Ainda nesta seara do financiamento, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Superior do Trabalho formada nos anos de 1990 passou a restringir severamente as contribuições criadas por negociação coletiva trabalhista (contribuição assistencial ou *cota de solidariedade*), vedando-as aos trabalhadores não associados aos sindicatos — fato que também desprestigia o sindicalismo na realidade brasileira, enfraquecendo as entidades sindicais que atuam na negociação coletiva trabalhista.⁽⁵²⁾

Estes e outros problemas inerentes ao sistema sindical brasileiro demonstram que, no campo do Direito Coletivo do Trabalho, a transição democrática ainda terá desafios a enfrentar e resolver na evolução histórica do Brasil.⁽⁵³⁾

VI. A REFORMA TRABALHISTA DE 2017: LEI N. 13.467/17

O projeto humanista, social, inclusivo e democrático da Constituição de 1988 — aperfeiçoado pelas Emendas Constitucionais n. 24/1988 e 45/2004,

(51) Apenas para informação, o Ministério do Trabalho já ostentou distintas denominações na história do País, desde a sua criação em 1930, sob o epíteto de “Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio”. Já foi denominado de Ministério do Trabalho, Ministério do Trabalho e Previdência Social, Ministério do Trabalho e Emprego e, mais recentemente, retomou o título de Ministério do Trabalho. Entretanto, com o agravamento do ultraliberalismo no País, foi anunciada, pura e simplesmente, a extinção da pasta ministerial pelo novo governo a ser instalado em 1º de janeiro de 2019.

(52) Nesta linha, a Súmula n. 666 do STF e a OJ n. 17 da SDC do TST. A respeito deste tema, consultar o Capítulo XXXV deste Curso (“Direito Coletivo e Sindicato”). Do mesmo autor, a obra *Direito Coletivo do Trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2011, especialmente o Capítulo III, “Sujeitos do Direito Coletivo do Trabalho — o Sindicato” (edição mais recente: 7ª, 2017).

(53) Para maiores reflexões sobre o segmento jurídico coletivo e sindical, seus impasses e desafios no Brasil recente, no quadro da emergência e afirmação da Constituição de 1988, consultar a obra deste autor, *Direito Coletivo do Trabalho*, já mencionada (7. ed. São Paulo: LTr, 2017). Recente análise sobre as origens, evolução e peculiaridades do sistema jurídico-trabalhista do Brasil, inclusive sob a perspectiva constitucional, encontra-se na obra dual DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *Constituição da República e Direitos Fundamentais — Dignidade da Pessoa Humana, Justiça Social e Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr: 2012 (3. ed.: 2015).

além das Convenções Internacionais aprovadas desde o advento da Constituição da República, a par das leis democráticas e inclusivas promulgadas nos 25/27 anos de vigência da Carta Magna —, foi subitamente abalado em 2016/2017, mediante a aprovação da Lei da Reforma Trabalhista (Lei n. 13.467/2017), em direção antitética à arquitetura estruturada nas quase três décadas precedentes.⁽⁵⁴⁾

Acolhendo as teses ultraliberalistas do Estado Mínimo e do império genérico e incontrastável dos interesses do poder econômico nas diversas searas da economia, da sociedade e das políticas públicas, a nova legislação, de maneira célere e compulsiva, deflagrou agressivo processo de desregulamentação e flexibilização trabalhistas, completado por severas restrições ao acesso à Justiça do Trabalho por parte do trabalhador brasileiro.

A título meramente ilustrativo, citem-se os seguintes aspectos impostos pela nova legislação — considerado, essencialmente, o *Direito Individual do Trabalho*: a) a obsessão em buscar eliminar, por intermédio de diversos preceitos combinados, a correlação trabalhista histórica, sufragada por distintas Convenções da OIT e pela Constituição de 1988, entre o tempo do trabalho ou de disponibilidade do trabalhador perante o empregador e as condições contratuais, inclusive a retribuição salarial do empregado. Mencionem-se, nesta linha: a.1) a exclusão do conceito de “tempo à disposição” no tocante a vários lapsos temporais em que o trabalhador já se encontra dentro dos limites físicos do estabelecimento empresarial (novo texto do art. 4º, §§ 1º e 2º da CLT); a.2) a eliminação das horas *in itinere* da CLT (novo texto do § 2º do art. 58 da CLT, com a revogação do § 3º desse mesmo preceito legal); a.3) a desregulamentação e/ou flexibilização das regras concernentes à jornada de trabalho, em sentido menos favorável do que o anteriormente dominante; a.4) o incentivo legal à contratação autônoma, em contraponto à contratação empregatícia (novo art. 442-B da CLT); a.5) a criação do “contrato de trabalho intermitente”, pelo qual se imagina a viabilidade formal e concreta da existência de um contrato empregatício até mesmo praticamente sem jornada e sem salário (nova redação do *caput* do art. 443 da CLT, com inserção de seu novo § 3º; novo art. 452-A, *caput* e §§ 1º até 9º, da Consolidação).

(54) Poucos dias após o início de vigência da Lei n. 13.467 (11.11.2017), publicou-se a Medida Provisória n. 808 (Diário Oficial de 14.11.2017), com mudanças pontuais no texto do diploma legal reformista. Entretanto, a MPr. n. 808 não foi convertida em lei e nem rejeitada, explicitamente, pelo Parlamento — omissão congressual que fez cessar a sua vigência em 23 de abril de 2018. Nesse quadro, os efeitos de tal Medida Provisória mantiveram-se restritos no tempo, circunscrevendo-se apenas ao período de 14.11.2017 a 23.4.2018, em conformidade com o disposto nos §§ 11 e 3º, combinados, do art. 62 da Constituição Federal. Para análise do texto da Lei n. 13.467/2017 — inclusive, em separado, com as mudanças pontuais e temporárias inseridas pela MPr. n. 808/2017, se for o caso —, consultar DELGADO, Mauricio Godinho, e DELGADO, Gabriela Neves. *A Reforma Trabalhista no Brasil* — com os comentários à Lei n. 13.467/2017, em sua 2ª edição, publicada em abril de 2018 (São Paulo: LTr, 2018).

Cite-se também (b) a obsessão em desconectar as regras de duração do trabalho das regras inerentes à saúde e segurança laborativas. Nesta linha, salientem-se: b.1) a permissão para a pactuação meramente bilateral da jornada de plantão 12 X 36 horas relativamente às situações que envolvam ambientes insalubres e perigosos (novo art. 59-A, § 2º, c./c. novo parágrafo único do art. 60, todos da CLT); b.2) a exclusão da natureza salarial dos intervalos trabalhistas (novo texto do § 4º do art. 71 da CLT); b.3) a explícita exclusão das regras sobre duração do trabalho e intervalos do campo das normas de saúde, higiene e segurança do trabalho (novo art. 611-B, parágrafo único, CLT).

Agreguem-se ainda (c) o enfraquecimento e descaracterização do salário do empregado. Nesse jaez, destacam-se: c.1) criação do “contrato de trabalho intermitente” (nova redação do *caput* do art. 443 da CLT, com inserção de seu novo § 3º; novo art. 452-A, *caput* e §§ 1º até 9º, também da CLT); c.2) exclusão da natureza salarial de distintas parcelas contratuais trabalhistas (novo texto do art. 457, CLT); c.3) eliminação da possibilidade de incorporação, pela média, da gratificação percebida por dez anos ou mais no contrato de trabalho (novo § 2º do art. 468 da CLT).

Acrescente-se, ademais (d), a inserção de situações novas propiciadoras de discriminação direta ou indireta dos empregados no contexto empregatício. Notem-se as seguintes regras: d.1) eliminação de proteções normativas ao empregado relativamente mais qualificado e relativamente melhor remunerado, submetendo-o a indissimulável segregação jurídica (novo parágrafo único do art. 444 da CLT); d.2) diminuição das garantias antidiscriminatórias no contexto da equiparação salarial (novo texto do art. 461 da CLT); d.3) permissão para a pactuação da arbitragem nas relações de trabalho (novo art. 507-A da CLT); d.4) alargamento e maior desregulamentação da terceirização trabalhista (nova redação para a Lei n. 6.019/1974).

Somem-se a isso (e) as inúmeras situações de exacerbação do poder empregatício pelo empregador na relação de emprego, constantes dos preceitos legais acima elencados, a que se acrescem as regras de enfraquecimento dos sindicatos no mundo do trabalho no País (estas últimas, abaixo indicadas).

Citem-se, se não bastasse (f), as restrições quanto à regulamentação dos danos morais e materiais na seara das relações de trabalho (novo Título II-A da CLT, art. 223-A até art. 223-G).

Enfatizem-se, por fim (g) — considerado apenas o Direito Individual do Trabalho, como dito — os diversos dispositivos e institutos que viabilizam o solapamento de direitos, garantias e proteções trabalhistas no curso e no encerramento do contrato empregatício (alguns já mencionados nos elencos supra referidos). Nessa linha, por exemplo, destaquem-se: g.1) permissão para a celebração de termo anual de quitação de obrigações trabalhistas

(novo art. 507-B da CLT); g.2) permissão para a pactuação da arbitragem nas relações de trabalho (novo art. 507-A da CLT); g.3) alargamento e maior desregulamentação da terceirização trabalhista; g.4) eliminação de proteções normativas ao empregado relativamente mais qualificado e relativamente melhor remunerado (novo parágrafo único do art. 444 da CLT); g.5) eliminação de formalidades e proteções rescisórias ao empregado com mais de um ano de contrato (novo texto do art. 477 da CLT); g.6) igualação jurídica das dispensas individuais, plúrimas e coletivas (novo art. 477-A da CLT).

Igualmente a título meramente ilustrativo - e considerado agora essencialmente o *Direito Coletivo do Trabalho* -, ressaltem-se os seguintes aspectos deletérios impostos pela nova legislação: a) enfraquecimento adicional das entidades sindicais no sistema trabalhista brasileiro, mediante a supressão, *sem transição*, da obrigatoriedade da contribuição sindical (medida, em si, positiva, reconheça-se; porém deveria ser efetivada mediante certa transição temporal, evidentemente). O enfraquecimento do sindicalismo acontece também pelo fato de a regulação legal da contribuição assistencial (ou negocial), conhecida pelo epíteto de *cota de solidariedade*, não ter sido efetivada pela Lei da Reforma Trabalhista. Ao inverso, a nova legislação proíbe o desconto da contribuição negocial, ou similar, dos trabalhadores não associados, se não existir a anuência expressa e prévia destes (novo art. 611, XXVI, CLT).

Destaquem-se, ademais (b), diversos preceitos que autorizam à negociação coletiva trabalhista se transmutar em mecanismo de supressão ou precarização de direitos e garantias trabalhistas, ao invés de se preservar como fórmula de agregação e aperfeiçoamento das condições de contratação e gestão da força de trabalho no ambiente empregatício. Nesta linha, mencionem-se: o novo art. 611-A, *caput* e incisos I até XV, a par de §§ 1º até 5º; o novo art. 611-B, *caput*, incisos I até XXX e parágrafo único; o novo art. 614, § 3º; o novo texto do art. 620, todos da CLT, preceitos que se combinam com o novo texto art. 8º, §§ 2º e 3º, e o novo texto do art. 702, ambos também da CLT.

Por fim, no campo do *Direito Processual do Trabalho* — que sequer é objeto do presente *Curso de Direito do Trabalho* —, a nova legislação arrola vários dispositivos que restringem a cidadania processual constitucional, considerada a seara das relações trabalhistas. Ou seja, trata-se de um conjunto articulado de dispositivos que tornam difícil ou, até mesmo, inviável à pessoa humana vulnerável e hipossuficiente que vive de seu trabalho questionar, perante o Poder Judiciário, as afrontas constitucionais ou convencionais internacionais promovidas pela nova Lei, sem contar as lesões consideradas ocorridas ao longo da relação empregatícia.

Citem-se, ilustrativamente, em rápido bosquejo, as restrições processuais inseridas na CLT pela Lei da Reforma Trabalhista: a) preceitos que limitam,

drasticamente, o acesso à justiça por parte do trabalhador brasileiro (em afronta ao princípio constitucional do amplo acesso à justiça — art. 5º, XXXV, CF); b) regras que diminuem e/ou descaracterizam, manifestamente, o instituto constitucional da justiça gratuita (em afronta ao instituto firmemente assegurado pelo art. 5º, LXXIV, CF); c) preceitos que instigam o Magistrado do Trabalho a desempenhar papel severíssimo na condução do processo judicial; d) dispositivos que inserem a prescrição intercorrente na fase executória do processo judicial trabalhista.⁽⁵⁵⁾

Somem-se, por fim, a todas essas regressões jurídicas e civilizatórias decorrentes do texto da Lei da Reforma Trabalhista de 2017 a inusitada regressão que passou a permear, no País, a própria interpretação do Direito Positivo e, até mesmo, da Constituição da República, em direção a uma linha de abrandamento (ou descaracterização) da matriz constitucional humanista e social de 1988, inclusive dos princípios humanistas e sociais da Constituição da República, especialmente os *princípios constitucionais do trabalho*.

(55) Sobre a interpretação das regras da Lei da Reforma Trabalhista relativas ao Direito Processual do Trabalho, consultar o Capítulo VI do seguinte livro: DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *A Reforma Trabalhista no Brasil* — com os comentários à Lei n. 13.467/2017. 1. ed. São Paulo: LTr, 2017 (2. ed. São Paulo: LTr, 2018). O Capítulo IV do mesmo livro trata das regras do Direito Individual do Trabalho, ao passo que o seu Capítulo V aborda as regras do Direito Coletivo do Trabalho.

ORDENAMENTO JURÍDICO TRABALHISTA

I. INTRODUÇÃO

Ordenamento jurídico é o *complexo de princípios, regras e institutos regulatórios da vida social em determinado Estado ou entidade supranacional*⁽¹⁾. É a ordem jurídica imperante em determinado território e vida social.

A jurista *Maria Helena Diniz* chama de ordenamento o “conjunto de normas emanadas de autoridades competentes vigorantes num dado Estado”⁽²⁾. Para a autora, ordem jurídica, que se trata “do ordenamento jurídico”, constitui o “conjunto de normas estabelecidas pelo poder político competente, que se impõem e regulam a vida social de um dado povo em determinada época”⁽³⁾.

As noções de ordem e ordenamento jurídicos referem-se, como visto, ao complexo unitário de dispositivos regulatórios das organizações e relações sociais em um determinado contexto histórico, geográfico e político-institucional.

O ordenamento jurídico compõe-se de fontes normativas, que são os meios de revelação das normas jurídicas nele imperantes.

II. FONTES DO DIREITO: CONCEITO E CLASSIFICAÇÃO

1. Conceito

O tema relativo às fontes do ordenamento jurídico é um dos mais nobres e fundamentais de todo o Direito. É tema nuclear da Filosofia Jurídica, na medida em que examina as causas e fundamentos remotos e emergentes do fenômeno jurídico. É tema central da Ciência do Direito, na medida em que estuda os meios pelos quais esse fenômeno exterioriza-se. É também tema essencial a qualquer ramo jurídico específico, na medida em que discute as induções que levaram à formação das normas jurídicas em cada um dos ramos enfocados e os mecanismos concretos de exteriorização dessas normas.

No Direito do Trabalho, esse tema é simplesmente decisivo. Não somente em face de todas as razões já expendidas — e que comparecem,

(1) Hoje há ordenamentos jurídicos cujo âmbito de abrangência não é restrito, exclusivamente, ao território do Estado, como classicamente ocorria desde a Idade Moderna. Em tais casos, o ordenamento abrange espaço comunitário mais amplo do que o estatal. É o que se passa, por exemplo, com a União Europeia, que já tem certo ordenamento jurídico específico.

(2) DINIZ, Maria Helena. *Dicionário Jurídico*, v. 3. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 462.

(3) DINIZ, Maria Helena, *ob. cit.*, p. 460.

obviamente, também no ramo justralhista — como ainda por comportar um relevante elemento diferenciador desse segmento jurídico especializado perante os demais ramos existentes. De fato, o Direito do Trabalho — ao menos no contexto dos modelos dominantes nos países democráticos centrais — diferencia-se dos outros ramos jurídicos componentes do universo do Direito pela forte presença, em seu interior, de regras providas de fonte privada, em anteposição ao universo de regras jurídicas oriundas da clássica fonte estatal.

O estudo das fontes justralhistas aqui proposto divide-se em três partes distintas. De um lado, a análise do conceito e classificação (tipologia) das fontes do Direito e suas repercussões no ramo jurídico laboral. De outro lado, o exame específico de cada uma das fontes justralhistas identificadas na classificação anterior. Finalmente, a reflexão sobre o problema da hierarquia normativa no âmbito do Direito do Trabalho.

A palavra *fontes*, como se sabe, comporta relativa variedade conceitual. Além da acepção estrita de nascente, o verbete é utilizado no sentido metafórico, traduzindo a ideia de início, princípio, origem, causa. Nesta acepção metafórica, fonte seria “a causa donde provêm efeitos, tanto físicos como morais”⁽⁴⁾.

A teoria jurídica captou a expressão em seu sentido metafórico. Assim, no plano dessa teoria, *fontes do Direito consubstancia a expressão metafórica para designar a origem das normas jurídicas*.

2. Classificação

A Ciência do Direito classifica as fontes jurídicas em dois grandes blocos, separados segundo a perspectiva de enfoque do fenômeno das fontes. Trata-se da conhecida tipologia *fontes materiais “versus” fontes formais*.

Enfocado o momento pré-jurídico (portanto, o momento anterior à existência do fenômeno pleno da regra), a expressão fontes designa *os fatores que conduzem à emergência e construção da regra de Direito*. Trata-se das *fontes materiais*. Enfocado, porém, o momento tipicamente jurídico (portanto, considerando-se a regra já plenamente construída), a mesma expressão designa *os mecanismos exteriores e estilizados pelos quais essas regras se revelam para o mundo exterior*. Trata-se das *fontes formais*.

A) Fontes Materiais — As *fontes materiais* dividem-se, por sua vez, em distintos blocos, segundo o tipo de fatores que se enfoca no estudo da construção e mudanças do fenômeno jurídico. Pode-se falar, desse modo, em fontes materiais econômicas, sociológicas, políticas e, ainda, filosóficas (ou *político-filosóficas*), no concerto dos fatores que influenciam a formação e transformação das normas jurídicas.

(4) CALDAS AULETE. *Dicionário Contemporâneo da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Delta, 1986, p. 876.

Sabe-se que, **do ponto de vista histórico**, os fatores materiais tendem a atuar conjugadamente, no processo de indução à elaboração ou modificação do fenômeno do Direito; entretanto, mesmo assim, persiste nítida diferenciação entre eles.

As fontes materiais do Direito do Trabalho, **sob a perspectiva econômica**, estão, regra geral, atadas à existência e evolução do sistema capitalista. Trata-se da Revolução Industrial, no século XVIII, e suas consequências na estruturação e propagação do sistema econômico capitalista; da forma de produção adotada por esse sistema, baseada no modelo chamado *grande indústria*, em oposição às velhas fórmulas produtivas, tais como o artesanato e a manufatura. Também são importantes fatores que favoreceram o surgimento do ramo justralhista a concentração e centralização dos empreendimentos capitalistas, tendência marcante desse sistema econômico-social.

Todos esses fatos provocaram a maciça utilização de força de trabalho, nos moldes empregatícios, potencializando, na economia e sociedade contemporâneas, a categoria central do futuro ramo justralhista, a relação de emprego.

As fontes materiais justralhistas, **sob a perspectiva sociológica**, dizem respeito aos distintos processos de agregação de trabalhadores assalariados, em função do sistema econômico, nas empresas, cidades e regiões do mundo ocidental contemporâneo. Esse processo, iniciado no século XVIII, especialmente na Grã-Bretanha, espalhou-se para a Europa Ocidental e norte dos Estados Unidos, logo a seguir, atingindo proporções significativas no transcorrer do século XIX. A crescente urbanização, o estabelecimento de verdadeiras cidades industriais e operárias, a criação de grandes unidades empresariais, todos são fatores sociais de importância na formação do Direito do Trabalho: é que tais fatores iriam favorecer a deflagração e o desenvolvimento de processos incessantes de reuniões, debates, estudos e ações organizativas por parte dos trabalhadores, em busca de formas eficazes de intervenção no sistema econômico circundante.

As fontes materiais justralhistas, **sob o ponto de vista político** — ainda que guardando forte relação com a perspectiva sociológica já examinada —, dizem respeito aos movimentos sociais organizados pelos trabalhadores, de nítido caráter reivindicatório, como o movimento sindical, no plano das empresas e mercado econômico, e os partidos e movimentos políticos operários, reformistas ou de esquerda, atuando mais amplamente no plano da sociedade civil e do Estado. Observe-se, a propósito, que a dinâmica sindical, nas experiências clássicas dos países capitalistas desenvolvidos, emergiu não somente como veículo indutor à elaboração de regras justralhistas pelo Estado; atuou, combinadamente a isso, como veículo produtor mesmo de importante espectro do universo jurídico laboral daqueles países (**no segmento das chamadas fontes formais autônomas**).

As fontes materiais justralhistas, *sob o ponto de vista filosófico*, correspondem às ideias e correntes de pensamento que, articuladamente entre si ou não, influenciaram na construção e mudança do Direito do Trabalho. Em um primeiro instante, trata-se daquelas vertentes filosóficas que contribuíram para a derrubada da antiga hegemonia do ideário liberal capitalista, preponderante até a primeira metade do século XIX. Tais ideias antiliberalistas, de fundo democrático⁽⁵⁾, propunham a intervenção normativa nos contratos de trabalho, seja por meio das regras jurídicas produzidas pelo Estado, seja por meio daquelas criadas pela negociação coletiva trabalhista, visando à atenuação do desequilíbrio de poder inerente à relação de emprego. Nesta linha, foram típicas fontes materiais, sob o prisma filosófico, o socialismo, nos séculos XIX e XX, e correntes político-filosóficas afins, como o trabalhismo, o socialismo-cristão, etc.

Além dessas correntes de caráter socialista, trabalhista, social-democrático e congêneres, existem outras linhas de pensamento sistematizado que influenciaram, nos últimos cem anos, a criação ou a mudança do Direito do Trabalho. Citem-se, por ilustração, o bismarckianismo, no final do século XIX, o fascismo-corporativismo, na primeira metade do século XX, e o *keynesianismo* dos anos de 1930 até fins dos anos de 1970, nos EUA e Europa Ocidental.

Finalmente, na direção desconstrutivista do Direito do Trabalho, mencione-se o neoliberalismo, que se fortaleceu nas últimas décadas do século XX e início do século XXI no mundo ocidental, reestruturando em seu redor a própria hegemonia política do novo *capitalismo de finanças*. O neoliberalismo tornou-se, contemporaneamente, a ideologia de combate à justiça social, à busca da maior igualdade e fraternidade na estruturação e convivência sociais e, por consequência, na ideologia que protagoniza o assédio constante e multidimensional às políticas públicas de caráter social. Entre essas políticas públicas destacam-se as que se consubstanciaram na estruturação e funcionamento do Direito do Trabalho, do Direito da Seguridade Social e do conjunto diferenciado dos denominados “direitos sociais” (direitos sociais do trabalho, direitos sociais de seguridade social, direitos sociais de saúde, direitos sociais de educação, direitos sociais de transporte massivo, etc.).

Conforme se percebe, por intermédio da recente hegemonia articulada pelo neoliberalismo no Ocidente — deflagrada em fins dos anos de 1970 e décadas seguintes —, confere-se nova dimensão à crucial dualidade político-filosófica dos tempos modernos, expressada na antítese democracia “*versus*” *autocracia*. Contemporaneamente tende a se contrapor, pela *clivagem neoliberalista*, o *Estado de Bem-Estar Social* (fórmula que melhor

(5) Ideias de fundo democrático, à proporção que combatiam o ideário elitista do liberalismo primitivo e propunham formas de intervenção, no sistema econômico-social dominante, pelos vastos setores sociais despossuídos de riqueza, em particular os trabalhadores.

consagrou as políticas sociais no mundo ocidental, inclusive o Direito do Trabalho, e especialmente a Democracia) e o modelo neoliberalista de hegemonia de mercado, em que o espaço para as políticas sociais tende a ser cada vez mais reduzido.⁽⁶⁾

B) Fontes Formais — Na pesquisa e conceituação das *fontes formais*, procura-se o fenômeno de exteriorização final das normas jurídicas, os mecanismos e modalidades mediante os quais o Direito transparece e se manifesta. Portanto, são fontes formais os meios de revelação e transparência da norma jurídica — os *mecanismos exteriores e estilizados pelos quais as normas ingressam, instauram-se e cristalizam-se na ordem jurídica*.

Há uma discussão teórica relevante acerca do estuário das fontes jurídicas formais: discute-se sobre a unidade ou pluralidade dos núcleos de produção das fontes formais do Direito, os chamados *centros de positivação jurídica*. Duas teorias principais tratam do tema: a monista e a pluralista.

A *teoria monista*, de filiação positivista, capitaneada por *Hans Kelsen*, sustenta que as fontes formais do Direito derivam de um único centro de positivação, o Estado, caracterizado como o único dotado de coerção/sanção. Já a *teoria pluralista* não considera válida a tese do exclusivismo estatal, sustentando a clara existência de distintos centros de positivação jurídica ao longo da sociedade civil, como o demonstram, ilustrativamente, o costume e os instrumentos jurídicos da negociação coletiva trabalhista (contrato coletivo, convenção coletiva ou acordo coletivo do trabalho). Para a vertente pluralista, a circunstância de se reconhecer no Estado o centro hegemônico de positivação jurídica não impede a percepção da nítida convivência, no âmbito societário, de outros núcleos de produção de fontes formais do Direito.

Na verdade, a teoria monista busca conferir consistência à conclusão teórica kelseniana de reduzir todo o fenômeno jurídico à *regra*, limitando a própria abrangência desta à matriz estatal. É muito duvidoso, contudo, o respaldo científico dessa proposição reducionista. Observe-se, ilustrativamente, o costume: essa fonte formal do Direito (definitivamente não produzida pelo aparelho de Estado) encontra seu fundamento de validade e eficácia na própria e reiterada legitimação sociopolítica e cultural em que emerge e se reproduz, e não certamente em uma chancela estatal *a posteriori* — embora a lógica monista insista na validação, em última instância, pelo veio institucionalizado do Estado como requisito de ingresso do costume na ordem jurídica. O mesmo ocorre com inúmeras regras coletivas privadas, que regulam relações jurídicas concretas em direções sequer ventiladas pela ordem

(6) Para melhor estudo dessa fase histórica contemporânea ocidental, em que vicejam fontes materiais desconstrutivistas do Direito do Trabalho, consultar DELGADO, Mauricio Godinho. *Capitalismo, Trabalho e Emprego* — entre o paradigma da destruição e os caminhos da reconstrução. 3. ed. São Paulo: LTr, 2017.

justrabalhista estatal. Tudo isso demonstra que a ideia kelseniana de fundamentação estatal em última instância de todo o Direito padece de parca consistência teórica, não obstante o reconhecimento de diversas outras fundamentais contribuições desse autor à Ciência do Direito⁽⁷⁾.

Heteronomia e Autonomia — A percepção da diversidade de centros de posituação de normas jurídicas em certo ordenamento sistematizado do Direito é crucial à correta percepção do caráter desse ordenamento jurídico. É crucial até mesmo à própria compreensão do universo político correspondente à respectiva sociedade e Estado envolvidos. É que, como já discutido nos Capítulos III e IV deste Curso, há estreita correlação entre centralização justrabalhista estatal e autocracia, ao passo que também há estreita correlação entre descentralização de núcleos de posituação justrabalhista e ordem democrática.

A respeito da percepção dessa diversidade, tornou-se hoje relevante a tipologia de fontes jurídicas formais estabelecida em torno das chamadas fontes formais *heterônomas* e fontes formais *autônomas* do Direito. A tipologia, na verdade, constrói-se a partir de uma dualidade de critérios, a *origem da norma* (centro de posituação) e o *método de sua produção* (com ou sem participação de seus destinatários principais). É curioso perceber que tal classificação examinada foi sugerida pelo mesmo monista *Hans Kelsen*, indicando que o próprio monismo reconhece a força da distinção que busca esmaecer⁽⁸⁾.

Heterônomas seriam as normas cuja produção não se caracteriza pela imediata participação dos destinatários principais das normas regras jurídicas. São, em geral, as normas de direta origem estatal, como a Constituição, as leis, medidas provisórias, decretos e outros diplomas produzidos no âmbito do aparelho do Estado (é também *heterônoma* a hoje cada vez mais singular fonte justrabalhista brasileira denominada *sentença normativa*).

Autônomas seriam as normas cuja produção caracteriza-se pela imediata participação dos destinatários principais das normas produzidas. São, em geral, as normas originárias de segmentos ou organizações da sociedade civil, como os costumes ou os instrumentos da negociação coletiva privada (contrato coletivo, convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho). As normas *autônomas* — *caso coletivamente negociadas e construídas* — consubstanciam um autodisciplinamento das condições de vida e trabalho pelos próprios interessados, tendendo a traduzir um processo crescente de democratização das relações de poder existentes na sociedade.

Na dimensão de suas fontes normativas, o Direito do Trabalho inscreve notável especificidade perante o Direito Comum — compreendido este como

(7) A respeito, ver AFONSO, Elza Maria Miranda. *O Positivismo na Epistemologia Jurídica de Hans Kelsen*. Tese de Doutorado. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 1984.

(8) KELSEN, Hans. *Teoría General del Estado*. México: Nacional, 1948, p. 470-471.

o estuário jurídico geral e obrigacional básicos do Direito Civil. É que o ramo trabalhista desponta como o ramo jurídico contemporâneo (em particular nos países centrais, embora também no Brasil, a partir da Constituição de 1988) que mais se integra de normas autônomas. Por essa razão, a pesquisa da modernidade e da democratização, no Direito do Trabalho — em especial em contextos de forte tradição heterônoma, como o Brasil — conduz à busca e percepção de mecanismos jurídicos que autorizem e favoreçam a produção autônoma coletiva de normas no universo jurídico especializado — dinâmica que, inegavelmente, se propagou, no País, a contar do advento da Constituição Federal de 1988.

É claro que essa produção autônoma *não pode ser contraditória ao núcleo essencial do Direito do Trabalho, mas a ele harmonicamente ajustada*. Os critérios orientadores desse ajuste são dados, por exemplo, pelos princípios trabalhistas e pelos critérios de hierarquização de normas jurídicas vigorantes no ramo jurídico especializado, a serem, oportunamente, estudados na presente obra⁽⁹⁾.

C) Normas, Princípios e Regras — A composição do Direito faz-se por meio das *normas jurídicas*, isto é, preceitos gerais, abstratos, impessoais, imperativamente aplicáveis à vida social. A *natureza normativa* é requisito qualitativo essencial dos componentes da ordem jurídica; assim, todos os seus componentes têm de se qualificar como normas jurídicas, em sentido amplo — sob pena de não a integrem.

O conceito de norma jurídica, em sentido amplo, engloba dois componentes específicos, segundo a doutrina hegemônica contemporânea: a *regra jurídica* (ou norma jurídica, em sentido estrito) e o *princípio jurídico*.

Regra jurídica é o preceito geral, abstrato, impessoal, aprovado segundo ritos e formalidades institucionalizados, que incide imperativamente sobre fatos, atos ou situações da vida social. A regra jurídica pode, sem dúvida, ostentar certos objetivos e âmbito de incidência delimitados e específicos, circunstância que não afasta seu caráter de generalidade: é que em todas aquelas situações, fatos ou atos abstratamente previstos, a regra incidirá.

Naturalmente que a regra jurídica poderá incidir de forma supletiva — circunstância que não afasta suas qualidades de norma jurídica. Isso porque o preceito (ou o próprio sistema jurídico circundante) é que previu

(9) Para exame do debate sobre a harmonização das regras coletivas negociadas ao universo normativo heterônomo do Direito do Trabalho, reportar-se a três tópicos do presente livro: hierarquia entre as fontes trabalhistas (no presente Capítulo V, item VII), princípio da aderência contratual (neste Capítulo V, item V. 1) e o estudo sobre os princípios do Direito do Trabalho, em especial princípio da adequação setorial negociada, no Capítulo XXXIV, item V. Sobre o tema dos princípios, consultar, também, a obra deste autor, *Princípios Constitucionais do Trabalho e Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2017 (1. ed.: 2001).

sua não incidência prioritária sobre a situação hipotética, permitindo que os particulares fixem condutas próprias alternativas. Contudo, trata-se de concessão soberana da norma, que passará a incidir em caso de silêncio da cláusula específica alternativa.

Princípios jurídicos são *proposições gerais inferidas da cultura e do ordenamento jurídicos que conformam a criação, revelação, interpretação e aplicação do Direito.*⁽¹⁰⁾

Os princípios *tendem* a ostentar um grau de generalidade, abstração e impessoalidade mais acentuado do que as regras jurídicas, considerado, é claro, o âmbito próprio de sua conformação e atuação. Nessa medida, mesmo os princípios especiais de certo ramo jurídico tendem a ostentar, naquele ramo, esse grau mais acentuado de generalidade, abstração e impessoalidade, embora sejam, evidentemente, mais específicos do que os princípios do Direito de caráter e abrangência gerais e, até mesmo, mais específicos do que regras gerais do Direito. Por razões lógicas, repita-se, é necessário, nesse enquadramento, considerar o âmbito próprio de conformação e atuação do princípio destacado.

A concepção normativa dos princípios jurídicos (princípios como efetivas *normas jurídicas*, ao invés de meras proposições ideais) é construção doutrinária recente, que se elaborou em meio à emergência do *Constitucionalismo Humanista e Social* europeu de depois da Segunda Guerra Mundial. Hoje é concepção fortemente acolhida pela jurisprudência mais atualizada.⁽¹¹⁾

III. FONTES FORMAIS JUSTRABALHISTAS: TIPOS JURÍDICOS

As fontes formais justrabalhistas classificam-se, como visto, em heterônomas e autônomas.

O Direito do Trabalho brasileiro constitui-se das seguintes fontes heterônomas: Constituição; leis (inclusive medidas provisórias); tratados e convenções internacionais favorecidos por ratificação e adesão internas; regulamentos normativos (expedidos mediante decretos do Presidente da República); sentenças normativas.

Constitui-se, ainda, esse ramo jurídico especializado das seguintes fontes autônomas: costumes; convenções coletivas de trabalho; acordos

(10) DELGADO, Mauricio Godinho. *Princípios Constitucionais do Trabalho e Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho*. 5. ed., São Paulo: LTr, 2017, p. 18.

(11) Para análise dessa nova compreensão acerca dos princípios jurídicos, sua elaboração no Ocidente, com alguns dos mais destacados autores envolvidos, consultar o Capítulo I (“Princípios de Direito — conceituação e funções”) da obra de DELGADO, Mauricio Godinho. *Princípios Constitucionais do Trabalho e Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho*. 5. ed., São Paulo: LTr, 2017, especialmente o tópico III.2.C: “Função Normativa Própria e Concorrente”, p. 22-26.

coletivos de trabalho. Neste grupo, merece estudo, ainda, a figura do contrato coletivo de trabalho, que, embora ainda não tipificada por lei, no País, nem objeto de significativa concretização empírica pelo movimento sindical, tem o valor de importante referência teórica nos estudos sobre a democratização do Direito Coletivo do Trabalho no Brasil.

Reitere-se, em suma, que, desde que se configure um ato-regra (*Léon Duguit*), isto é, um ato jurídico criador de normas jurídicas gerais, impessoais, abstratas, dotadas de sanção, está-se perante uma fonte formal do Direito — no caso, do Direito do Trabalho.

Existem figuras que têm um posicionamento dúbio no contexto da tipologia aqui referida. É o que ocorre com a arbitragem e sua fonte formal resultante, o *laudo arbitral*. Efetivamente, como será examinado, o laudo arbitral, não obstante considerado fonte heterônoma, tem, ao mesmo tempo, importantes características claramente próximas às fontes autônomas justralhistas.

Há, ainda, outros institutos cuja classificação no próprio plano das fontes do Direito tem sido fortemente contestada. É o que se passa, por exemplo, com o *regulamento empresarial*.

Por fim, há figuras que se encontram em certa zona turva, ora sendo consideradas fontes normativas típicas, ora lhes sendo negada essa qualidade, mesmo no âmbito do Direito do Trabalho. É o que se observa com a *jurisprudência*. De certo modo, essa dúvida também já ocorreu, no passado, com os *princípios gerais do Direito (e princípios especiais do ramo justralhista)*.⁽¹²⁾

Os autores tendem, também, a fazer referência a figuras como a *doutrina* e a *analogia*, quando em exame o tema das fontes. Nestes casos, a referência é efetuada, em geral, com o intuito de esclarecer que tais figuras não compõem, tecnicamente, o espectro de fontes reveladoras do fenômeno do Direito.

IV. FONTES HETERÔNOMAS DO DIREITO DO TRABALHO

1. Constituição

A Ciência do Direito informa que a Constituição representa fonte normativa dotada de prevalência na ordem jurídica. Ela é que confere validade — fundamento e eficácia — a todas as demais normas jurídicas existentes

(12) Naturalmente que a concepção normativa dos princípios jurídicos, como visto, destaca-se hoje como absolutamente hegemônica. Porém, antes da Segunda Guerra Mundial, não era o que acontecia. Sobre o tema, consultar o tópico II.2, retro, do presente capítulo, intitulado “Normas, Princípios e Regras”, além do Capítulo VI deste Curso (“Princípios do Direito do Trabalho”). Se necessário, consultar o Capítulo I (“Princípios de Direito — conceituação e funções”) da obra de DELGADO, Mauricio Godinho. *Princípios Constitucionais do Trabalho e Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho*. 5. ed., São Paulo: LTr, 2017.

em determinado contexto jurídico nacional. Observe-se que o fundamento de validade surge, em geral, por abstração negativa, o que significa que a norma infraconstitucional será válida e eficaz desde que não agrida norma constitucional estabelecida (isto é, princípio ou regra constitucionais).

O cotejo das normas jurídicas infraconstitucionais com os princípios e regras constitucionais provoca, como se sabe, distintos fenômenos relevantes. Trata-se da revogação, da recepção e da invalidação. A seu lado, fala-se ainda no controvertido fenômeno da desconstitucionalização.

A *revogação* (ou não recepção) ocorre quando a antiga norma infraconstitucional é suprimida da ordem jurídica, tácita ou expressamente, por não se compatibilizar com o novo quadro constitucional emergente. A *recepção*, por sua vez, acontece quando a antiga norma infraconstitucional preserva-se na ordem jurídica, por se mostrar compatível com o novo quadro constitucional emergente. Finalmente, a *invalidação* se passa quando a norma produzida choca-se com a ordem constitucional em vigor, esterilizando-se por declaração de inconstitucionalidade.

Nesse quadro de conflito e adequação de normas, fala-se, também, na chamada *desconstitucionalização*. Esta corresponderia à manutenção de preceito constitucional como norma legal comum após a revogação da velha Constituição, desde que o preceito preservado não colida com regras e princípios da nova Constituição. Tal mecanismo, porém, não opera efeitos automáticos, no sistema brasileiro pelo menos (ao contrário das três outras figuras mencionadas). No País, a desconstitucionalização somente ocorre caso surja norma jurídica específica consagrando no plano infraconstitucional o velho preceito maior.

A) Sentido Material e Sentido Formal — No presente estudo é interessante lembrar que antiga tradição constitucionalista liberalista, capitaneada por *Thomas Cooley* e seguida pelos primeiros constitucionalistas brasileiros (ilustrativamente, *Rui Barbosa*), apontava uma tipologia formal de regras constitucionais, construída segundo a *matéria* envolvida na Carta Maior. A partir desse critério, classificar-se-ia como *constituição em sentido material* o conjunto de regras relativas à estruturação e dinâmica do Estado, às entidades estatais descentralizadas, aos órgãos do poder estatal e, finalmente, à declaração de direitos. Tais temas (e respectivos princípios e regras) despontariam como matéria constitucional típica, configurando o conteúdo clássico de uma Constituição.

A seu lado haveria a *constituição em sentido formal*. Esta expressão compreenderia o conjunto de regras não substantivamente constitucionais (em conformidade com a matéria, é claro); porém, seriam regras que, em face de sua inserção no corpo da Carta Política, teriam passado a adquirir, circunstancialmente, o estatuto de norma constitucional.

Na verdade, essa antiga tipologia padece de inquestionável formalismo, evidenciando ter como suposto a ideia do fenômeno jurídico como algo cristalizado e estático. Construída a partir do modelo liberal primitivo do constitucionalismo de mais de duzentos anos atrás, obviamente que tal classificação não poderia assimilar as modificações substantivas vivenciadas pela realidade constitucional mais recente. Nessa linha, a evolução das sociedades ocidentais não manteve intocado, é claro, o receituário cultural das revoluções constitucionalistas liberais originárias, oriundas dos séculos XVII e XVIII e, de certo modo, ainda muito influentes em parte do século XIX. O desenvolvimento sociocultural posterior conduziu à incorporação ao cenário jurídico de perspectivas e temáticas novas, suplantando a construção teórica liberal e individualista subjacente à classificação enunciada acima.

No novo quadro surgido, envolvendo sociedades democráticas (e não meramente liberais), tornou-se inevitável se ampliar, por exemplo, o conceito de *declaração de direitos*, de modo a nele englobar o largo universo de *direitos sociais e coletivos*, com *status* de matéria constitucional basilar. Tornou-se inevitável, assim, ampliar-se o conceito de *constituição em sentido material*, para abranger temas concernentes à moderna prevalência das concepções sociais e coletivas de estruturação do Estado e da ordem jurídico-social.

Mais do que isso, quando desponta no constitucionalismo contemporâneo europeu, depois da Segunda Guerra Mundial, o novo e decisivo conceito de *Estado Democrático de Direito*, assumem papel nuclear nesse avançado paradigma constitucional a pessoa humana e sua dignidade, os direitos trabalhistas, individuais e coletivos, além dos direitos sociais em geral, passando todos a compor o vértice da estruturação das Constituições regentes de efetivos Estados Democráticos de Direito. Com isso perde contato com a realidade histórica e com as próprias exigências de cientificidade a velha dualidade liberalista *constituição em sentido formal* versus *constituição em sentido material*.

Na tradição política brasileira, a primeira Constituição a enfatizar direitos justralhistas foi a de 1934, de curtíssima duração (suspensa, no essencial, já pelo *estado de sítio* de 1935). A partir desse primeiro experimento, todas as subsequentes constituições incorporaram em seu interior preceitos de Direito do Trabalho (Cartas de 1937, 1946, 1967 e 1969). A Constituição de 1988, entretanto, ocupa posição singular nesse universo, por emergir como a mais relevante Carta de Direitos já escrita no País, firmando, pela primeira vez no âmbito constitucional, uma perspectiva coletiva e social na apreensão dos direitos e institutos considerados⁽¹³⁾.

(13) A respeito desse papel da Constituição de 1988, ver o Capítulo IV deste Curso, sobre a origem e desenvolvimento do Direito do Trabalho no Brasil. Consultar também o livro *Constituição da República e Direitos Fundamentais — Dignidade da Pessoa Humana, Justiça Social e Direito do Trabalho*, de Mauricio Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado (1. ed., São Paulo: LTr, 2012; 4. ed., 2017).

B) Eficácia Jurídica da Constituição — Por *eficácia jurídica* deve-se compreender a aptidão formal de uma norma jurídica para incidir sobre a vida material, regendo relações concretas. O exame da eficácia das normas jurídicas constitucionais é dimensão de notável relevância no Direito Constitucional, notadamente em sociedades, como a brasileira, caracterizadas por recorrentes alterações políticas e constitucionais. É fundamental à Ciência do Direito elaborar claros e objetivos critérios informadores da eficácia das normas constitucionais, na proporção em que estas se qualificam como os preceitos diretores mais relevantes do conjunto da ordem jurídica.

A esse propósito, duas teorizações principais têm se confrontado, elegendo critérios distintos — com efeitos também distintos — sobre a eficácia das normas jurídicas constitucionais. Há a vertente tradicional, inspirada na obra de antigos constitucionalistas, como *Thomas Cooley* e *Rui Barbosa* e a que se filiam ainda autores contemporâneos, como *Manoel Gonçalves Ferreira Filho*. Há, por outro lado, a vertente moderna, inspirada em juristas do Pós-Segunda Guerra Mundial, como o italiano *Vezio Crisafulli*, e desenvolvida no Brasil por autores como *José Afonso da Silva*, *Michel Temer* e *Maria Helena Diniz*.

a) **Vertente Tradicional** — A teor da leitura proposta pela vertente tradicional, existiriam dois tipos de normas constitucionais, considerada a sua eficácia jurídica: normas autoexecutáveis e normas não autoexecutáveis.

Autoexecutáveis seriam aquelas normas que têm aplicabilidade imediata. Completas e definidas quanto à hipótese de incidência e seu conteúdo normativo (e no tocante à forma de se concretizarem), tais dispositivos bastam-se a si mesmos, tendo, desse modo, aptidão formal para incidir e reger imediatamente situações fáticas concretas.

Não autoexecutáveis, por sua vez, são aquelas normas insuscetíveis de incidência e aplicação imediata, por dependerem de regra infraconstitucional ulterior que as complemente ou especifique. Pairam em certo limbo jurídico, sem aptidão para reger situações da vida concreta. Tecnicamente, sequer poderiam ser tidas como fontes do Direito, dado não criarem, enquanto não completadas por lei, direito subjetivo ou pretensão material em favor de qualquer titular.

Tais normas não autoexecutáveis englobam três tipos de preceitos: a) *normas incompletas*: não suficientemente definidas, seja quanto à hipótese de incidência, seja quanto à sua efetiva disposição de conteúdo. Ex.: criação de institutos processuais sem indicação do procedimento aplicável (art. 5º, LXXI, CF/88 — “mandado de injunção”)⁽¹⁴⁾; b) *normas condicionadas*: embora

(14) A jurisprudência mais recente do Supremo Tribunal Federal, contudo, evoluiu significativamente, conferindo completa efetividade ao instituto processual do *mandado de injunção*, independentemente do surgimento de qualquer especificação normativa a seu respeito.

pareçam suficientemente definidas quanto à hipótese e ao aspecto dispositivo, foram condicionadas, pelo Texto Magno, a uma lei posterior, que deverá precisar seus elementos integrantes (art. 7º, XXI, CF/88 — “aviso-prévio proporcional”)⁽¹⁵⁾; c) *normas programáticas*: indicam planos ou programas de atuação societária ou governamental, direcionando o futuro desenvolvimento jurídico. Tanto supõem lei subsequente para sua complementação ou regulamentação, como também exigem medidas administrativas para que possam se tornar efetivas.

A diferenciação acima não afasta a conclusão de que a tipologia tradicional retira qualquer aptidão para incidência e aplicação concretas (qualquer eficácia, portanto) a qualquer dos três tipos classificados de normas não autoexecutáveis. Mais que isso, tal diferenciação evidencia, claramente, que a tipologia examinada alarga ao máximo a noção de impotência das normas constitucionais, conduzindo à curiosa situação de ineficácia de grande parte de uma novel Constituição promulgada. Como se vê, a conhecida afirmação de *Bielsa*, de que as normas programáticas não teriam *virtualidade jurídica*, acaba por ser extensiva a todo tipo de norma constitucional não autoexecutável, como aventado pela tipologia tradicional.

b) Vertente Moderna — O enfoque de construção do critério de análise da eficácia das normas constitucionais privilegiado pela vertente moderna é sumamente diverso do enfoque tradicional.

A vertente moderna parte do suposto (na verdade, inquestionável axioma) de que a Constituição resulta de pacto político fundamental da sociedade envolvida, direcionando a estrutura nuclear das relações essenciais existentes naquela sociedade. É documento político e jurídico que deriva, em geral, de momentos decisivos da história política dos povos civilizados contemporâneos. Tais qualidades inerentes à ideia de Constituição não permitem que se negue às normas contidas nesse Texto Máximo imediata aptidão para incidir e reger situações e relações fático-jurídicas concretas. Se a Ciência do Direito construiu tipologia e critério inábeis a apreender e conferir consequência ao conceito e sentido básico de uma Constituição, como diploma máximo de uma realidade sociopolítica, cabe se suplantarem tal tipologia e critério em favor de outra sistemática teórica que consiga conferir efetiva prevalência e utilidade jurídicas às normas constitucionais historicamente pactuadas em uma certa sociedade.

(15) A partir de indução enviada, indiretamente, ao Parlamento pelo Supremo Tribunal Federal, em meados de 2011, no início do julgamento dos Mandados de Injunção n. 943, 1011, 1074 e 1090, sinalizando a Corte Máxima que iria regular a proporcionalidade do aviso-prévio prevista pelo art. 7º, XXI, da Constituição, o Parlamento aprovou rapidamente projeto de lei nessa direção, dando origem à Lei n. 12.506, de 11.10.2011 (Diário Oficial de 13 de outubro/11). Com isso, tornou-se normatizada a proporcionalidade do aviso-prévio *por ano de serviço prestado na mesma empresa* (parágrafo único do art. 1º da Lei n. 12.506/2011). Neste Curso, consultar o Capítulo XXIX, item VII (“O Aviso-Prévio nas Rupturas Contratuais”).

Nessa linha, a vertente moderna, liderada no Brasil pelo jurista *José Afonso da Silva*, tende a classificar as normas componentes de uma Constituição, no tocante à sua eficácia jurídica, em preceitos de três tipos principais: a) *normas de eficácia plena*; b) *normas de eficácia contida*; c) *normas de eficácia limitada*.⁽¹⁶⁾

O enfoque aqui adotado, como visto, é antitético ao incorporado pela vertente tradicional: a presente tipologia compreende que a norma constitucional, como preceito maior e politicamente legitimador da própria ordem jurídica interna, é, antes de tudo, válida, eficaz e aplicável, incidindo imediatamente sobre situações fático-jurídicas concretas⁽¹⁷⁾. A diferenciação constrói-se agora não em torno da negativa à eficácia da norma, mas em torno da maior ou menor intensidade da eficácia imediata característica da norma constitucional examinada.

De *eficácia plena* são as normas que têm aplicação imediata e integral, independentemente de legislação posterior para o alcance de sua cabal operatividade. São preceitos que não necessitam da intermediação do legislador infraconstitucional para que alcancem imediata aptidão para regência de situações concretas. Inúmeros são seus exemplos no texto de 1988: arts. 1º e 2º, CF/88 (“Federação”, “Poderes da União”); art. 7º, III, XIII e XVII, CF/88 (“FGTS”, “duração semanal do trabalho de 44 horas”, “1/3 sobre férias”).

De *eficácia contida* são aquelas normas constitucionais cuja eficácia seja redutível ou restringível por diploma infraconstitucional, conforme autorizado pela própria Constituição. Essas normas jurídicas têm aplicabilidade imediata, mas podem ter seu alcance reduzido (por isso fala-se em eficácia contida) pelo legislador infraconstitucional, segundo comando oriundo da própria Constituição. São, em geral, as normas que enunciam direitos com o preceito suplementar “... na forma que a lei estabelecer”. Observe-se: não sendo editada a legislação complementar regulamentadora (e restritiva), a norma constitucional (e seu princípio subjacente) firma-se em vigor. O jurista *Temer* lança um significativo exemplo: art. 5º, XIII, CF/88 (“É livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais

(16) A presente tipologia está em SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, 3. ed., São Paulo: Malheiros, 1998, p. 81-87. Ver também os capítulos II, III e IV da mesma obra (p. 88-166). Mesmo na edição de 1982, anterior à atual Constituição, o jurista já diferenciava estas três citadas categorias de normas constitucionais, em conformidade com sua eficácia jurídica. In: *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 71-72 e seguintes.

(17) Como enfatiza José Afonso da Silva, cabe repetir certa “... premissa já tantas vezes enunciada: não há norma constitucional alguma destituída de eficácia”. In: *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, 3. ed., São Paulo: Malheiros, 1998, p. 81.

que a lei estabelecer”). E conclui: não editada legislação regulamentadora, o princípio do livre exercício é pleno — e não inexistente (como resultaria da leitura proposta pela matriz tradicional)⁽¹⁸⁾.

Ressalte-se, finalmente, que a norma de eficácia contida possui, ainda, importante *efeito esterilizante negativo* sobre as normas infraconstitucionais que lhe sejam antitéticas ou incompatíveis — efeito não percebido pelo critério teórico tradicional. A simples circunstância de esse tipo de norma invalidar a continuidade ou emergência de preceitos antagônicos ou incompatíveis já lhe confere substantiva eficácia no contexto da ordem jurídica global envolvida.

Normas de *eficácia limitada* são aqueles preceitos constitucionais que dependem da emissão de uma normatividade futura para alcançar plena eficácia. Tais normas têm eficácia jurídica imediata, *embora seja significativamente limitada essa eficácia*. Cabe ao legislador ordinário integrar a eficácia de tais normas, mediante lei que lhes confira aptidão de execução em termos da regulamentação dos interesses constitucionalmente visados. Embora sua eficácia seja menos intensa do que a característica aos dois tipos anteriores de normas constitucionais, tais preceitos também *não* estão destituídos de uma relativa eficácia jurídica: é que eles têm aptidão para obstar a edição de normas infraconstitucionais de sentido antitético ou incompatível ao incorporado no preceito constitucional vigorante, invalidando tais normas antagônicas⁽¹⁹⁾. Esse *efeito esterilizante negativo sobre a normatividade antagônica ou incompatível* traduz-se, portanto, na mínima eficácia de que se reveste qualquer preceito constitucional vigorante.

Os preceitos de eficácia limitada dividem-se em *normas de princípio institutivo* e *normas de princípio programático*⁽²⁰⁾. De princípio institutivo são aquelas normas que dependem de regra infraconstitucional para viabilizar instituições ou órgãos previstos na Constituição. Ilustra esse tipo de norma o artigo 18 do Texto Máximo de 1988, que trata da subdivisão e incorporação de estados na Federação brasileira. Já as normas de princípio programático são aquelas que firmam um programa constitucional a ser desenvolvido mediante legislação integrativa da vontade constitucional. Ex.: art. 205, CF/88 (“A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada...”)⁽²¹⁾.

(18) TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 27.

(19) É o que expõe Michel Temer, em obra de 1989, ao sustentar que as normas de eficácia limitada têm o efeito de “... impedir que o legislador comum edite normas em sentido oposto ao assegurado pelo constituinte, antes mesmo da possível legislação integrativa que lhes dê plena aplicabilidade”. In: ob. cit., p. 28. Por isso mesmo é que esse autor considera aplicáveis “... todas as normas constitucionais, pois todas são dotadas de eficácia jurídica”. *Ibidem*, p. 26.

(20) SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, s.d., citado por TEMER, Michel, ob. cit., p. 26-27.

(21) Conforme TEMER, Michel, ob. cit., p. 27.

c) Análise Comparativa — O contraponto das duas vertentes teóricas enfocadas demonstra que a regra geral da vertente moderna é a eficácia imediata incontestada das normas contidas em uma Constituição, ao passo que a regra geral da vertente tradicional é a ausência de potência e eficácia jurídicas imediatas dessas mesmas normas. Trazido esse contraponto à Constituição de 1988 — em que há extenso número de normas inovadoras em face do quadro constitucional anterior — percebe-se a gravidade da opção teórica tradicional.

Passemos ao exame de um fato significativo da História do Direito do Trabalho no Brasil, para se aferir o tipo de efeito sociojurídico resultante da adoção da orientação tradicional no quadro interpretativo de uma Constituição. Afinal, as Ciências Sociais informam ao estudioso do Direito que a história, no âmbito dos fatos humanos, é um dos mais satisfatórios critérios para se aferir a verdade. Então, vamos à análise histórica: tomemos uma situação justrabalhista ocorrida com a Constituição de 1946. Essa Constituição, em seu art. 157, III, estabelecia o direito a “*salário do trabalho noturno superior ao do diurno*”. Tratava-se de preceito claro, objetivo, de óbvia eficácia imediata, revogando ou invalidando qualquer norma que lhe fosse antagônica ou incompatível. Contudo, a jurisprudência, por longos anos desde 1946, fundada no critério teórico tradicional, insistiu na interpretação de que tal dispositivo constitucional não era autoaplicável, necessitando regulamentação...⁽²²⁾. Tal conduta interpretativa manteve viva, injustificavelmente, a perversa discriminação do art. 73, *caput*, *ab initio*, da CLT, que excluía os trabalhadores submetidos a turnos de revezamento da incidência da hora ficta entre 22:00 e 05:00 horas e adicional noturno de 20%. Apenas anos depois é que se pacificou o entendimento favorável à observância do princípio isonômico basilar, fixado mais de uma década atrás pela Constituição — sem que tenha havido, é claro, qualquer regulamentação do examinado art. 157, III, CF/46⁽²³⁾.

O fato é que a vertente tradicional não supera o impasse técnico-jurídico de não absorver, adequadamente, a precisa observância do princípio de hierarquia interna da ordem jurídica, tendo na Constituição seu ponto mais elevado. Afinal, como podem prevalecer normas jurídicas contrárias a normas constitucionais emergentes, apenas pelo fato de essas últimas não terem ainda reunido os elementos completos para seu funcionamento operacional? Ainda que não seja absoluta e completa a eficácia do preceito constitucional surgido,

(22) A respeito, ver DELGADO, Mauricio Godinho. *Jornada Especial de Trabalho: turnos ininterruptos de revezamento*, na obra do mesmo autor *Direito do Trabalho e Modernização Jurídica*. Brasília: Consulex, 1992. Outro estudo encontra-se em nossa obra *Jornada de Trabalho e Descansos Trabalhistas*, 2. ed., São Paulo: LTr, 1998, p. 61-64. Consultar também o Capítulo XXIII, item VII, do presente Curso.

(23) *Idem, ibidem*. O entendimento pela inconstitucionalidade da discriminação celetista firmou-se, posteriormente, pelas Súmulas ns. 213 e 214, STF, e antigo Prejulgado 01 do TST (ex-Enunciado 130).

ela existe pelo menos na proporção em que o novo preceito revoga ou esteriliza princípios e regras frontalmente antitéticos ou incompatíveis! Sem tal efeito mínimo, produz-se uma sistemática de injustificável prevalência de universo normativo adverso à Constituição, suprimindo efeito formal e prático à escala hierárquica de normas que distingue e demarca qualquer ordem jurídica.

C) Constituição: o desafio da efetividade — Um dos maiores desafios do Texto Máximo de 1988, em distintas esferas jurídicas, inclusive a trabalhista, reside na concretização de sua efetividade. Após promulgada a Constituição, passa à comunidade jurídica, especialmente ao Poder Judiciário, a importante atribuição de assegurar a sua efetividade.

Três obstáculos têm se reiterado, nas últimas décadas, de modo a comprometer o melhor cumprimento dessa decisiva atribuição institucional: de um lado, o ainda renitente (e injustificável) manejo, após 1988, de ultrapassada vertente tradicional, que nega eficácia jurídica a grande parte das normas da Constituição (tidas como não autoexecutáveis); ou, alternativamente, o manejo impróprio da teorização proposta pela vertente moderna, de maneira a suprimir, na prática, qualquer mínima eficácia jurídica a normas tidas como de *eficácia contida* ou de *eficácia limitada*.

De outro lado, a recusa a conferir efeitos jurídicos reais à função normativa dos princípios jurídicos e, em consequência, dos vários e decisivos princípios constitucionais. Um conjunto de princípios constitucionais convergentes (muitos, a propósito, bastante enfáticos, como, ilustrativamente, os listados no *caput* do art. 37 da Constituição — impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência) pode ser esvaziado de conteúdo, eficácia e efetividade caso considerada válida certa singela e ladina regra infralegal em sentido contrário; desse modo, esterilizam-se, no plano da vida real, princípios normativos cardeais do Texto Máximo. Na seara trabalhista, esta específica causa de não efetividade das normas constitucionais tem-se evidenciado em especial no exame de vários preceitos da CLT relativos à estruturação, regência e funcionamento dos sindicatos e atuação sindical, muitas vezes ainda considerados compatíveis com a Constituição.

Finalmente, a lacuna na construção e sedimentação — já se fazem mais de 25 anos desde outubro de 1988 — de uma permanente e reiterada *jurisprudência de valores constitucionais*, de natureza e direção essencialmente sociais, na linha dos princípios, regras, fundamentos e valores que melhor caracterizam a Constituição.

A superação desses três obstáculos é desafio que se mantém para toda a comunidade jurídica, sendo especialmente crucial para o intérprete conclusivo do Direito, consubstanciado no Judiciário.⁽²⁴⁾

(24) Com a reforma trabalhista de 2017 (Lei n. 13.467/17) tais desafios se amplificaram, pois foi colocada em questão parte relevante da matriz humanística e social da Constituição da

2. Lei (e Medida Provisória)

Lei, em acepção lata (*lei em sentido material*), constitui-se em toda norma de Direito geral, abstrata, impessoal, obrigatória, oriunda de autoridade competente e expressa em fórmula escrita (contrapondo-se, assim, ao costume).

Em acepção estrita (*lei em sentido formal*), é norma jurídica geral, abstrata, impessoal, obrigatória (ou conjunto de normas jurídicas: diploma legal) emanada do Poder Legislativo, sancionada e promulgada pelo Chefe do Poder Executivo. É a lei em sentido material aprovada segundo o rito institucional específico fixado na Constituição.

Existe, ainda, a expressão *lei formal*, que se refere à norma (ou diploma normativo) provinda do Poder Legislativo, sem o conteúdo de generalidade, impessoalidade e abstração que são inerentes ao sentido material e formal de lei, conforme exposto acima. A *lei formal* observa a forma e o rito da lei, faltando-lhe, contudo, as qualidades essenciais desta.

São tipos de lei, em sentido material e formal: lei complementar e lei ordinária. No conceito de lei em sentido material, entretanto, incluem-se, além dos dois tipos acima, as medidas provisórias, leis delegadas e até mesmo os decretos do Poder Executivo. Tais diplomas distinguem-se entre si, fundamentalmente, em face de seu órgão de origem e aprovação final, do *quorum* de sua votação, de sua matéria integrante e, ainda, de sua validade hierárquica no conjunto da ordem jurídica.

Nos sistemas jurídicos romano-germânicos — em que se encontra o Brasil — a lei (produto normativo heterônomo) surge como principal e dominante fonte normativa. No Direito Comum ela preserva sua incontestável hegemonia, em especial a partir da tradição codificadora inaugurada pelo Código Civil francês de 1804. Já no Direito do Trabalho a presença da lei adquire maior ou menor relevância segundo o nível de absorção, pelo sistema justaltrabalhista, da capacidade de organização e autorregulação dos segmentos sociais partícipes da relação de emprego (empregado e empregador, notadamente enquanto seres coletivos), produzindo um maior segmento de normas jurídicas autônomas.

De todo modo, como já estudado (Capítulo III, item VI), os diplomas *legais* têm menor importância e presença nos modelos de normatização autônoma e privatística (usualmente de matriz anglo-saxônica e norte-americana), ao passo que é notável sua presença e importância nos modelos

República, de sua principiologia constitucional do trabalho, a par da própria consistência de seu conceito de Estado Democrático de Direito. A respeito, consultar: DELGADO, M. G.; DELGADO, G. N. *A Reforma Trabalhista no Brasil* — com os comentários à Lei n. 13.467/2017 (São Paulo: LTr, 2017), especialmente seu Capítulo I (“A Matriz da Constituição de 1988”) e seu Capítulo II (“O Sentido da Reforma Trabalhista de 2017 em Comparação com a Matriz Constitucional de 1988”). A 2. edição da obra é de 2018.

de normatização privatística subordinada, normalmente vinculados à matriz romano-germânica democrática europeia (nas vertentes autoritárias, a presença da lei exacerba-se, eliminando qualquer espaço à negociação coletiva trabalhista).

No Brasil, a lei trabalhista central, que incorpora a matriz essencial do modelo trabalhista do País, construído ainda na década de 1930 até 1945, é a Consolidação das Leis do Trabalho (aprovada pelo Dec.-Lei 5.452, de 1.5.43). Esse diploma, que vem se atualizando salpicadamente ao longo das décadas, contém normas de Direito Individual do Trabalho, Direito Coletivo do Trabalho, Direito Administrativo do Trabalho e Direito Processual do Trabalho.

Ao lado desse diploma básico (CLT), há leis esparsas de Direito Individual do Trabalho sumamente importantes, como, por exemplo, a Lei do FGTS (Lei n. 8.036, de 1990, sendo que a origem do instituto se deu através da antiga Lei n. 5.107/66), a Lei do Trabalho Portuário (Lei n. 8.630, de 1993 — revogada, em dezembro de 2012, pela Medida Provisória n. 595, depois convertida na Lei n. 12.815, de 2013), a Lei do Descanso Semanal e em Feriados (Lei n. 605, de 1949), a Lei dos Empregados Vendedores Comissionistas (Lei n. 3.207, de 1957) e inúmeros outros diplomas normativos.

Registre-se que, em 13.7.2017, promulgou-se a Lei da Reforma Trabalhista (Lei n. 13.467, com vigência a partir de 11.11.2017; o diploma legal foi alterado em 14.11.2017 pela Medida Provisória n. 808, que produziu efeitos apenas no período entre 14.11.17 e 23.4.2018). A nova lei introduziu inúmeras modificações na Consolidação das Leis do Trabalho, com mudanças correlatas na Lei n. 6.019/1974 (Lei do Trabalho Temporário), na Lei n. 8.036/1990 (Lei do FGTS) e na Lei da Organização e do Custeio da Seguridade Social (n. 8.212/1990).

Embora o intuito da Lei n. 13.467/2017 tenha sido o de desregulamentar e/ou flexibilizar o Direito Individual do Trabalho, reduzindo o grau de intervenção da regra jurídica estatal nas relações laborais, diminuindo direitos trabalhistas e incrementando o poder empregatício exercido pelo empregador, além de ampliar o âmbito de atuação da negociação coletiva trabalhista, mesmo para atenuação de regras legais, o fato é que a CLT e a legislação trabalhista, de maneira geral, preservam importância destacada no Direito do Trabalho do País.⁽²⁵⁾

Uma observação deve ser feita sobre as *medidas provisórias*. Tal figura, instituída pela Constituição de 1988 (art. 62), logo firmou significativa presença no estuário normativo heterônimo do Direito do Trabalho. À medida que o

(25) As mudanças promovidas pela Lei n. 13.467/2017 serão examinadas, de maneira específica, em cada capítulo deste Curso, na medida em que afetarem o assunto tratado no respectivo capítulo. Para uma visão geral e sistematizada do novo diploma legal, entretanto, consultar a seguinte obra: DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *A Reforma Trabalhista no Brasil* — com os comentários à Lei n. 13.467/2017. 2. ed. São Paulo: LTr, 2018.

Supremo Tribunal Federal estabeleceu orientação jurisprudencial de que as matérias trabalhistas enquadram-se nos requisitos de relevância e, inclusive, *urgência*, o Presidente da República, nos anos de 1990, passou a produzir, com grande intensidade, transformações no Direito do Trabalho do País por meio de simples medidas provisórias. Inúmeros temas justralhistas foram normatizados mediante essa via de produção legal verticalizante, centralizadora e pouco afeta ao debate — ilustrativamente, participação nos lucros e resultados empresariais, trabalho aos domingos no segmento do comércio, trabalho em tempo parcial, regime de compensação de jornada (*banco de horas*) e diversos outros tópicos e problemas trabalhistas. Embora se compreenda tal tendência em face da tradição heterônoma centralizadora da história brasileira, ela não parece compatível, de todo modo, com a inspiração básica da Constituição de 1988 (lá se fala, afinal, em *relevância e urgência*) e com a própria ideia de democratização autônoma do Direito do Trabalho proposta pela mesma Constituição.

É claro que a Emenda Constitucional n. 32, de 11.9.2001, modificou certos aspectos inerentes às Medidas Provisórias, na pretensão de limitar o aparentemente incontrastável poder assumido pelo Presidente da República. Entretanto, essas modificações não atingem, lamentavelmente, a essência do problema, que se encontra no conceito fluido que se tem admitido para as noções de *relevância e urgência*, a par da subordinação do Parlamento ao ritmo legiferante frenético e açodado que tem sido próprio aos Chefes do Poder Executivo desde 1988. Com respeito ao Direito do Trabalho, cabe perceber, infelizmente, que a EC 32 não o incluiu no grupo de ramos e matérias sobre os quais é vedado o exercício do poder legiferante presidencial, conforme o § 1º adicionado ao art. 62 da Constituição.

3. Tratados e Convenções Internacionais

Os documentos internacionais que ensejam o debate sobre o seu enquadramento (ou não) como fontes normativas no plano interno dos Estados são, principalmente, quatro: os tratados internacionais, as convenções internacionais, as declarações internacionais e as recomendações internacionais. Serão examinados a seguir.

A) Tratados e Convenções Internacionais — *Tratados* são documentos obrigacionais, normativos e programáticos firmados entre dois ou mais Estados ou entes internacionais⁽²⁶⁾.

(26) Tratados “são acordos formais entre duas ou mais pessoas internacionais — geralmente Estados — mediante os quais se criam, modificam ou extinguem direitos e obrigações”. QUINTANA, Lucio M. Moreno e SHAW, Carlos M. Bollini. *Derecho Internacional Público*. Buenos Aires: Ediciones Librería del Colegio, 1950, p. 306. A presente definição, contudo, não realça o potencial *normativo* dos tratados internacionais. De todo modo, é preciso ficar

Convenções são espécies de tratados. Constituem-se em documentos obrigacionais, normativos e programáticos aprovados por entidade internacional, a que aderem voluntariamente seus membros⁽²⁷⁾. Não obstante ser esse o uso corrente da expressão, na verdade as convenções podem ser também subscritas apenas por Estados, sem participação de entes internacionais. Tendencialmente, contudo, a Organização das Nações Unidas (ONU) e a Organização Internacional do Trabalho (OIT) têm atribuído o “nome de convenção aos tratados multilaterais adotados por suas assembleias e conferências”⁽²⁸⁾.

Os tratados e convenções internacionais podem, efetivamente, ostentar a natureza de fonte formal do Direito interno aos Estados envolvidos, desde que sejam solenemente ratificados, nesse plano interno, pelo respectivo Estado, segundo o rito constitucional pertinente. Assim, irão se englobar no conceito de fonte normativa heterônoma (lei, em sentido material ou sentido amplo), na medida em que o Estado soberano lhes confira ratificação ou adesão — requisitos institucionais derivados da noção de soberania. No Direito do Trabalho, as convenções da OIT, quando ratificadas pelo Estado brasileiro, têm se tornado importantes fontes formais justralhistas no País.

Segundo a jurisprudência contemporânea do Supremo Tribunal Federal, esses diplomas internacionais, ao ingressarem na ordem jurídica interna, fazem-no com o *status* de norma infraconstitucional (*status* de lei, portanto). Tratando-se de documentos normativos internacionais referentes a Direitos Humanos, seu *status* de ingresso interno, no País, segundo o STF, é de diploma *supralegal*.

Os tratados e convenções internacionais se submetem, naturalmente, ao crivo de constitucionalidade; nessa medida, podem ser declarados inválidos, mesmo após ratificados, se existente afronta a regra ou princípio insculpido na Constituição brasileira.

Registre-se que a *reforma do Judiciário*, promulgada em dezembro de 2004 (EC n. 45/04), passou a conferir *status* de *emenda constitucional* a tratados e convenções internacionais sobre *Direitos Humanos* que tenham sido

claro ser comum tais documentos internacionais conterem dispositivos de caráter meramente obrigacional (entre os Estados, por exemplo), de caráter essencialmente programáticos (também para os Estados convenientes), *ao lado de dispositivos manifestamente normativos, criadores de direitos e obrigações na ordem jurídica a que irão se aplicar*.

(27) A prática internacional demonstra, contudo, que, muitas vezes, as expressões tratado, convenção, pacto, convênio, acordo, concordata (esta mais antiga) têm sido usadas indistintamente para designar tais documentos obrigacionais, normativos e programáticos subscritos por Estados, com ou sem participação de ente internacional específico. A respeito, ACCIOLY, Hildebrando. *Tratado de Direito Internacional Público*. V. 2, Tomo 2. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1934, p. 388.

(28) SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito Internacional do Trabalho*, 2. ed. São Paulo: LTr, 1987, p. 39.

aprovados com rito e *quorum* similares aos de emenda — três quintos de cada Casa Congressual, em dois turnos (art. 5º, § 3º, c/c art. 60, § 2º, CF/88).⁽²⁹⁾

Cabe ainda ressaltar, conforme já adiantado, que o Supremo Tribunal Federal, em sessão de dezembro de 2008, modificou, em parte, sua jurisprudência sobre o *status* normativo das regras internacionais ratificadas pelo Brasil. Fixou o patamar *supralegal* dessas regras (acima das leis ordinárias e complementares), *desde que referentes a convenções e tratados internacionais sobre Direitos Humanos* (o *status* clássico, de simples diploma legal, ficou preservado para a generalidade dos documentos internacionais ratificados, *exceto os relativos a Direitos Humanos, agora lançados a patamar superior*). Este nível será ainda mais elevado caso a ratificação tenha sido feita com o quórum especial referido pelo § 3º do art. 5º da Constituição (*status* de emenda constitucional)⁽³⁰⁾.

É evidente que a alteração interpretativa tem de ser integrada a um quadro de avanço hermenêutico e cultural, e não de retrocesso. Desse modo, havendo aparente conflito entre normas internacionais ratificadas e o Direito interno, *deve prevalecer a norma e a interpretação mais favoráveis à pessoa humana a quem se destina a tutela jurídica*. A alteração interpretativa da Constituição não pode ser feita para propiciar retrocessos sociais e culturais — mas para garantir avanços civilizatórios em benefício da pessoa humana.

Nesta linha, inclusive, há o princípio da norma mais favorável e o princípio da vedação do retrocesso, ambos inerentes aos Direitos Humanos, em suas múltiplas dimensões⁽³¹⁾.

O mesmo se aplica a normas de tratados e convenções internacionais sobre direitos individuais e sociais trabalhistas — que têm óbvia natureza de Direitos Humanos. Dessa maneira, em situação de aparente conflito entre preceitos internacionais ratificados (Convenções da OIT, por exemplo) e

(29) Exemplo notável de diploma internacional sobre direitos humanos que foi ratificado no Brasil com o quorum e *status* diferenciados de *emenda constitucional* (três quintos de aprovação em cada Casa do Congresso, em dois turnos) foi a *Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo*, ratificada pelo Decreto Legislativo n. 186, de 9.7.2008, e com promulgação pelo Decreto do Presidente da República n. 6.949, de 25.8.2009. A vigência no Brasil, no plano interno dessa Convenção Internacional da ONU, ocorreu a partir de 31.8.2008.

(30) A inflexão jurisprudencial ocorreu no julgamento conjunto de três processos na sessão de 3.12.2008 — RE-466343, RE-349703 e HC-87585 —, em que se debatia acerca da revogação ou não, por regras internacionais ratificadas há tempos pelo Brasil (em especial o Pacto de São José da Costa Rica sobre Direitos Humanos, ratificado em 1992), das diversas hipóteses normativas internas autorizadoras da prisão de depositário infiel (exceto o caso do devedor inadimplente de obrigação alimentícia). Prevaleceu a tese da revogação das regras legais permissivas da prisão por dívidas (excluída a relacionada a alimentos); em consequência, o STF cancelou sua antiga Súmula n. 619.

(31) Sobre o princípio da vedação do retrocesso, consultar a importante obra de REIS, Daniela Muradas. *O Princípio da Vedação do Retrocesso no Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2010.

preceitos legais internos, *prevalece o princípio da norma mais favorável ao trabalhador*, quer no que tange ao critério de solução do conflito normativo, quer no que diz respeito ao resultado interpretativo alcançado⁽³²⁾.

B) Declarações e Recomendações — O Direito Internacional Público conhece ainda dois outros tipos de diplomas, que ostentam, porém, um estatuto jurídico diverso em face dos dois anteriores: trata-se das *declarações* trata-se das *recomendações*.

A *declaração* consiste, de maneira geral, em um documento de caráter programático, expedido por Estados soberanos em face de determinado evento ou congresso. Já a *recomendação* consiste em diploma programático expedido por ente internacional enunciando aperfeiçoamentos normativos considerados relevantes para serem incorporado pelos Estados.

Tanto a recomendação quanto a declaração não constituem, *em princípio, de maneira geral*, fontes formais do Direito, não gerando direitos e obrigações aos indivíduos na ordem jurídica interna dos Estados celebrantes. Contudo, certamente têm o caráter de fonte jurídica *material*, uma vez que cumprem o relevante papel político e cultural de induzir os Estados a aperfeiçoarem a sua legislação interna na direção lançada por esses documentos programáticos internacionais.

Evidentemente que existem algumas Declarações que, por seu impacto, abrangência e importância na cultura jurídica ocidental, ostentam *status* político, ético e jurídico diferenciado, influenciando, sobremaneira, de modo inequívoco, o pensamento não só do legislador como também do intérprete conclusivo do Direito. É o que se passa, ilustrativamente, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (ONU), em 1948. Essa declaração universal da ONU, de 1948, por ser o pioneiro e principal documento jurídico eminentemente voltado à regência de Direitos Humanos, tendo deflagrado parte importante do novo paradigma jurídico subsequente à Segunda Guerra Mundial, no campo dos Direitos Humanos, além de ter ostentado forte influência na estruturação e desenvolvimento do novo constitucionalismo, de caráter principiológico, humanista e social, tem sido considerada, pela doutrina de Direito Internacional, como vinculante de todos os Estados e, de modo enfático, daqueles Estados que a subscreveram em 1948 (caso do Brasil, portanto). Ela ostenta, nessa medida, o caráter de patamar mínimo de civilidade, na seara dos Direitos Humanos, que se aplicaria a todos.

(32) O princípio da norma mais favorável, como critério de hierarquia de normas jurídicas e, ao mesmo tempo, critério de interpretação do Direito, está examinado no item VII do presente Capítulo e no item V. 1.B do Capítulo VI deste Curso. Por outro lado, a respeito das relações entre Direitos Humanos e Direito do Trabalho, consultar o Capítulo II, item IV.5, deste Curso.

De toda maneira, é preciso reconhecer que subsiste, no tocante às declarações — e com muito maior força quanto às recomendações — resistência ao seu enquadramento como real fonte normativa, uma vez que não passam pelo rito interno fixado na Constituição da República.

C) Diplomas Internacionais: novas inferências doutrinárias — No presente debate sobre as fontes normativas de origem internacional, é preciso enfatizar a existência, no campo doutrinário do Direito Internacional Público e dos Direitos Humanos, de forte corrente que insiste na tese em favor da natureza normativa interna das Declarações Internacionais e, até mesmo, das Recomendações Internacionais, especialmente se tiverem por conteúdo dispositivos de proteção e incremento dos Direitos Humanos. Nesse importante rol inscrevem-se a Declaração Universal dos Direitos Humanos, da ONU, de 1948, e a Declaração Relativa aos Fins e Objetivos da Organização Internacional do Trabalho (Declaração de Filadélfia), de 1944,

Nesse quadro, a jurista Flávia Piovesan menciona a existência de um Direito Internacional dos Direitos Humanos, o qual interage, continuamente, com a ordem jurídica interna dos Estados, inclusive a constitucional, sendo que, “na hipótese de eventual conflito entre o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito interno, adota-se o critério da *prevalência da norma mais favorável à vítima*”.⁽³³⁾

A adoção do critério da norma mais favorável à pessoa humana no tocante ao campo dos Direitos Humanos é, inclusive, respaldada, claramente, pelo art. 5º, § 2º, da Constituição da República Federativa do Brasil: “Os *direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados*, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (grifos acrescentados).

Conforme se percebe, para essa corrente interpretativa, além da prevalência da norma mais favorável dos Tratados e Convenções Internacionais ratificados pelo País (mencionados na parte final do texto normativo do § 2º em análise), há que se enfatizar os direitos e garantias decorrentes do regime adotado pela Constituição (ou seja, o regime democrático, encorpado pelo conceito amplo de *Estado Democrático de Direito*), bem como os direitos e garantias decorrentes dos princípios adotados pela Constituição (no caso, os vários princípios humanísticos e sociais cardeais perfilados pela Constituição da República).

Nesse mesmo debate jurídico, torna-se necessário acentuar a concepção contemporânea ampla de Direitos Humanos, firmada com clareza pela Declaração Universal de Direito Humanos, de 1948, da Organização das Nações Unidas, no sentido de os considerar abrangentes, *em relação de idêntica*

(33) PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 179.

natureza e clara paridade, não só dos direitos civis e políticos (arts. 3º a 21 da Declaração), como também dos direitos sociais, econômicos e culturais (arts. 22 a 28 da Declaração).⁽³⁴⁾ Conforme expõe a constitucionalista e internacionalista Flávia Piovesan, são duas “as inovações introduzidas pela Declaração: a) parificar, em igualdade de importância, os direitos civis e políticos e os direitos econômicos, sociais e culturais; e b) afirmar a inter-relação, indivisibilidade e interdependência de tais direitos”.⁽³⁵⁾

Em tal cenário, os direitos individuais e sociais trabalhistas, na qualidade de Direitos Humanos sociais, econômicos e culturais, acham-se também encorajados pela proteção mais ampla do Direito Internacional dos Direitos Humanos, estruturado ao longo do século XX, com forte ênfase a partir dos desdobramentos jurídicos e institucionais decorrentes das barbáries cometidas no contexto precedente à Segunda Guerra Mundial e durante o seu desenrolar.⁽³⁶⁾

4. Regulamento Normativo (Decreto)

O regulamento normativo qualifica-se como um desenvolvimento e especificação do pensamento contido na lei, objetivando operacionalizar a observância concreta do comando legal originário. Expressa-se mediante *decreto* do Poder Executivo, no âmbito das atribuições que são próprias ao Presidente da República (art. 84, IV, *in fine*, CF/88).

Do ponto de vista técnico-jurídico, equivale à lei em sentido material, por consistir em diploma componente de normas gerais, abstratas, impessoais e obrigatórias. O decreto se distancia, contudo, da lei em sentido formal não apenas em virtude da diferenciação de órgãos de origem e expedição, como também em face de o regulamento normativo *servir* à lei, sendo a ela hierarquicamente inferior.

No contexto da larga tradição heterônoma justtrabalhista brasileira, os decretos de regulamentação legal têm tido grande recorrência na ordem jurídica. Ilustre-se com os casos do Decreto n. 57.155/65, regulamentando a

(34) É o que bem explica a jurista Flávia Piovesan. *Ob. cit.*, p. 225.

(35) PIOVESA, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 225-227.

(36) Sobre o Direito Internacional dos Direitos Humanos, seu *status* e conteúdo jurídicos, inclusive sua abrangência relativamente aos direitos econômicos, sociais e culturais, consultar as seguintes obras: ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. *Direitos Humanos*. São Paulo: LTr, 2016; COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015; HUSEK, Carlos Roberto. *Curso Básico de Direito Internacional Público e Privado do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2015; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direitos Humanos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense/São Paulo: Método, 2016; PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2016,

lei instituidora do 13º salário (Lei n. 4.090/62); Decreto n. 95.247/87, tratando do vale-transporte instituído pelas Leis ns. 7.418/85 e 7.619/87; do Decreto n. 93.412/86, regulamentando o direito criado pela antiga Lei n. 7.369/85 à percepção de adicional de periculosidade para empregados no setor de energia elétrica.⁽³⁷⁾ Todas essas situações provocaram largo debate acerca do tema da hierarquia das normas jurídicas no Direito do Trabalho, uma vez que o regulamento normativo ora restringia (caso do Decreto n. 93.412/86 *versus* Lei n. 7.369/85), ora ampliava o comando legal originário (caso do Decreto n. 57.155/65 *versus* Lei 4.090/62)⁽³⁸⁾.

5. Portarias, Avisos, Instruções, Circulares

Os diplomas dessa natureza, em princípio, não constituem fontes formais do Direito, dado que obrigam apenas os funcionários públicos a que se dirigem e nos limites da obediência hierárquica. Faltam-lhes qualidades da lei em sentido material: generalidade, abstração, impessoalidade.

Não obstante, há a possibilidade técnica de esses diplomas serem alçados ao estatuto de fonte normativa, assumindo aquelas qualidades e criando direitos e obrigações na vida trabalhista. É o que se passa quando expressamente referidos pela lei ou regulamento normativo (decreto) a que se reportam, passando a integrar o conteúdo desses diplomas. Tal hipótese não é incomum no Direito do Trabalho, principalmente pela ocorrência de certa superposição, em alguns segmentos — como da saúde e segurança do trabalho — de normas de Direito Administrativo do Trabalho e Direito Individual do Trabalho. Desse modo, as atividades ou operações consideradas perigosas, na lei brasileira, deverão ser especificadas em portaria do Ministério do Trabalho (art. 193, CLT); igualmente será portaria ministerial que indicará os níveis de tolerância para exercício de trabalho em circunstâncias insalubres (art. 192, CLT). Em tais casos, o tipo jurídico inserido na respectiva portaria ganhará o estatuto de regra geral, abstrata, impessoal, regendo *ad futurum* situações fático-jurídicas, com qualidade de lei em sentido material.

Cabe esclarecer-se que a Constituição da República buscou inviabilizar, é verdade, *como critério geral*, a atividade normativa do Estado por meio de portarias e diplomas semelhantes (conforme se infere do texto do art. 25, I, do ADCT da Texto Máximo de 1988). Contudo, não revogou ou proibiu, segura-

(37) A Lei n. 7.369/85 foi revogada pela Lei n. 12.740, publicada em 10.12.2012, conferindo nova redação ao art. 193, incisos e parágrafos, da CLT. O preceito da Consolidação passou a regular o adicional de periculosidade, inclusive no segmento de energia elétrica (novo art. 193, I, *in fine*, CLT).

(38) O tema da hierarquia jurídica no Direito do Trabalho será examinado no item VII, à frente, ainda neste Capítulo V.

mente, essa atuação normativa *no que diz respeito à área de saúde e segurança laborativas* (portanto, a área temática referida pelos artigos 192, 193 e correlatos da CLT). Ou seja, em tal campo o Texto Magno firmou indubitável exceção à regra geral lançada no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (art. 25). De fato, o art. 7º, XXII, da mesma Constituição, estabelece ser direito dos trabalhadores a “*redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança*” (grifos acrescidos). A mesma direção está firmemente enfatizada pelos artigos constitucionais 196 e 197. Assim, qualquer norma jurídica que implemente políticas ou medidas de redução dos riscos inerentes ao trabalho será válida em face da Constituição, qualificando-se, na verdade, como um efetivo *dever* do próprio Estado.

6. Sentença Normativa

Trata-se de fonte heterônoma singular ao Direito do Trabalho, hoje. De maneira geral, essa figura normativa mostrou-se restrita, no Ocidente, a países cujas ordens justralhastas tiveram formação doutrinária e legal organicista ou corporativista (como examinado nos Capítulos III e IV deste Curso). Entretanto, existem evidências da presença do poder normativo judicial, muito antes do corporativismo italiano dos anos de 1920 a 1940, em experiências jurídicas e institucionais de dois importantes países da Oceania, Austrália e Nova Zelândia, desde o início do século XX, perdurando por várias décadas do respectivo século.⁽³⁹⁾

Note-se que a atribuição constitucional deferida ao Poder Judiciário de fixar, no âmbito das relações laborais, *regras jurídicas* — como ocorre nos processos de dissídios coletivos e respectivas sentenças normativas — não se confunde com a clássica atuação jurisdicional (que pode resultar na produção de regras jurídicas gerais, abstratas e impessoais — se admitida a jurisprudência como fonte do Direito). Nesta última atuação, a norma derivaria da reiteração, pelos tribunais, de julgados individuais em semelhante ou idêntica direção, no exercício de função típica e tradicional ao Judiciário. Já a sentença normativa estrutura um espectro de normas gerais, abstratas, impessoais, obrigatórias, como resultado de um único e específico processo posto a exame do tribunal trabalhista para aquele preciso e especificado fim, no exercício de função típica e tradicional do Poder Legislativo (e não do Judiciário).

Tecnicamente, *sentença* é o ato pelo qual o juiz decide o processo, seja enfrentando o mérito da causa ou da fase processual em andamento,

(39) É o que demonstra o Historiador Fernando Teixeira da Silva, em estudo específico sobre a Justiça do Trabalho. A respeito, SILVA, F. T. da. “Justiça do Trabalho Brasileira e Magistratura *Del Lavoro* Italiana: apontamentos comparativos”. In CAIXETA, Maria Cristina Diniz *et alii* (Org.). *IV Encontro da Memória da Justiça do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2010, p. 74-75.

seja extinguindo-o por razões estritamente processuais.⁽⁴⁰⁾ É, pois, decisão proferida pelo Poder Judiciário, no exercício da jurisdição, em face de questões concretas submetidas a seu julgamento. Prolatada em segunda instância, pelos tribunais, assume a denominação de *acórdão*.

À luz desse parâmetro teórico, a sentença normativa aproxima-se da sentença clássica, à medida que é proferida pelo Poder Judiciário trabalhista (Tribunais Regionais e Tribunal Superior do Trabalho), em processos de dissídio coletivo, traduzindo exercício de poder do Estado, conferindo conclusão a determinado processo. Dessa maneira, do ponto de vista formal (isto é, pelo modo de sua formação e exteriorização), a sentença normativa classifica-se como sentença.

Distingue-se, entretanto, a sentença normativa da sentença clássica, no que concerne à sua substância, a seu conteúdo. É que ela não traduz a aplicação de norma jurídica existente sobre relação fático-jurídica configurada (como verificado nas sentenças clássicas); não é, por isso, rigorosamente, exercício de poder *jurisdicional*. Ela, na verdade, expressa, ao contrário, a própria criação de regras jurídicas gerais, abstratas, impessoais, obrigatórias, para incidência sobre relações *ad futurum*. Por essa razão, a sentença normativa, do ponto de vista material (isto é, substantivamente, sob a perspectiva de seu conteúdo), equipara-se à lei em sentido material. Em decorrência dessa dualidade, que lhe é atávica, é que *Calamandrei* produziu a hoje clássica referência à sentença normativa como “corpo de sentença, alma de lei”.

A sentença normativa, portanto, é “ato-regra” (*Duguit*), “comando abstrato” (*Carnelutti*), constituindo-se em ato judicial (aspecto formal) criador de regras gerais, impessoais, obrigatórias e abstratas (aspecto material). É lei em sentido material, embora se preserve como ato judicial do ponto de vista de sua forma de produção e exteriorização.

A lei brasileira determina que o tribunal prolator da sentença normativa fixe o prazo de sua vigência, o qual não poderá, entretanto, ser superior a quatro anos (art. 868, parágrafo único, CLT). A jurisprudência, por sua vez, durante longo tempo, definiu que as “condições de trabalho alcançadas por força de sentença normativa vigoram no prazo assinado, não integrando, de forma definitiva, os contratos” (Súmula n. 277, em sua redação original). A

(40) O novo Código de Processo Civil assim define sentença: “Ressalvadas as disposições expressas dos procedimentos especiais, sentença é o pronunciamento por meio do qual o juiz, com fundamento nos arts. 485 e 487, põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como extingue a execução” (art. 203, § 1º, CPC-2015). O texto revogado do antigo CPC, assim definia a sentença: “Sentença é o ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269 desta Lei” (art. 162, § 1º, CPC-1973). O texto precedente do art. 162, § 1º, do CPC de 1973, definia a sentença como “o ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa”.

partir de 2008, a Seção de Dissídios Coletivos modificou esse entendimento, propiciando a posterior edição, em 2011, do Precedente 120 da SDC do TST, em sentido mais amplo do que a jurisprudência tradicional: “SENTENÇA NORMATIVA. DURAÇÃO. POSSIBILIDADE E LIMITES (positivo) — (Res. 176/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011) A sentença normativa vigora, desde seu termo inicial até que sentença normativa, convenção coletiva de trabalho ou acordo coletivo de trabalho superveniente produza sua revogação, expressa ou tácita, respeitado, porém, o prazo máximo legal de quatro anos de vigência”.⁽⁴¹⁾

A Constituição tem determinado a observância, nas sentenças normativas, do critério de *incorporação das vantagens precedentes* (“... respeitadas as disposições convencionais e legais mínimas de proteção ao trabalho” — estipulava o texto original do art. 114, § 2º, *in fine*, CF/88). Tal critério foi enfatizado pela EC n. 45/2004 (“*reforma do Judiciário*”), ao fazer constar no texto do § 2º do art. 114 do Texto Máximo o poder de a “...*Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente*” (grifos acrescidos).

A figura da sentença normativa tem sido muito criticada, contemporaneamente, por traduzir fórmula de intervenção desmesurada do Estado na gestão coletiva dos conflitos trabalhistas. Incorporando tais críticas, de certo modo, ainda que parcialmente, a Constituição de 1988, em sua origem, passou a viabilizar a propositura do dissídio coletivo somente após a recusa “... de qualquer das partes à negociação ou à arbitragem ...” (art. 114, § 2º, *ab initio*, CF/88).

A EC n. 45/2004 aprofundou a incorporação de tais críticas ao singular instituto, criando restrição nova ao ajuizamento do dissídio coletivo *de*

(41) O caminho interpretativo mais amplo aberto pela jurisprudência da SDC desde 2008 e, tempos depois, pelo Precedente n. 120 da SDC do TST — na verdade acolhendo o critério da *aderência contratual limitada por revogação* (também chamada de ultratividade relativa ou provisória), em contraponto com o critério da *aderência contratual limitada pelo prazo* que fora inserido no texto antigo da Súmula n. 277 — abriu espaço para a revisão desta própria Súmula n. 277, de modo a também incorporar o importante critério da aderência contratual limitada por revogação. Eis a relevante ementa sumular, editada em 2012: SÚMULA N. 277 — CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO OU ACORDO COLETIVO DE TRABALHO. EFICÁCIA. ULTRATIVIDADE (redação alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.9.2012) — Res. 185/2012 — DEJT divulgado em 25, 26 e 27.9.2012. As cláusulas normativas dos acordos coletivos ou convenções coletivas integram os contratos individuais de trabalho e somente poderão ser modificadas ou suprimidas mediante negociação coletiva de trabalho. Entretanto, quatro anos depois, em outubro de 2016, o Ministro Gilmar Mendes, do STF, em medida liminar na ADPF n. 323, suspendeu os efeitos referida Súmula n. 277. A Lei da Reforma Trabalhista (n. 13.467/2017), por fim, proibiu a ultratividade das convenções coletivas e acordos coletivos de trabalho (novo § 3º, *in fine*, do art. 614 da CLT). Sobre esse assunto, consultar, neste Curso, dentro do Capítulo XXXVI (“Negociação Coletiva Trabalhista”), o subitem VI.3.C, intitulado “C) Aderência Limitada por Revogação (ultratividade relativa)”.

natureza econômica: havendo recusa de qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é-lhes facultado, *de comum acordo*, ajuizar a referida ação coletiva (art. 114, § 2º, *ab initio*, CF/88, conforme EC n. 45/2004). Em consequência, a falta de concordância do suscitado quanto à propositura do dissídio coletivo de natureza econômica poderá conduzir, segundo a jurisprudência que se tem mostrado dominante, à extinção do processo sem resolução do mérito.

Com essa *reforma do Judiciário* (EC n. 45/2004), a ação de dissídio coletivo de natureza econômica perdeu, realmente, sua anterior presença significativa no sistema judicial e no mercado de trabalho brasileiro — em contraponto a todos os períodos precedentes, mesmo considerada a longínqua instalação da Justiça do Trabalho em 1º de maio de 1943.

Naturalmente que, havendo greve, esvai-se o pressuposto processual do *comum acordo*, podendo qualquer das partes coletivas (empresa; sindicato empresarial; sindicato de trabalhadores) ou até mesmo o Ministério Público do Trabalho protocolar *dissídio coletivo de greve* perante o TRT competente (ou perante o TST, em casos nacionais, de sua competência originária). Nesse dissídio coletivo de greve, competirá à Justiça do Trabalho “*decidir o conflito*” (§ 3º, *in fine*, do art. 114, conforme EC n. 45/2004), “*respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente*” (§ 2º, *in fine*, do art. 114, CF/88, conforme EC n. 45/2004).⁽⁴²⁾

V. FONTES AUTÔNOMAS DO DIREITO DO TRABALHO

1. Convenção Coletiva de Trabalho e Acordo Coletivo de Trabalho

Tais figuras jurídicas qualificam-se como alguns dos mais específicos e distintivos destaques próprios do Direito do Trabalho no universo jurídico dos dois últimos séculos. Na verdade, elas firmam o marco que esse ramo jurídico especializado estabeleceu com relação a conceitos e sistemáticas clássicas do Direito Comum: é que elas privilegiam e somente se compreendem em função da noção de *ser coletivo* (vejam-se, além desses três institutos vinculados à negociação coletiva, também as figuras do sindicato e da greve, por exemplo). Com isso, fazem contraposição à hegemonia incontestável do *ser individual* no estuário civilista preponderante no universo jurídico.

A CLT define *convenção coletiva* como o “acordo de caráter normativo pelo qual dois ou mais sindicatos representativos de categorias econômicas

(42) Sobre o tema, consultar o Capítulo I, item VI.3 (“Modalidades de resolução de conflitos coletivos: uma fórmula controvertida — dissídio coletivo”), do livro deste autor, *Direito Coletivo do Trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2017.

e profissionais estipulam condições de trabalho aplicáveis, no âmbito das respectivas representações, às relações individuais de trabalho” (art. 611, *caput*, CLT). A convenção resulta, pois, de negociações entabuladas por *entidades sindicais*, envolvendo o âmbito da *categoria*. Seu caráter coletivo e genérico é, assim, manifesto.

As convenções coletivas de trabalho (CCTs), embora de origem privada (*normas autônomas*), criam regras jurídicas, isto é, preceitos gerais, abstratos, impessoais, dirigidos a normatizar situações *ad futurum*. Correspondem, conseqüentemente, à noção de lei em sentido material, traduzindo ato-regra ou comando abstrato. São, desse modo, do ponto de vista substantivo (seu conteúdo), diplomas desveladores de normas jurídicas típicas, tal como a sentença normativa. Do ponto de vista formal, porém, despontam as convenções coletivas de trabalho como acordos de vontade, contratos — na linha dos atos jurídicos (negócios jurídicos) privados bilaterais ou plurilaterais.

A CLT também trata, analiticamente, dos *acordos coletivos de trabalho* (ACTs): “é facultado aos sindicatos representativos de categorias profissionais celebrar acordos coletivos com uma ou mais empresas da correspondente categoria econômica, que estipulem condições de trabalho, aplicáveis no âmbito da empresa ou das empresas acordantes às respectivas relações de trabalho” (art. 611, § 1º, CLT).

Como se percebe, no ACT não é necessária a presença do sindicato no polo empresarial de contratação, embora seja imprescindível que a pactuação obreira se firme através do respectivo sindicato profissional. Hoje já se pacificou o entendimento de que a Constituição de 1988, ao considerar “obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho” (art. 8º, VI, CF/88), não se referiu a sindicato de empregadores, mas apenas à entidade sindical obreira. É que o empregador, por sua própria natureza, já é um ser coletivo (já estando, portanto, naturalmente encorajado pela proteção coletiva), ao passo que os trabalhadores apenas adquirem essa qualidade mediante sua atuação coletiva mesmo. Portanto, não houve invalidação do instituto do acordo coletivo a contar da vigência da nova Constituição.

Os acordos coletivos constroem-se por empresa ou empresas, em âmbito mais limitado do que o das convenções, com efeitos somente aplicáveis à(s) empresa(s) e trabalhadores envolvidos. Do ponto de vista formal, traduzem acordo de vontades (contrato *lato sensu*) — à semelhança das convenções —, embora com especificidade no tocante aos sujeitos pactuantes e âmbito de abrangência. Do ponto de vista substantivo (seu conteúdo), também constroem diplomas desveladores de normas jurídicas típicas, qualificadas por serem gerais (em seu âmbito mais delimitado, é verdade), abstratas, impessoais e dirigidas à regulação *ad futurum* de relações trabalhistas.

Há, entretanto, certa (e injustificável) dissensão teórica acerca da natureza de fonte formal justralhista assumida pelo acordo coletivo. Em virtude da abrangência mais restrita de sua aplicação e de não contar com um sindicato pactuante no polo empresarial — mas somente o sujeito empregador —, argumenta-se que o acordo coletivo seria inábil a gerar *normas jurídicas*. Dando origem a simples *dispositivos contratuais*, seus preceitos ingressariam nos contratos como se fossem cláusulas desses, a eles aderindo permanentemente.

A concepção, contudo, é inaceitável, do ponto de vista teórico. Nos acordos coletivos também comparecem ao pacto seres coletivos — a exemplo do ocorrido nas convenções — tipificados nas figuras do *sindicato obreiro* e do *ser coletivo empresarial*. A par desse aspecto subjetivo, também do ponto de vista objetivo os preceitos do acordo coletivo têm estatuto óbvio de normas jurídicas, não só por considerarem os trabalhadores em caráter universal (*uti universi*), e não em caráter singular (*uti singuli*), como ainda por terem em si evidente caráter geral e abstrato.

A lei brasileira estabelece que não será permitido estipular duração de convenção ou acordo coletivo de trabalho por prazo superior a dois anos (art. 614, § 3º, CLT). Esse fato conduz ao debate sobre a permanência ou não dos preceitos da negociação coletiva nos contratos obreiros individuais.

Aderência Contratual — Importante debate surge no presente tema: que relação há, do ponto de vista temporal, entre as regras dos acordos coletivos e convenções coletivas com os contratos de trabalho? Elas aderem permanentemente ao contrato empregatício ou não?

Três posições interpretativas principais há a esse respeito. A primeira (*aderência irrestrita*) sustenta que os dispositivos de tais diplomas ingressam para sempre nos contratos individuais, não mais podendo deles ser suprimidos. Na verdade, seus efeitos seriam aqueles inerentes às cláusulas contratuais, que se submetem à regra do art. 468, CLT.

Tal vertente já foi prestigiada no Direito do País, quando não se reconhecia à negociação coletiva o poder de criar efetivas normas jurídicas. A partir da Constituição de 1988 — que pioneiramente (se considerada a tradição dos 50 anos anteriores) impulsionou a negociação coletiva no Brasil, reconhecendo seu real caráter de fonte criativa de normas (e não simples cláusulas) —, a antiga posição perdeu densidade e prestígio jurídicos.

Em polo oposto à antiga vertente situa-se a posição interpretativa que considera que os dispositivos dos diplomas negociados vigoram no prazo assinado a tais diplomas, não aderindo indefinidamente a eles (*aderência limitada pelo prazo*). Aplicar-se-ia, aqui, o mesmo critério da redação original

da Súmula n. 277, TST (embora esta se dirigisse à sentença normativa, como se sabe). Tal vertente teve prestígio significativo na jurisprudência dos 20 anos seguintes a 1988.⁽⁴³⁾

Entre as duas vertentes interpretativas, há a que defende a *aderência limitada por revogação* (também conhecida com a ultratividade relativa). É a posição mais correta e doutrinariamente mais sábia — embora não fosse, reconheça-se, a mais prestigiada na jurisprudência seguinte à Constituição (que seguiu, durante cerca de duas décadas, a direção sugerida pelo texto tradicional da Súmula n. 277, de 1988). Apenas com a nova jurisprudência da Seção de Dissídios Coletivos do TST, surgida a partir de 2008 e depois convalidada no Precedente Normativo 120 da SDC (verbete aprovado, em 2011, pelo Tribunal Pleno da Corte Superior), além da nova redação da Súmula n. 277 do TST, publicada em setembro de 2012, é que esta vertente interpretativa consagrou-se na jurisprudência trabalhista brasileira.

Para esta posição intermediária (ultratividade relativa), os dispositivos dos diplomas negociados vigorariam *até que novo diploma negocial os revogasse*. É óbvio que a revogação consumir-se-ia não apenas de modo expresso, podendo também se passar tacitamente (tal como acontece com qualquer *norma jurídica*). A revogação tácita ocorreria, por exemplo, em virtude de o novo diploma regular o conjunto da matéria omitindo preceitos da velha Convenção ou Acordo Coletivo, independentemente de haver efetiva incompatibilidade entre dispositivos novos e antigos; ocorreria também se despontasse incompatibilidade entre os preceitos confrontados.

Tal posição é tecnicamente mais correta, por se estar tratando de norma jurídica — e norma provisória é, regra geral, uma excepcionalidade. Doutrinariamente é também mais sábia, por ser mais harmônica aos objetivos do Direito Coletivo do Trabalho, que são buscar a paz social, aperfeiçoar as condições laborativas e promover a adequação setorial justralhista. Ora, a provisoriedade conspira contra esses objetivos, ao passo que o critério da aderência por revogação instaura natural incentivo à negociação coletiva.

Além disso, essa vertente interpretativa confere efetividade ao *princípio da equivalência entre os contratantes coletivos*, evitando a fragilização

(43) O prestígio da vertente da *aderência contratual limitada pelo prazo* (ausência de ultratividade) expressou-se no texto original da Súmula n. 277, de 1988 (“*As condições de trabalho alcançadas por força de sentença normativa vigoram no prazo assinado, não integrando, de forma definitiva, os contratos*”). Embora primitivamente focado apenas na sentença normativa, este verbete sumular iria lançar forte influência também quanto ao enquadramento temporal das regras de CCTs e ACTs. Esta forte influência desaguou na edição, em 2003, da OJ 322 da SDI-1 do TST, além da subsequente redação conferida em 2009 à própria Súmula n. 277, I e II, da mesma Corte Superior. Ressalte-se que em 2009, entretanto, a jurisprudência da SDC do TST já começara a apontar em outra direção, enfatizando a primazia do critério da aderência limitada por revogação (ultratividade relativa).

negocial dos sindicatos dos trabalhadores caso haja a supressão, em data prefixada, de todas as dezenas de cláusulas do ACT ou da CCT até então vigentes. A manutenção nos contratos de trabalho existentes de tais cláusulas *até que surja novo diploma coletivo trabalhista* estimula o empregador à negociação coletiva, retirando-o da inércia negocial inevitável produzida pela vertente da aderência limitada pelo prazo.

O legislador infraconstitucional vinha insistido nesta vertente interpretativa intermediária — inclusive como fórmula assecuratória de certas garantias relevantes à ação coletiva obreira no contexto da negociação coletiva. Assim é que a Lei n. 8.542/1992, em seu art. 1º, § 1º, dispôs 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”. Estabeleceu, desse modo, o legislador parlamentar a integração contratual *limitada por revogação*, estendendo a fronteira máxima da aderência contratual dos preceitos convencionais à data de vigência do novo diploma normativo que fixe condições de trabalho para o segmento profissional envolvido. É bem verdade que o legislador presidencial da década de 1990, ao invés, insistiu no afastamento de tal critério da ordem jurídica, por meio de repetitivas *medidas provisórias* revogatórias dos §§ 1º e 2º do art. 1º da Lei n. 8.542/92 (trata-se das MPs que fixaram medidas complementares ao Plano Real, desde 1995, a contar da MP 1.053, de 30.6.95 — DOU de 1.7.95 —, art. 17, revogando os referidos parágrafos, até a final conversão em Lei n. 10.192, de 14.2.2001).

Não obstante a insensibilidade social e coletiva do legislador presidencial daquela época, a relevância dessa vertente intermediária (ultratividade relativa) preservou-se durante todo esse período. É que tal critério consiste, no fundo, em importante medida fortalecedora da negociação coletiva, conferindo efetividade ao princípio da equivalência entre os contratantes coletivos, sem o viés petrificador da antiga vertente da aderência irrestrita.

Conforme esta obra anteriormente enfatizou, o critério mais adequado (aderência limitada por revogação) pode ser implementado na ordem jurídica do País por meio de *construção hermenêutica*, sem efetiva necessidade de texto normativo expresso nessa direção. É o que foi feito, a propósito, pela Seção de Dissídios Coletivos do TST, desde 2008, alterando sua jurisprudência sobre a duração temporal dos preceitos das sentenças normativas, dando origem ao novo Precedente Normativo 120 da SDC, aprovado pelo Tribunal Pleno em 2011. Essa nova linha interpretativa completou-se com a nova redação conferida à Súmula n. 277 do TST, aprovada em 2012, consagrando finalmente, em sua plenitude, a tese da aderência contratual limitada por revogação no tocante aos diplomas da negociação coletiva trabalhista⁽⁴⁴⁾.

(44) O novo Precedente Normativo 120 da Seção de Dissídios Coletivos do TST, confirmando jurisprudência da SDC surgida desde 2008, dispõe: *SENTENÇA NORMATIVA. DURAÇÃO*.

Entretanto, quatro anos após essa pacificação jurisprudencial propiciada pela Súmula n. 277 do TST, em sua nova redação, o Ministro Gilmar Mendes, do STF, como relator da ADPF n. 323, conferiu medida liminar, em outubro de 2016, para suspender os efeitos da mencionada Súmula n. 277 do TST.⁽⁴⁵⁾ Logo a seguir, a Lei da Reforma Trabalhista (Lei n. 13.467, de 13.7.2017), vigorante desde 11 de novembro de 2017, inseriu na CLT preceito vedando explicitamente a ultratividade de CCTs e ACTs (novo § 3º do art. 614 da CLT).

2. Contrato Coletivo de Trabalho

A figura do *contrato coletivo de trabalho* é um tanto equívoca na história do Direito brasileiro.

A CLT já utilizou a denominação, antes da reforma de 1967, para designar o diploma negocial coletivo que regulava, correspondendo ao que hoje se chama convenção coletiva do trabalho (antigos artigos 611 e seguintes da CLT, regulando pacto entre sindicatos econômicos e profissionais). Pelo Decreto-Lei n. 229, de 1967, abandonou-se a denominação contrato coletivo. Passou-se, então, a diferenciar em dois os diplomas da negociação coletiva: a convenção coletiva de trabalho (que substituiu a antiga figura celetista) e o recém-criado acordo coletivo de trabalho.

A expressão contrato coletivo de trabalho também já foi utilizada na doutrina para designar uma certa modalidade de contrato componente do Direito Individual do Trabalho — o contrato plúrimo (como o contrato de equipe, por exemplo). Este uso, porém, é claramente inadequado, por confundir figuras de Direito Individual e Direito Coletivo do Trabalho. Deve-se, pois, tecnicamente, preservar apenas o epíteto *contrato plúrimo* para indicar certos tipos de pactos do ramo justralhista individual em que comparece uma pluralidade de sujeitos individuais contratantes (contratos plúrimos e

POSSIBILIDADES E LIMITES. A sentença normativa vigora, desde seu termo inicial até que sentença normativa, convenção coletiva de trabalho ou acordo coletivo de trabalho superveniente produza sua revogação, expressa ou tácita, respeitado, porém, o prazo máximo legal de quatro anos de vigência. Já a nova redação da Súmula n. 277 do Tribunal Superior do Trabalho, aprovada em setembro de 2012, dispõe: CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO OU ACORDO COLETIVO DE TRABALHO. EFICÁCIA. ULTRATIVIDADE (redação alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.9.2012) — Res. 185/2012 — DEJT divulgado em 25, 26 e 27.9.2012. As cláusulas normativas dos acordos coletivos ou convenções coletivas integram os contratos individuais de trabalho e somente poderão ser modificadas ou suprimidas mediante negociação coletiva de trabalho.

(45) Para retomar o exame desse assunto, com a suspensão de efeitos da Súmula n. 277 do TST pela medida liminar deferida na ADPF n. 323, além da regra vedatória do novo § 3º do art. 614 da CLT, consultar, no presente Curso, dentro de seu Capítulo XXXVI, o subitem VI.3.C, intitulado “C) Aderência Limitada por Revogação (ultratividade relativa)”.

sua variante, contrato de equipe)⁽⁴⁶⁾. Em consequência, deve-se reservar a expressão contrato coletivo de trabalho como designativo de figura do Direito Coletivo do Trabalho.

Esta expressão e figura juscoletivas ressurgiram no Direito brasileiro após a Constituição de 1988. Seu reaparecimento não guarda, entretanto, qualquer vinculação com o velho instituto regulado pela CLT (arts. 611 e seguintes), antes da reforma de 1967. Aquele velho instituto era, em tudo, caudatário e afirmador do corporativismo das décadas de 1930 e 40, ao passo que o novo contrato coletivo de trabalho apareceu, mais recentemente, no País, como contraponto ao sistema corporativista, uma tentativa de se gestar um instrumento de negociação coletiva que fosse capaz de ultrapassar os limites da estrutura corporativista tradicional do Direito Coletivo no Brasil.

Uma das primeiras referências legais a esse *novo* contrato coletivo de trabalho foi feita, no Brasil, pela Lei n. 8.542/1992 (art. 1º, § 1º), diploma que, entretanto, não definiu, caracterizou ou estruturou juridicamente a figura. A Lei do Trabalho Portuário dos anos de 1990 (n. 8.630/93, art. 18, parágrafo único; art. 49) também menciona a novel figura (igualmente sem a tipificar, contudo)⁽⁴⁷⁾.

Os esforços doutrinários têm conduzido, porém, a algumas ilações sobre o instituto. Uma delas dirige-se a fixar que se trata de pacto contratual coletivo, celebrado no exercício da autonomia privada coletiva, com aptidão formal para produzir normas jurídicas. Sob o ponto de vista de sua natureza jurídica, portanto, a nova figura não se afastaria da convenção coletiva e do acordo coletivo; consistiria, desse modo, em um terceiro tipo de instituto derivado da negociação coletiva trabalhista.

Outra ilação doutrinária diz respeito ao âmbito de abrangência do novo instituto, mais vasto do que o conferido às duas figuras tradicionais da CLT. Ou seja, somente seria justificável pensar-se em contrato coletivo caso este viesse superar algumas das rigorosas limitações das duas figuras já consagradas no Direito brasileiro.

Porém, sob esse ponto de vista, a estrutura sindical montada pelo modelo trabalhista do País, e em grande parte preservada pela Constituição de 1988, mostra-se inadequada a viabilizar semelhante empreendimento. Afinal, as entidades sindicais obreiras organizam-se, hoje, por segmento profissional

(46) Para análise dos contratos plúrimos, inclusive o de equipe, em contraponto aos contratos individuais de trabalho, ver o capítulo “Modalidades de Contratos de Trabalho” na obra deste autor, *Contrato de Trabalho — caracterização, distinções, efeitos*. São Paulo: LTr, 1999, p. 37-41. Neste Curso, consultar o Capítulo XVI, item III.

(47) A novidade existiria, é claro, apenas quanto à presença da figura no sistema brasileiro, já que estaria consagrada há tempos em outros sistemas jurídicos, como o italiano Pós-Segunda Guerra Mundial.

específico, ao passo que uma das ideias relevantes do contrato coletivo reside na fixação de normas mais abrangentes do que as dirigidas ao universo delimitado de uma específica categoria. Desse modo, enquanto não se alterarem alguns aspectos estruturais marcantes do sistema sindical do País, não parece promissora a possibilidade de florescimento desse terceiro instituto da negociação coletiva no Brasil.

3. Usos e Costumes

As duas figuras são mencionadas englobadamente pela Consolidação das Leis do Trabalho, como se ambas fossem fontes normativas (art. 8º, *caput*, CLT). Há, contudo, nítida diferenciação entre elas.

Por *uso* entende-se a prática habitual adotada no contexto de uma relação jurídica específica, envolvendo as específicas partes componentes dessa relação e produzindo, em consequência, efeitos exclusivamente no delimitado âmbito dessas mesmas partes. Nessa acepção, o uso não emerge como ato-regra — não sendo, portanto, norma jurídica. Tem, assim, o caráter de simples *cláusula* tacitamente ajustada na relação jurídica entre as partes envolvidas (cláusula contratual). É o que ocorreria com determinado procedimento que o empregador, reiteradamente, acolhesse com respeito a certo empregado: na qualidade de uso, tal procedimento integrar-se-ia ao respectivo contrato de trabalho, potenciando repercussões jurídicas na órbita interpartes.

Por *costume* entende-se, em contrapartida, a prática habitual adotada no contexto mais amplo de certa empresa, categoria, região, etc., firmando um modelo ou critério de conduta geral, impessoal, aplicável *ad futurum* a todos os trabalhadores integrados no mesmo tipo de contexto. Os costumes têm, assim, caráter inquestionável de atos-regra, isto é, normas jurídicas. Essa nítida diferença de natureza em face dos usos é que responde pela circunstância de os diplomas normativos tecnicamente mais bem elaborados do que a CLT (como o CPC de 1973, art. 126; e a Lei de Introdução ao Código Civil, art. 4º) se referirem somente aos *costumes* como fontes jurídicas supletivas, silenciando-se no tocante à figura dos usos.⁽⁴⁸⁾

A qualidade e a função dos costumes como normas jurídicas autônomas, vocacionadas a suprirem lacunas percebidas nas fontes jurídicas principais do sistema, são referidas pela legislação trabalhista não apenas genericamente (por meio do mencionado art. 8º da CLT), como também de modo tópico e

(48) A Lei de Introdução ao Código Civil, aprovada pelo Decreto-lei n. 4.657, de 4.9.1942, recebeu nova denominação por meio da Lei n. 12.376, de 30.12.2010 (Diário Oficial de 31.12.10), passando a se chamar *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro*. Por outro lado, o art. 140 do CPC de 2015, equivalente ao art. 126 do CPC de 1973, não menciona, explicitamente, quaisquer fontes subsidiárias do Direito.

específico. Este último caso ocorre quando os costumes são tomados como fonte subsidiária privilegiada, em situações de necessidade de busca, em uma situação concreta, do chamado *salário supletivo* aventado pelo art. 460 da CLT.

A Ciência do Direito, como se sabe, classifica os costumes em três tipos, de acordo com sua harmonização à norma jurídica heterônoma estatal (costumes *secundum legem, praeter legem e contra legem*). Tal tipologia sofre nítida adequação à área justralhista. É que, ao contrário do verificado no Direito Civil, os costumes trabalhistas *contra legem* podem ter plena validade, desde que respeitado o critério hierárquico especial vigorante no Direito do Trabalho. Desse modo, consubstanciando o costume trabalhista, norma jurídica mais favorável do que a oriunda de preceito legislativo prevalece sobre este, com caráter de imperatividade. Tal critério de aferição de validade apenas não subsiste se o conflito normativo se instaurar com respeito a normas proibitivas do Estado, que sempre hão de prevalecer em face do matiz soberano de que tais normas se encorajam em sua incidência sobre os casos concretos.

VI. FIGURAS ESPECIAIS

A riqueza do universo de fontes justralhistas não se esgota nas figuras clássicas acima descritas. Há ainda outras importantes figuras que comparecem a esse universo. Entretanto, este grupo tem em comum a circunstância de todas as suas figuras componentes se destacarem por uma indissimulável dubiedade em face do temário relativo às fontes do Direito. Tal dubiedade se manifesta ora no tocante ao posicionamento classificatório do instituto enfocado (como fonte heterônoma ou autônoma), ora no concernente à duplicidade de papéis por ele assumido, ora no respeitante à sua própria caracterização como fonte normativa efetiva.

Entre as figuras especiais em destaque, duas são específicas ao Direito do Trabalho: trata-se do laudo arbitral (e seu processo constitutivo, a arbitragem) e do regulamento empresarial. As demais são comuns a todos os ramos jurídicos, neles comparecendo com o mesmo tipo de dubiedade (no tocante a seu caráter e função de fonte normativa) percebida no ramo justralhista. Trata-se da jurisprudência, dos princípios jurídicos gerais, da doutrina e da equidade.

1. Figuras Justralhistas Especiais

A) Laudo Arbitral (Arbitragem) — Laudo arbitral é decisão de caráter normativo tomada por alguém escolhido por entidades juscoletivas, no

contexto de negociação trabalhista, para incidência no âmbito das respectivas bases sindicais. Ou: “decisão proferida por um árbitro escolhido pelas partes, num conflito coletivo de trabalho”⁽⁴⁹⁾.

O instituto, aplicável a distintos ramos do Direito, está regulado por diploma específico (Lei n. 9.307, de 1996). No Direito do Trabalho existem expressas (embora raras) referências normativas à figura da arbitragem (como no art. 114, § 1º, da Constituição, na Lei de Greve e na Lei do Trabalho Portuário).

A arbitragem pode ser facultativa ou obrigatória. A primeira está prevista, ilustrativamente, no art. 114, § 1º, da Constituição de 1988 (“frustrada a negociação coletiva as partes poderão eleger árbitros”) e ainda na Lei de Greve (art. 7º, Lei n. 7.783/89). Já a arbitragem obrigatória está especificada, por exemplo, na respectiva Lei do Trabalho Portuário, que prevê a utilização da “arbitragem de ofertas finais”, em caso de impasse na solução de litígios relativos à aplicação de algumas das normas da referida legislação (inicialmente, art. 23, Lei n. 8.630, de 1993; em seguida, art. 37, § 1º, Lei n. 12.815, de 2013, resultante da MPr. n. 595, de 6.12.2012).

O laudo arbitral, no contexto do Direito Coletivo do Trabalho (art. 114, § 1º, CF), constitui, em princípio, fonte estritamente heterônoma, porque produzido por terceiro (árbitro ou comissão arbitral), sem a participação direta dos destinatários diretos das normas contidas no laudo (se for conferida a este força normativa, obviamente). Contudo, a arbitragem pode incorporar uma faceta autônoma, demarcando sua particular dubiedade: é o que ocorrerá principalmente se decidida a arbitragem pela livre faculdade dos agentes destinatários das normas pretendidas e se absorver, na comissão arbitral, a representação direta dos destinatários das normas.

Além dessa sua dúbia dimensão, pode o laudo arbitral assumir, ainda, a natureza da fonte formal a que se integrar: é o que irá se verificar, caso utilizado o parecer do árbitro exclusivamente como instrumento de fixação de um aspecto componente de um diploma normativo principal mais amplo (por exemplo, a definição da parcela *produtividade*, em sentenças normativas ou em convenções coletivas).

No Direito Coletivo do Trabalho cabe, como visto, a arbitragem, desde que escolhido o árbitro no processo negocial coletivo, pelo ajuste entre o sindicato obreiro e o(s) empregador(es) ou o sindicato da respectiva categoria econômica. Embora a compatibilidade seja, aqui, inquestionável (art. 114, § 1º, CF/88), o caminho arbitral não floresceu no Brasil mesmo no período subsequente à Constituição de 1988.

(49) NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao Direito do Trabalho*. 21. ed. São Paulo: LTr, 1994, p. 93.

Entretanto, sempre houve forte resistência quanto à compatibilidade da arbitragem com o Direito Individual do Trabalho. Afinal, neste ramo jurídico prevalece a noção de indisponibilidade de direitos trabalhistas, não se compreendendo como poderia ter validade certa decisão de árbitro particular que suprimisse direitos indisponíveis do trabalhador. Nessa linha, tratar-se-ia de instituto pertinente e recomendável para outros campos normativos (Direito Empresarial, Civil, Internacional, etc.), em que há razoável equivalência de poder entre as partes envolvidas, mostrando-se, contudo, sem adequação, segurança, proporcionalidade e razoabilidade, além de conveniência, no que diz respeito ao âmbito das relações individuais laborativas.⁽⁵⁰⁾

A Lei da Reforma Trabalhista, porém, inseriu cunha no Direito Individual do Trabalho de modo a permitir a pactuação de cláusula compromissória de arbitragem, “desde que por iniciativa do empregado ou mediante a sua concordância expressa”, nos termos previstos na Lei de Arbitragem (n. 9.307/1996), considerados os “contratos individuais de trabalho cuja remuneração seja superior a duas vezes o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social” (novo art. 507-A da CLT, conforme Lei n. 13.467/2017).

Observe-se, de todo modo, que o laudo arbitral fixado em relações individuais do trabalho — se for tido como compatível com a Constituição da República, registre-se — não constitui, tecnicamente, fonte de norma jurídica, por não criar regra geral, abstrata e impessoal.⁽⁵¹⁾

B) Regulamento Empresarial — A posição desse instituto como fonte formal de regras justralhistas é curiosa. Seus dispositivos integrantes têm aparente qualidade de regra jurídica, uma vez que são gerais, abstratos e impessoais; mas o Direito do Trabalho do País, mediante sua maciça jurisprudência, tem lhe negado tal natureza e respectivos efeitos.

Na verdade, a dificuldade em se enquadrar o regulamento de empresa no grupo de *lei em sentido material* reside em sua origem e processo de criação — uma vez que esse diploma tende a ser produzido, de maneira geral, só pela vontade privada do empregador. Essa relevante circunstância (o unilateralismo de sua origem) impede que se arrole tal diploma no conjunto das normas oriundas do processo de negociação privada coletiva, embora não se possa negar que seus preceitos muito se assemelham a regras gerais, impessoais, abstratas, dirigidas à regência de situações jurídicas trabalhistas *ad futurum*.

A jurisprudência, como visto, em face da origem normalmente unilateral do regulamento empresarial, tem negado a esse tipo de diploma o caráter de

(50) Segurança, proporcionalidade e razoabilidade são valores, princípios e critérios jurídicos importantes na matriz cultural da Constituição de 1988, como se sabe.

(51) O estudo sobre mediação e arbitragem será retomado no Livro III deste Curso, sobre Direito Coletivo do Trabalho, Capítulo XXXVIII, para onde remetemos o leitor. Consultar, também, o livro deste autor, *Direito Coletivo do Trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2017, em seu Capítulo VI.

fonte normativa autônoma, *conferindo-lhe estritos efeitos de ato de vontade unilateral*. Isso significa que os dispositivos do regulamento empresarial ingressam nos contratos individuais empregatícios como se fossem *cláusulas* desses contratos — que não podem, desse modo, ser suprimidas ainda que alterado o regulamento. Noutras palavras, aplica-se a tais diplomas o mesmo tipo de regra incidente sobre qualquer *cláusula contratual* (art. 468, CLT). Esse é o entendimento sedimentado, ilustrativamente, na Súmula n. 51, I, TST.

Há uma curiosa distinção no presente caso, que se ata à dualidade entre *norma jurídica* e *cláusula contratual*. Caso a mudança do regulamento se faça por simples ato unilateral do empregador (cláusula contratual), ela somente valerá para os futuros empregados, conforme já sedimentado (Súmula n. 51, I, TST). Caso, entretanto, ela resulte de determinação de regra legal válida (isto é, regra que seja constitucional), impondo-se ao empregador, a mudança passa a se reger pelos critérios orientadores do *conflito das normas no tempo*, com simples respeito ao direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Não há mais que se falar em respeito à mera expectativa de direito.⁽⁵²⁾

2. Outras Figuras Jurídicas Especiais

Existem, ainda, alguns outros institutos jurídicos que comparecem a qualquer debate acerca das fontes do Direito, não obstante ocupando posição dúbia frente a esse tema, em qualquer ramo jurídico que se enfoque. Trata-se da jurisprudência, dos princípios jurídicos, da doutrina e da equidade.

A) Jurisprudência — Jurisprudência traduz a reiterada interpretação conferida pelos tribunais às normas jurídicas, a partir dos casos concretos colocados a seu exame jurisdicional. Trata-se da conduta normativa uniforme adotada pelos tribunais em face de semelhantes situações fáticas trazidas a seu exame. Segundo a conceituação clássica, consubstancia a autoridade das coisas decididas similarmente em juízo (*autorictas rerum similiter judicatorum*).

No sistema jurídico romano-germânico (ao qual se filia o Brasil), percebem-se duas posições principais acerca da classificação da jurisprudência no quadro das fontes jurídicas: a primeira, tradicional, que tende a não acatar a jurisprudência como fonte de normas jurídicas; a segunda, mais moderna,

(52) A Súmula n. 288, I, do TST (originalmente, apenas Súmula n. 288), que fixava o mesmo critério de manutenção das antigas cláusulas do regulamento previdenciário privado, no tocante aos antigos empregados inscritos no sistema de previdência complementar vinculado à empresa empregadora (tal como a Súmula n. 51, I), teve sua vigência suspensa pelo TST, em 2015, em sessão plenária da Corte Superior, por maioria de votos. Embora a nova redação do item I da Súmula n. 288 ainda não tivesse sido elaborada e aprovada pela Corte Superior Trabalhista de imediato, prevaleceu, desde aquela época, a decisão de cancelamento da antiga redação do verbete. Finalmente, em abril de 2016, foi aprovada, por maioria de votos, a nova redação da Súmula n. 288, agora com quatro itens específicos.

ponderando que a jurisprudência tem um indissimulável papel jurígeno (criador do Direito). Em certos ramos — como o Direito do Trabalho — esse papel seria até mesmo determinante à compreensão da própria estrutura e dinâmica do conjunto do campo jurídico enfocado.

A primeira vertente encontra fundamentos em construções teóricas civilistas antigas, inspiradas na matriz doutrinária deflagrada pelos códigos napoleônicos, de mais de 200 anos atrás. O tradicional jurista *Henri de Page*, por exemplo, sustenta que as decisões judiciais restringem-se a decisões de espécie, não tendo jamais o valor de regra geral. Por essa razão, sua validade manter-se-ia restrita ao caso concreto submetido ao exame do respectivo tribunal⁽⁵³⁾.

A vertente moderna construiu sua concepção menos a partir de uma abstração estritamente teórica em torno da natureza jurídica da jurisprudência do que, prevalentemente, a partir de um exame sistemático da dinâmica jurídica concreta. A pesquisa científica dessa dinâmica conduz, inevitavelmente, à percepção de que as interpretações dos tribunais acerca da ordem jurídica ganham iniludível identidade própria, emergindo como nítidos atos-regra incidentes sobre as situações futuras semelhantes. Nessa linha, as decisões singulares não seriam, de fato, fontes do Direito, por lhes faltar impessoalidade, abstração e generalidade. Contudo, as posições judiciais adotadas similar e reiteradamente pelos tribunais ganhariam autoridade de atos-regra no âmbito da ordem jurídica, por se afirmarem, ao longo da dinâmica jurídica, como preceitos gerais, impessoais, abstratos, válidos *ad futurum* — fontes normativas típicas, portanto⁽⁵⁴⁾.

Com o *Constitucionalismo Humanístico e Social* de depois da Segunda Guerra Mundial, na Europa Ocidental — e, no Brasil, com a Constituição de 1988 —, em que o conteúdo principiológico das Constituições e de todo o Direito tornou-se paradigmático, a antiga vertente se revelou ainda mais insuficiente e desgastada, uma vez que o sentido da norma jurídica necessariamente passa a ter de ser decantado pelo processo interpretativo lógico, sistemático e teleológico, essencialmente feito pela jurisprudência.

No âmbito justralhista, a presença de uma jurisprudência principiológica sempre foi marca distintiva da Justiça do Trabalho, antecipando as

(53) Henri de Page, citado por MARANHÃO, Délio. *Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1987, p. 20. O jurista Délio Maranhão é um dos juslaboristas que acompanham essa vertente tradicional.

(54) A esse respeito, Amauri Mascaro Nascimento conclui: “Para a teoria moderna a jurisprudência é valorizada como fonte do Direito, o juiz é dotado de um poder criativo, para alguns fundamentado na lei, sendo exemplo a equidade, na qual se encontra, sem dúvida, uma transferência do poder de legislar do Legislativo para o Judiciário”. In: *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 124. Em outra de suas obras, o mesmo autor é taxativo: “Jurisprudência é, sabidamente, fonte de direito” (in *Iniciação ao Direito do Trabalho*. 21. ed. São Paulo: LTr, 1994, p. 90).

repercussões, no Brasil, do *Constitucionalismo Humanístico e Social*, desde muito antes de 1988. E com o advento da nova Constituição da República, tal linha de atuação jurisprudencial se afirmou, em particular a partir das modificações mais amplas arquitetadas em seus verbetes sumulares desde 2003 pelo Tribunal Superior do Trabalho.⁽⁵⁵⁾

Note-se que no Direito do Trabalho a própria legislação já cuidou de enfatizar a jurisprudência como fonte normativa — ao menos *supletiva*, é verdade (art. 8º, *caput*, CLT). Não obstante seu papel vá além de simples fonte subsidiária do Direito, houve, de qualquer modo, neste ramo jurídico, um acolhimento expresso — ainda que parcial — da tese classificatória proposta pela vertente moderna.

No Direito Comum, entretanto, é mais tenaz a resistência da concepção tradicional — embora indubitável a força criativa das súmulas produzidas pelos tribunais superiores também naquela esfera jurídica. De todo modo, essa tenacidade conduziu ao silêncio (eloquente, no caso) dos preceitos normativos que fazem referência às fontes jurídicas subsidiárias (art. 4º, Lei de Introdução ao Código Civil, e art. 126, CPC-1973): nenhum desses preceitos se referiu à jurisprudência como fonte supletiva em situações de lacuna normativa nas fontes principais do Direito, sendo que o CPC-2015 (art. 140) sequer se referiu à fontes subsidiárias do Direito.⁽⁵⁶⁾

É bem verdade que o presente debate ganhou nova dimensão com a *reforma do Judiciário*, promulgada em dezembro de 2004. É que a Constituição emendada passou a atribuir ao STF o poder de editar *súmula com efeito vinculante*, após reiteradas decisões sobre a matéria (art. 103-A, CF/88).

De todo modo, no Estado Democrático de Direito, em que vigora o império da Constituição, naturalmente que o papel interpretativo da ordem jurídica ganha relevo destacado. É que cabe à jurisprudência, por meio da interpretação, adequar a ordem jurídica infraconstitucional não apenas aos fatos novos da vida, como também aos princípios e regras da Constituição, além de concretizar, pelo caminho interpretativo, a própria força normativa inerente ao Texto Máximo. Não há como se cumprir essa hercúlea tarefa nos acanhados limites sugeridos pela vertente tradicional.

A jurisprudência dominante do Tribunal Superior do Trabalho — que tem a função constitucional e legal de uniformizar a jurisprudência trabalhista na

(55) Curiosamente, apenas a partir de 2003 é que o TST decidiu realizar ampla atualização de sua jurisprudência, em conformidade com a matriz principiológica humanística, democrática, social e inclusiva da Constituição de 1988, ajustando, naquele ano, mais de uma centena de verbetes sumulares. Essa tendência prevaleceu nos anos seguintes a 2003.

(56) Conforme já exposto, a Lei de Introdução ao Código Civil, de 1942, recebeu nova denominação por meio da Lei n. 12.376, publicada em 31.12.2010, passando a se chamar *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro*.

República e na Federação — expressa-se, preponderantemente, por meio de três veículos tradicionais: Súmulas, Orientações Jurisprudenciais (OJs) e Precedentes Normativos. A essa tríade de grande relevância (principalmente súmulas e OJs), somam-se as decisões plenárias sobre teses jurídicas tomadas pela Corte Superior Trabalhista.

As Súmulas expressam o entendimento dominante no conjunto da Corte Superior, a respeito de qualquer matéria submetida à sua jurisdição. As OJs expressam o entendimento dominante em uma das seções especializadas do TST, seja a SDI-I (Subseção I Especializada em Dissídios Individuais), a SDI-II (Subseção II Especializada em Dissídios Individuais) ou a SDC (Seção de Dissídios Coletivos). Há ainda a possibilidade de edição de OJs do Tribunal Pleno (relativamente a matérias de sua competência), além do Órgão Especial. Existem, por fim, os Precedentes Normativos, que são próprios para matérias de competência da SDC, voltando-se à uniformização de cláusulas componentes de dissídios coletivos; o Regimento Interno, entretanto, também autoriza a edição de PNs para o Órgão Especial.⁽⁵⁷⁾

Mais recentemente, no âmbito do Direito Processual do Trabalho, em vista das mudanças trazidas pelo novo diploma normativo recursal trabalhista, Lei n. 13.015/2014, alterando parte importante do Capítulo VI (“Dos Recursos”) do Título X (“Do Processo Judiciário do Trabalho”) da CLT, tornaram-se recorrentes as decisões plenárias do Tribunal Superior do Trabalho, em busca de assentar teses jurídicas a partir de casos paradigmáticos (*precedentes*) levados ao seu exame (*afetação* ao TST Pleno). De certo modo, trata-se de adaptação da sistemática de decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça, em julgamento de recursos repetitivos, e pelo Supremo Tribunal Federal sob o regime da repercussão geral, no quadro das mudanças normativas promovidas e/ou estimuladas pela EC n. 45, de 2004. Verifica-se, de igual modo, a convergência das diretrizes introduzidas pela Lei n. 13.015/2014, especificamente sob o

(57) A respeito da competência de todos esses órgãos do TST, consultar arts. 74 a 79 do novo Regimento Interno da Corte Superior Trabalhista (Res. Adm. do TST n. 1.937, de 20.11.2017). As Súmulas, OJs e os PNs estão regidos pelos arts. 169 a 182 do novo RI-TST. Registre-se, para simples ilustração, que o Tribunal Pleno, na lógica institucional anterior, ostentava competência relativamente reduzida, de caráter institucional (eleições, composição de listas, aprovação e/ou alteração do Regimento Interno etc.) e de seletivo caráter jurisdicional (aprovação de Súmulas e julgamentos de incidentes de uniformização de jurisprudência e de arguições de inconstitucionalidade de leis e/ou preceitos legais); boa parte de suas antigas atribuições haviam sido deslocadas para o Órgão Especial, instituído exatamente para absorver a pleora de matérias administrativas da Corte e outras correlatas. Porém, com as mudanças promovidas pela Lei n. 13.015/2014, o Tribunal Pleno passou a ser frequentemente demandado para o exame de temas paradigmáticos (*precedentes*) a ele afetados, em busca de definição da jurisprudência da Corte Superior Trabalhista. A SDI-I, por sua vez, julga os embargos interpostos contra decisões das oito Turmas do TST, além de outros temas e recursos. A SDC está focada em processos de dissídios coletivos, ações anulatórias de acordos e convenções coletivas e outros temas e recursos análogos.

ângulo recursal trabalhista, com algumas modificações deflagradas pelo novo Código de Processo Civil no sistema recursal do País (Lei n. 13.105/2015) – a cujo espírito a Lei Processual Trabalhista n. 13.015/2014 é bastante afinada.⁽⁵⁸⁾

Com efeito, a Lei n. 13.015, de 2014, induz também à uniformização jurisprudencial nos 24 TRTs do País, de maneira a acentuar a harmonização da interpretação do Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho na República e na Federação.

Embora o ideal seja que as decisões plenárias se convoem em *súmulas*, o fato é que, por si somente, ostentam força incisiva na compreensão do Direito do Trabalho em todo o Brasil.⁽⁵⁹⁾

Todo esse conjunto de poderosos instrumentos processuais (Súmulas, OJs, Precedentes Normativos e decisões plenárias do Tribunal Superior do Trabalho — sem contar ainda as decisões das sessões especializadas do TST) comprovam, entre outros aspectos, a força normativa da jurisprudência no Direito brasileiro, especialmente no Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho.

Ressalte-se, por outro lado, que a Lei da Reforma Trabalhista (n. 13.467/2017), inusitadamente, buscou restringir o papel da jurisprudência trabalhista, instituindo novas obstáculos e procedimentos para a atuação da Justiça do Trabalho nesse campo constitucional fundamental. Nesta linha, o disposto nos novos §§ 2º e 3º do art. 8º da CLT e o novo texto do art. 702 também da Consolidação.⁽⁶⁰⁾

B) Princípios Jurídicos — Os princípios gerais de Direito e os princípios próprios ao ramo justrabalhista especializado serão objeto de análise circunstanciada no Capítulo VI deste Curso. Cabe se adiantar, contudo, rápida referência ao papel dos princípios no contexto das fontes do Direito do Trabalho.

(58) Note-se, porém, que a peculiar determinação da Lei n. 13.015/2014, no sentido da uniformização jurisprudencial também nos 24 TRTs do País — até mesmo mediante a devolução, pelo TST, de processos em recursos de revista —, foi revogada pela Lei da Reforma Trabalhista (revogação dos §§ 3º, 4º, 5º e 6º do art. 896 da CLT pela Lei n. 13.467/2017).

(59) Na sistemática da Lei n. 13.015/2014, a afetação processual pode acontecer também com respeito à SDI-1 do TST. Entretanto, conforme se percebe, o mais lógico e recomendável é que, tratando-se de tema efetivamente geral e relevante — além de tema que envolva interpretação sufragada por Súmula aprovada por toda a Corte Superior —, essa afetação se volte diretamente para o Tribunal Pleno. A respeito de tais mudanças processuais trabalhistas, consultar: BRANDÃO, Cláudio. *Reforma do Sistema Recursal Trabalhista – Comentários à Lei n. 13.015/2014*. São Paulo: LTr, 2015; PEREIRA, Ricardo José Macedo de Brito. *Recursos de Natureza Extraordinária no TST — Recurso de Revista e Embargos por Divergência — de acordo com a Lei n. 13.015/2014. Conforme novo CPC*. Salvador: JusPodivm, 2015.

(60) Sobre a reforma trabalhista, consultar: DELGADO, M. G.; DELGADO, G. N. *A Reforma Trabalhista no Brasil* — com os comentários à Lei n. 13.467/2017. São Paulo: LTr, 2017 (2. ed.: 2018).

Há dois papéis que os princípios cumprem, tradicionalmente, no âmbito do Direito: surgem, em primeiro lugar, como proposições ideais informadoras da compreensão do fenômeno jurídico (*princípios descritivos*) — sendo essa sua função tradicional no âmbito de qualquer ramo do Direito. Em segundo lugar, contudo, os princípios podem ser tomados para que cumpram o papel de fonte supletiva (*princípios normativos subsidiários*), em situações de lacunas nas fontes jurídicas principais do sistema. Essa utilização dos princípios como fontes normativas subsidiárias é permitida tanto pela legislação geral (art. 4º, Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro; art. 126, CPC-1973) como pela legislação especial trabalhista (art. 8º, CLT).⁽⁶¹⁾

Existe uma terceira função, de caráter normativo próprio, apenas explicitada mais recentemente na Teoria do Direito. De fato, parte importante da doutrina jusfilosófica e constitucionalista ocidental do período seguinte à Segunda Guerra Mundial tem percebido uma terceira função nos princípios jurídicos, negligenciada na tradição teórica anterior: aquilo que chamamos de *função normativa própria ou concorrente*. Dessa maneira, considerada essa nova função normativa atribuída aos princípios — hoje hegemonicamente acatada —, pode-se afirmar, em consequência, que os princípios, dentro do fenômeno do Direito, ostentam três grandes funções, sendo, contemporaneamente, a sua função principal exatamente aquela de caráter normativo. Nesse quadro, os princípios constituem, portanto, sem dúvida, fonte formal do Direito.

O debate sobre essa nova — e decisiva — vertente interpretativa acerca dos princípios jurídicos fica, porém, transferido para o capítulo seguinte do presente Curso⁽⁶²⁾.

C) Doutrina — A doutrina consiste no conjunto de apreensões e leituras sistematizadas da ordem jurídica pelos juristas e estudiosos do Direito em geral, que informam a compreensão do sistema jurídico e de seus ramos, institutos e diplomas normativos, auxiliando o processo de aplicação concreta do Direito.

(61) O art. 126 do CPC de 1973 referia-se claramente aos princípios gerais do Direito como fonte subsidiária, no caso de lacuna da lei. O preceito que substitui o art. 126 do velho Código, que é o art. 140 do CPC de 2015, não mais se refere aos princípios como fonte subsidiária do Direito, apenas estatuiu que o “... juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico”. Certamente que a mudança deriva do fato de a nova lei já considerar, tranquilamente, os princípios como reais fontes normativas, além da circunstância de se valer de conceito mais amplo, o ordenamento jurídico, em contraponto ao conceito restrito de “lei”; assim, como o ordenamento jurídico é complexo normativo bastante amplo, sendo formado, inclusive, pelos princípios jurídicos (estes, com a sua natureza e a sua força normativas), a possibilidade de lacunas torna-se muito mais reduzida, sem dúvida.

(62) Para uma análise mais profunda desse complexo debate (natureza normativa dos princípios), remetemos também o leitor ao primeiro capítulo de nossa obra *Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2001 (2. ed.: 2004; 3. ed.: 2010; 4. ed.: 2013; 5. ed.: 2017).

As construções doutrinárias *não* são, portanto, fonte normativa. Têm, entretanto, inegável importância no universo e prática jurídicos, uma vez que atuam como instrumentos reveladores dos fundamentos teóricos e conexões lógicas do sistema jurídico, os quais, por abstração, devem ser captados pelo intérprete e aplicador do Direito. Nesse quadro será sempre substantiva a influência da doutrina na dinâmica jurídica, embora sem que ela se transforme em fonte formal da regra de Direito.

Observe-se, finalmente, que nenhum dos preceitos normativos que se referem às fontes jurídicas subsidiárias a serem utilizadas em situações de lacunas normativas nas fontes principais (art. 8º, CLT; art. 4º, LICC; art. 126, CPC) incorpora, em seu rol, a doutrina como fonte supletiva eventual do Direito.⁽⁶³⁾

D) Equidade — Essa figura jurídica tem sido compreendida segundo duas concepções relativamente distintas na História do Direito, originárias ambas da antiguidade clássica.

De acordo com a primeira de tais concepções (de matriz grega, em especial fundada na teorização de *Aristóteles*), equidade (*epiquéia*) traduz a retificação das distorções da lei, corrigindo as injustiças do comando abstrato perante a situação fática concreta. Corresponde ao processo de adequação e atenuação do preceito normativo — sempre naturalmente amplo e abstrato — em face das particularidades inerentes ao caso concreto ventilado apenas genericamente pela norma. A equidade (*epiquéia*) emerge, pois, como critério adequador a ser observado no momento da aplicação final da norma: em síntese, um “critério de aplicação das leis, o qual permite adaptá-las a cada caso particular e temperar-lhes o rigor com a adequação”⁽⁶⁴⁾.

De acordo com a segunda das concepções (de matriz romana), a equidade (*aequitas*) aproxima-se de um processo de criação de regras jurídicas, assumindo, portanto, caráter de fonte normativa. O jurista *Del Vecchio* esclarece que a cultura jurídica romana compreendia que “... o simples reconhecimento de que o Direito positivo é contrário ao Direito natural não basta *de per si* para o abolir, mas determina uma tendência para a sua reforma ou modificação, também no momento da aplicação judicial da lei mediante a *aequitas*. Advirta-se que o magistrado romano detinha um poder assaz mais vasto que o magistrado moderno; tanto que, ao entrar no desempenho do cargo, o pretor anunciava as máximas que informariam a sua jurisdição (*edictum*)”⁽⁶⁵⁾.

(63) Conforme já exposto, o art. 140 do novo CPC, em contraposição ao art. 126 do CPC antigo, prefere não se referir à ideia de *fontes subsidiárias do Direito*. Apenas estatui: “O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico”. É que, ao usar o conceito de ordenamento jurídico, ao invés do conceito de lei, compreende que não se pode falar em lacuna no ordenamento jurídico; este não teria lacunas, seria pleno.

(64) DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de Filosofia do Direito*. Coimbra: Armênio Amado, 1979, p. 47.

(65) DEL VECCHIO, Giorgio, ob. cit., p. 57.

A moderna concepção de equidade, incorporada hegemonicamente pela cultura jurídica nacional, identifica-se com a vertente grega aristotélica (*epiqueia*) acima exposta, não se confundindo com a noção de fonte normativa (embora a *palavra* equidade derive, obviamente, do vocábulo latino *aequitas*). A equidade significa, pois, a suavização do rigor da norma abstrata, tendo em vista as circunstâncias específicas do caso concreto posto a exame judicial. A lei regula uma situação-tipo, construindo regra fundada nos elementos mais amplos dessa situação: o intérprete, pela equidade, mediatiza, adequa o comando abstrato, ao torná-lo concreto.

O art. 127 do CPC de 1973 restringia o uso da equidade, pelo Juiz, somente se houvesse clara autorização da lei. A mesma regra foi mantida pelo parágrafo único do art. 140 do CPC-2015. A CLT, contudo, faz remissão mais aberta à equidade, arrolando-a como fonte normativa subsidiária, a ser invocada em situações de lacuna normativa no conjunto das fontes principais do Direito do Trabalho (art. 8º, *caput*, CLT). Não há, na verdade, tão largo distanciamento entre os dois preceitos legais. É que a jurisprudência, hoje, tem compreendido que, diante de texto expresso e inequívoco da norma jurídica, descaberia recurso à equidade para se suprimir ou tangenciar o efeito legal pretendido pela ordem jurídica. Como fonte normativa subsidiária (no sentido romano, portanto), a equidade deve, efetivamente, ser contingenciada ao máximo, inclusive por não ser esse instituto hábil a produzir fórmula jurídica geral e universal — e, portanto, democrática. Entretanto, como mecanismo adequador da generalidade, abstração e impessoalidade do preceito normativo às particularidades do caso concreto, a equidade (no sentido grego, pois) sempre tenderá a auxiliar o operador jurídico a concluir com sensatez e equilíbrio sua atuação específica.

Ressalte-se, finalmente, que no Direito do Trabalho brasileiro, é conferido à equidade, ainda, um papel de fonte *material* do Direito judicialmente produzido (por meio das sentenças normativas). De fato, dispõe a CLT que, nos dissídios de natureza econômica, as sentenças normativas prolatadas (fontes de normas jurídicas, como se sabe) deverão tomar em avaliação a noção de “salário justo” (art. 766, CLT).⁽⁶⁶⁾

3. Referências Finais

Há, finalmente, duas outras figuras jurídicas que sempre têm sido mencionadas em estudos acerca das fontes do Direito, embora, efetivamente, não tenham esse caráter. Trata-se da analogia e do contrato.

(66) Para maior análise acerca do papel da equidade, inclusive sua relação com o princípio da dignidade da pessoa humana, consultar o Capítulo VII, item VI, da obra deste autor, “Princípios Constitucionais do Trabalho e Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho”, já citada (na 2ª edição desta obra, ver Capítulo VI, item III. 4; idem, 4. ed.: 2013).

A) Analogia — A *analogia* é citada, por exemplo, em texto legal que faz referência às fontes supletivas do Direito (art. 126, CPC), ensejando a impressão de se tratar de uma delas. Não tem ela esse caráter, entretanto.

A analogia diz respeito, na verdade, apenas à operação lógico-comparativa pela qual o operador jurídico, em situações de lacuna nas fontes normativas principais do sistema, busca preceito adequado existente em outros segmentos do universo jurídico. A analogia é, pois, instrumento de concretização da chamada integração jurídica, pela qual se pesquisam outras fontes normativas para aplicação ao caso concreto figurado⁽⁶⁷⁾. É mecanismo de pesquisa, encontro e aplicação de fonte subsidiária, e não uma fonte em si mesma.

B) Cláusulas Contratuais — O *contrato* também comparece a estudos sobre fontes do Direito, mas, em geral, com o intuito de se conferir ênfase ao fato de não se constituir, definitivamente, em mecanismo criador e revelador de normas jurídicas.

O contrato, de fato, não se qualifica como diploma instituidor de atos-regra, de comandos abstratos, gerais, impessoais. Ao contrário, compõe-se de *cláusulas* concretas, específicas e pessoais, envolvendo apenas as partes contratantes. Não se configura, assim, como fonte de regras jurídicas, mas como fonte de obrigações e direitos específicos, concretos e pessoais, com abrangência a seus contratantes.

A distinção não é meramente acadêmica, mas fundamental: é que o Direito confere efeitos distintos às *normas* (componentes das fontes jurídicas formais) e às *cláusulas* (componentes dos contratos). Basta indicar que as normas não aderem permanentemente à relação jurídica pactuada entre as partes. Podem, pois, ser revogadas, extirpando-se, a contar de então, do mundo jurídico — respeitado o direito adquirido, a coisa julgada e o ato jurídico perfeito, é claro.

Em contraponto a isso, as cláusulas contratuais sujeitam-se a um efeito adesivo permanente nos contratos, não podendo, pois, ser suprimidas pela vontade que as instituiu. A ordem jurídica confere poder revocatório essencialmente às normas jurídicas e não às cláusulas contratuais. Trata-se, afinal, de poder político-jurídico de notável relevância, já que as normas podem suprimir do mundo fático-jurídico até as cláusulas (além das próprias normas precedentes, é claro), ao passo que o inverso não ocorre (excetuada a prevalência de *vantagem* trabalhista superior criada pela vontade privada no contrato).

(67) A integração jurídica e a analogia serão examinadas no Capítulo VII, “Interpretação, Integração e Aplicação do Direito do Trabalho”, componente deste Curso.

VII. HIERARQUIA ENTRE AS FONTES JUSTRABALHISTAS

O exame das fontes componentes de qualquer segmento jurídico não se completa sem o estudo dos critérios de inter-relação entre essas fontes, hábeis a garantir a harmonização de umas às outras em casos de conflitos entre as fontes normativas. À medida que o Direito é um *sistema*, isto é, um conjunto de partes lógicas e dinamicamente coordenadas entre si, cabe se estudar os critérios de harmonização dessas partes componentes, em especial quando duas ou mais normas jurídicas venham regulamentar de modo diferente uma mesma situação concreta.

Todos os sistemas jurídicos — e inclusive seus segmentos especializados — organizam-se segundo uma hierarquia lógica entre suas normas integrantes. A noção de hierarquia eleger-se, assim, como o critério fundamental a responder pela harmonização das múltiplas partes normativas componentes de qualquer sistema do Direito.

Hierarquia traduz ordem, gradação, organização segundo um critério. Hierarquizar significa colocar determinados elementos em ordem sequencial, em vista de um critério preestabelecido. No Direito, o tema da hierarquia das normas jurídicas consiste em se apreender a precisa ordem e gradação entre as normas jurídicas. Para tanto, busca-se captar o exato critério de estabelecimento e observância dessa gradação e ordem, no suposto assentado de que a “... estrutura da ordem jurídica é uma construção escalonada de normas supra e infraordenadas umas às outras, em que uma norma do escalão superior determina a criação da norma do escalão inferior...”⁽⁶⁸⁾.

Com suporte na clássica teorização de *Hans Kelsen* sobre a estrutura e dinâmica jurídicas, o constitucionalista *Michel Temer*, em obra de 1989, desenvolve a análise: “Hierarquia, para o Direito, é a circunstância de uma norma encontrar sua nascente, sua fonte geradora, seu ser, seu engate lógico, seu fundamento de validade numa norma superior. A lei é hierarquicamente inferior à Constituição, porque encontra nesta o seu fundamento de validade”⁽⁶⁹⁾. Nessa mesma linha de reflexão, completa o autor que há, portanto, no sistema jurídico, um “escalonamento normativo, em que uma norma constitui o fundamento de validade de outra” (...). “Cada comando normativo encontra respaldo naquele que lhe é superior. Se faltar essa verticalidade fundamentadora, posso insurgir-me contra a ordem expedida...”⁽⁷⁰⁾.

(68) KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1987, p. 221.

(69) TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 148.

(70) TEMER, Michel, ob. cit., p. 22.

1. **Hierarquia Normativa: teoria geral**

No Direito Comum os diplomas normativos (lei em sentido material) classificam-se, hierarquicamente, segundo sua maior ou menor *extensão de eficácia* e sua maior ou menor *intensidade criadora do Direito*.

Há uma *verticalidade fundamentadora* (Michel Temer — 1989) entre os diplomas normativos, mediante a qual um diploma encontra respaldo e fundamento naquele que lhe é superior. A hierarquia fixa-se pela extensão da eficácia e intensidade normativa do diploma, concentradas essas qualidades mais firmemente na Constituição da República e, em grau gradativamente menor, nos diplomas normativos de caráter inferior. Esses dois critérios informam os princípios da constitucionalidade e da legalidade, inspiradores e orientadores de toda a ordem jurídica no âmbito do Direito Comum.

À luz desse critério, a hierarquia própria às fontes normativas componentes do Direito Comum é rígida e inflexível: nada agride a Constituição e, abaixo dessa, nada agride a lei. A pirâmide de hierarquia normativa apresenta-se com a seguinte disposição: Constituição, no vértice da pirâmide, acompanhada de emendas à Constituição. Em seguida, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias. Em seguida, decretos (regulamento normativo) e, sucessivamente, diplomas dotados de menor extensão de eficácia e mais tênue intensidade normativa.

2. **Hierarquia Normativa: especificidade justralhista**

Não é esse o critério hierárquico preponderante no Direito do Trabalho. Na verdade, a temática da hierarquia própria aos componentes normativos justralhistas coloca, mais uma vez, esse ramo jurídico especializado em notável especificidade perante o Direito Comum. Há dois pontos centrais de distanciamento entre o Direito Comum e o Direito do Trabalho no tocante ao critério de hierarquia normativa.

Em primeiro lugar, no ramo justralhista não se deve, em princípio, falar em hierarquia de diplomas normativos (lei em sentido material), mas em hierarquia de *normas jurídicas* (heterônomas e autônomas). Em segundo lugar, o critério informador da pirâmide hierárquica justralhista é distinto do rígido e inflexível imperante no Direito Comum.

A eleição da norma jurídica — em vez do diploma normativo — como elemento integrante da pirâmide hierárquica justralhista resulta da composição altamente diversificada do universo de fontes características a esse ramo jurídico especializado, em que cumprem papel de alto relevo fontes de origem não estatal (fontes autônomas). A construção hierárquica a partir da ideia de diploma (e não de norma) inviabilizaria o papel dinâmico e inovador

aberto pelo Direito do Trabalho às forças criativas do Direito existentes na sociedade civil, desfigurando a própria essência desse ramo jurídico.

De par com isso, o respeito ao caráter hegemônico direcionador que tem no Direito do Trabalho um de seus princípios (*o princípio da norma mais favorável — desde 1988, de fundo até mesmo constitucional: art. 7º, caput, CF*) não se compatibilizaria com a inflexibilidade piramidal típica do Direito Comum. O avanço e aperfeiçoamento jurídico alcançado em segmentos econômico-profissionais mais desenvolvidos entraria em choque com a rigidez do império dos diplomas heterônomos estatais, impedindo a democratização e o desenvolvimento do Direito do Trabalho.

Desse modo, a necessidade de se adequar o critério de hierarquia jurídica à composição normativa diversificada do Direito do Trabalho e ao caráter essencialmente teleológico (finalístico) de que se reveste esse ramo jurídico especializado, com a hegemonia incontestada em seu interior do princípio da norma mais favorável, tudo conduz ao afastamento justralhista do estrito critério hierárquico rígido e formalista prevalecente no Direito Comum. A adoção do enfoque nas normas jurídicas, em lugar de enfoque em diplomas normativos, é uma manifestação desse afastamento e o mecanismo básico que permite respeitar-se tanto a composição normativa específica do Direito do Trabalho como o imperativo teleológico que rege sua estrutura e dinâmica.

O critério normativo hierárquico vigente no Direito do Trabalho opera da seguinte maneira: a pirâmide normativa constrói-se de modo plástico e variável, elegendo para seu vértice dominante a norma que mais se aproxime do caráter teleológico do ramo justralhista. À medida que a matriz teleológica do Direito do Trabalho aponta na direção de conferir solução às relações empregatícias segundo um sentido social de restaurar, hipoteticamente, no plano jurídico, um equilíbrio não verificável no plano da relação econômico-social de emprego —, objetivando, assim, a melhoria das condições socioprofissionais do trabalhador —, prevalecerá, tendencialmente, na pirâmide hierárquica, aquela norma que melhor expresse e responda a esse objetivo teleológico central justralhista. Em tal quadro, a hierarquia de normas jurídicas não será estática e imutável, mas dinâmica e variável, segundo o princípio orientador de sua configuração e ordenamento.

O princípio direcionador basilar do Direito do Trabalho, que melhor incorpora e expressa seu sentido teleológico constitutivo, é, como visto, o *princípio da norma mais favorável ao trabalhador*. Assim, aplicar-se-á ao caso concreto — sendo naquele caso hierarquicamente superior — a norma mais favorável ao empregado. O vértice da pirâmide normativa, variável e mutável — ainda que apreendido segundo um critério permanente —, não será a Constituição Federal ou a lei federal necessariamente, mas a norma mais favorável ao trabalhador. Não há, assim, contradição inconciliável entre as regras heterônomas estatais e regras autônomas privadas coletivas (entre

o Direito do Estado e o Direito dos grupos sociais), mas uma espécie de harmoniosa concorrência: a norma que disciplinar uma dada relação de modo mais benéfico ao trabalhador prevalecerá sobre as demais, sem derrogação permanente, mas mero preterimento, na situação concreta enfocada.

Note-se que esse princípio, embora antigo no Direito do Trabalho, foi incorporado pelo art. 7º, *caput*, da Constituição de 1988 (“Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, *além de outros que visem à melhoria de sua condição social: ...*” — grifos acrescidos). Essa incorporação se deu em vista da harmonia do antigo princípio justralhista com a dimensão humanística, social, democrática e inclusiva da Constituição da República.

Há, entretanto, limites à incidência desse critério hierárquico especial ao Direito do Trabalho — fronteira a partir da qual mesmo no ramo justralhista se respeita o critério rígido e inflexível do Direito Comum. Tais limites encontram-se nas normas proibitivas oriundas do Estado. De fato, o critério justralhista especial não prevalecerá ante normas heterônomas estatais proibitivas, que sempre preservarão sua preponderância, dado revestirem-se do *imperium* específico à entidade estatal. Tais normas — como dito — encorajam-se em sua incidência de um inarredável matiz soberano.

3. Aplicação da Teoria Especial Trabalhista

A temática da hierarquia das normas jurídicas trabalhistas tem tido grande importância — e recorrência — na dinâmica do Direito do Trabalho brasileiro.

Isso acontece por duas razões: em primeiro lugar, em função das alterações constitucionais vivenciadas com certa frequência na história jurídica do País. Em segundo lugar — e principalmente —, em virtude da notória conduta legiferante que tanto caracteriza o Poder Executivo no Brasil, expedindo decretos regulamentadores de diplomas legais, com nítidos efeitos ora ampliativos ora restritivos dos preceitos legais regulamentados — em criticável autointerpretação ampliativa dos limites do poder regulamentar que lhe é tradicionalmente atribuído pelas constituições.

A primeira dessas situações de conflito de regras jurídicas é a que envolve decretos regulamentadores que *restringem* direitos assegurados pelo texto legal regulamentado. Aqui a restrição de origem presidencial tende a agredir o próprio critério hierárquico civilista; mais ainda o jurislaborativo.

Analise-se, ilustrativamente, o que se passou com o Decreto n. 95.247/87, regulamentador das Leis ns. 7.418/85 e 7.619/87, diplomas esses que deram origem e configuração ao vale-transporte. O art. 7º do mencionado decreto pareceu querer inverter o ônus da prova concernente à prestação de informações acerca do deslocamento obreiro moradia-trabalho-moradia,

limitando, em consequência, o próprio acesso ao instituto⁽⁷¹⁾. Tal inversão restritiva obviamente fere o critério de hierarquia normativa vigente no ramo justralhista⁽⁷²⁾.

A mesma conduta restritiva — e assim questionável, do ponto de vista hierárquico — foi percebida no tocante ao Decreto n. 93.412/86, que regulamentava a antiga Lei n. 7.369/85. O diploma regulamentador, ao se reportar somente a empregados do setor de energia elétrica, laborando em contato com *sistemas elétricos de potência* (Anexo do referido Decreto), reduzia, substantivamente, o âmbito de abrangência do tipo legal criado pela lei ordinária, que não mencionava semelhante restrição. A propósito, o mesmo Decreto fornecia um segundo exemplo de conduta normativa censurada pela jurisprudência: o critério de proporcionalidade, instituído pelo regulamento do Poder Executivo, sem que tenha havido tal previsão no texto da lei regulada (Súmula n. 361, TST).⁽⁷³⁾

Uma situação curiosa ocorre na equação inversa aos dois exemplos acima citados: isto é, naqueles casos em que o decreto regulamentador *amplia* direito assegurado em lei.

Na equação ampliativa (decreto mais favorável do que lei) não se pode simplesmente aplicar o critério hierárquico trabalhista especializado porque, afinal, há uma determinante de natureza constitucional incidente sobre o problema: o fato de ser restrita a competência presidencial para

(71) A respeito, ver o artigo Vale-Transporte: a Questão do Ônus da Prova. In: DELGADO, Mauricio Godinho. *Direito do Trabalho e Modernização Jurídica*. Brasília: Consulex, 1992, p. 93-102.

(72) A antiga Orientação Jurisprudencial n. 215 da SDI-1/TST parecia concordar com essa inversão probatória e até mesmo estimulá-la. Felizmente, o Tribunal Superior do Trabalho cancelou a controvertida OJ 215, em maio de 2011 (Resolução n. 175, de 24.5.2011, TST). Nesse quadro, presume-se necessário o vale-transporte para o trabalhador contratado, por ser comum e genérica a necessidade de deslocamento residência-trabalho-residência pelo obreiro (fato constitutivo do direito presumido, portanto). Mantém-se com o empregador o ônus da prova do fato extintivo do direito à parcela, isto é, seu fornecimento regular, cabendo-lhe também o ônus probatório com respeito a eventual fato impeditivo (por exemplo, a circunstância de o trabalhador laborar na própria residência, não necessitando da vantagem; ou de residir nas proximidades do estabelecimento, sem necessidade de tomar transporte público para o deslocamento; ou até mesmo o fato de não ser vantajoso para o empregado o desconto legal de 6% sobre seu salário básico, ou qualquer outro fator elisivo consistente despontado). Naturalmente, caberá ao empregador colher do empregado, no instante da contratação, as informações sobre seu endereço residencial e as conduções públicas utilizadas ou sobre a presença de algum fato impeditivo consistente. A respeito, consultar, inclusive, a recente Súmula n. 460 do TST.

(73) A Lei n. 7.369/85, que regulava, com especificidade, o adicional de periculosidade do eletricitário, foi revogada pela Lei n. 12.740, de 08.12.2012. O novo diploma legal conferiu nova redação ao *caput* do art. 193 da CLT, tipificando como atividades ou operações perigosas, para os fins de percepção do adicional regulado por seu § 1º, “... *aquelas que, por sua natureza ou métodos de trabalho, impliquem risco acentuado em virtude de exposição permanente do trabalhador a: I — inflamáveis, explosivos ou energia elétrica; II — roubos ou outras espécies de violência física nas atividades profissionais de segurança pessoal ou patrimonial.*”

regulamentação de lei, falcendo ao Chefe do Poder Executivo poderes para alargar o comando legal regulamentado; há, portanto, limites competenciais dados ao Presidente da República pela Constituição no que tange ao seu poder regulamentador (o art. 84, IV, *in fine*, da CF/88 fixa competir privativamente ao Presidente da República “sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução”)

Entretanto, a jurisprudência trabalhista tem enfrentado tais situações de outra maneira, suplantando o óbice competencial fixado na Constituição e afirmando, em igual intensidade, o princípio da norma mais favorável. A jurisprudência tem acolhido o texto ampliativo de direitos trazido pelo decreto como *proposta interpretativa mais favorável da regra legal* apresentada pelo próprio Poder Executivo — e assim incorporada, na qualidade de interpretação, na ordem jurídica. Não se trata, pois, exatamente de manejo do critério hierárquico especial trabalhista em casos como esses, mas de manejo do princípio interpretativo da norma mais favorável (escolha da interpretação consistente mais vantajosa ao trabalhador). Ou seja, a validade do preceito regulamentar ampliativo passa a se fundar no acatamento da *sugestão interpretativa* proposta pelo decreto do Poder Executivo, e não necessariamente na simples aplicação da teoria hierárquica especial do Direito do Trabalho.

É o que aconteceu, ilustrativamente, com o Decreto n. 57.155, de 1965, regulamentador da Lei n. 4.090/62: o art. 7º do decreto estende o 13º salário proporcional a qualquer hipótese de extinção contratual, excetuada aquela verificada por justa causa, ao passo que a lei originária, em seu art. 3º, contemplava o direito apenas em situações de rescisão unilateral por ato do empregador (dispensa injusta). Desse modo, a hipótese do pedido de demissão obreiro não fora contemplada na lei original, embora estendida pelo decreto (interpretação ampliativa acatada tradicionalmente pela jurisprudência: Súmula n. 157, TST).

Na mesma linha, o Decreto n. 71.885/73, regulamentador da antiga Lei n. 5.859/72, ampliando, relativamente, o instituto das férias anuais remuneradas do empregado doméstico. Pelo decreto (que manda aplicar o capítulo celetista concernente a férias à categoria doméstica), cabe ao doméstico a parcela de férias proporcionais, em casos de ruptura contratual por ato do empregador ou até mesmo pedido de demissão em contratos superiores a um ano — não obstante fosse a lei originária silente a respeito de tais especificações⁽⁷⁴⁾.

Acumulação versus Conglobamento — O critério de hierarquia normativa preponderante no Direito Comum tem a seu favor a óbvia virtude

(74) Pela Lei n. 5.859/72, as férias do empregado doméstico eram de 20 dias úteis. Entretanto, a partir da Lei n. 11.324/2006 (Diário Oficial de 20.7.2006), tais férias passaram para 30 dias. Tais 30 dias foram confirmados também pela Lei Complementar n. 150, de 2015 (art. 17, *caput*), diploma legal que revogou a Lei n. 5.859/72 (art. 46). A este respeito, consultar o Capítulo XI, item IV, deste Curso.

da singeleza, que propicia um claro e objetivo caminho de sua compreensão e cumprimento. A rigidez e inflexibilidade da pirâmide normativa confere transparência à relação de superioridade e inferioridade entre os diplomas jurídicos, reduzindo a margem de perplexidade e contradições na atuação dos operadores do Direito.

Já o critério justralhista, por ser plástico, flexível e variável, assume caráter de maior complexidade em sua estruturação e dinâmica operacional, dificultando um claro e objetivo caminho para sua compreensão e cumprimento. Por essa razão, a Ciência do Direito aplicada ao ramo trabalhista busca construir teorias que sejam consistentes e hábeis, a conferir o máximo de objetividade e universalidade possíveis à execução do critério hierárquico prevalecente no Direito do Trabalho.

Duas teorias centrais se destacam nesse intento, sob o nome *teoria da acumulação* (também chamada de *teoria da atomização*) e *teoria do conglobamento* (esta, dividida entre a vertente do *conglobamento setorizado* ou *mitigado*, de maior prestígio científico, ao lado do *conglobamento amplo, total ou puro*). Ambas as teorias buscam informar critérios para a determinação da norma mais favorável — elemento balizador do vértice da pirâmide normativa —, a partir de processos lógicos de avaliação e seleção entre as normas jurídicas postas em análise e cotejo.⁽⁷⁵⁾

A *teoria da acumulação* (ou *da atomização*) propõe como procedimento de seleção, análise e classificação das normas cotejadas, o fracionamento do conteúdo dos textos normativos, retirando-se os preceitos e institutos singulares de cada um que se destaquem por seu sentido mais favorável ao trabalhador. À luz dessa teoria acumulam-se, portanto, preceitos favoráveis ao obreiro, cindindo-se diplomas normativos postos em equiparação.

A vertente da acumulação é bastante criticável, do ponto de vista científico. É que ela claramente conduz a uma postura analítica atomista, consubstanciada na soma de vantagens normativas extraídas de diferentes diplomas. É verdade que ela enseja o encontro de um saldo normativo fortemente favorável ao trabalhador. Contudo, não é menos verdade que o faz ao preço de liquidar a noção de Direito como *sistema*, tornando as operações de interpretação, integração e aplicação das regras jurídicas extremamente erráticas e

(75) A jurista Alice Monteiro de Barros apresenta denominações equivalentes para a vertente do conglobamento setorizado ou mitigado: menciona as expressões “conglobamento parcial”, “conglobamento orgânico” e também “conglobamento por institutos”. In: *Curso de Direito do Trabalho*. 9. ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 101-104. A respeito, consultar também: CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense/São Paulo: Método, 2015, p. 90-97; JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. *Direito do Trabalho*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 145-152; GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Curso de Direito do Trabalho*. 9. ed. Rio de Janeiro: GEN/Forense, 2015, p. 95-98; MARTINEZ, Luciano. *Curso de Direito do Trabalho — relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 86-89.

verticalmente submetidas à formação ideológica particular de cada operador. Mais que isso, tal teoria suprime o caráter universal e democrático do Direito, por tornar sempre singular a fórmula jurídica aplicada a cada caso concreto.

A teoria da acumulação (ou da *atomização*), desse modo, enseja um sectionamento do sistema normativo, encarado em seu universo global e sistemático, conduzindo a resultados jurídicos casuísticos e incomunicáveis, considerado o conjunto do sistema do Direito. A precariedade de tal proposição teórica mais se sobreleva em face de não se harmonizar com o padrão científico principal de análise do fenômeno jurídico: é que à Ciência do Direito repele enfocar-se um caso concreto e específico sem a permanente e recorrente visão da totalidade fático-jurídica circundante em que ele se encontra inserido. A busca da coerência *no* e *do* sistema normativo será sempre uma conduta fundamental na compreensão, interpretação e aplicação do Direito — e essa busca não é viabilizada pela teoria da acumulação.

A *teoria do conglobamento*, por sua vez, constrói um procedimento de seleção, análise e classificação das normas cotejadas sumamente diverso do anterior. Para essa segunda teoria não cabe se fracionarem preceitos ou institutos jurídicos, realizando-se a comparação, em busca da norma mais favorável, a partir da totalidade dos sistemas ou diplomas jurídicos comparados (neste caso, trata-se do chamado conglobamento amplo, total ou puro) ou, pelo menos, a partir de um *bloco relevante e coerente dessa totalidade* (neste caso, trata-se do conglobamento mitigado ou setorizado).

Iniciando-se a análise pela vertente do *conglobamento mitigado* ou *setorizado* (que é a vertente mais prestigiada na doutrina, jurisprudência e, até mesmo, na lei trabalhista), cada conjunto normativo é apreendido globalmente, *considerado o mesmo universo temático*; respeitada essa seleção, é o referido conjunto comparado aos demais, também globalmente apreendidos, encaminhando-se, então, pelo cotejo analítico, à determinação do conjunto normativo mais favorável.⁽⁷⁶⁾

A vertente do conglobamento setorizado ou mitigado propugna pela organização do instrumental normativo em função da matéria tratada (*ratione materiae*), para se extrair o instrumental mais favorável, encarado este sob um ângulo unitário, do conjunto. Está-se, portanto, diante de um critério sistemático, em que se respeita cada regime normativo em sua unidade inteira e global. A percepção da norma mais favorável faz-se considerando-se seu sentido no universo do sistema a que se integra, de modo a não se criar, pelo processo de seleção e cotejo, antinomias normativas entre a solução conferida ao caso concreto e a linha básica e determinante do conjunto do sistema.

(76) Conforme visto, a teoria do conglobamento mitigado ou setorizado é também denominada de “conglobamento parcial”, “conglobamento orgânico” e também “conglobamento por institutos”. Nesta linha se destaca BARROS, Alice Monteiro. *In: Curso de Direito do Trabalho*. 9. ed., São Paulo: LTr, 2013, p. 101-104.

A teoria do conglobamento, em sua vertente setorizada ou mitigada, é certamente a mais adequada à operacionalização do critério hierárquico normativo preponderante no Direito do Trabalho. A seu favor tem a virtude de não incorporar as apontadas distorções da teoria da acumulação, além de ser a única teoria a harmonizar a flexibilidade do critério hierárquico justralhista com a essencial noção de *sistema* inerente à ideia de Direito — e de ciência.

A superioridade da orientação teórica do conglobamento setorizado ou mitigado fez com que o próprio legislador claramente se reportasse a essa orientação, em situação de conflito de normas jurídicas. De fato, a Lei n. 7.064/82, que dispõe sobre a situação de trabalhadores brasileiros contratados ou transferidos para prestarem serviços no exterior, socorreu-se da teoria do conglobamento setorizado no contraponto entre a lei territorial externa e a lei brasileira originária. Observe-se, nessa linha, o texto do art. 3º, II, do mencionado diploma legal: “a aplicação da legislação brasileira de proteção ao trabalho, naquilo que não for incompatível com o disposto nesta Lei, quando mais favorável do que a legislação territorial, *no conjunto de normas e em relação a cada matéria*” (grifos acrescidos).

Já a vertente do conglobamento total ou amplo exacerba a lógica da teoria do conglobamento, fazendo-a perder as suas vantagens metodológicas e científicas. Simplesmente considera o conjunto de todo o ordenamento ou o conjunto de todo o diploma normativo, realizando, a partir daí, a comparação, de modo a concluir pelo mais favorável. Em vista dessa exacerbação produzida, tal vertente não conta com adesão expressiva da maioria da doutrina e jurisprudência trabalhistas do País.⁽⁷⁷⁾

Ressalte-se, por fim, que o parâmetro para se proceder à comparação da norma mais favorável não será o indivíduo, tomado isoladamente, mas a *coletividade interessada* (categoria, por exemplo) ou o trabalhador objetivamente considerado como *membro de uma categoria ou segmento*, inserido em um quadro de natureza global. Como se nota, também por esse aspecto, o critério do conglobamento emerge como o mais adequado na dinâmica de apreensão da norma trabalhista mais favorável⁽⁷⁸⁾.

(77) Não obstante a indicada tendência geral da jurisprudência e da doutrina, o jurista Luciano Martinez enquadra dentro da vertente do conglobamento puro, amplo ou total o critério disposto no inciso II da Súmula n. 51 do TST — que, dessa maneira, despontaria como nítida exceção à própria regra geral estabelecida no inciso I da mesma Súmula n. 51. Eis o que dispõe o inciso II mencionado: “*Havendo a coexistência de dois regulamentos de empresa, a opção do empregado por um deles tem efeito jurídico de renúncia às regras do sistema do outro. (ex-OJ n. 163. Inserida em 26.3.1999)*”. A respeito, MARTINEZ, Luciano. *Curso de Direito do Trabalho — relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 89.

(78) Para maior estudo sobre os conflitos entre as fontes formais justralhistas e suas soluções, em especial envolvendo regras coletivas negociadas e regras estatais, regras de CCT e de ACT, além de regras coletivas negociadas e dispositivos contratuais, ver o Capítulo XXXVI, item VI,

4. A Lei n. 13.467/2017 e a Hierarquia Normativa Trabalhista

A Lei da Reforma Trabalhista (n. 13.467), vigente desde 11.11.2017, inseriu na CLT dispositivos que, lidos em sua literalidade, parecem conduzir a uma atenuação significativa do princípio da norma mais favorável no Direito do Trabalho do País. Trata-se, em especial, de: novo § 3º do art. 8º da CLT; novo art. 611-A, *caput*, incisos I a XV, e § 1º, da CLT; novo art. 611-B, *caput*, incisos I a XXX e parágrafo único, da CLT; novo texto do art. 620 da CLT.

Os novos preceitos celetistas, tratando da negociação coletiva trabalhista e de seus instrumentos próprios (CCTs e ACTs), parecem estipular margem ampla às regras negociadas coletivamente sobre as regras legais (o denominado “negociado sobre o legislado”) — ressalvadas as restrições contidas no art. 611-B. Tais preceitos estatuem, ademais, que as condições estabelecidas em acordo coletivo de trabalho sempre prevalecerão sobre as estipuladas em convenção coletiva de trabalho.

Entretanto, a interpretação lógica, sistemática e teleológica dos dispositivos legais, em harmonia, inclusive, com os preceitos da Constituição da República que regulam o assunto (art. 7º, *caput* e incisos VI, XIII, XIV, XXII e XXVI da CF), além do largo estuário de princípios e regras internacionais imperativas sobre Direitos Humanos econômicos, sociais e culturais, inclusive trabalhistas (estes, com *status* supralegal, relembre-se), todos fixando um patamar civilizatório mínimo na República e na Federação do Brasil, não albergam grau extremado de desregulamentação e/ou flexibilização de garantias e direitos mínimos no campo das relações de trabalho.

Registre-se que os poderes e os limites da negociação coletiva trabalhista no ordenamento jurídico brasileiro terão o seu estudo retomado, neste Curso, no Capítulo XXXVI (“Negociação Coletiva Trabalhista”), particularmente em seu item VII (“Negociação Coletiva — Possibilidades e Limites”), que se refere ao princípio da adequação setorial negociada — local para onde remetemos o leitor.

do presente Curso. Para mais ampla pesquisa acerca das teorias do conglobamento, com suas vertentes do conglobamento setorializado ou mitigado, além do conglobamento amplo ou total, a par da teoria da acumulação (ou atomização), consultar os seguintes autores: BARROS, Alice Monteiro. *Curso de Direito do Trabalho*. 9. ed. São Paulo: LTr, 2013. p. 101-104; CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense/São Paulo: Método, 2015. p. 90-97; JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. *Direito do Trabalho*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 145-152; GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Curso de Direito do Trabalho*. 9. ed. Rio de Janeiro: GEN/Forense, 2015. p. 95-98; MARTINEZ, Luciano. *Curso de Direito do Trabalho — relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 86-89.

CAPÍTULO VI

PRINCÍPIOS DO DIREITO DO TRABALHO

I. INTRODUÇÃO

A palavra *princípio* traduz, na linguagem corrente, a ideia de “começo, início”, e, nesta linha, “o primeiro momento da existência de algo ou de uma ação ou processo”⁽¹⁾.

Mas traz, também, consigo o sentido de “causa primeira, raiz, razão” e, nesta medida, a ideia de aquilo “que serve de base a alguma coisa”⁽²⁾.

Por extensão, significa, ainda, “proposição elementar e fundamental que serve de base a uma ordem de conhecimentos” e, nesta dimensão, “proposição lógica fundamental sobre a qual se apoia o raciocínio”⁽³⁾.

A palavra, desse modo, carrega consigo a força do significado de *proposição fundamental*. E é nessa acepção que ela foi incorporada por distintas formas de produção cultural dos seres humanos, inclusive o Direito.

Assim, princípio traduz, de maneira geral, a noção de *proposições fundamentais que se formam na consciência das pessoas e grupos sociais, a partir de certa realidade, e que, após formadas, direcionam-se à compreensão, reprodução ou recriação dessa realidade*.

Nessa acepção, princípios políticos, morais ou religiosos, por exemplo, importariam em proposições fundamentais, ideais, resultantes de determinado contexto político, cultural ou religioso, que se reportam à realidade como diretrizes de correspondentes condutas políticas, morais ou religiosas. Em tal sentido, os princípios seriam elementos componentes da visão de mundo essencial que caracteriza as pessoas e grupos sociais, resultando de suas práticas cotidianas e sobre elas influenciando. Na dinâmica das pessoas e sociedades, os princípios atuariam como enunciados que refletem e informam — em maior ou menor grau — as práticas individuais e sociais correspondentes.

Nas ciências, a palavra *princípio* é apreendida com sentido similar. Aqui, os princípios correspondem à noção de proposições ideais, fundamentais, construídas a partir de uma certa realidade e que direcionam a compreensão da realidade examinada. Ou “proposições que se colocam na base de uma

(1) HOUAISS, Antônio, *et alii*. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 2299.

(2) HOUAISS, Antônio, *et alii*, loc. cit.

(3) HOUAISS, Antônio, *et alii*, loc. cit.

ciência, informando-a” (Cretella Júnior). Os princípios atuam no processo de exame sistemático acerca de uma certa realidade — processo que é típico às ciências —, iluminando e direcionando tal processo.

1. Ciência e Princípios

Enquanto proposições diretoras da análise e compreensão de certa realidade, os princípios têm sido gravemente questionados no âmbito das ciências. A validade científica da ideia de *princípios*, como instrumento de análise da realidade, tem sido contestada acerbamente. A esse respeito o filósofo *Nicola Abbagnano* discorre que “na filosofia moderna e contemporânea, a noção de princípio tende a perder sua importância. Ela inclui, com efeito, a noção de um ponto de partida privilegiado: e não relativamente privilegiado, isto é, com relação a certos escopos, mas absolutamente em si. Um ponto de partida deste gênero dificilmente poderia ser admitido no domínio das ciências”⁽⁴⁾.

De fato, as Ciências Físicas, Biológicas e Sociais têm seu objeto, fundamentalmente, firmado em torno de fenômenos concretos, empíricos. Em síntese, debruçam-se sobre fatos e atos ocorridos ou que potencialmente venham a ocorrer. Definindo-se como “o estudo sistemático e objetivo dos fenômenos empíricos e o acervo de conhecimentos daí resultante”⁽⁵⁾, tais ciências examinam o concreto empírico, sobre ele refletindo, de modo a construir *leis* (ou *leis tendenciais*) e hipóteses explicativas a respeito desse concreto empírico.

Os princípios, realmente, não conseguem se harmonizar a essa dinâmica de atuação e construção das ciências. Ao contrário, a assunção de posições preestabelecidas acerca do objeto a ser investigado (assunção inerente à ideia de *princípios*) limitaria o próprio potencial investigativo sobre a realidade, conformando o resultado a ser alcançado ao final do processo de investigação. Desse modo, a submissão a princípios (isto é, conceitos preestabelecidos), pelo cientista, no processo de exame da realidade, importaria em iniludível conduta acientífica: é que a resposta buscada, na realidade, pelo investigador, já estaria gravemente condicionada na orientação investigativa, em função do princípio utilizado.

2. Direito e Princípios

Contudo, o anátema lançado pelas ciências contra os princípios não pode prevalecer no âmbito dos estudos jurídicos. De fato, na Ciência Jurídica — enquanto estudo sistemático a respeito dos fenômenos jurídicos, com o conjunto de conhecimentos resultantes —, os princípios sempre hão de cumprir papel de suma relevância, sem comprometimento do estatuto

(4) ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. São Paulo: Mestre Jou, 1982, p. 760.

(5) KOLB, William. Ciência, in *Dicionário de Ciências Sociais*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas — Instituto de Documentação, 1986, p. 182.

científico desse ramo especializado de conhecimento. Essa peculiaridade decorre da posição singular que a Ciência do Direito ocupa perante os demais ramos científicos existentes.

É que a Ciência Jurídica tem objeto estruturalmente distinto daquele que caracteriza as ciências em geral. Estas, como visto, debruçam-se sobre o exame dos *atos* e *atos* ocorridos ou potencialmente verificáveis — aquilo que poderia genericamente ser designado como *ser*. Em contrapartida, a Ciência do Direito debruça-se sobre a análise dos *institutos jurídicos* e da *norma* (e dos próprios *princípios jurídicos*), que se constituem em modelos de conduta ou de organização — e que correspondem a fenômenos que genericamente poderiam ser designados como *dever-ser*⁽⁶⁾.

A Ciência Jurídica, portanto, tem objeto singular, consistente em realidades essencialmente conceituais, realidades ideais e normativas, que se desdobram em proposições ou modelos de comportamento ou de organização. Seu dado central e basilar consiste no *dever-ser* (elemento nitidamente ideal, em suma) e não no *ser* (elemento nitidamente concreto-empírico). Nesse sentido, a direção emergente da noção de princípio — isto é, proposição diretora à compreensão de uma certa realidade — surge como um condutor importante à compreensão do sentido da norma e do instituto jurídico, do sentido do *dever-ser* jurídico. Noutras palavras, *a premissa orientativa substanciada no princípio favorece à correta percepção do sentido do instituto e da norma no conjunto do sistema normativo em que se integra*. Por essa razão, os princípios, na Ciência Jurídica, não somente preservam irrefutável validade, como se destacam pela qualidade de importantes contributos à compreensão global e integrada de qualquer universo normativo.

A importância dos princípios na Ciência do Direito, entretanto, não tem obviamente o condão de transformá-los em axiomas absolutos e imutáveis. Ao contrário, sua validade se preserva apenas caso considerados em seus limites conceituais e históricos específicos, enquanto *sínteses de orientações essenciais assimiladas por ordens jurídicas em determinados períodos históricos*. Os princípios jurídicos despontam, assim, como sínteses conceituais de nítida inserção histórica, submetendo-se a uma inevitável dinâmica de superação e eclipsamento, como qualquer outro fenômeno cultural produzido.

Em conclusão, para a Ciência do Direito os princípios conceituam-se como proposições fundamentais que informam a compreensão do fenômeno jurídico. *São diretrizes centrais que se inferem de um sistema jurídico e que, após inferidas, a ele se reportam, informando-o*.

(6) A respeito, KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1987, p. 4-10 e 96-101. A visão de Kelsen é, contudo, estritamente *regalista* quanto à substância do fenômeno jurídico.

II. PRINCÍPIOS DE DIREITO: FUNÇÕES E CLASSIFICAÇÃO

No Direito, os princípios cumprem funções diferenciadas. Atuam, na verdade, até mesmo na fase de construção da regra de Direito — fase pré-jurídica ou *política*. Mas será na fase jurídica típica, após consumada a elaboração da regra, que os princípios cumprirão sua atuação mais relevante.

1. Fase Pré-jurídica ou Política

Na *fase pré-jurídica*, que é nitidamente política, voltada à construção das regras e institutos do Direito, os princípios despontam como proposições fundamentais que propiciam uma direção coerente na construção do Direito. São veios iluminadores à elaboração de regras e institutos jurídicos. Os princípios gerais do Direito e os específicos a determinado ramo normativo tendem a influir no processo de construção das regras jurídicas, orientando o legislador no desenvolvimento desse processo. Nesse momento, os princípios atuam como verdadeiras *fontes materiais do Direito*, na medida em que se postam como fatores que influenciam na produção da ordem jurídica.

Essa influência política dos princípios é, contudo, obviamente limitada. É que as principais fontes materiais do Direito situam-se *fora* do sistema jurídico, consubstanciando-se fundamentalmente nos movimentos sociopolíticos e correntes político-filosóficas e econômicas que provocam e condicionam a elaboração normativa.

2. Fase Jurídica

Na *fase propriamente jurídica*, os princípios desempenham funções diferenciadas e combinadas, classificando-se segundo a função específica assumida. Surgem, nesse caso, em um plano, os *princípios descritivos* (ou *informativos*), que cumprem papel relevante na interpretação do Direito. A seu lado, os *princípios normativos subsidiários*, que cumprem papel destacado no processo de integração jurídica (normas supletivas). Por fim, os *princípios normativos próprios ou concorrentes*, que atuam com natureza de norma jurídica, independentemente da necessidade de ocorrência da integração jurídica.

Ressalte-se que não há um grupo de princípios exclusivamente descritivos contraposto a outro grupo — ainda que mais restrito — de princípios exclusivamente normativos. Qualquer princípio geral de Direito, ou os específicos a ramo jurídico especial, cumprem os papéis interpretativos, normativos subsidiários e normativos próprios ou concorrentes. As *funções desempenhadas* é que se diferenciam, sem que impliquem a existência de categorias incomunicáveis de princípios gerais do Direito.

A) Princípios Descritivos (ou Informativos) — Na fase jurídica, os princípios atuam, em primeiro lugar, como proposições ideais que propiciam uma direção coerente na interpretação da regra de Direito. São veios iluminadores à compreensão da regra jurídica construída.

Cumprem, aqui, sua função mais clássica e recorrente, como veículo de auxílio à interpretação jurídica. Nesse papel, os princípios contribuem no processo de compreensão da regra e institutos jurídicos, balizando-os à essência do conjunto do sistema de Direito. São chamados *princípios descritivos* ou *informativos*, na medida em que asseguram uma leitura reveladora das orientações essenciais da ordem jurídica analisada.

Os princípios informativos ou descritivos não atuam, pois, como fonte formal do Direito, mas como instrumental de auxílio à interpretação jurídica.

B) Princípios Normativos Subsidiários — Podem os princípios, entretanto, em segundo lugar, cumprir o papel de fontes formais *supletivas* do Direito. Atuam como fontes normativas subsidiárias, à falta de outras regras jurídicas utilizáveis pelo intérprete e aplicador do Direito em face de um singular caso concreto. A proposição ideal consubstanciada no princípio incide sobre o caso concreto, como se fosse regra jurídica específica. É o que se passa em situações de recurso necessário à *integração jurídica*, em decorrência de falta de regras jurídicas aplicáveis no conjunto das fontes normativas principais existentes. Denominam-se *princípios normativos subsidiários*, na medida em que atuam como verdadeiras regras jurídicas em face de casos concretos não regidos por fonte normativa principal da ordem jurídica.

A função normativa subsidiária dos princípios, embora mais rara do que sua função interpretativa, corresponde, curiosamente, àquela especialmente citada por texto expresso da legislação. É o que se passa quando a lei autoriza o recurso, pelo juiz, à integração jurídica (art. 8º, CLT; art. 4º, Lei de Introdução ao Código Civil; art. 126 do antigo CPC)⁽⁷⁾.

(7) Os princípios descritivos ou informativos são denominados, pelo Professor Ribeiro de Vilhena, “princípios jurídicos”, ao passo que os princípios normativos são denominados, pelo mesmo jurista, “princípios axiomáticos”. VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. Princípios de Direito — Princípio Jurídico do Direito do Trabalho. In: BARROS, A. M. de. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1993, p. 116-131. A respeito da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-lei n. 4.657, de 1942), relembre-se que sua denominação foi alterada para *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro*, conforme Lei n. 12.376, de 30.12.2010. Com relação, por fim, ao artigo 140 do CPC-2015 (que corresponde ao art. 126 do CPC-1973), ele não se refere aos princípios ou a qualquer fonte subsidiária do Direito, pois não se reporta a “lacuna da lei” (como fazia o velho CPC), porém a lacuna do “ordenamento jurídico”. Como a ideia de ordenamento jurídico é muito mais ampla do que a ideia de “lei”, torna-se difícil admitir a presença de lacunas nesse ordenamento; além disso, para o novo CPC, não há qualquer dúvida de que os princípios ostentam, sim, natureza normativa.

C) Princípios Normativos Próprios ou Concorrentes — Parte importante da doutrina jurídica ocidental mais notável agrega outra função às duas tradicionais já amplamente reconhecidas: trata-se da *função normativa própria* dos princípios. Ou seja, os princípios atuam também como norma jurídica própria, ostentando, desse modo, natureza de efetivas normas jurídicas.

Esta mais recente compreensão sedimentou-se, em distintas vertentes, dimensões e abrangência, na segunda metade do século XX, na obra de célebres juristas, principalmente autores de Filosofia do Direito e do Direito Constitucional. Citem-se como exemplo, entre vários outros, *Vezió Crisafulli* e *Norberto Bobbio*, na Itália; *Jean Boulanger*, na França; *Federico de Castro*, *Luís Díez-Picazo* e *Joaquín Arce y Flórez-Valdez*, na Espanha; *Joseph Essere* e *Robert Alexy*, na Alemanha; *Ronald Dworkin*, nos EUA; *José Joaquim Gomes Canotilho*, em Portugal; *Paulo Bonavides*, no Brasil⁽⁸⁾. Tal *função normativa específica* dos princípios é resultante de sua *dimensão fundamentadora* de toda a ordem jurídica. Essa dimensão passa, necessariamente, pelo reconhecimento doutrinário de sua *natureza de norma jurídica efetiva*, ao invés de simples enunciado programático não vinculante. Isso significa que o caráter normativo contido nas regras jurídicas integrantes dos clássicos diplomas jurídicos (constituições, leis e diplomas correlatos) igualmente se encontra presente nos princípios, sejam os gerais de Direito, sejam os princípios especiais de certo campo jurídico. Ambos são, pois, norma jurídica, dotados da mesma *natureza normativa*.

Esta nova compreensão doutrinária passou a se valer da expressão *norma* como *referência geral* aos dispositivos gerais, abstratos, impessoais e obrigatórios que regulam a vida social. Assim, dentro da ideia de *norma* (em sentido amplo) estão abrangidas, pois, as noções de *regras* (ou norma, em sentido estrito) e de *princípios* jurídicos (e também a noção de *institutos jurídicos*, acrescentamos nós). A “distinção entre regras e princípios é pois uma distinção entre dois tipos de normas”, diz *Robert Alexy*, sintetizando esta compreensão teórica sobre o problema⁽⁹⁾.

Tal função maior percebida nos princípios — ao menos nos princípios gerais ou essenciais do Direito — permitiria qualificá-los como “normas-chaves de todo o sistema jurídico” (*Paulo Bonavides*)⁽¹⁰⁾, “fundamento da ordem

(8) A respeito de tais contribuições teóricas, consultar DELGADO, Mauricio Godinho. *Princípios Constitucionais do Trabalho e Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2017, em seu Capítulo I (“Princípios de Direito — Conceituação e Funções”).

(9) ALEXY, R. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 83. A expressão *norma*, nesse novo contexto teórico, deve ser utilizada, tecnicamente, em sentido amplo, de maneira a abranger os princípios jurídicos e as regras jurídicas (e, conforme pensamos, também os *institutos jurídicos*). Em tal quadro teórico, os princípios ostentam sempre natureza de *norma jurídica*.

(10) BONAVIDES, Paulo, ob. cit., p. 257.

jurídica” (*Federico de Castro*)⁽¹¹⁾, “superfonte” (*Flórez-Valdez*),⁽¹²⁾ verdadeiros “mandamentos de otimização” da ordem jurídica (*Robert Alexy*)⁽¹³⁾.

É claro que a prevalência dos princípios sobre as regras legais, defendida por diversos desses autores, é *relativa*, sob pena de criar-se total insegurança na ordem jurídica e meio social regulado. Na verdade, parece-nos mais adequado sustentar que, em vez de função normativa própria, específica, autônoma, verifica-se que os princípios atuam como *comandos jurídicos instigadores*, tendo, no fundo, uma *função normativa concorrente*. Trata-se de papel normativo *concorrente*, mas não autônomo, apartado do conjunto jurídico geral e a ele contraposto.

Esta última função atua, de maneira geral, em concurso com a interpretativa da regra analisada. Nesta atuação, ora estende o comando desta, ora o restringe, *ora até mesmo o esteriliza ou o torna inválido*, a partir de uma absorção de seu sentido no âmbito mais abrangente cimentado pelos princípios correlatos. Nesta linha, se uma regra legal realiza o comando genérico contido em certo princípio, mas entra em choque com outro, pode prevalecer, sem dúvida, em face do *peso* do princípio realizado. Contudo, isso não significa que o princípio preterido não tenha certa influência na compreensão da norma enfocada, atenuando, adequadamente, seus efeitos pensados na origem.

Nesse quadro, na solução de conflitos entre princípios e regras e, principalmente, entre os próprios princípios, não prevalece critério hierárquico rígido favorecendo o(s) primeiro(s), mas *critério matizador flexível*, fundado no *peso* dos princípios cotejados. Tal critério fundado no *peso* (ou *importância*) dos princípios é acentuado por dois dos principais autores que se dedicaram ao tema, Ronald Dworkin⁽¹⁴⁾ e Robert Alexy.⁽¹⁵⁾

Dessa maneira, a clássica função interpretativa age, pois, em concurso com a função normativa, ajustando as regras do Direito ao sentido essencial de todo o ordenamento. Por isso se pode falar também em uma *função simultaneamente interpretativa/normativa*, resultado da *associação das duas funções específicas* (a descritiva e a normativa), *que agem em conjunto*, fusionadas, no processo de compreensão e aplicação do Direito⁽¹⁶⁾.

(11) In FLOREZ-VALDEZ, ob. cit., p. 53 e 56.

(12) FLOREZ-VALDEZ, ob. cit., p. 55.

(13) ALEXY, Robert, ob. cit., p. 86 e seguintes. Há menções à obra de Alexy que falam, em português, em *mandatos* de otimização; contudo, o conceito é de *mandado* (ou *mandamento*), por se tratar de ordenações de permissão ou de proibição.

(14) DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en Serio*. Barcelona: Ariel, 1999, p. 77 e ss.

(15) ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 87 e ss.

(16) Para exame mais aprofundado sobre a concepção normativista de princípios, consultar o Capítulo I da obra deste autor, *Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2017. Esclareça-se que o critério fundado no *peso* (ou *importância*) dos princípios é acentuado tanto por Ronald Dworkin (*Los Derechos en Serio*. Barcelona: Ariel, 1999, p. 77 e seguintes), como por Robert Alexy (ob. cit., p. 105-109).

III. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO TRABALHO

A Constituição da República Federativa do Brasil se caracteriza por uma matriz essencialmente humanística, democrática, social e inclusiva, buscando arquitetar, no País, um verdadeiro *Estado Democrático de Direito*, caracterizado por três pilares estruturantes: a centralidade da pessoa humana na ordem jurídica, social e econômica, com a sua dignidade; a presença de uma sociedade política efetivamente democrática e inclusiva; a presença também de uma sociedade civil igualmente democrática e inclusiva.⁽¹⁷⁾

Para tanto, a Constituição de 1988 firmou, enfaticamente, largo elenco de princípios voltados a explicitar a sua matriz civilizatória distintiva. Entre esses, destacam-se os *princípios constitucionais do trabalho*. Tais princípios não são necessariamente trabalhistas; alguns, inclusive, atuam em diversos outros campos do Direito. Porém, na concepção e no formato construído pela Constituição da República, eles atuam também no sentido de enfatizarem a profunda e ampla relevância que a pessoa humana e o valor trabalho ostentam na seara constitucional e, desse modo, na vida jurídica, institucional, econômica e social.

Arrolam-se, de maneira sintética, os seguintes princípios constitucionais do trabalho: a) princípio da dignidade da pessoa humana; b) princípio da centralidade da pessoa humana na vida socioeconômica e na ordem jurídica; c) princípio da valorização do trabalho e do emprego; d) princípio da inviolabilidade do direito à vida; e) princípio do bem-estar individual e social; f) princípio da justiça social; g) princípio da submissão da propriedade à sua função socioambiental; h) princípio da não discriminação; i) princípio da igualdade, especialmente a igualdade em sentido material; j) princípio da segurança; k) princípio da proporcionalidade e da razoabilidade; l) princípio da vedação do retrocesso social.

Estudar e compreender o Direito do Trabalho, contemporaneamente, é estudar e compreender, antes de tudo, o sentido da matriz constitucional de 1988, em particular o rol de seus princípios constitucionais do trabalho.⁽¹⁸⁾

(17) Sobre o conceito de Estado Democrático de Direito, com esses seus três pilares estruturantes, consultar o artigo de DELGADO, Mauricio Godinho. Constituição da República, Estado Democrático de Direito e Direito do Trabalho. In: DELGADO, M. G.; DELGADO, G. N. *Constituição da República e Direitos Fundamentais* — dignidade da pessoa humana, justiça social e Direito do Trabalho. 4. ed. São Paulo: LTr, 2017, p. 33-58. Consultar também a recente obra coletiva, com estudos nessa direção heurística, estruturada por MIZIARA, Raphael; ASSUNÇÃO, Carolina Silva Silvino; CAPUZZI, Antonio (Coordenadores). *Direito do Trabalho e Estado Democrático de Direito* — homenagem ao Professor Mauricio Godinho Delgado. São Paulo: LTr, 2018.

(18) Análise específica sobre o presente tema de Direito Constitucional consta de: DELGADO, Mauricio Godinho. *Princípios Constitucionais do Trabalho e Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2017, em seu Capítulo II (“Princípios Constitucionais do Trabalho”).

IV. PRINCÍPIOS JURÍDICOS GERAIS APLICÁVEIS AO DIREITO DO TRABALHO — ADEQUAÇÕES

A par dos princípios constitucionais do trabalho, supra indicados, existem princípios gerais de todo o Direito que têm inquestionável aplicação no âmbito especializado do Direito do Trabalho.

São princípios que tendem a incorporar as diretrizes centrais da própria noção do Direito (ilustrativamente, os princípios da lealdade e boa-fé ou da não alegação da própria torpeza) ou as diretrizes centrais do conjunto dos sistemas jurídicos contemporâneos ocidentais (como, ilustrativamente, o princípio da inalterabilidade dos contratos). Tendem a ser, portanto, princípios que se irradiam por todos os segmentos da ordem jurídica, cumprindo o relevante papel de assegurar organicidade e coerência integradas à totalidade do universo normativo de uma sociedade política. Nessa linha, os princípios gerais, aplicando-se aos distintos segmentos especializados do Direito, preservam a noção de unidade da ordem jurídica, mantendo o Direito como um efetivo *sistema*, isto é, um conjunto de partes coordenadas.

Qualquer dos princípios gerais que se aplique ao Direito do Trabalho sofrerá, evidentemente, uma adequada compatibilização com os princípios e regras próprias a este ramo jurídico especializado, de modo que a inserção da diretriz geral não se choque com a especificidade inerente ao ramo trabalhista. Esse processo de adequação será, obviamente, mais extenso naqueles específicos pontos objetivados pelo princípio geral em que, topicamente, se realçar a identidade singular do Direito do Trabalho perante o conjunto do sistema jurídico em geral.

1. *Princípios Gerais — adequações*

Um dos mais importantes princípios gerais do Direito aplicáveis ao ramo trabalhista seria o da *inalterabilidade dos contratos*, que se expressa no conhecido aforismo *pacta sunt servanda*. Informa tal princípio que os ajustes contratuais firmados pelas partes não são modificáveis ao longo do prazo de sua vigência, impondo-se ao cumprimento fiel pelos pactuantes.

Contudo, o processo de adequação desse princípio geral durante seu ingresso no Direito do Trabalho foi muito intenso. A intensidade de adequação desfigurou a matriz civilista, dando origem a uma diretriz trabalhista própria, o *princípio da inalterabilidade contratual lesiva*. Desse modo, torna-se mais correto e prático examinar a referência histórica ao princípio geral do Direito Civil no âmbito do estudo específico sobre o princípio especial do ramo juslaborativo (o que será feito no item IV.1, à frente).

Há três princípios gerais do Direito, conceitualmente relacionados entre si, que, seja no conjunto sistemático que representam, seja na identidade

ideal singular de cada um, assumem inquestionável importância na área trabalhista. Trata-se dos princípios da *lealdade e boa-fé*, da *não alegação da própria torpeza* e, ainda, do princípio do *efeito lícito do exercício regular do próprio direito* — este incorporando seu contrário, consubstanciado na vedação à prática do *abuso do direito*.

Em seu conjunto, esses três princípios produzem repercussões, quer no âmbito do Direito Material do Trabalho, quer no âmbito do Direito Processual do Trabalho. Nesses dois segmentos, sintetizam a noção de que a ordem jurídica deve apenas acolher e conferir consequências compatíveis em favor de uma pessoa com respeito a condutas lícitas e de boa-fé por ela praticadas. Em tal sentido, esses princípios não somente iluminam a compreensão da ordem jurídica como também, ao mesmo tempo, fornecem poderoso instrumento à aferição valorativa dos fatos trazidos a exame do intérprete e aplicador concreto do Direito.

No que concerne aos princípios da lealdade e boa-fé e do efeito lícito ao exercício regular do próprio direito, eles se encontram claramente inseridos em distintas normas trabalhistas, que tratam dos limites impostos à conduta de uma parte em confronto com os interesses da outra parte contratual. É o que se percebe, ilustrativamente, em algumas figuras de justa causa obreira, como *incontinência de conduta, mau procedimento, desídia, negociação habitual desleal, etc.* (art. 482, CLT). É o que se apreende, do mesmo modo, em algumas figuras empresariais faltosas, como exigência de serviços superiores às forças do trabalhador, tratamento deste com rigor excessivo ou, ainda, a redução substantiva de oferta de trabalho quando este for remunerado à base exclusiva de produção (art. 483, CLT).⁽¹⁹⁾

No que tange ao princípio da não alegação da própria torpeza, ele sofre uma adequação singular ao Direito do Trabalho. É que em face da imperatividade dominante nas normas trabalhistas e do princípio protetivo regente neste ramo jurídico especializado, a bilateralidade da conduta irregular não inviabiliza, necessariamente, a alegação judicial do ilícito perpetrado — ao contrário do tradicionalmente assentado no Direito Civil (art. 104, CCB/1916; art. 150, CCB/2002). Desse modo, uma simulação bilateral de contrato societário, por exemplo, não impede, por si só, a tentativa de desconstituição judicial da relação civil formalizada, em favor de um suposto vínculo empregatício encoberto. O contingenciamento da livre vontade obreira, que é inerente à estrutura e dinâmica da relação empregatícia, reduz os ônus que se poderiam imputar à participação do trabalhador na simulação.

Entretanto, é óbvio que não se deve elidir visceralmente e em todas as situações trabalhistas a incidência do princípio geral enfocado. Eviden-

(19) Sobre o tema, consultar a excelente obra de BARACAT, Eduardo Milléo. *A Boa-Fé no Direito Individual do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2003.

ciando-se que a simulação se efetuou com o precípua intuito de beneficiar o próprio empregado (dispensa simulada para propiciar o saque do FGTS, por exemplo), o princípio da não alegação da própria torpeza desponta para problematizar eventuais questionamentos, pelo mesmo empregado, de outros efeitos decorrentes do mesmo ato irregular.

O princípio da *razoabilidade*, de larga aplicação em qualquer segmento jurídico, também claramente atua no ramo trabalhista. Conforme explicitamos em outra obra, “*dispõe o princípio da razoabilidade que as condutas humanas devem ser avaliadas segundo um critério associativo de verossimilhança, sensatez e ponderação*. Não apenas verossimilhança, viabilidade aparente, probabilidade média; mas também, ao mesmo tempo, sensatez, prudência, ponderação. Há, como se vê, um claro comando positivo no princípio da razoabilidade: *ele determina que se obedeça a um juízo tanto de verossimilhança como também de ponderação, sensatez e prudência na avaliação das condutas das pessoas*. Há, por outro lado, um indubitável comando negativo no mesmo princípio: *ele sugere que se tenha incredulidade, ceticismo quanto a condutas inverossímeis, assim como no tocante a condutas que, embora verossímeis, mostrem-se insensatas*”⁽²⁰⁾.

Outro princípio jurídico geral de grande interesse ao Direito do Trabalho é o da inexistência de ilícito e respectiva penalidade sem prévia norma legal instituidora: o princípio da *tipificação legal de ilícitos e penas*. Tal princípio é adotado fundamentalmente na fixação das figuras de justas causas obreiras e empresariais (ilustrativamente, arts. 482 e 483, CLT) e em algumas das penalidades legalmente previstas, em especial suspensão e dispensa por justa causa (se não se quiser mencionar também, neste rol, a rescisão contratual indireta).

Contudo, a aplicabilidade do princípio não é absoluta no ramo trabalhista: a penalidade de *advertência*, por exemplo, não se encontra prevista na CLT. Trata-se de punição essencialmente criada pelo costume trabalhista e não pela legislação heterônoma estatal. De fato, poucos diplomas legais referem-se à advertência ou admoestação verbal ou escrita: como exceções houve a antiga Lei de Greve, n. 4.330/64, e os diplomas legais de regulação do trabalho portuário — Lei n. 8.630/93 (art. 19, I, “a”), diploma que foi revogado pela MPr. n. 595, de 6.12.2012, convertida na Lei n. 12.815, de 5.6.2013 (que também menciona a “repreensão verbal ou por escrito” em seu art. 33, I, “a”).⁽²¹⁾

(20) DELGADO, Mauricio Godinho. *Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2001, p. 143-144 — grifos no original (5. ed.: 2017). Observe-se que o princípio da razoabilidade, acoplado ao princípio da proporcionalidade, ambos se integram no rol de princípios constitucionais do trabalho.

(21) A Lei n. 4.330, de 1964, tida como “Lei Anti-Greve”, quedou-se não recepcionada pelo art. 9º da Constituição de 1988. De todo modo, foi expressamente revogada pela Lei n. 7.783, de 1989.

2. Máximas e Brocardos Jurídicos

Existem, ainda, outras diretrizes gerais que se estendem, em certa medida, ao Direito do Trabalho, respeitadas as adaptações que a especificidade desse ramo especializado sempre há de impor. Trata-se de máximas, parêmiat e/ou brocardos jurídicos, que não chegam a ter a generalidade, o *status* e a natureza inerentes aos princípios, mas guardam importância para o conhecimento e utilização empírica do Direito.

Apontem-se, neste grupo, ilustrativamente, a parêmia que fala da *não exigência do impossível a qualquer pessoa*, ou a que se reporta à *prerrogativa menor autorizada pela prerrogativa maior* (“quem pode o mais, pode o menos”); ou ainda a parêmia que sustenta a regra do *perecimento da coisa em função do perecimento de seu dono* ou, se se preferir, do *perecimento da coisa sob ônus de seu dono* (*res perit domino*).

V. PRINCÍPIOS ESPECÍFICOS AO DIREITO DO TRABALHO

O Direito Material do Trabalho desdobra-se em um segmento individual e um segmento coletivo, cada um possuindo regras, institutos e princípios próprios.

Toda a estrutura normativa do Direito Individual do Trabalho constrói-se a partir da constatação fática da diferenciação social, econômica e política básica entre os sujeitos da relação jurídica central desse ramo jurídico específico. Em tal relação, o empregador age naturalmente como *ser coletivo*, isto é, um agente socioeconômico e político cujas ações — ainda que intraempresariais — têm a natural aptidão de produzir impacto na comunidade mais ampla.

Em contrapartida, no outro polo da relação inscreve-se um *ser individual*, consubstanciado no trabalhador que, como sujeito desse vínculo sociojurídico, não é capaz, isoladamente, de produzir, como regra, ações de impacto comunitário. Essa disparidade de posições na realidade concreta fez emergir um Direito Individual do Trabalho largamente protetivo, caracterizado por métodos, princípios e regras que buscam reequilibrar, juridicamente, a relação desigual vivenciada na prática cotidiana da relação de emprego.

O Direito Coletivo, ao contrário, é um ramo jurídico construído a partir de uma relação entre seres teoricamente equivalentes: *seres coletivos ambos*, o empregador de um lado e, de outro, o ser coletivo obreiro, mediante as *organizações sindicais*. Em correspondência a esse quadro fático distinto, surgem, obviamente, no Direito Coletivo, categorias teóricas, processos e princípios também distintos.

A compreensão global do Direito do Trabalho impõe, é claro, a compreensão acerca dos princípios específicos de seu *segmento juscoletivo*. É que o Direito Coletivo atua sobre o Direito Individual, produzindo-lhe importante

universo de regras jurídicas, consubstanciado no conjunto de diplomas autônomos que compõem sua estrutura normativa (notadamente, Convenção e Acordo Coletivo de Trabalho). Desse modo, o Direito Coletivo pode alterar o conteúdo do Direito Individual do Trabalho, ao menos naqueles setores socioeconômicos em que incidam seus específicos diplomas. Desde a Constituição de 1988, a propósito, ampliou-se o potencial criativo do Direito Coletivo, lançando ao estudioso a necessidade de pesquisar os critérios objetivos de convivência e assimilação entre as normas autônomas negociadas e as normas heterônomas tradicionais da ordem jurídica do país.

Por esta razão, o estudo feito neste Capítulo sobre os princípios especiais do Direito do Trabalho (e Direito Individual do Trabalho), a par dos princípios gerais aplicáveis ao ramo justrabalhista, não dispensa, de modo algum, o correspondente estudo sobre os princípios especiais do Direito Coletivo. A análise acerca destes últimos princípios será feita, obviamente, no Livro III deste Curso, dedicado ao ramo juscoletivo trabalhista (Capítulo XXXIV da presente obra), para onde remetemos o leitor.

VI. PRINCÍPIOS DE DIREITO INDIVIDUAL DO TRABALHO

Conforme exposto em nossa obra específica sobre *princípios justrabalhistas*⁽²²⁾, os princípios *especiais* do Direito Individual do Trabalho (ou Direito do Trabalho) são diversos, alcançando mais de uma dezena de proposições. À medida que o ramo juslaboral desenvolve-se (e já são mais de 150 anos de evolução no mundo ocidental), novos princípios são inferidos do conjunto sistemático de sua cultura, regras e institutos peculiares.

Os mais importantes princípios *especiais* justrabalhistas indicados pela doutrina são: a) *princípio da proteção* (conhecido também como *princípio tutelar* ou *tuitivo* ou *protetivo* ou, ainda, *tutelar-protetivo* e denominações congêneres); b) *princípio da norma mais favorável*; c) *princípio da imperatividade das normas trabalhistas*; d) *princípio da indisponibilidade dos direitos trabalhistas* (conhecido ainda como *princípio da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas*); e) *princípio da condição mais benéfica* (ou da *cláusula mais benéfica*); f) *princípio da inalterabilidade contratual lesiva* (mais conhecido simplesmente como *princípio da inalterabilidade contratual*; merece ainda certos epítetos particularizados, como *princípio da intangibilidade contratual objetiva*); g) *princípio da intangibilidade salarial* (chamado também *integralidade salarial*, tendo ainda como correlato o princípio da *irreduzibilidade salarial*); h) *princípio da primazia da realidade sobre a forma*; i) *princípio da continuidade da relação de emprego*.

(22) DELGADO, Mauricio Godinho. *Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho*. 1. ed. São Paulo: LTr, 2001, p. 36-37 (2. ed.: 2004; 3. ed.: 2010; 4. ed.: 2013; 5. ed.: 2017). A partir da 5. edição (2017), a obra passou a se denominar *Princípios Constitucionais do Trabalho e Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho*.

Este grande grupo de *nove princípios especiais* forma aquilo que denominamos *núcleo basilar* dos princípios especiais do Direito do Trabalho (ou Direito Individual do Trabalho)⁽²³⁾.

Insistimos que tais princípios formam o núcleo justralhista basilar por, a um só tempo, não apenas incorporarem a *essência da função teleológica do Direito do Trabalho*, como por possuírem *abrangência ampliada e generalizante* ao conjunto desse ramo jurídico, tudo isso sem que se confrontem de maneira inconciliável com importantes princípios jurídicos gerais, externos ao ramo jurídico especializado. O potencial vinculante, indutor e de generalização desses princípios sobre o conjunto do ramo jurídico especializado é, desse modo, mais forte e abrangente do que o característico aos demais princípios especiais do Direito Laboral.

Isso significa que sem a presença e observância cultural e normativa desse núcleo basilar de princípios especiais, ou mediante a descaracterização acentuada de suas diretrizes indutoras, compromete-se a própria noção de Direito do Trabalho em certa sociedade histórica concreta⁽²⁴⁾.

Há certos princípios justralhistas especiais francamente *controvertidos* — e que, por isso, devem ser examinados em separado (afinal, os princípios são grandes *luminares*, e a própria dúvida — se consistente — sobre sua real existência, sentido, extensão e validade já compromete grande parte de seu próprio papel central). Trata-se do princípio *in dubio pro operario* — se e quando aplicado ao terreno dos *fatos*, isto é, à *análise da prova* no processo judicial trabalhista. A seu lado, também estigmatizado pela controvérsia, o princípio do *maior rendimento*⁽²⁵⁾.

1. Núcleo Basilar de Princípios Especiais⁽²⁶⁾

A) Princípio da Proteção — Informa este princípio que o Direito do Trabalho estrutura em seu interior, com suas regras, institutos, princípios e presunções próprias, uma teia de proteção à parte vulnerável e hipossuficiente na relação empregatícia — o obreiro —, visando retificar (ou atenuar), no plano jurídico, o desequilíbrio inerente ao plano fático do contrato de trabalho.

O princípio tutelar influi em todos os segmentos do Direito Individual do Trabalho, influenciando na própria perspectiva desse ramo ao se construir, desenvolver-se e atuar como direito. Efetivamente, há ampla predominân-

(23) DELGADO, M. G., ob. cit., p. 36-37.

(24) DELGADO, M. G., ob. cit., p. 39-40.

(25) DELGADO, M. G. Loc. cit.

(26) O presente texto deste tópico (“Núcleo Basilar de Princípios Especiais”) corresponde a uma *síntese* do Capítulo IV da 5ª edição (2017) de nossa obra já citada, Princípios Constitucionais do Trabalho e Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho (Capítulo II, na 1ª edição do livro, de 2001).

cia nesse ramo jurídico especializado de regras essencialmente protetivas, tutelares da vontade e interesses obreiros; seus princípios são fundamentalmente favoráveis ao trabalhador; suas presunções são elaboradas em vista do alcance da mesma vantagem jurídica retificadora da diferenciação social prática. Na verdade, pode-se afirmar que sem a ideia protetivo-retificadora, o Direito Individual do Trabalho não se justificaria histórica e cientificamente.

Parte importante da doutrina aponta este princípio como o cardeal do Direito do Trabalho, por influir em toda a estrutura e características próprias desse ramo jurídico especializado. Esta, a propósito, a compreensão do grande jurista uruguaio *Américo Plá Rodríguez*, que considera se manifestar o princípio protetivo em três dimensões distintas: o princípio *in dubio pro operario*, o princípio da norma mais favorável e o princípio da condição mais benéfica⁽²⁷⁾.

Na verdade, a noção de tutela obreira e de retificação jurídica da reconhecida desigualdade socioeconômica e de poder entre os sujeitos da relação de emprego (ideia inerente ao princípio protetor) não se desdobra apenas nas três citadas dimensões. *Ela abrange, essencialmente, quase todos (senão todos) os princípios especiais do Direito Individual do Trabalho*. Como excluir essa noção do princípio da imperatividade das normas trabalhistas? Ou do princípio da indisponibilidade dos direitos trabalhistas? Ou do princípio da inalterabilidade contratual lesiva? Ou da proposição relativa à continuidade da relação de emprego? Ou da noção genérica de despersonalização da figura do empregador (e suas inúmeras consequências protetivas ao obreiro)? Ou do princípio da irretroação das nulidades? E assim sucessivamente. Todos esses outros princípios especiais também criam, no âmbito de sua abrangência, uma proteção especial aos interesses contratuais obreiros, buscando retificar, juridicamente, uma diferença prática de poder e de influência econômica e social apreendida entre os sujeitos da relação empregatícia (aferições fáticas da hipossuficiência e da vulnerabilidade da pessoa humana trabalhadora nas relações empregatícias).

Desse modo, o princípio tutelar não se desdobraria em apenas três outros, mas seria inspirador amplo de todo o complexo de regras, princípios e institutos que compõem esse ramo jurídico especializado.

B) Princípio da Norma Mais Favorável — O presente princípio dispõe que o operador do Direito do Trabalho deve optar pela regra mais favorável ao obreiro em três situações ou dimensões distintas: *no instante de elaboração da regra* (princípio orientador da ação legislativa, portanto) ou *no contexto de confronto entre regras concorrentes* (princípio orientador do

(27) RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1993. p. 42-43 e 28. O jurista argentino Alfredo J. Ruprecht também aponta esse desdobramento do princípio tutelar em três regras distintas: *in dubio pro operario*, norma mais favorável e condições mais vantajosas. In: *Os Princípios do Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1995, p. 14-28.

processo de hierarquização de normas trabalhistas) ou, por fim, *no contexto de interpretação das regras jurídicas* (princípio orientador do processo de revelação do sentido da regra trabalhista).

A visão mais ampla do princípio entende que atua, desse modo, em *tríplice dimensão* no Direito do Trabalho: informadora, interpretativa/normativa e hierarquizante⁽²⁸⁾.

Na fase pré-jurídica (isto é, fase essencialmente política) age como critério de política legislativa, influenciando no processo de construção desse ramo jurídico especializado. Trata-se da função essencialmente informativa do princípio, sem caráter normativo, agindo como verdadeira *fonte material* do ramo justrabalhista. Essa influência é muito clara, especialmente em contextos políticos democráticos, colocando em franca excepcionalidade diplomas normativos que agridam a direção civilizatória essencial que é inerente ao Direito do Trabalho. Lamentavelmente, em conjunturas de regressão autoritária, individualista e/ou mercantilista, o princípio perde sua influência civilizatória diante do Legislador.

Na fase jurídica (após construída a regra, portanto), o mesmo princípio atua quer como critério de hierarquia de regras jurídicas, quer como princípio de interpretação de tais regras.

Como *critério de hierarquia*, permite eleger como regra prevalecente, em uma dada situação de conflito de regras, aquela que for mais favorável ao trabalhador, observados certos procedimentos objetivos orientadores, evidentemente. Nesse sentido, a partir de 1988, o princípio da norma mais favorável adquiriu até mesmo respaldo constitucional, por meio do *caput* do art. 7º da Constituição da República (“Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, *além de outros que visem à melhoria de sua condição social: ...*” — grifos acrescidos).

Como *princípio de interpretação* do Direito, permite a escolha da interpretação mais favorável ao trabalhador, caso antepostas ao intérprete duas ou mais *consistentes* alternativas de interpretação em face de uma regra jurídica enfocada. Ou seja, informa esse princípio que, no processo de aplicação e interpretação do Direito, o operador jurídico, situado perante um quadro de conflito de regras ou de interpretações consistentes a seu respeito, deverá escolher aquela mais favorável ao trabalhador, a que melhor realize o sentido teleológico essencial do Direito do Trabalho.

Na pesquisa e eleição da regra mais favorável, o intérprete e aplicador do Direito obviamente deverá se submeter a algumas condutas objetivas, que permitam preservar o caráter científico da compreensão e apropriação do fenômeno jurídico. Assim, haverá de ter em conta não o trabalhador

(28) Esta é a linha proposta por Amauri Mascaro Nascimento, por exemplo, em *Iniciação ao Direito do Trabalho*. 17. ed. São Paulo: LTr, 1991, p. 68-69.

específico, objeto da incidência da norma em certo caso concreto, mas o trabalhador como ser componente de um universo mais amplo (categoria profissional, por exemplo).

No tocante ao processo de *hierarquização de normas*, não poderá o operador jurídico permitir que o uso do princípio da norma mais favorável comprometa o caráter sistemático da ordem jurídica, elidindo-se o patamar de cientificidade a que se deve submeter todo processo de interpretação e aplicação do Direito. Assim, o encontro da regra mais favorável não se pode fazer mediante uma separação tópica e casuística de regras, acumulando-se preceitos favoráveis ao empregado e praticamente criando-se ordens jurídicas próprias e provisórias em face de cada caso concreto — como resulta do enfoque proposto pela *teoria da acumulação*.

Ao contrário, o operador jurídico deve buscar a regra mais favorável enfocando globalmente o conjunto de regras componentes do sistema, discriminando, no máximo, os preceitos em função da matéria, de modo a não perder, ao longo desse processo, o caráter sistemático da ordem jurídica e os sentidos lógico e teleológico básicos que sempre devem informar o fenômeno do Direito (*teoria do conglobamento*).

No tocante, por sua vez, ao processo de *interpretação de normas*, não poderá o operador jurídico suplantar os critérios científicos impostos pela Hermenêutica Jurídica à dinâmica de revelação do sentido das normas examinadas, em favor de uma simplista opção mais benéfica para o obreiro (escolher, por exemplo, uma alternativa *inconsistente* de interpretação, porém mais favorável). Também no Direito do Trabalho o processo interpretativo deve concretizar-se de modo objetivo, criterioso, guiado por parâmetros técnico-científicos rigorosos. Assim, apenas se, após respeitados os rigores da Hermenêutica Jurídica, chegar-se ao contraponto de dois ou mais resultados interpretativos consistentes, é que procederá o intérprete à escolha final orientada pelo princípio da norma mais favorável. É óbvio que não se pode valer do princípio especial *justabilista* para comprometer o caráter lógico-sistemático da ordem jurídica, elidindo-se o patamar de cientificidade a que se deve submeter todo processo de interpretação de qualquer norma jurídica⁽²⁹⁾.

C) Princípio da Imperatividade das Normas Trabalhistas — Informa tal princípio que prevalece no segmento *juslaborativo* o domínio de regras jurídicas obrigatórias, em detrimento de regras apenas dispositivas. As regras *justabilistas* são, desse modo, essencialmente imperativas, não

(29) Sobre as técnicas e rigores do processo interpretativo, segundo a Hermenêutica Jurídica, consultar, neste Curso, o Capítulo VII (“Interpretação, Integração e Aplicação do Direito do Trabalho”). Sobre as vicissitudes sofridas pelo princípio da norma mais favorável — inclusive de fundo constitucional — na recente reforma trabalhista (Lei n. 13.467/2017), consultar, neste Curso, o Capítulo XXXVI (“Negociação Coletiva Trabalhista”), em seu item VII (“Negociação Coletiva — Possibilidades e Limites”).

podendo, de maneira geral, ter sua regência contratual afastada pela simples manifestação de vontade das partes. Nesse quadro, raros são os exemplos de regras dispositivas no texto da CLT, prevalecendo uma quase unanimidade de preceitos imperativos no corpo daquele diploma legal⁽³⁰⁾.

Para este princípio prevalece a *restrição* à autonomia da vontade no contrato trabalhista, em contraponto à diretriz civil de soberania das partes no ajuste das condições contratuais. Esta restrição é tida como instrumento assecuratório eficaz de garantias fundamentais ao trabalhador, em face do desequilíbrio de poderes inerente ao contrato de emprego.

D) Princípio da Indisponibilidade dos Direitos Trabalhistas — O presente princípio é projeção do anterior, referente à imperatividade das regras trabalhistas. Ele traduz a inviabilidade técnico-jurídica de poder o empregado despojar-se, por sua simples manifestação de vontade, das vantagens e proteções que lhe asseguram a ordem jurídica e o contrato.

A indisponibilidade inata aos direitos trabalhistas constitui-se talvez no veículo principal utilizado pelo Direito do Trabalho para tentar igualizar, no plano jurídico, a assincronia clássica existente entre os sujeitos da relação socioeconômica de emprego. O aparente contingenciamento da liberdade obreira que resultaria da observância desse princípio desponta, na verdade, como o instrumento hábil a assegurar efetiva liberdade no contexto da relação empregatícia: é que aquele contingenciamento atenua ao sujeito individual obreiro a inevitável restrição de vontade que naturalmente tem perante o sujeito coletivo empresarial.

É comum à doutrina valer-se da expressão *irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas* para enunciar o presente princípio. Seu conteúdo é o mesmo já exposto, apenas adotando-se diferente epíteto. Contudo, a expressão irrenunciabilidade não parece adequada a revelar a amplitude do princípio enfocado. Renúncia é ato unilateral, como se sabe. Ora, o princípio examinado vai além do simples ato unilateral, interferindo também nos atos *bilaterais* de disposição de direitos (transação, portanto). Para a ordem justrabalhista, não serão válidas quer a renúncia, quer a transação que importe objetivamente em prejuízo ao trabalhador⁽³¹⁾.

(30) O art. 472, § 2º, CLT, é um desses raros exemplos antigos de regras dispositivas no Direito do Trabalho: “Nos contratos por prazo determinado, o tempo de afastamento, se *assim acordarem as partes interessadas*, não será computado na contagem do prazo para a respectiva terminação” (grifos acrescentados). A Lei da Reforma Trabalhista (Lei n. 13.467/2017), ao invés, procurou aumentar a presença de regras dispositivas na CLT, de maneira a ampliar o poder unilateral do empregador na gestão do contrato empregatício. Ainda assim, não fez desaparecer o princípio jurídico ora examinado.

(31) Para análise mais circunstanciada sobre renúncia e transação, ver o último item do presente capítulo, intitulado “Indisponibilidade de direitos: renúncia e transação no Direito Individual do Trabalho”.

E) Princípio da Condição Mais Benéfica — Este princípio importa na garantia de preservação, ao longo do contrato, da cláusula contratual mais vantajosa ao trabalhador, que se reveste do caráter de direito adquirido (art. 5º, XXXVI, CF/88). Ademais, para o princípio, no contraponto entre dispositivos contratuais concorrentes, há de prevalecer aquele mais favorável ao empregado.

Não se trata, aqui, como visto, de contraponto entre *normas* (ou regras), mas *cláusulas contratuais* (sejam tácitas ou expressas, sejam oriundas do próprio pacto ou do regulamento de empresa). Não se trata também, é claro, de *condição* no sentido técnico-jurídico (isto é, “cláusula que subordina o efeito do ato jurídico a evento futuro e incerto” — art. 114, CCB/1916; art. 121, CCB/2002). O que o princípio abrange são as cláusulas contratuais, ou qualquer dispositivo que tenha, no Direito do Trabalho, essa natureza. Por isso é que, tecnicamente, seria mais bem enunciado pela expressão *princípio da cláusula mais benéfica*.

Incorporado pela legislação (art. 468, CLT) e jurisprudência trabalhistas (Súmula n. 51, I, TST), o princípio informa que cláusulas contratuais benéficas somente poderão ser suprimidas caso suplantadas por cláusula posterior ainda mais favorável, mantendo-se intocadas (direito adquirido) em face de qualquer subsequente alteração menos vantajosa do contrato ou regulamento de empresa (evidentemente que a alteração implementada por *norma jurídica* submeter-se-ia a critério analítico distinto).

Na verdade, o princípio da cláusula mais benéfica traduz-se, de certo modo, em manifestação do princípio da inalterabilidade contratual lesiva, também característico do Direito do Trabalho.⁽³²⁾

F) Princípio da Inalterabilidade Contratual Lesiva — O princípio da *inalterabilidade contratual lesiva* é especial do Direito do Trabalho. Contudo, sua origem é claramente exterior ao ramo justralhista, inspirado no princípio geral do Direito Civil da *inalterabilidade dos contratos*. Tanto que, normalmente, é estudado como exemplo de princípio geral do Direito (ou de seu ramo civilista) aplicável ao segmento juslaboral⁽³³⁾.

(32) A Súmula n. 288, I, do TST (originalmente, apenas Súmula n. 288) expressava uma projeção do critério contido no inciso I da Súmula n. 51, ao fixar a diretriz de manutenção das antigas cláusulas do regulamento previdenciário privado, no tocante aos antigos empregados inscritos no sistema de previdência complementar vinculado à empresa empregadora. Esse específico item do verbete sumular teve sua vigência suspensa pelo TST, em 2015, por maioria de votos, em sessão plenária da Corte Superior. A nova redação do item I da Súmula n. 288, foi aprovada pelo TST em 2016, também por maioria de votos, já em sentido diametralmente oposto ao anterior.

(33) Até mesmo este autor assim o fez, nas duas primeiras edições da obra *Introdução ao Direito do Trabalho*.

O que justifica, então, passar a tratá-lo como princípio especial justaba-lhista? O fato fundamental de ter sido tão acentuada a adequação e adaptação sofrida pelo princípio geral civilista, a partir de seu ingresso no Direito do Trabalho — sofrendo modificações substantivas —, que se torna, hoje, após cristalizadas tais mudanças, mais correto (e mais conveniente) enfatizar-se a especificidade trabalhista no lugar da própria matriz primitiva do princípio.

Realmente, um dos mais importantes princípios gerais do Direito que foi importado pelo ramo justabalhista é o da *inalterabilidade dos contratos*, que se expressa, no estuário civilista originário, pelo conhecido aforismo *pacta sunt servanda* (“os pactos devem ser cumpridos”). Informa tal princípio, em sua matriz civilista, que as convenções firmadas pelas partes não podem ser unilateralmente modificadas no curso do prazo de sua vigência, impondo-se ao cumprimento fiel pelos pactuantes.

Sabe-se, porém, que esse princípio jurídico geral (*pacta sunt servanda*) já sofreu claras atenuações no próprio âmbito do Direito Civil, através da fórmula *rebus sic stantibus*. Por essa fórmula atenuadora, a inalterabilidade unilateral deixou de ser absoluta, podendo ser suplantada por uma compatível retificação das cláusulas do contrato ao longo de seu andamento. Essa possibilidade retificadora surgiria caso fosse evidenciado que as condições objetivas despontadas durante o prazo contratual — condições criadas sem o concurso das partes — provocaram grave desequilíbrio contratual, inexistente e impensável no instante de formulação do contrato e fixação dos respectivos direitos e obrigações. Tais circunstâncias novas e involuntárias propiciariam à parte prejudicada, desse modo, a lícita pretensão de modificação do contrato.

O princípio geral da inalterabilidade dos contratos sofreu forte e complexa adequação ao ingressar no Direito do Trabalho — tanto que passou a se melhor enunciar, aqui, através de uma diretriz específica, a da *inalterabilidade contratual lesiva*.

Em primeiro lugar, a noção *genérica* de inalterabilidade perde-se no ramo justabalhista. É que o Direito do Trabalho não contingencia — ao contrário, incentiva — as alterações contratuais *favoráveis* ao empregado; estas tendem a ser naturalmente permitidas (art. 468, *caput*, CLT).

Em segundo lugar, a noção de inalterabilidade torna-se sumamente rigorosa caso contraposta a alterações *desfavoráveis* ao trabalhador — que tendem a ser vedadas pela normatividade justabalhista (arts. 444, *caput*, e 468, *caput*, CLT).

Em terceiro lugar, a atenuação civilista da fórmula *rebus sic stantibus* (atenuação muito importante no Direito Civil) *tende a ser genericamente rejeitada pelo Direito do Trabalho*.

É que este ramo jurídico especializado coloca sob ônus do empregador os riscos do empreendimento (art. 2º, *caput*, CLT), independentemente do in-

sucesso que possa se abater sobre este. As obrigações trabalhistas empresariais preservam-se intocadas ainda que a atividade econômica tenha sofrido revezes efetivos em virtude de fatos externos à atuação do empregador. Fatores relevantes como a crise econômica geral ou a crise específica de certo segmento, mudanças drásticas na política industrial do Estado ou em sua política cambial — fatores que, obviamente, afetam a atividade da empresa — não são acolhidos como excludentes ou atenuantes da responsabilidade trabalhista do empregador. A esse propósito, aliás, a jurisprudência tem reiteradamente esclarecido que no conceito de riscos assumidos pelo empregador inscreve-se, sim, a profusão legislativa que sempre caracterizou a tradição jurídica e administrativa brasileira, com as modificações econômicas e monetárias daí advindas (*Plano Bresser, Plano Verão, Plano Collor, Plano Real*, etc.). Portanto, prejuízos derivados de tais planos econômicos oficiais não eliminam ou restringem a responsabilidade do empregador por suas obrigações laborativas.

Não obstante o critério geral do art. 2º da CLT e a interpretação jurisprudencial referida (em favor da assunção empresarial dos riscos econômicos), é inquestionável que a legislação trabalhista tendeu, em certo momento histórico, a incorporar certos aspectos da fórmula *rebus sic stantibus*, reduzindo, assim, os riscos trabalhistas do empregador.

De fato, o art. 503 da CLT autorizava a “redução geral dos salários dos empregados da empresa” em casos de “prejuízos devidamente comprovados”. A Lei n. 4.923, de 1965, por sua vez — não por coincidência, oriunda de período autocrático da vida política e jurídica do País —, também veio permitir a redução salarial obreira em situações objetivas do mercado, adversas para o empregador, deferindo, inclusive, a este, meios judiciais para alcance de sua pretensão reducionista. A Constituição de 1988, entretanto, ao fixar a regra geral da “irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo” (art. 7º, VI, CF/88), derogou tais normas permissivas, condicionando quaisquer condutas de redução salarial à negociação coletiva sindical (arts. 7º, VI, e 8º, VI, CF/88).

Mais recentemente, a propósito, no contexto da retração econômica despontada em 2015, surgiu a Medida Provisória n. 680, de 6.7.15, que instituiu o *Programa de Proteção ao Emprego* (PPE). Pelo novo diploma jurídico, foi permitido a empresas que se encontrarem em situação de dificuldade econômico-financeira, nas condições e forma estabelecidas em ato do Poder Executivo Federal (art. 2º, *caput*), aderirem ao PPE, de maneira a reduzirem, temporariamente, em até trinta por cento, a jornada de trabalho de seus empregados, com a redução proporcional dos salários, desde que autorizada esta redução por acordo coletivo de trabalho específico celebrado “com o sindicato de trabalhadores representativo da categoria da atividade econômica preponderante” (art. 3º, *caput* e § 1º, MPr. n. 680/2015). Trata-se de hipótese de alteração contratual lesiva, mas autorizada por negociação

coletiva trabalhista, em contexto de dificuldade econômico-financeira da empresa empregadora e restrita à duração realmente provisória.⁽³⁴⁾

O PPE foi alterado para Programa Seguro — PSE, Emprego, por meio da MPr. n. 761, de 22.12.2016 (convertida na Lei n. 13.456, de 26.6.2017), sofrendo prorrogação até 31.12.2018. A mesma lógica de redução da jornada e do salário, em até 30%, por intermédio de negociação coletiva específica foi preservada.

Em suma, consideradas essas três importantes especificidades é que se pode, hoje, falar na existência de um princípio *especial trabalhista*, o da *inalterabilidade contratual lesiva*.

Ressalte-se, a propósito, não ser *absoluta*, é claro, a vedação às alterações lesivas do contrato de trabalho. Afora as situações inerentes ao chamado *jus variandi ordinário empresarial* (o qual, segundo a doutrina, englobaria mudanças de menor importância, não chegando a atingir efetivas cláusulas do pacto entre as partes)⁽³⁵⁾, haveria certo leque de modificações lesivas autorizadas implícita ou explicitamente por lei (como a reversão: parágrafo único do art. 468 da CLT) ou franqueadas pela ordem jurídica à própria norma coletiva negociada (art. 7º, VI, CF/88)⁽³⁶⁾.

Por fim, cabe aduzir que a Lei n. 13.467, vigente desde 11.11.2017, ao implementar reforma trabalhista no País, criou mecanismos novos permissivos para a alteração lesiva do contrato trabalhista, “por livre estipulação das partes” — embora se saiba tratar-se de nítido *contrato de adesão*. Nesta linha, por exemplo, o disposto no novo parágrafo único do art. 444 da CLT que institui a possibilidade de segregação jurídica de empregados dentro da mesma empresa: um grupo, com as proteções e garantias trabalhistas; o outro grupo, formado por profissionais com diploma de nível superior e salário mensal igual ou superior ao teto previdenciário (na data de vigência da Lei — 11.11.2017 —, o valor de R\$ 11.062,62) — este segundo grupo pode negociar, bilateralmente, a desregulamentação e/ou flexibilização de inúmeras cláusulas de seu contrato, tal como previsto no art. 611-A da CLT.

Ao acentuar o poder unilateral do empregador em um contrato de adesão, aprofundando o *status* de vulnerabilidade e hipossuficiência do obreiro nessa

(34) Dispunha o § 3º do art. 3º da MPr. n. 680/2015: “A redução temporária da jornada de trabalho poderá ter duração de até seis meses e poderá ser prorrogada, desde que o período total não ultrapasse doze meses”. Contudo a Lei n. 13.189/2015 (conversão da MPr. n. 680/15), em seu art. 5º, § 1º, IV, dilatou esse prazo, permitindo a prorrogação de períodos sucessivos de seis meses de redução, “desde que o período total não ultrapasse vinte quatro meses”.

(35) Sobre o *jus variandi* ordinário e extraordinário empresarial, consultar VIANA, Márcio Túlio. *Direito de Resistência*. São Paulo: LTr, 1996, p. 226-7 e 247-9. Também DELGADO, Mauricio Godinho. *Alterações Contratuais Trabalhistas*. São Paulo: LTr, 2000, p. 47-52.

(36) Sobre os critérios autorizativos de modificações do contrato de trabalho, reportar-se, neste Curso, ao Capítulo XXVI, item VII.

relação socioeconômica e jurídica, a Lei da Reforma Trabalhista hostilizou, evidentemente, em determinada medida, o princípio da inalterabilidade contratual lesiva. Mas não o afastou por inteiro, preservando ainda sua larga influência nas relações de trabalho⁽³⁷⁾.

Intangibilidade Contratual Objetiva — Registre-se, por fim, a existência de uma *particularização* do princípio da inalterabilidade contratual lesiva, que se conhece no Direito do Trabalho através de epíteto específico — o *princípio da intangibilidade objetiva do contrato de trabalho*⁽³⁸⁾.

Tal diretriz acentuaria que o conteúdo do contrato empregatício não poderia ser modificado (como já ressaltado pelo princípio da inalterabilidade contratual lesiva) *mesmo que ocorresse efetiva mudança no plano do sujeito empresarial*. Ou seja, a mudança subjetiva perpetrada (no sujeito-empregador) não seria apta a produzir mudança no corpo do contrato (em seus direitos e obrigações, inclusive passados). Trata-se da *sucessão trabalhista*, como se percebe (também conhecida como alteração subjetiva do contrato de trabalho). O contrato de trabalho seria intangível, do ponto de vista objetivo, embora mutável do ponto de vista subjetivo, desde que a mudança envolvesse apenas o sujeito-empregador.

Na verdade, como se nota, também aqui a referência básica é ao princípio da inalterabilidade contratual lesiva (a mudança do polo passivo do contrato de emprego não pode consumir lesividade ao obreiro, pela perda de toda a história do contrato em andamento; por isso, dá-se a sucessão de empregadores). O recurso à denominação distinta é mero instrumento para se acentuar o aspecto não alterado (todo o conteúdo do contrato) em contraponto com o aspecto em mudança (o sujeito empresarial do contrato)⁽³⁹⁾.

G) Princípio da Intangibilidade Salarial — Estabelece o *princípio da intangibilidade dos salários* que esta parcela justrabalhista merece garantias diversificadas da ordem jurídica, de modo a assegurar seu valor, montante e disponibilidade em benefício do empregado. Este merecimento deriva do fato de considerar-se ter o salário *caráter alimentar*, atendendo, pois, a necessidades essenciais do ser humano.

(37) No tocante à segregação de trabalhadores inserida pelo novo parágrafo único do art. 444 da CLT, a regra não está isenta das críticas da inconstitucionalidade e da inconveniência internacional imperativa, por transparecer espírito discriminatório. A respeito, consultar DELGADO, M. G.; DELGADO, G. N. *A Reforma Trabalhista no Brasil* — com os comentários à Lei n. 13.467/2017. São Paulo: LTr, 2017, especialmente em seu Capítulo IV (“Os Preceitos da Lei n. 13.467/2017 no Campo do Direito Individual do Trabalho”).

(38) Particularização referida no tópico “Fundamentos da Sucessão Trabalhista”, do capítulo sobre a figura jurídica do empregador, da obra deste autor, *Introdução ao Direito do Trabalho*, desde sua primeira edição (1995).

(39) Para a análise da sucessão trabalhista, em suas tradicionais e modernas vertentes de interpretação, consultar o Capítulo XII deste Curso.

A noção de natureza alimentar é simbólica, é claro. Ela parte do suposto — socialmente correto, *em regra* — de que a pessoa física que vive fundamentalmente de seu trabalho empregatício proverá suas necessidades básicas de indivíduo e de membro de uma comunidade familiar (alimentação, moradia, educação, saúde, transporte, etc.) com o ganho advindo desse trabalho: seu salário. A essencialidade dos bens a que se destinam o salário do empregado, por suposto, é que induz à criação de garantias fortes e diversificadas em torno da figura econômico-jurídica.

A força desse princípio não está, contudo, somente estribada no Direito do Trabalho, porém nas relações que mantém com o plano externo (e mais alto) do universo jurídico. De fato, o presente princípio laborativo especial ata-se até mesmo a um princípio jurídico geral de grande relevo, com sede na Constituição: o *princípio da dignidade da pessoa humana*.

Realmente, considera este princípio jurídico maior e mais abrangente que o trabalho é importante meio de realização e afirmação do ser humano, sendo o salário a contrapartida econômica dessa afirmação e realização. É claro que o reconhecimento social pelo trabalho não se resume ao salário, já que envolve dimensões muito amplas, ligadas à ética, à cultura, às múltiplas faces do poder, ao prestígio comunitário, etc.; mas é o salário, sem dúvida, a mais relevante contrapartida *econômica* pelo trabalho empregatício. Nesse quadro, garantir-se juridicamente o salário em contextos de contraposição de outros interesses e valores é harmonizar o Direito do Trabalho à realização do próprio princípio da dignidade do ser humano.

O atual princípio justralhista projeta-se em distintas direções: garantia do valor do salário; garantias contra mudanças contratuais e normativas que provoquem a redução do salário (aqui o princípio especial examinado se identifica pela expressão *princípio da irredutibilidade salarial*, englobando-se também, de certo modo, no *princípio da inalterabilidade contratual lesiva*); garantias contra práticas que prejudiquem seu efetivo montante — trata-se dos problemas jurídicos envolventes aos *descontos* no salário do empregado (o princípio aqui também tende a se particularizar em uma denominação diferente: *princípio da integralidade salarial*); finalmente, garantias contra interesses contrapostos de credores diversos, sejam do empregador, sejam do próprio empregado.

Boa parte do conteúdo do presente princípio já se encontra normatizada, isto é, já se concretizou em distintas *regras legais* integrantes do Direito do Trabalho do País. Nesse quadro, seu estudo passa a ser, praticamente, um estudo de dogmática jurídica — que escapa às fronteiras do presente capítulo⁽⁴⁰⁾.

(40) O diversificado sistema de garantias salariais vigente no Direito brasileiro encontra-se analisado, pormenorizadamente, nos capítulos XII até XV da obra deste autor, *Salário — teoria e prática*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 193-245. Neste Curso, consultar o Capítulo XXII.

Em linhas gerais, porém, pode-se esclarecer que as diversas garantias fixadas pela ordem jurídica não têm caráter absoluto, usualmente acolhendo restrições. Ilustrativamente, a proteção relativa ao valor do salário ainda não o preserva de perdas decorrentes da corrosão monetária; a vedação a mudanças contratuais e normativas provocadoras da redução de salários pode ser flexibilizada mediante negociação coletiva (art. 7º, VI, CF/88); a garantia de integralidade salarial, com controle de descontos em seu montante, é excepcionada pela própria norma jurídica que a instituiu (art. 462, CLT); a proteção contra constrições externas, como a penhora, embora ampla, encontra exceção, por exemplo, na prestação alimentícia (art. 649, IV, § 2º, CPC-1973; art. 833, IV, § 2º, CPC-2015).

Por outro lado, percebe-se clara tendência a um alargamento de tais garantias por além da estrita verba de natureza salarial, de modo a abranger todos os valores pagos ao empregado em função do contrato de trabalho. Excluídas as proteções voltadas à preservação do valor do salário, a tendência é de se estenderem as demais garantias, *quando compatíveis*, ao conjunto das verbas contratuais trabalhistas. Ilustrativamente, é o que se passa com a impenhorabilidade e também com o superprivilegio dos créditos trabalhistas no concurso de credores na falência⁽⁴¹⁾.

H) Princípio da Primazia da Realidade sobre a Forma — O princípio da *primazia da realidade sobre a forma* (chamado ainda de *princípio do contrato realidade*) amplia a noção civilista de que o operador jurídico, no exame das declarações volitivas, deve atentar mais à intenção dos agentes do que ao envoltório formal através de que transpareceu a vontade (art. 85, CCB/1916; art. 112, CCB/2002).

No Direito do Trabalho, deve-se pesquisar, preferentemente, a *prática concreta efetivada ao longo da prestação de serviços*, independentemente da vontade eventualmente manifestada pelas partes na respectiva relação jurídica. A prática habitual — na qualidade de *uso* — altera o contrato pactuado, gerando direitos e obrigações novos às partes contratantes (respeitada a fronteira da inalterabilidade contratual lesiva).

Desse modo, o conteúdo do contrato não se circunscreve ao transposto no correspondente instrumento escrito, incorporando amplamente todos os matizes lançados pelo cotidiano da prestação de serviços. O princípio do *contrato realidade* autoriza, assim, por exemplo, a descaracterização de uma pactuada relação civil de prestação de serviços, desde que no cumprimento do contrato despontem, concretamente, todos os elementos fático-jurídicos da relação de emprego (trabalho por pessoa física, com personalidade, não eventualidade, onerosidade e sob subordinação).

(41) DELGADO, Mauricio Godinho. *Salário* — teoria e prática. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 193-245. Neste Curso, ver Capítulo XXII.

O princípio da primazia da realidade sobre a forma constitui-se em poderoso instrumento para a pesquisa e encontro da verdade real em uma situação de litígio trabalhista. Não deve, contudo, ser brandido *unilateralmente* pelo operador jurídico. Desde que a forma não seja da essência do ato (ilustrativamente, documento escrito para a quitação ou instrumento escrito para contrato temporário), o intérprete e aplicador do Direito deve investigar e aferir se a substância da regra protetiva trabalhista foi atendida na prática concreta efetivada entre as partes, ainda que não seguida estritamente a conduta especificada pela legislação.

I) Princípio da Continuidade da Relação de Emprego — Informa tal princípio que é de interesse do Direito do Trabalho a permanência do vínculo empregatício, com a integração do trabalhador na estrutura e dinâmica empresariais. Apenas mediante tal permanência e integração é que a ordem justralhista poderia cumprir satisfatoriamente o objetivo teleológico do Direito do Trabalho, de assegurar melhores condições, sob a ótica obreira, de pactuação e gerenciamento da força de trabalho em determinada sociedade.

De fato, a permanência da relação de emprego provoca, em geral, três correntes de repercussões favoráveis ao empregado envolvido.

A primeira reside na *tendencial* elevação dos direitos trabalhistas, seja pelo avanço da legislação ou da negociação coletiva, seja pelas conquistas especificamente contratuais alcançadas pelo trabalhador em vista de promoções recebidas ou vantagens agregadas ao desenvolvimento de seu tempo de serviço no contrato.

A segunda corrente de repercussões favoráveis reside no investimento educacional e profissional que se inclina o empregador a realizar nos trabalhadores vinculados a longos contratos. Quanto mais elevado o montante pago à força de trabalho (e essa elevação tende a resultar, ao lado de outros aspectos, da duração do contrato e conquistas trabalhistas dela decorrentes), mais o empresário ver-se-á estimulado a investir na educação e aperfeiçoamento profissional do obreiro, como fórmula para elevar sua produtividade e compensar o custo trabalhista ocorrido. Esse investimento na formação do indivíduo cumpre a fundamental faceta do papel social da propriedade e da função educativa dos vínculos de labor, potenciando, individual e socialmente, o ser humano que trabalha.

A terceira corrente de repercussões favoráveis da longa continuidade da relação de emprego situa-se na afirmação social do indivíduo favorecido por esse longo contrato. Aquele que vive apenas de seu trabalho tem neste, e na renda dele decorrente, um decisivo instrumento de sua afirmação no plano da sociedade. Se está submetido a contrato precário, provisório, de curta duração (ou se está desempregado), fica sem o lastro econômico e jurídico necessário para se impor no plano de suas demais relações econômicas na comunidade.

À medida que se sabe que a grande maioria da população economicamente ativa, na sociedade contemporânea ocidental (em particular em países como o Brasil), constitui-se de pessoas que vivem apenas de seu trabalho, percebe-se a relevância do presente princípio no Direito e sociedade atuais.

O princípio examinado perdeu parte significativa de sua força com a introdução do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço no Brasil, em 1967 (antiga Lei n. 5.107/66), desprestigiando o sistema estabilitário e indenizatório então vigente na CLT (a Lei 5.107 passou a permitir, no momento da admissão, uma *opção* pelo sistema do Fundo — a qual se tornou tendência dominante, na prática). O sistema do FGTS transformou a dispensa sem justa causa em ato potestativo do empregador, frustrando o incentivo à permanência do pacto. Tempos depois, o Texto Máximo de 1988 generalizaria o sistema do Fundo de Garantia ao conjunto do mercado de trabalho, eliminando a antiga *opção*.

A Constituição de 1988 inclinou-se a reinserir o princípio da continuidade da relação empregatícia em patamar de relevância jurídica, harmonizando, em parte, a ordem justralhista à diretriz desse princípio. Assim, afastou a anterior incompatibilidade do instituto do FGTS com qualquer eventual sistema de garantias jurídicas de permanência do trabalhador no emprego — afastamento implementado ao estender o Fundo a todo e qualquer empregado (art. 7º, III, CF/88: exceto o doméstico)⁽⁴²⁾. Ao lado disso, fixou a regra da “relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos” (art. 7º, I, CF/88). Lançou, adicionalmente, a ideia de “aviso-prévio proporcional ao tempo de serviço”, “nos termos da lei” (art. 7º, XXI, CF/88), indicando o reforço da noção de contingenciamento crescente à prática de ruptura desmotivada do contrato empregatício.

(42) O texto original do parágrafo único do art. 7º da Constituição de 1988, concernente às parcelas constitucionais estendidas aos empregados domésticos, não incorporava o inciso III, relativo ao FGTS. Apenas em 1999 é que surgiu a primeira referência à possibilidade de integração do empregado doméstico no sistema do Fundo de Garantia: foi a Medida Provisória n. 1.986/99, com MPrs. subsequentes, até a conversão na Lei n. 10.208/2001. Contudo tratava-se de regra jurídica meramente voluntária, não imperativa, o que esvaziou significativamente seu impacto na ordem jurídica e na vida social trabalhista (no caso, decidindo o empregador pela inserção de seu empregado doméstico no FGTS, a respectiva inscrição poderia ser feita a partir do mês de *março de 2000* — conforme Decreto n. 3.361/00 —, se fosse o caso; antes disso, ainda não seria viável a inscrição fundiária). A EC n. 72/2013 é que tornou imperativa a inserção do empregado doméstico no sistema do Fundo de Garantia, conforme lei de regulamentação posterior (novo texto do parágrafo único do art. 7º da Constituição). Este diploma normativo de regulamentação surgiu com a Lei Complementar n. 150/2015, a qual, finalmente, a partir de 1º de outubro de 2015, inseriu, de maneira obrigatória, os empregados domésticos no sistema do FGTS. A respeito, consultar, neste Curso, o Capítulo XI, item “IV. Empregado Doméstico”. Consultar também: DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *O Novo Manual do Trabalho Doméstico*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2016.

Embora a jurisprudência tenha se firmado, por décadas, no sentido de negar eficácia imediata a qualquer dos dois últimos preceitos constitucionais, é inquestionável o redirecionamento que sua instigante existência provoca na própria cultura jurídica de potestade rescisória, dominante desde meados da década de 1960.⁽⁴³⁾

Não obstante as vicissitudes acima, o princípio da continuidade da relação de emprego ainda cumpre, hoje, razoável importância na ordem justrabalhista brasileira.

Ele gera, por exemplo, certas presunções favoráveis ao trabalhador, conforme jurisprudencialmente assentado (Súmula n. 212, TST).

Nessa linha, faz presumida a ruptura contratual mais onerosa ao empregador (dispensa injusta), caso evidenciado o rompimento do vínculo; coloca, em consequência, sob ônus da defesa, a prova de modalidade menos onerosa de extinção do contrato (pedido de demissão ou dispensa por justa causa, por exemplo). Faz presumida também a própria continuidade do contrato, lançando ao ônus da defesa a prova de ruptura do vínculo empregatício, em contextos processuais de controvérsia sobre a questão.

O mesmo princípio também propõe como regra geral o contrato trabalhista por tempo *indeterminado*, uma vez que este é o que melhor concretiza o direcionamento pela continuidade da relação empregatícia.

Em consequência dessa regra geral, tornam-se exceptivos, no Direito do Trabalho, os contratos a termo, os quais somente podem ser pactuados nas estritas hipóteses franqueadas por lei. Hoje, no Direito brasileiro, são cinco essas hipóteses. As três mais frequentes estão previstas no art. 443 da CLT (trata-se de serviço cuja natureza ou transitoriedade justifique a predeterminação do prazo; ou de atividades empresariais transitórias; ou, ainda, de contrato de experiência).⁽⁴⁴⁾ Aseu lado, há o grupo de situações direcionadas por leis especiais a certas profissões delimitadas, como ocorre com os artistas profissionais e também com os atletas profissionais. Finalmente, há a hipótese da Lei n. 9.601, de 1998, que regulou o chamado contrato provisório de trabalho.⁽⁴⁵⁾

(43) Em 2011, quase 13 anos após o início de vigência da Constituição, o Supremo Tribunal Federal sinalizou na direção da efetividade da regra da proporcionalidade do aviso-prévio. Esta sinalização, feita no transcórre do julgamento de alguns *mandados de injunção* (MI n. 943, n. 1011, n. 1074 e n. 1090), acelerou a aprovação pelo Parlamento de projeto de lei tratando da matéria, resultando na Lei n. 12.506, de 11.10.2011 (Diário Oficial de 13 de outubro). O novo diploma fixou um acréscimo de três dias por ano de serviço prestado na empresa, até o máximo de 60 dias, a título de proporcionalidade do aviso. A respeito, consultar o Capítulo XXIX, item VII, deste Curso.

(44) Nesse grupo de contratos a prazo regidos pela CLT, pode-se acrescentar, *do ponto de vista estatístico*, o contrato de trabalho temporário, regido pela Lei n. 6.019/1974. Contudo, não se trata de relação meramente bilateral, porém de relação jurídica trilateral, típica da *terceirização*.

(45) A Lei n. 11.718/2008 (conversão da MP n. 410, de 28.12.2007) criou o *contrato rural por pequeno prazo*, por *dois meses*, a ser capitaneado pelo *produtor rural pessoa física*, para o

Finalmente o princípio da continuidade da relação de emprego confere suporte teórico (ao lado de outros princípios) a um importante instituto trabalhista: a *sucessão de empregadores*, regulada pelos arts. 10 e 448 da CLT⁽⁴⁶⁾.

2. Princípios Justrabalhistas Especiais Controvertidos⁽⁴⁷⁾

Princípios são grandes fachos normativos, que cumprem o essencial papel de iluminar a compreensão do Direito em sua regência das relações humanas. Ora, na qualidade de iluminadores do sentido essencial do Direito devem eles, por coerência, ser, no mínimo, *claros e objetivos*, de um lado, e, de outro lado, *harmonizadores do conjunto jurídico geral*. Princípio impreciso, inseguro, ou que entre em choque com o conjunto sistemático geral do Direito ou com princípios cardeais do universo jurídico será, em síntese, uma contradição em seus próprios termos.

Na verdade, o próprio fato de haver forte dissensão acerca de determinado princípio — sua existência ou, pelo menos, validade — já compromete, em boa medida, seu *status* no mundo do Direito. Como expõe o autor argentino *Jorge Rodriguez Mancini*, em citação de *Américo Plá Rodriguez*, a “*função dos princípios jurídicos é muito clara e poderosa e, por isso mesmo, não convém estender o conceito além do que lhe toca por sua natureza*, evitando-se assim derivar de um conceito que não é um princípio jurídico, conclusões infundadas que possam expressar tendências de justiça, mas que carecem de apoio jurídico...”⁽⁴⁸⁾.

Completa a respeito deste tema o clássico justrabalhista *Américo Plá Rodriguez*: “Achamos que os princípios devem ter respaldo consensual ou quase consensual. Pode haver discussões sobre sua denominação, sua formulação, seu alcance, sua órbita de aplicação, mas não sobre sua própria existência”⁽⁴⁹⁾.

A) Princípio *in dubio pro operario* — Uma das mais antigas referências doutrinárias a princípios justrabalhistas está na diretriz *in dubio pro misero*. Trata-se de transposição adaptada ao ramo trabalhista do princípio jurídico

exercício de atividades de natureza temporária (novo art. 14-A da Lei n. 5.889/73, conforme Lei n. 11.718/08). Este pacto, embora tenha especificidades normativas, pode ser enquadrado no grupo de contratos que tenham como causa *serviços cuja natureza ou transitoriedade justifique a predeterminação do prazo*. Uma análise dos contratos a termo encontra-se nos Capítulos XVI e XVII deste Curso.

(46) Sobre sucessão trabalhista, consultar neste mesmo Curso o Capítulo XII, “O Empregador”. No texto, fica esclarecido que somente a matriz clássica e mais abrangente do instituto sucessório é que tem por suporte teórico o princípio da continuidade da relação de emprego, já que a matriz extensiva da figura não supõe a permanência da prestação laborativa pelo obreiro.

(47) O presente item 2 corresponde à síntese do texto constante em nossa obra, *Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2001, p. 81-88.

(48) In RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000, p. 438 (grifos acrescidos).

(49) RODRIGUEZ, Américo Plá, ob. cit., p. 439.

penal *in dubio pro reo*. Como o empregador é que se constitui em devedor na relação de emprego (e réu na relação processual trabalhista), adaptou-se o princípio à diretriz *in dubio pro misero* (ou *pro operario*).

Tal princípio, entretanto, apresenta dois problemas: o primeiro, menos grave, essencialmente prático, consistente no fato de que ele abrange dimensão temática já acobertada por outro princípio justralhista específico (o *da norma mais favorável*). O segundo problema, muito grave, consistente no fato de que, no tocante à sua outra dimensão temática, ele entra em choque com princípio jurídico geral da essência da civilização ocidental, hoje, e do Estado Democrático de Direito: o princípio do *juiz natural*.

No que tange a sua primeira debilidade, o princípio *in dubio pro misero* tornou-se redundante e, por consequência, inútil. De fato, uma das dimensões da velha diretriz é aquela que informa que o operador jurídico, em situações de confronto entre interpretações consistentes de certo preceito normativo, deve optar pela mais favorável ao trabalhador. Ora, essa dimensão do velho princípio é válida e importante, sem dúvida, *mas já está, hoje, atendida, com precisão, pelo princípio da norma mais favorável* (que tem três dimensões, conforme sabido, sendo uma delas a interpretativa).

Se este fosse, porém, o único problema da velha diretriz (problema que se restringiria a um juízo de conveniência, meramente prático, de escolha de fórmulas com o mesmo conteúdo), não haveria por que insistir-se no presente debate. Entretanto, a segunda debilidade do princípio é de *substância*, não podendo deixar de ser enfrentada.

De fato, nesse antigo princípio estaria englobada não somente a dimensão de interpretação normativa (hoje referenciada pelo princípio da norma mais favorável), *como também uma dimensão de aferição e valoração dos fatos trazidos a exame do intérprete e aplicador do Direito*. À luz dessa segunda e combinada dimensão do princípio *in dubio pro misero* (exame de *fatos e provas*), propunha-se que a decisão da autoridade judicial deveria se dirigir em benefício do trabalhador, em caso de dúvida no exame de situações fáticas concretas. O argumento era no sentido de que “...as mesmas razões de desigualdade compensatória que deram origem à aplicação deste princípio, justificam que se estenda à análise dos fatos já que, em geral, o trabalhador tem muito maior dificuldade do que o empregador para provar certos fatos ou trazer certos dados ou obter certas informações ou documentos”⁽⁵⁰⁾.

Trata-se, pois, de uma *dimensão processual* do princípio *in dubio pro misero*. Contudo, essa diretriz propositora de um desequilíbrio atávico ao processo de exame e valoração dos *fatos* trazidos à análise do intérprete e

(50) RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1993, p. 48.

aplicador do Direito não passa pelo crivo de cientificidade que se considera hoje próprio ao fenômeno jurídico. Na verdade, tal diretriz correspondia a uma fase rudimentar do Direito do Trabalho, em que esse ramo jurídico especializado ainda não havia conseguido incorporar um arsenal técnico-científico sofisticado no conjunto de suas normas, categorias e teorizações. Hoje, a teoria do ônus da prova sedimentada no Direito Processual do Trabalho, e o largo espectro de presunções que caracteriza esse ramo especializado do Direito já franqueam, pelo desequilíbrio de ônus probatório imposto às partes (em benefício do prestador de serviços), possibilidades mais eficazes de reprodução, no processo, da verdade real. Em consequência, havendo dúvida do juiz em face do conjunto probatório existente e das presunções aplicáveis, ele deverá decidir em desfavor da parte que tenha o ônus da prova naquele tópico duvidoso, e não segundo a diretriz genérica *in dubio pro operario*. É que o caráter democrático e igualitário do Direito do Trabalho conduz ao desequilíbrio inerente às suas normas jurídicas e à compatível sincronia que esse desequilíbrio tem com a teoria processual do ônus da prova e com as presunções sedimentadas características desse ramo jurídico. Não se estende, contudo, o mesmo desequilíbrio à figura do juiz e à função judicante — sob pena de se comprometer a essência da própria noção de justiça⁽⁵¹⁾. O que há de positivo, portanto, na velha diretriz (*in dubio pro operario*) — sua referência a um critério de interpretação de normas jurídicas — já se manteve preservado no Direito do Trabalho (através do princípio da norma mais favorável), abandonando-se, contudo, a referência superada que o antigo aforismo fazia à função judicante de avaliação e valoração de fatos.

Por tais razões nem sequer é necessário, sob a perspectiva estritamente protecionista, insistir-se nessa dimensão da velha diretriz censurada⁽⁵²⁾.

B) Princípio do Maior Rendimento — O segundo princípio do Direito Individual do Trabalho comumente referido pela doutrina, mas cujo conteúdo, abrangência e própria validade são bastante controvertidos, é a diretriz denominada *princípio do maior rendimento* (ou *princípio do rendimento*).

(51) Sobre a essência da função judicante, sua especificidade e inserção à dinâmica democrática, ver DELGADO, Mauricio Godinho. *Democracia e Justiça* — sistema judicial e construção democrática no Brasil. São Paulo: LTr, 1993, p. 42-68. Também VIANNA, Luiz Werneck, *et alii*. *Corpo e Alma da Magistratura Brasileira*. Rio de Janeiro: Revan/IUPERJ, 1997; VIANNA, Luiz Werneck, *et alii*. *A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

(52) Para análise mais circunstanciada sobre a crítica à dimensão processual do princípio *in dubio pro operario*, ver DELGADO, Mauricio Godinho. *Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2001, p. 83-86. Registre-se que o fato de a Lei de Reforma Trabalhista no Brasil, de 2017, ter restringido, significativamente, o acesso à justiça ao trabalhador, no plano do Direito Processual do Trabalho, não confere suporte a um resgate à antiga diretriz *in dubio pro misero*. Os defeitos da Lei n. 13.467/2017 não justificariam se retomar a censurada diretriz jurídica.

A primeira referência ao princípio data da década de 1940, em obras de *Pérez Botija*, conforme pesquisa feita pelo clássico *Américo Plá Rodríguez*⁽⁵³⁾. Informa o princípio que o trabalhador estaria na “obrigação de desenvolver suas energias normais em prol da empresa, prestando serviços regularmente, disciplinar e funcionalmente”⁽⁵⁴⁾.

Seria a diretriz subjacente a todo o poder disciplinar empregatício, conferindo fundamento a algumas figuras típicas de justa causa, como, ilustrativamente, a desídia e a negociação concorrencial ao empregador (art. 482, CLT).

Enquanto princípio próprio e específico (e não projeção de outro, mais amplo), entretanto, esta diretriz tem sido relativamente contestada. *Américo Plá Rodríguez*, por exemplo, não o acolhe em sua teorização acerca do tema⁽⁵⁵⁾.

De fato, embora a singularidade do princípio possa estar em sua referência a uma possível tutela de interesse empresarial — em contraposição aos demais princípios justralhistas, que enfocariam tutela de interesse obreiro —, não se pode deixar de enxergar nessa diretriz uma inquestionável projeção justralhista da clássica diretriz jurídica geral da *lealdade e boa-fé*. Efetivamente, na essência, o que propõe o princípio ora enfocado é a lealdade e boa-fé do empregado no cumprimento de suas obrigações trabalhistas, exercendo com denodo suas funções contratuais e não desgastando injustamente os lícitos interesses do empregador. Ora, nesta medida *ele não teria conteúdo distinto da diretriz jurídica geral da lealdade e boa-fé*.

Desse modo, se admitida essa acepção, ele perde sua particularidade, uma vez que teria sua abrangência alargada no Direito do Trabalho, passando a atuar sobre a conduta de qualquer das partes da relação empregatícia, *inclusive o empregador*. Acolhido esse alargamento de abrangência, a diretriz enunciar-se-ia por uma expressão de caráter mais genérico, como, ilustrativamente, *princípio da leal contraprestação*.

De toda maneira, ainda que se fale em *leal contraprestação* ou simplesmente *bom rendimento*, não há como se afastar do princípio seu caráter de efetiva projeção da diretriz geral importada pelo Direito do Trabalho: *princípio da lealdade e boa-fé*.

(53) RODRIGUEZ, A. P. *Princípios de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1993, p. 265-268. O autor uruguaio localizou como primeira referência ao princípio a obra de Pérez Botija, *El Derecho del Trabajo. Concepto, Substantividad y Relaciones con las Restantes Disciplinas Jurídicas*. Madrid, 1947, p. 156, além do *Curso de Derecho del Trabajo*. Madrid, 1948, do mesmo autor (*in ob. cit.*, p. 265).

(54) VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. Princípios de Direito — Princípio Jurídico do Direito do Trabalho, in BARROS, A. M. de. *Curso de Direito do Trabalho* — estudos em homenagem a Célio Goyatá, v. I. São Paulo: LTr, 1993, p. 127. Há menções ao princípio também em RUPRECHT, Alfredo J. *Os Princípios do Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1995, p. 89-95, e RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1993, p. 265-268. Este último autor detectou, como visto, na obra de Pérez Botija, as primeiras referências ao princípio.

(55) RODRIGUEZ, A. P. *Princípios de Direito do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000, p. 418-419.

VII. INDISPONIBILIDADE DE DIREITOS: RENÚNCIA E TRANSAÇÃO NO DIREITO INDIVIDUAL DO TRABALHO

1. *Diferenciação de Figuras*

O Direito Individual do Trabalho, como visto, tem na indisponibilidade de direitos trabalhistas por parte do empregado um de seus princípios mais destacados.

Entretanto, não é todo tipo de supressão de direitos trabalhistas que o ramo juslaborativo inibe. O despojamento restringido pela legislação centra-se fundamentalmente naquele derivado do exercício expresso ou tácito da vontade pelo titular do direito trabalhista (através da renúncia ou da transação, por exemplo). O Direito do Trabalho não impede, porém, a supressão de direitos trabalhistas em face do exercício, pelo devedor trabalhista, de prerrogativa legal (como a arguição de prescrição) ou em face do não exercício, pelo credor trabalhista, de prerrogativa legal ou convencional (como no caso da decadência). Prescrição e decadência geram, pois, supressão de direitos laborais, sem afronta ao princípio básico da indisponibilidade que caracteriza o Direito Individual do Trabalho.

Ao lado desses dois conhecidos meios de disponibilidade de direitos (decadência e prescrição), cabe se distinguir entre algumas outras figuras correlatas de despojamento de direitos. Trata-se das já mencionadas renúncia e transação, ao lado da composição e da conciliação.

Renúncia é ato unilateral da parte, através do qual ela se despoja de um direito de que é titular, sem correspondente concessão pela parte beneficiada pela renúncia.

Transação é ato bilateral (ou plurilateral), pelo qual se acertam direitos e obrigações entre as partes acordantes, mediante concessões recíprocas (despojamento recíproco), envolvendo questões fáticas ou jurídicas duvidosas (*res dubia*).

Composição, por sua vez, é ato bilateral ou plurilateral pelo qual se acertam direitos e obrigações entre as partes acordantes, mediante o reconhecimento da respectiva titularidade de tais direitos e obrigações pelas partes. Na composição reconhece-se a titularidade de um direito, assumindo-se a respectiva obrigação, ao passo que na transação produzem-se concessões recíprocas sobre situações fático-jurídicas duvidosas, com o objetivo de se conferir solução à divergência.

Conciliação, finalmente, é ato judicial, através do qual as partes litigantes, sob interveniência da autoridade jurisdicional, ajustam solução transacionada sobre matéria objeto de processo judicial. A conciliação, embora próxima às figuras anteriores, delas se distingue em três níveis: no plano subjetivo, em virtude da interveniência de um terceiro e diferenciado sujeito, a autori-

dade judicial; no plano formal, em virtude de ela se realizar no corpo de um processo judicial, podendo extingui-lo parcial ou integralmente; no plano de seu conteúdo, em virtude da conciliação poder abarcar parcelas trabalhistas não transacionáveis na esfera estritamente privada.

2. Extensão da Indisponibilidade

A indisponibilidade de direitos trabalhistas pelo empregado constitui-se em regra geral no Direito Individual do Trabalho do País, estando subjacente a pelo menos três relevantes dispositivos celetistas: arts. 9º, 444, *caput*, e 468, *caput*, CLT.

Isso significa que o trabalhador, quer por ato individual (renúncia), quer por ato bilateral negociado com o empregador (transação), não pode dispor de seus direitos laborais, sendo nulo o ato dirigido a esse despojamento. Essa conduta normativa geral realiza, no plano concreto da relação de emprego, a um só tempo, tanto o princípio da indisponibilidade de direitos trabalhistas, como o princípio da imperatividade da legislação do trabalho.

A indisponibilidade inerente aos direitos oriundos da ordem justabalhista não tem, contudo, a mesma exata rigidez e extensão. Pode-se, tecnicamente, distinguir entre direitos imantados por *indisponibilidade absoluta* ao lado de direitos imantados por uma *indisponibilidade relativa*.

Absoluta será a indisponibilidade, do ponto de vista do Direito Individual do Trabalho, quando o direito enfocado merecer uma tutela de nível de interesse público, por traduzir um patamar civilizatório mínimo firmado pela sociedade política em um dado momento histórico. É o que ocorre, como já apontado, ilustrativamente, com o direito à assinatura de CTPS, ao salário mínimo, à incidência das normas de proteção à saúde e segurança do trabalhador.

Também será absoluta a indisponibilidade, sob a perspectiva do Direito *Individual* do Trabalho, quando o direito enfocado estiver protegido por norma de interesse abstrato da respectiva categoria. Este último critério indica que a noção de indisponibilidade absoluta atinge, no contexto das relações bilaterais empregatícias (Direito Individual, pois), parcelas que poderiam, no contexto do Direito Coletivo do Trabalho, ser objeto de transação coletiva e, portanto, de modificação real. Noutras palavras: *a área de indisponibilidade absoluta, no Direito Individual, é, desse modo, mais ampla que a área de indisponibilidade absoluta própria ao Direito Coletivo.*

Relativa será a indisponibilidade, do ponto de vista do Direito Individual do Trabalho, quando o direito enfocado traduzir interesse individual ou bilateral simples, que não caracterize um padrão civilizatório geral mínimo firmado pela sociedade política em um dado momento histórico. É o que se passa, ilustrativamente, com a modalidade de salário paga ao empregado ao longo da relação de emprego (salário fixo *versus* salário variável, por exemplo):

essa modalidade salarial pode se alterar, lícitamente, desde que a alteração não produza prejuízo efetivo ao trabalhador. As parcelas de indisponibilidade relativa podem ser objeto de transação (não de renúncia, obviamente), *desde que a transação não resulte em efetivo prejuízo ao empregado* (art. 468, CLT). O ônus da prova do prejuízo, entretanto, caberá a quem alegue sua ocorrência, isto é, ao trabalhador, já que não há prova sobre *fato negativo*.

Há leituras doutrinárias que tendem a considerar irrelevante tal distinção, ao fundamento de que, no ramo justralhista, existiriam, pura e simplesmente, atos agressores da legislação laboral — “atos infringentes” —, os quais seriam sempre absolutamente nulos. Não parece, contudo, aceitável semelhante compreensão do problema.

É que as noções de indisponibilidade absoluta (e conseqüente nulidade absoluta do ato transgressor dessa imanência jurídica) e indisponibilidade relativa (com a nulidade relativa do respectivo ato), embora de fato não incorporem a larga diferenciação que caracteriza as duas figuras correlatas do Direito Civil (nulidade absoluta e nulidade relativa), são noções que, ainda assim, guardam inquestionável consistência científica no Direito do Trabalho.

Efetivamente, em primeiro lugar, são as únicas noções que, combinadas, permitem se apreender, com clareza, a validade e extensão das alterações produzidas pelas normas autônomas coletivas no interior das normas heterônomas estatais trabalhistas. Nessa linha, *a unificação das duas categorias de atos suprimiria à Ciência do Direito um relevante instrumental para compreender-se o novo (e seguramente crescente) processo de democratização do Direito do Trabalho, com o maior espaço aberto à autonormatização das relações trabalhistas pela sociedade civil*.

Em segundo lugar, as duas noções diferenciadas importam em um distinto critério de distribuição do ônus da prova: tratando-se de parcela imantada de indisponibilidade absoluta, o autor da ação não terá de evidenciar prejuízo em face de uma questionada transação envolvendo a parcela, dado que a nulidade será decretada automaticamente pela autoridade judicial perante a qual se apresentou a lide. Tratando-se, porém, de parcela imantada de indisponibilidade apenas relativa, o autor da ação terá de evidenciar a ocorrência de prejuízo em face de uma questionada transação envolvendo a referida parcela. São efeitos, portanto, sumamente distintos, só compreensíveis em decorrência de se tratar de categorias distintas de indisponibilidade e de nulidade.

3. Requisitos da Renúncia e Transação

Os requisitos jurídico-formais da renúncia e transação, no Direito Individual do Trabalho, são os clássicos a essas figuras já no Direito Civil e próprios a

qualquer ato jurídico em geral: capacidade do agente, higidez da manifestação da vontade, objeto válido e forma prescrita ou não proibida por lei.

A) Renúncia — No tocante à *renúncia*, o operador jurídico em geral até mesmo pode dispensar o exame de seus requisitos, uma vez que o Direito do Trabalho tende a repelir qualquer possibilidade de renúncia a direitos laborais por parte do empregado. Desse modo, independentemente da presença (ou não) dos requisitos jurídico-formais, o ato da renúncia, em si, é sumariamente repellido pela normatividade justralhista imperativa (arts. 9º e 444, *caput*, CLT) e pelo princípio da indisponibilidade.

Quer isso dizer que apenas em raríssimas situações — inquestionavelmente autorizadas pela ordem jurídica heterônoma estatal — é que a renúncia será passível de validade. É o que ocorre, por exemplo, com a renúncia à velha estabilidade celetista em decorrência da *opção retroativa* pelo regime do FGTS (períodos contratuais anteriores à Constituição de 1988). Ou a renúncia tácita à garantia de emprego pelo dirigente sindical que solicitar ou livremente acolher transferência para fora da base territorial (art. 543, *caput*, e § 1º, CLT). Evidentemente que se verificando uma de tais raras situações de renúncia legalmente admitidas pelo Direito do Trabalho, caberá ao operador jurídico passar ao exame dos clássicos requisitos jurídico-formais do ato de renúncia: capacidade do sujeito renunciante; higidez em sua manifestação de vontade; objeto (somente aquelas parcelas expressamente ressalvadas pela ordem jurídica); forma (ou procedimento) legalmente especificado.

B) Transação — No que concerne à *transação*, o operador jurídico, por economia analítica, também pode se direcionar, de imediato, ao exame do requisito jurídico-formal do *objeto* da transação. Somente será passível de transação lícita parcela juridicamente não imantada por indisponibilidade absoluta — independentemente do respeito aos demais requisitos jurídico-formais do ato.

Configurado o objeto passível de transação, cabe se aferir a presença dos demais requisitos jurídico-formais do ato.

De um lado, a *capacidade* das partes pactuantes. No Direito do Trabalho, como se sabe, a capacidade plena emerge aos 18 anos (art. 402, CLT), devendo o menor praticar atos de disponibilidade relativa de direitos (como na transação) com a assistência de seu responsável legal (entre 16 e 18 anos) ou representado por esse responsável (incapacidade absoluta: abaixo de 16 anos, salvo o aprendiz, para o qual incide o limite de 14 anos: art. 7º, XXXIII, CF/88, conforme EC n. 20/98).

Não obstante essa conduta normativa geral, o caráter teleológico do Direito do Trabalho não invalidaria, necessariamente, transações irregularmente efetuadas por adolescentes (sem assistência, por exemplo), *se comprovado não ter sido lesiva ao trabalhador* — afinal, conforme diretriz jurídica clássica, *não há nulidade sem prejuízo*. Não há, porém, dúvida de que a irregularidade

— e a coerência do princípio protetivo e teleológico — inverteria o ônus probatório, cabendo à defesa evidenciar que, embora efetuada a transação sem a assistência cabível, nenhum prejuízo real trouxe ao obreiro envolvido.

O requisito da *manifestação da vontade* recebe tratamento singular no Direito do Trabalho, em contraponto ao Direito Comum. A ordem justralhista atenua o papel da vontade obreira como elemento determinante das cláusulas e alterações contratuais, antepondo a ela os princípios da imperatividade das normas laborais e da indisponibilidade de direitos. No caso da transação, a lei acrescenta ainda o parâmetro saneador da inexistência de prejuízo em função do ato transacional. Nesse contexto, pouco espaço resta à pertinência (ou utilidade) de uma pesquisa sobre a higidez da vontade lançada em uma transação trabalhista. A análise concernente a vícios de vontade (erro, dolo ou coação, fundamentalmente), desse modo, apenas ganhará sentido em raras situações da dinâmica trabalhista concernente à figura da transação.

No que diz respeito à *forma*, esta poderá ter relevância, desde que expressamente fixada pela ordem jurídica. Os atos contratuais trabalhistas, como se sabe, podem ser tácitos — e normalmente o são (art. 442, *caput*, CLT) —, não se podendo impor formalidades de conduta onde a ordem jurídica assim não preceituar (art. 5º, II, CF/88).

Contudo, na transação trabalhista a forma tende a ter um papel mais pronunciado que usualmente percebido no conjunto da relação de emprego. Isso ocorre principalmente pelo fato de a formalidade tipificada emergir como elemento essencial de certas transações trabalhistas, submetendo a validade da transação ao procedimento formal fixado pela ordem jurídica (arts. 82 e 130, CCB/1916; art. 104, III, CCB/2002). É o que se verifica, por exemplo, na transação sobre modalidade de cumprimento de jornada (*regime de compensação*): desde longo tempo a jurisprudência sedimentou que somente pode ser pactuada por escrito, *mas não tacitamente*. Aqui, a forma passa a ser da essência do instituto. A propósito, tem sido prestigiada até mesmo interpretação mais rigorosa com respeito ao regime compensatório flácido denominado *banco de horas* (compensação anual), para o qual se tem exigido, regra geral, a prévia *transação coletiva* (CCT ou ACT).⁽⁵⁶⁾

Registre-se, por fim, que, inexistindo previsão jurídica de formalismo, a transação poderá, obviamente, evidenciar-se por quaisquer meios probatórios lícitos.⁽⁵⁷⁾

(56) A respeito, Súmula n. 85, I e V, TST. Maiores reflexões sobre o regime compensatório de horários e a figura do *banco de horas*, consultar o Capítulo XXIII deste Curso, em seus itens IV e VIII.

(57) A respeito das Comissões de Conciliação Prévia, seus poderes e limites em face da renúncia e transação justralhistas, consultar neste Curso: Capítulo XXVIII, item VII. 3 (“Rescisão via Comissões de Conciliação Prévia”) e Capítulo XXXVIII, item V (“Comissões de Conciliação Prévia”).

INTERPRETAÇÃO, INTEGRAÇÃO E APLICAÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO

I. INTRODUÇÃO

O Direito consiste no conjunto de princípios, institutos e regras, encorpados por coerção, que imprimem certa direção à conduta humana, quer alterando, vedando ou sancionando práticas percebidas, quer estimulando ou garantindo sua reprodução. Tem o Direito, portanto, caráter atuante sobre a vida social, dela resultando e sobre ela produzindo efeitos.

Esse caráter social atuante do fenômeno do Direito — sua referência permanente à vida concreta — importa no constante exercício pelo operador jurídico de três operações específicas e combinadas de suma relevância: a interpretação jurídica, a integração jurídica e, finalmente, a aplicação jurídica.

Por *interpretação* conceitua-se o processo analítico de compreensão e determinação do sentido e extensão da norma jurídica enfocada.

Por *integração* conceitua-se o processo lógico de suprimento das lacunas percebidas nas fontes principais do Direito em face de um caso concreto, mediante o recurso a fontes normativas subsidiárias.

Por *aplicação* conceitua-se o processo de incidência e adaptação das normas jurídicas às situações concretas.

As três operações, embora específicas, têm pontos de contato entre si. Afora a óbvia referência ao mesmo fenômeno jurídico, suscitada por idêntica ou semelhante situação fática, as operações igualmente se qualificam como processos analíticos e lógicos, submetidos a regras previamente fixadas. A par disso, tais operações mantêm-se estreitamente interconectadas, dependendo o resultado de uma do desenvolvimento alcançado na operação anterior.

II. INTERPRETAÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO

1. A Interpretação no Conhecimento Humano

Interpretação consiste no *processo intelectual mediante o qual se busca compreender e desvelar um determinado fenômeno ou realidade de natureza ideal ou fática*. É, portanto, uma dinâmica de caráter intelectual voltada a assegurar a seu agente uma aproximação e conhecimento da realidade circundante.

Toda cultura humana — todo conhecimento — resulta de um processo de interpretação. Os diversos tipos de saber — ou, se preferir, os diversos graus de saber — resultam, coerentemente, de processos próprios de interpretação.

Isso significa que desde os níveis menos sistematizados, objetivos e rigorosos de conhecimento (folclore, senso comum e outros) até os níveis mais sofisticados de saber (filosofia e ciência, particularmente), em todos eles cumpre papel exponencial o processo de interpretação. Obviamente que nos níveis menos rigorosos, objetivos e sistematizados de saber, a interpretação não se submete a regras firmes, objetivas e sistemáticas, sendo esse certamente um dos essenciais fatores a ensejar o comprometimento da qualidade do tipo de conhecimento oriundo dessas formas de saber.

O conhecimento científico, ao contrário, caracteriza-se por impor ao analista dos fenômenos regras mais rígidas, objetivas e sistemáticas de exame e interpretação da realidade, de modo a assegurar um resultado interpretativo necessariamente mais próximo à efetiva substância e sentido do fenômeno enfocado.

Tais regras rigorosas, sistemáticas e objetivas obviamente tendem a reduzir o papel *criativo* do cientista-intérprete no instante do desenvolvimento e enunciação de suas pesquisas e conclusões. Uma dinâmica contraposta a esta ocorre nos ramos ou patamares não científicos de conhecimento, onde a falta daquele tipo e qualidade de regra de pesquisa e interpretação eleva a contribuição pessoal criativa do intérprete, tornando-a eventualmente até mesmo mais importante e notável que o próprio objeto interpretado. Observe-se, a esse propósito, a diversidade de *respostas interpretativas* que, ilustrativamente, o folclore, o senso comum, as religiões e as artes conferem a inúmeros fenômenos (fáticos ou ideais) substantivamente semelhantes ou até mesmo idênticos. Nas artes, por exemplo, é regra relevante de seu processo interpretativo que a visão singular do intérprete prepondere no instante de aproximação e desvelamento da realidade. *Em contraponto a essa tendência interpretativa inerente às artes destacam-se as ciências, buscando submeter o intérprete a uma conduta rígida, universal e objetiva de procedimentos, critérios, teorias e avaliações sistemáticas.*

É claro que hoje é inquestionável truísmo o reconhecimento de que, mesmo nas formas consideradas científicas de saber, não se consegue descolar o cientista-intérprete dos condicionamentos socioeconômicos e culturais a que necessariamente se acha integrado. Em especial nas Ciências Sociais (Ciência Política, Sociologia, História, Economia, etc.), os efeitos limitadores ou instigadores desses condicionamentos são inegáveis.

Contudo, ainda assim, é também já inquestionável truísmo a viabilidade de se construir um conhecimento *mais* objetivo, *mais* sistemático, *mais*

universal, *mais* rigoroso e passível de controle sobre os fenômenos da política (Ciência Política), os fenômenos sociais ou grupais (Sociologia), os fenômenos históricos (História), os fenômenos econômicos (Economia). A essa qualidade superior de conhecimento e às condutas teóricas e metodológicas para seu alcance é que se confere o nome de ciência⁽¹⁾.

2. A Interpretação no Direito

O Direito, como um produto específico e sistemático da cultura humana, também se mostra envolvido, quer com o processo de interpretação, quer com o nível mais elevado de concretização desse processo, a ciência.

A interpretação atua em dois momentos fundamentais do fenômeno jurídico: no instante de elaboração da norma de Direito (*fase pré-jurídica*) e, em seguida, no instante da compreensão do sentido e extensão da norma já elaborada (*fase jurídica propriamente*).

O primeiro instante, tipicamente político, caracteriza-se pela gestação e concretização em norma jurídica de ideários e propostas de conduta e de organização fixadas socialmente. Já o segundo instante, tipicamente jurídico, caracteriza-se pela apreensão do sentido e extensão da norma definitivamente elaborada, para sua aplicação ao caso concreto.

Embora para a Ciência do Direito o estudo da interpretação jurídica esteja centrado na denominada fase jurídica — quando o fenômeno do Direito já está consumado — é importante uma rápida reflexão sobre a fase de gestação e formulação da norma de Direito. Tal reflexão comparativa agrega sugestivos elementos à melhor compreensão do próprio processo de interpretação da norma já formulada.

A) Interpretação na Fase de Construção da Norma — É, de fato, notável a diferença entre o momento pré-jurídico (isto é, momento político, em que se constroem as normas de Direito) e o momento jurídico, no contexto interpretativo.

Observe-se que, quando se pretende alterar ou reformar um sistema normativo (na verdade qualquer sistema de ideias ou instituições), acopla-se, combinadamente, ao processo de interpretação desse sistema um processo intelectual correlato, consistente na *crítica* do mesmo sistema — *conferindo-se então ênfase a essa operação crítica*. Através da crítica pré-jurídica

(1) Ciência é o estudo sistemático e objetivo dos fenômenos com o conjunto de conhecimentos daí resultante. O conceito, como já visto, é de William Kolb (Ciência, in *Dicionário de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1986, p. 182), embora, em seu texto, Kolb se refira apenas a fenômenos *empíricos*. Max Weber fala de ciência como "...conhecimento de relações objetivas" (in *Ciência e Política* — duas vocações. São Paulo: Cultrix, s.d., p. 47).

(crítica política) procuram-se contradições e incongruências na legislação a se modificar. Desdobra-se o sistema jurídico em partes, em frações, acentuando-se suas incongruências e distorções.

São características da fase pré-jurídica ou política, desse modo, a *procura e o desvelamento das contradições do sistema jurídico, suas falhas e lacunas, seu desajuste a valores que, politicamente, considera-se que a sociedade erigiu como relevantes ao longo do instante de desenvolvimento da crítica pré-jurídica*. As incongruências e falhas são pesquisadas como mecanismos propiciadores do mais eficaz encontro de alternativas concretas hábeis de supressão ou superação das falhas e incongruências percebidas.

B) Interpretação do Direito Construído — Em contraponto à dinâmica analítica preponderante no chamado momento pré-jurídico, ou político, é sumamente distinta a direção analítica observada na fase propriamente jurídica (em que já se examina o Direito construído).

Nesse estado posterior prepondera sobre a crítica a *interpretação*, isto é, a reprodução intelectual daquilo que já foi normativamente proposto. Busca-se, na análise da norma jurídica, não a contradição interna das ideias e princípios normativamente apresentados, mas sua congruência e organicidade integradas. Pesquisa-se, no preceito normativo, a noção que faça sentido, tenha coerência e seja eficaz. Não se pode trabalhar, interpretativamente, com a noção de uma norma que traga dentro de si os instrumentos para sua própria esterilização e inaplicabilidade e, assim, os instrumentos para sua própria ineficácia.

Nesse quadro, pode-se concluir que a *fórmula da contradição* prepondera, por assim dizer, fundamentalmente na operação analítica do Direito efetuada pelo político — pelo legislador —, ao passo que a *fórmula da coerência* desponta principalmente na operação analítica do Direito efetuada pelo jurista — pelo intérprete e aplicador do Direito.

Essa fórmula própria e distintiva à fase analítico-interpretativa da norma produzida consiste na *pesquisa da coerência racional e lógica da norma enfocada ao conjunto do sistema jurídico e ao conjunto do processo socio-político que responde por sua criação e reprodução*. A realização de tal fórmula analítico-interpretativa submete-se a um *conjunto de regras objetivas, sistemáticas, universais, que visam a assegurar um resultado mais objetivo, mais sistemático, mais universal, mais rigoroso e passível de controle que o produto da simples criatividade pessoal do operador jurídico enfocada*.

A Ciência do Direito, através de seu segmento especializado — a Hermenêutica Jurídica —, busca fornecer o instrumental e regras para a garantia do alcance de um patamar mais elevado de concretização da interpretação jurídica, hábil a qualificá-la como científica. O reconhecimento dos obstáculos e limitações atávicos a qualquer das Ciências Sociais não

elimina a necessidade de cumprimento do desafio de se conferir ao processo de interpretação jurídica o estatuto de uma pesquisa mais sistemática e objetiva acerca do fenômeno do Direito, com o resultante acervo de conhecimentos a ser assimilado pelo operador jurídico. A redução do *subjetivismo* — típico de formas não científicas de interpretação e conhecimento — em favor de um maior *objetivismo* (como próprio às ciências em geral) na interpretação do Direito é o que busca e justifica, desse modo, a existência da Hermenêutica Jurídica, como parte componente da Ciência do Direito.

3. *Hermenêutica Jurídica*

A) Distinções Relevantes — A Hermenêutica Jurídica, do ponto de vista estrito, corresponde, tecnicamente, à ciência (ou ramo da Ciência do Direito) que trata do processo de interpretação das normas jurídicas.

Na medida em que os processos de *integração* e *aplicação* de normas são muito próximos, correlatos e combinados à dinâmica de *interpretação*, tende-se a arrolar, ainda, no conjunto da Hermenêutica — apreendida, desse modo, no sentido amplo — também esses dois processos afins (integração e aplicação). A justificativa para essa conduta é nitidamente didática — por ser funcional a reunião dos temas da interpretação, integração e aplicação do Direito —, embora não atenda ao mais apurado rigor técnico.

Distingue-se a *Hermenêutica* (no sentido estrito) da *interpretação*. Esta, como visto, traduz, no Direito, a compreensão e reprodução intelectual de uma dada realidade conceitual ou normativa, ao passo que a Hermenêutica traduz o *conjunto de princípios, teorias e métodos que buscam informar o processo de compreensão e reprodução intelectual do Direito*. Interpretação é, pois, a determinação do “sentido e alcance das expressões de direito”⁽²⁾; hermenêutica jurídica, a ciência que busca sistematizar princípios, teorias e métodos aplicáveis ao processo de interpretação. A Hermenêutica apreende e fixa os critérios que devem reger a interpretação — que os absorve e concretiza na dinâmica interpretativa.

A interpretação é, em síntese, um processo, enquanto a Hermenêutica é a ciência voltada a estudar o referido processo, lançando-lhe princípios, teorias e métodos de concretização.

Há outras distinções importantes a serem especificadas no exame da temática da interpretação, em face da proximidade de dinâmicas e conceitos.

(2) O conceito é de Carlos Maximiliano, in *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. Expõe o autor: “A Hermenêutica Jurídica tem por objeto o estudo e a sistematização dos *processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito*” (p. 1, grifos acrescidos).

Assim cabe se separar os fenômenos da interpretação e integração; da interpretação e aplicação; da interpretação extensiva e analogia; e, finalmente, da analogia e indução.

A *interpretação* se afasta da *integração* na medida em que esta consiste na operação de preenchimento das lacunas percebidas na ordem jurídica (nas fontes principais dessa ordem) mediante o recurso a fontes normativas de caráter supletivo. Os instrumentos da integração jurídica são a analogia (autointegração) e os princípios jurídicos, a doutrina, a equidade, os costumes e o Direito comparado (heterointegração).

A integração não dispensa, é claro, uma dinâmica interpretativa, tanto no instante da descoberta da lacuna nas fontes centrais do sistema, como no instante da pesquisa e descoberta da fonte supletiva cabível: afinal, apenas se compreendendo o sentido e extensão das normas cotejadas é que se poderá aferir a ocorrência da lacuna e compativelmente a preencher. Não obstante, o conjunto das operações componentes da integração (pesquisa do sistema, descoberta da lacuna, eleição de uma fonte supletiva pertinente e preenchimento da lacuna pela aplicação da norma subsidiária) forma uma totalidade coerente e específica, inconfundível com o processo de interpretação.⁽³⁾

É clara a diferença também da *interpretação* em face da *aplicação* da norma, uma vez que esta se constitui na operação final da tríade interpretação-integração-aplicação, *consubstanciando o momento de adequação concreta da norma sobre o caso objetivamente figurado*. A interpretação é instrumento para a correta aplicação do Direito, por permitir a delimitação do sentido e extensão da norma enfocada, mas não se confunde com o processo de incidência desta sobre o caso concreto.

Mais próximas são as figuras da *interpretação extensiva* e da *analogia* (esta sendo instrumento específico de autointegração). Não obstante, consistem em operações distintas.

A analogia (que será detidamente examinada no item III, à frente) é o processo de integração jurídica pelo qual se aplica à situação fática não

(3) O art. 126 do CPC-1973 se referia ao processo intelectual de integração jurídica: “O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando *lacuna ou obscuridade da lei*. No julgamento da lide *cabere-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito*” (grifos acrescidos). O preceito correspondente do novo CPC não se refere somente à “lei”, porém ao “ordenamento jurídico”. Dessa maneira, parece considerar que, em decorrência desse universo normativo mais amplo (ordenamento jurídico), não seria mais cabível se falar em lacuna nesse ordenamento (nesta linha, eis o texto do art. 140 do CPC-2015: “O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico”). Embora, efetivamente, o conceito de ordenamento seja muito mais amplo do que o conceito de lei - sendo que os princípios jurídicos igualmente compõem esse ordenamento (o que não era percebido pelo CPC de 1973) —, o fato é que continua possível a ocorrência de lacunas, embora em número muito menor do que no passado.

tratada em norma jurídica um preceito normativo regente de situação fática substantivamente semelhante. Pela analogia, suplantam-se as fronteiras de incidência da norma, que é aplicada à situação por ela não enfocada. No Direito do Trabalho é exemplo de operação analógica o que ocorre com a figura da *hora de sobreaviso*; prevista para a situação fática vivenciada pelo ferroviário (art. 244, § 2º, CLT), passou a incidir, por construção analógica jurisprudencial, sobre a situação fática semelhante vivenciada pelo eletricitário (Súmula n. 229, TST), além de outros trabalhadores em regime similar de sobreaviso (Súmula n. 428, I e II, TST).

Já a interpretação extensiva é a operação analítica pela qual o intérprete busca aferir o máximo potencial de sentido e abrangência da norma, acima do enunciado formal específico que a caracteriza. Por essa operação o intérprete afere que o sentido essencial da norma enfocada é mais amplo do que aquele diretamente resultante de seu enunciado formal. Permanece, portanto, o operador jurídico dentro das fronteiras básicas de incidência da norma, embora reconhecendo que essas fronteiras não se encontram adequadamente especificadas na fórmula imperfeita de exteriorização da norma. No Direito do Trabalho é exemplo de interpretação extensiva a incidência sobre atos da *autoridade distrital* (do Distrito Federal) do tipo legal do *factum principis* (art. 486, *caput*, CLT): é que a fórmula do preceito celetista refere-se apenas à autoridade federal, estadual e municipal, embora, evidentemente, abranja situação equivalente derivada de ato da autoridade distrital.

A Hermenêutica Jurídica tende a fixar limitações objetivas à utilização tanto do procedimento analógico como da interpretação extensiva. Nessa linha, considera tais figuras inapropriadas a tratamento com leis e normas penais (inclusive assemelhadas, como normas concernentes à justa causa, no Direito do Trabalho); com leis e normas fiscais (inclusive assemelhadas, como normas justralhistas relativas a recolhimento sindical); com leis e normas de exceção, inclusive normas benéficas (art. 1.090, CCB/1916; art. 114, CCB/2002). No Direito do Trabalho, consideram-se diplomas compostos de normas excepcionais (benéficas ou restritivas) os instrumentos próprios à normatização autônoma privada, como convenção coletiva, acordo coletivo ou contrato coletivo de trabalho. Também se compõe de normas excepcionais a sentença normativa. Todos esses diplomas — assim como cláusulas contratuais e de regulamento empresarial — não podem, a princípio, sofrer interpretação extensiva ou apropriação analógica.

Finalmente, há que se destacar a diferenciação entre *analogia* e *indução*.

Pelo processo analógico, como se sabe, apreendem-se semelhanças existentes entre figuras componentes de espécies distintas, para fins de produzir a incidência sobre a figura comparada de norma jurídica originalmente aplicável apenas sobre uma das duas figuras cotejadas. Pela indução, entretanto, perfaz-se a extensão a todas as figuras de uma mesma espécie do resultado de observações efetuadas sobre algumas dessas figuras.

A analogia, portanto, é procedimento lógico-comparativo entre figuras ou categorias componentes de espécies distintas, para propiciar o alcance de efeitos normativos sobre o caso concreto comparado. A indução, por sua vez, é procedimento lógico-comparativo entre algumas figuras ou categorias componentes da mesma espécie, para propiciar a aferição de elemento ou qualidade comum a todas as figuras ou categorias integrantes da referida espécie.

B) Função da Interpretação Jurídica — Interpretar a norma jurídica é apreender-lhe e reproduzir-lhe o conteúdo e extensão. É “... determinar com exatidão seu verdadeiro sentido, descobrindo os vários elementos significativos que entram em sua compreensão e reconhecendo todos os casos a que se estende sua aplicação”⁽⁴⁾.

Radbruch, após estatuir que a interpretação “visa fixar o sentido objetivamente válido de um preceito jurídico”, volta-se à fundamental preocupação de especificar a precisa dimensão desse processo, com os limites antepostos ao papel jurígeno (criador do Direito) reservado ao intérprete. Assim, expõe o autor que a operação interpretativa não se resume simplesmente em *pensar de novo* aquilo que já foi pensado por outrem, mas saber *pensar até o fim* aquilo que já começou a ser pensado por outrem⁽⁵⁾. Nessa linha, o intérprete conclusivo do Direito seria partícipe — condicionado e contingenciado, é verdade — do processo de construção do Direito, confirmando a máxima de um pioneiro filósofo racionalista no sentido de que o “legislador não é aquele por cuja autoridade a lei foi feita, mas aquele por cuja autoridade a lei continua a ser lei”⁽⁶⁾. Laborando sobre essa sugestiva reflexão teórica, complementaríamos que interpretar, para o Direito, seria, desse modo, a operação de reproduzir o pensamento contido na norma (“pensar de novo”), adequando-o ao processo sociocultural circundante (“saber pensar até o fim”).

A dualidade integrada — *reprodução e adequação* —, que compõe o processo interpretativo do Direito, cria uma inevitável tensão entre a dimensão reveladora e a dimensão criadora no processo de interpretação. A Hermenêutica — como abordagem científica desse processo — busca submeter a regras mais objetivas, claras, gerais e sistemáticas essas duas dimensões e dinâmicas, para que o processo interpretativo do Direito não se transforme em mero conduto de afirmação pessoal do intérprete e do ideário ideológico a que se filia.

Na verdade, os sistemas jurídicos contemporâneos — ao menos pela experiência dos povos de tradição democrática mais arraigada e consistente

(4) MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. 1º Vol. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 34-35.

(5) RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. 6. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1979, p. 231.

(6) Trata-se de Thomas Hobbes, citado por Gustav Radbruch, in ob. cit., p. 232.

— têm criado distintos mecanismos combinados de racionalização da interpretação jurídica. A lógica que unifica esses mecanismos é a meta de fazer do Direito um *critério mais igualitário e universal de aferição de condutas*, tornando-o, desse modo, um instrumento mais perfeito de socialização e democratização. De fato, o tratamento jurídico sumamente diferenciado conferido a situações fáticas essencialmente iguais, vivenciadas em contexto sociojurídico idêntico — como propiciado por um eventual sistema de criatividade individual anárquica aberta aos operadores jurídicos —, iria se chocar com a dinâmica global de construção e reprodução democráticas e com a própria noção universalizante que é característica ao fenômeno jurídico.

O conjunto desses mecanismos combinados de racionalização jurídica compõe-se, em primeiro lugar, do conceito de *jurisprudência*, como síntese de decisões judiciais já centralizadas (por isso decisões tomadas em segundo grau ou em instância especial ou ainda em grau constitucional superior).

Em segundo lugar, compõe-se dos *métodos de uniformização jurisprudencial* nos próprios tribunais, aprimorando o vértice orientativo da própria jurisprudência.

Em terceiro lugar, há os métodos de uniformização da jurisprudência interpretativa da Constituição correspondente ao Estado.

Entre todos esses mecanismos combinados de racionalização jurídica, ganha importante relevo um quarto componente, que permeia a todos os anteriores: *a concepção — e prática — da interpretação jurídica como objeto de uma ciência* e não como construção pessoal criativa própria de cada intérprete conclusivo do Direito (à diferença, pois, da construção artística, por exemplo).

C) Tipologias da Interpretação Jurídica — Tipologias são fórmulas de agrupamento de categorias, elementos, seres, fenômenos, teorias, etc. — genericamente identificados como objetos — utilizadas pelas ciências com a finalidade de permitir uma visão sistemática e comparativa dos objetos agrupados. As tipologias se constroem mediante o uso do método da *classificação*, efetuada esta a partir de um ou mais elementos ou critérios eleitos como parâmetros para a comparação e respectivo agrupamento dos objetos.

A Hermenêutica Jurídica tem destacado três tipologias de interpretação do Direito. Uma, construída segundo o critério da origem da interpretação efetuada; outra, construída segundo o critério dos resultados (ou extensão dos resultados) do processo interpretativo; finalmente, a terceira, construída segundo o critério dos meios (ou métodos) utilizados no processo de interpretação jurídica.

a) Tipologia Segundo a Origem da Interpretação — A classificação elaborada de acordo com a origem da operação interpretativa enxerga a existência de três tipos de interpretação: *a autêntica, a jurisprudencial e a doutrinária*.

Diz-se *autêntica* a interpretação produzida pelo mesmo órgão que construiu a norma jurídica. Seria, ilustrativamente, a interpretação de diploma legal efetuada pelo próprio Poder Legislativo, através de nova lei. Dois aspectos devem ser observados quanto a esse tipo de interpretação: de um lado, sua validade supõe que a norma interpretativa respeite a mesma hierarquia da norma interpretada (lei *versus* lei; decreto *versus* decreto, etc.). De outro lado, os efeitos do novo preceito interpretativo serão apenas imediatos, sem aptidão para ofender direitos adquiridos, atos jurídicos perfeitos ou coisas julgadas produzidas sob o império da lei anterior. Embora haja referência, na doutrina estrangeira, à viabilidade de retroação do preceito interpretativo⁽⁷⁾, essa alternativa é claramente vedada no Direito brasileiro (art. 5º, XXXVI, CF/88).

Diz-se *jurisprudencial* a interpretação produzida pelos tribunais a partir da reiteração de decisões similares tomadas em face de casos semelhantes. Um antigo conceito latino referia-se à jurisprudência como a autoridade das coisas decididas judicialmente de modo similar (“*autorictas rerum similiter judicatorum*”).

No sistema jurídico anglo-americano, o papel interpretativo do Direito desempenhado pelos tribunais sempre teve notável e inequívoco teor *jurígeno* (criador do Direito), produzindo a experiência decisória das cortes uma fonte relevante daquele sistema jurídico. Nessa linha, surge como extremamente sugestiva da dinâmica nuclear de tal sistema a célebre máxima lançada pelo antigo Juiz Presidente da Suprema Corte norte-americana, *Oliver Wendell Holmes*: “*the life of the law has not been logic: it has been experience*” — compreendida como experiência a prática jurisprudencial efetiva naquele sistema jurídico⁽⁸⁾.

Nos sistemas romano-germânicos (principalmente nas vertentes de estrita tradição latina) há maior resistência a se conferir tamanho papel à interpretação jurisprudencial. Na verdade, há até mesmo certa orientação doutrinária tradicional que nega qualquer estatuto de fonte do Direito à jurisprudência⁽⁹⁾. Não obstante tal resistência teórica, é hoje, do ponto de vista estritamente científico, insustentável negar-se a dimensão criativa do Direito inserida em inúmeras súmulas de jurisprudência uniforme dos tribunais superiores brasileiros, além das novas decisões vinculantes de seus plenários ou alguns de seus colegiados.

Ademais, com o advento do *Constitucionalismo Humanista e Social* do Pós-Segunda Guerra, na Europa Ocidental — que atingiu o Brasil apenas

(7) É o que sustenta, por exemplo, o jurista italiano Roberto de Ruggiero, em sua obra *Instituições de Direito Civil*. V. I, São Paulo: Saraiva, 1971, p. 139.

(8) HOLMES, Oliver Wendell. *The Common Law*. Boston: Mark de Wolfe Howe — Little Brown and Company, 1963, p. 5 (“A vida do Direito não tem sido teoria — lógica; tem sido experiência”).

(9) É a posição, por exemplo, do antigo autor de Direito Civil, Henri De Page, citado por Délio Maranhão em *Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1987, p. 20. No Brasil, adere a tal posição, ilustrativamente, o jurista Délio Maranhão.

com a Constituição de 1988, na verdade —, tornou-se imprescindível se alargar o papel antes acanhado da interpretação jurídica e da jurisprudência. De fato, com o manifesto caráter normativo dos princípios jurídicos que esse novo constitucionalismo consagrou, aliado à presença de inúmeros relevantes princípios na própria Constituição da República e, por decorrência, nos diversos campos do ordenamento infraconstitucional, a interpretação jurisprudencial assumiu relevo incontestável. Curiosamente, esse relevo já era sedimentado no campo trabalhista, muito antes mesmo do advento da Constituição de 1988.⁽¹⁰⁾

Diz-se *doutrinária* a interpretação quando produzida pelos juristas, pesquisadores e estudiosos do Direito, na leitura dos diversos dispositivos integrantes da ordem jurídica. Embora não possua qualquer valor vinculativo, consubstancia importante contributo à interpretação conclusiva do Direito, em face dos direcionamentos de compreensão normativa que enseja.

b) *Tipologia Segundo os Resultados da Interpretação* — A classificação elaborada de acordo com os *resultados da operação interpretativa*, diferenciando a extensão dos resultados atingidos, enxerga a existência também de três tipos de interpretação: *declarativa, extensiva e restritiva*.

Diz-se *declarativa* a interpretação que conclui corresponder a transparente expressão linguística da norma jurídica à exata vontade e sentido da norma. A letra de expressão da norma traduz todo seu conteúdo, desnecessitando ampliação ou restrição por esforço interpretativo. Desse modo, o resultado alcançado na interpretação identifica o enunciado formal e o conteúdo do preceito normativo.

Diz-se *extensiva* a interpretação que conclui ser a transparente expressão linguística da norma jurídica menos ampla do que o exato sentido objetivado pela norma. A letra de expressão da norma traduz com insuficiência seu conteúdo: a razão e a vontade da norma (*ratio legis* ou *mens legis*) não se encontram inteiramente satisfeitas e expressas na fórmula linguística adotada pelo legislador (*dixit minus quam voluit*). Pela interpretação extensiva, cabe ao intérprete ampliar o sentido do texto legal formal expresso, para alcançar o sentido real e efetivo da norma.

Diz-se, finalmente, *restritiva* a interpretação que conclui ser a transparente expressão linguística da norma jurídica mais ampla que o exato sentido por ela objetivado. O legislador teria dito mais do que o pretendido (*dixit plus quam voluit*), cabendo ao intérprete restringir o sentido do texto formal expresso para alcançar o sentido real efetivo da norma.

(10) A respeito dessa dimensão jurisprudencial criativa do Direito, com a influência constitucional de 1988 e o impacto das inovações trazidas por recentes reformas processuais, consultar, neste Curso, o Capítulo V (“*Ordenamento Jurídico Trabalhista*”), em seu item “VI.2.A) *Jurisprudência*”.

c) *Tipologia Segundo os Métodos de Interpretação* — Já a classificação elaborada de acordo com os *meios (ou métodos) utilizados no processo interpretativo* enxerga a existência de diversos tipos de interpretação do Direito: a *gramatical*, a *lógica*, a *sistemática*, a *teleológica* e a *histórica*. Cada um desses tipos corresponde, na verdade, à eleição de um método interpretativo específico, identificado a partir de cada uma dessas designações enunciadas. Tais métodos serão examinados no tópico logo a seguir.

D) Principais Métodos de Exegese do Direito — *Gramatical* (ou *linguística*) é a interpretação que, fundada nas regras e métodos da linguística e filologia, constrói-se a partir do exame literal do texto normativo e das palavras que o compõem. O chamado método gramatical busca o sentido que resulta diretamente do significado próprio e literal das palavras, fazendo do vocábulo o instrumento básico da interpretação.

Consubstancia a modalidade interpretativa mais tradicional e originária, apanágio das antigas escolas de hermenêutica, como a denominada Hermenêutica Tradicional, a vertente dos chamados glosadores e os componentes da Escola Francesa de Exegese.

O método gramatical ou linguístico, se tomado isoladamente, evidencia limitações — e distorções — óbvias, em face do reducionismo formalístico que impõe ao processo interpretativo. A riqueza do processo de interpretação do Direito não se deixa captar inteiramente pela simples tradução literal das palavras lançadas nos textos normativos. A par disso, há aparentes antinomias formais na legislação que jamais poderiam ser superadas caso o intérprete se mantivesse nos estritos parâmetros da interpretação gramatical.

Contudo, a sensata crítica à utilização *isolada* do método gramatical *não pode conduzir ao procedimento de se dispensar integralmente os instrumentos interpretativos ofertados por esse método*. Na verdade, nenhum processo de interpretação de textos normativos pode prescindir dos instrumentos da gramática, linguística e filologia como patamares mínimos para leitura e compreensão de tais textos. Nessa linha, *o método gramatical ou linguístico afirma-se como primeiro mecanismo de aproximação do intérprete perante o texto legal enfocado, embora o processo interpretativo não possa, de fato, se limitar a esse restrito método*.

Lógico (ou *racional*) é o método de interpretação que busca o significado, coerência e harmonia do texto legal, socorrendo-se de técnicas da lógica formal. Tal método tem como válido o suposto de que a lei, após produzida, encarna uma vontade própria; assim deve-se compreender a lei, afastada do conceito de ser mera exteriorização psíquica de uma pessoa ou entidade. Por esse método, pesquisa-se a *ratio legis*, a *mens legis*, o pensamento contido na lei, ainda que exteriorizado em fórmula linguística inadequada.

Sistemático é o método interpretativo que se caracteriza pela busca de harmonização da norma ao conjunto do sistema jurídico. Tal método volta-se a produzir uma interpretação vinculada e harmônica ao conjunto do sistema do Direito. Pelo método sistemático, o processo lógico de interpretação passa a operar em campo mais vasto de ação: investiga-se também a tendência normativa hegemônica nas diversas normas e diplomas existentes sobre matérias correlatas, adotando-se tal tendência como uma das premissas centrais implícitas àquela norma ou diploma interpretado. A partir desse critério apreendem-se, inclusive, com maior clareza, os aspectos transformadores, retificadores ou continuativos da norma recente perante a ordem jurídica respectiva.

Teleológico (ou *finalístico*) é o método que busca subordinar o processo interpretativo ao império dos fins objetivados pela norma jurídica. Propõe tal conduta teórica que o intérprete deve pesquisar, na interpretação, os objetivos visados pela legislação examinada, evitando resultados interpretativos que conpirem ou inviabilizem a concretização desses objetivos legais inferidos.

A legislação, a propósito, tende a enfatizar a conduta teleológica, ao dispor que o operador jurídico deve observar, no processo interpretativo, os “fins sociais da lei” (art. 5º, Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), de maneira que “nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse comum” (art. 8º, *caput*, *in fine*, CLT).⁽¹¹⁾

Contemporaneamente, a Hermenêutica Jurídica recomenda que se harmonizem, na operação interpretativa, os três últimos métodos acima especificados, formando um todo unitário: método lógico-sistemático e teleológico (após feita a aproximação da norma mediante o método linguístico, é claro). De fato, não há como se pesquisar o “pensamento contido na lei”, a *mens legis* ou *ratio legis* (utilizando-se, pois, do método lógico), sem se integrar o texto interpretado no conjunto normativo pertinente da ordem jurídica (valendo-se, assim, do método sistemático) e avançando-se, interpretativamente, na direção do encontro dos fins sociais objetivados pela legislação em exame (fazendo uso do método teleológico, portanto).

Fica claro, nesse contexto, que essa última tipologia da interpretação jurídica não se compõe de classificações contrapostas, à diferença das duas tipologias inicialmente analisadas. *Aqui os métodos de interpretação componentes da tipologia não se excluem: ao contrário, eles não apenas se comunicam permanentemente, como devem ser tidos como necessariamente convergentes.* Na verdade, a conclusão interpretativa deve resultar da

(11) A Lei de Introdução ao Código Civil, aprovada pelo Decreto-lei n. 4.657, de 1942, passou a se chamar *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro*, conforme determinado pela Lei n. 12.376, de 30.10.2010.

convergência do método gramatical — utilizado como primeiro instrumento de aproximação da norma — com o critério combinado lógico-sistemático e teleológico⁽¹²⁾.

A presente tipologia compõe-se, ainda, do chamado *método histórico*. Este consistiria na reconstituição da *occasio legis* no momento interpretativo — na pesquisa das necessidades e intenções jurídicas presentes no instante de elaboração da norma, com o fito de se compreender sua razão de ser, seus fins e a *vontade* efetiva do legislador.

Entretanto, caso compreendido o método histórico como critério de reprodução de parâmetros rígidos emergentes do passado a condicionarem a apreensão presente e futura da norma, está-se perante instrumental sem real valor científico, por supor a ossificação da norma elaborada e a cristalização do fenômeno jurídico. Nesta linha, perderia o papel de relevante método de exegese do Direito.

Se compreendido, porém, como instrumento de apoio à interpretação, pela reunião de dados históricos, sociais e jurídicos relevantes à época de elaboração da norma, o método histórico constitui-se em razoável adinículo ao processo interpretativo. Ainda assim, *sempre terá validade limitada*, uma vez que é da essência do processo interpretativo *reproduzir* o pensamento contido na norma, *adequando-o* ao processo sociocultural hegemônico no instante da interpretação. *O operador jurídico — principalmente o intérprete — volta-se ao presente e ao futuro, e não ao passado.*

Por todas essas limitações é que se questiona o próprio estatuto de método, usualmente conferido a esse chamado *método histórico*. O jurista *Caio Mário da Silva Pereira*, ilustrativamente, julga não se estar, nesse caso, perante um típico método de interpretação, uma vez que tal conduta de pesquisa apenas consubstanciaria a reunião de subsídios informativos de caráter histórico⁽¹³⁾.

E) Sistemas Teóricos de Interpretação — Há, na evolução da Hermenêutica Jurídica, distintas propostas de interpretação de textos normativos. Por sua abrangência, perspectiva própria, sistematização e coerência internas, tais propostas consubstanciam efetivos *sistemas de interpretação do Direito*.

Esses sistemas (também chamados *escolas de hermenêutica jurídica*) podem ser comparados entre si a partir de um parâmetro fundamental: a maior ou menor intensidade que conferem a um dos polos da equação interpretativa básica, qual seja, *reprodução* e *adequação*.

(12) Sobre o papel da *equidade* no processo de interpretação e aplicação do Direito, consultar o Capítulo V do presente Curso (“Ordenamento Jurídico Trabalhista”), em seu item VI.2.D (“Equidade”).

(13) Aponta o autor: “Às vezes aparece a referência à interpretação histórica, como uma espécie de interpretação, ou como um método hermenêutico. Não existe, porém, esta modalidade, muito embora a considerem muitos. O que há é o elemento histórico, invocado para coadjuvar o trabalho do intérprete”. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. V. I. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 182.

De fato, tais sistemas classificam-se diferenciadamente segundo uma simétrica e crescente ponderação. Destacam-se, em primeiro lugar, aqueles que procuram reduzir ao mínimo o campo de atuação do intérprete, vinculando-o a uma extrema fidelidade ao texto formal da lei (tal como ocorre com a Escola de Hermenêutica Tradicional e a Escola Francesa de Exegese). Nesses casos, intensifica-se a dimensão reprodutiva na interpretação do Direito, eliminando-se — se possível — qualquer âmbito de adequação no processo interpretativo.

Em segundo lugar, destacam-se as vertentes que buscam elaborar perspectivas e instrumentos de alcance de maior equilíbrio entre os polos da reprodução e adequação no processo interpretativo (Escolas Histórico-Evolutiva e da Interpretação Científica).

Finalmente, em terceiro lugar, destacam-se as vertentes que tendem a enfatizar a atividade de adequação na operação interpretativa, ampliando, para tanto, o papel do intérprete no conjunto do processo de interpretação e aplicação do Direito (particularmente, Escola do Direito Livre).

a) *Hermenêutica Tradicional* — Trata-se de corrente interpretativa inspirada na cultura jurídica romana, em sua fase jurídica menos desenvolvida, em que não se haviam elaborado ainda conceitos jurídicos abstratos, não se formulando regras de hermenêutica sob o domínio do elemento lógico. A proposta essencial dessa vertente dirigia-se à restrição da interpretação jurídica à procura do sentido que se encontrava fixado na palavra e textos normativos, cingindo-se o intérprete ao conhecimento literal da linguagem.

Com a recepção do Direito Romano, na Idade Média, no continente europeu, nos países que dariam origem ao denominado sistema romano-germânico (ou sistema continental), houve uma revivescência da Hermenêutica Tradicional. É que os juristas, impressionados pela sistematicidade e consistência teórico-normativa dos textos jurídicos romanos, passaram a considerá-los plenos e acabados, limitando-se a explicar, literalmente, as regras jurídicas tradicionais. Nessa linha, originaram-se os antigos glosadores, responsáveis pelas glosas, isto é, comentários marginais ou interlineares submetidos à vinculação dominadora da expressão linguística.

b) *Escola Exegética Francesa* — Corrente interpretativa que tem origem com a emergência das codificações, no início do século XIX, em especial na França. O advento do Código Civil Napoleônico (1804) produz impacto de suma relevância na cultura jurídica, sendo recebida a obra como *trunfo da razão*. Nesse contexto, os juristas constroem a concepção de que o processo interpretativo deveria consistir, exclusivamente, na explicação da lei escrita: a lei seria a fonte exclusiva do Direito, estando insculpida em sua palavra a soberania legislativa. Menos do que se falar em razão da lei, cabia se reverenciar a razão do legislador, lançada expressamente no texto legal escrito. Em face da sistematicidade e racionalidade legais, a operação interpretativa deveria cingir-se às construções silogísticas, impertinindo

a inserção em seu interior de critérios ou questionamentos considerados externos ou artificiais (como, ilustrativamente, fins da norma) ou ainda abstratos (como, por exemplo, boa-fé).

c) *Escola Histórico-evolutiva* — Concepção inicialmente formulada pelo jurista *Savigny*, contrapôs-se, de modo frontal, à vertente exegética francesa. A teor da concepção histórico-evolutiva, caberia ao intérprete aferir a vontade do legislador, inserta no texto legal, mas apreendida segundo o momento histórico vivenciado no contexto da interpretação. Acolhe-se a noção de que há um desenvolvimento e evolução no sentido da norma jurídica prolatada, cabendo ao intérprete exatamente captar essa evolução e esse desenvolvimento, considerado o instante de realização do processo interpretativo.

d) *Escola da Interpretação Científica* — Esta vertente desenvolve e sofisticada a proposição teórica de *Savigny*. Mediante a convergente contribuição de diversos autores (*Bufoir, Saleilles, Gény, Ehrlich, Stammler*), sustenta-se, em primeiro lugar, que a lei escrita não é, necessariamente, a fonte exclusiva do Direito. De par com isso, considera-se inevitável uma atualização constante do sentido originalmente lançado na norma jurídica. Nesse quadro, a interpretação deve se dobrar às exigências da dinâmica da vida: a norma interpretada deve ser moldada aos fatos e circunstâncias novas. O intérprete, portanto, deve obter da lei consequências atuais, ainda que não presentes à época do legislador originário.

e) *Escola da Livre Investigação* — Formulada pelo jurista *Bülow* (“Escola do Direito Livre”), essa vertente hermenêutica propõe uma intensificação do papel do intérprete no processo interpretativo, ampliando a dimensão adaptativa da norma sobre a meramente reprodutiva no contexto da interpretação jurídica. Aponta, assim, como a melhor maneira de compreensão e aplicação da norma, sua adaptação às necessidades do caso concreto, conforme compreensão do juiz (daí a ideia de “livre investigação”). Concebe o Direito como um fenômeno em constante elaboração, para a qual o juiz contribui com sua experiência e como agente de captação das influências nascidas das forças sociais, em constante desenvolvimento. Investe-se, desse modo, o juiz de um indissimulável poder de construir e criar o Direito.

f) *Contraponto Avaliativo* — O contraponto entre os dois grupos polares (vertentes que submetem o intérprete ao descortino estrito do texto da norma e vertentes que descolam o intérprete do parâmetro normativo original, extremando sua função criativa) evidencia que ambos se mostram inábeis a apreender toda a real complexidade do fenômeno do Direito.

De fato, *reprodução e adequação, são dimensões distintas, mas necessariamente combinadas do processo interpretativo*. Mitigar-se uma dessas dimensões em benefício da outra certamente acentuará resultados normativos ora mais conservadores, ora mais inovadores, mas de certo modo sempre questionáveis. *É que tal desequilíbrio entre as duas dimensões combinadas*

compromete que se apreenda, com justeza e precisão, tanto o caráter essencial do Direito em uma sociedade democrática — enquanto critério mais igualitário e universal de aferição de condutas —, como o papel decisivo do Direito nessa sociedade — enquanto instrumento de generalização e democratização social.

F) Especificidade da Interpretação Justrabalhista — A interpretação do Direito do Trabalho seguramente se submete às linhas gerais básicas que a Hermenêutica Jurídica traça para qualquer processo interpretativo do fenômeno do Direito. A especificidade do ramo justrabalhista não avança a tal ponto de isolar esse ramo jurídico do conjunto de conquistas teóricas alcançadas pela Ciência Jurídica no que concerne à dinâmica interpretativa do Direito. Nessa linha, *a interpretação no Direito do Trabalho sujeita-se, essencialmente, ao mesmo tipo de processo imperante em qualquer ramo jurídico existente.* Sujeita-se, portanto, ao conjunto de princípios, teorias e regras examinadas no presente capítulo.

Não obstante esse leito comum em que se insere o processo interpretativo justrabalhista, cabe se aduzir uma especificidade relevante que se agrega — harmonicamente — na dinâmica de interpretação do Direito do Trabalho. É que esse ramo jurídico deve ser sempre interpretado sob um enfoque de certo modo *valorativo* (a chamada *jurisprudência axiológica*), inspirado pela prevalência dos *valores e princípios* essenciais ao Direito do Trabalho no processo de interpretação. Assim, os valores *sociais* preponderam sobre os valores particulares, os valores *coletivos* sobre os valores individuais. A essa valoração específica devem se agregar, ainda — e harmonicamente —, os princípios justrabalhistas, especialmente um dos nucleares do ramo jurídico, o princípio da norma mais favorável.

Cabe repisar o que já foi enfatizado no capítulo sobre os princípios justrabalhistas: *a jurisprudência axiológica aqui referida prevalece apenas no que diz respeito à leitura e compreensão da norma jurídica* (e mesmo de sua hierarquia no contexto da ordem do Direito). Ela não se estende ou abrange o terreno dos fatos e de sua aferição no âmbito judicial.

É que uma diretriz que propusesse a validade de um desequilíbrio atávico ao processo de exame e valoração dos *fatos*, trazido à análise do intérprete e aplicador do Direito, não passaria mais pelo crivo de cientificidade que se considera hoje próprio ao fenômeno jurídico. Na verdade, tal diretriz — envolvendo uma valoração e desequilíbrio no exame dos fatos — correspondeu a uma fase rudimentar do Direito do Trabalho, em que esse ramo jurídico especializado ainda não havia conseguido incorporar um arsenal técnico-científico sofisticado no conjunto de suas normas, categorias e teorizações. Hoje, a teoria do ônus da prova sedimentada no Direito Processual do Trabalho e o largo espectro de presunções que caracteriza esse ramo especializado do Direito — a par do caráter imperativo das normas

justralhistas materiais —, tudo isso já franquea, pelo desequilíbrio de ônus probatório imposto às partes (em benefício do prestador de serviços), possibilidades mais eficazes de reprodução, no processo, da verdade real. Em consequência, havendo dúvida do juiz em face do *conjunto probatório* existente e das *presunções* aplicáveis, ele deverá decidir em desfavor da parte que tenha o ônus da prova naquele tópico duvidoso e não segundo uma parêmia genérica do tipo *in dubio pro operario*.

É importante a compreensão dessa diferença (entre o tratamento dado à norma e ao fato, no ramo justralhista, material e processual). É que *o caráter democrático e igualitário do Direito do Trabalho já conduz ao desequilíbrio inerente às suas normas jurídicas e à compatível sincronia que esse desequilíbrio tem com a teoria processual do ônus da prova e com as presunções sedimentadas características desse ramo jurídico. Não se estende, contudo, o mesmo desequilíbrio à figura do juiz e à função judicante — sob pena de se comprometer a essência da própria noção de justiça*⁽¹⁴⁾.

G) Hermenêutica Constitucional e Direito do Trabalho — Um dos grandes desafios do moderno Direito do Trabalho brasileiro é realizar mais plenamente no seu interior a dimensão constitucional construída em 1988. A Hermenêutica Constitucional, desde a nova Constituição da República, ganhou relevância destacada no plano material e processual trabalhistas (assim também no plano dos demais ramos jurídicos, evidentemente).

Alguns obstáculos têm se apresentado nas últimas décadas com respeito a esse tema. De um lado, o ainda insistente e injustificável manejo, por parte da comunidade jurídica, inclusive judiciária, de ultrapassado critério de análise da eficácia jurídica das normas constitucionais (enquadrando-as como *autoexecutáveis* ou *não autoexecutáveis*); ou, alternativamente, o manejo impróprio do critério moderno, de modo a suprimir, na prática, qualquer mínima eficácia jurídica a normas tidas como de *eficácia contida* ou de *eficácia limitada*.

De outro lado, a recusa a conferir efeitos jurídicos reais à função normativa dos princípios jurídicos e, em consequência, a vários e decisivos princípios constitucionais, muitos de grande impacto na área juslaborativa.

Acresça-se, ainda, a insuficiente utilização do critério hermenêutico moderno intitulado *interpretação normativa em conformidade com a Constituição*,

(14) Naturalmente que a recentíssima reversão do Direito Processual do Trabalho promovida pela Lei n. 13.467/2017, no sentido de restringir o acesso à justiça ao trabalhador, compromete o equilíbrio propiciado pela inserção, no campo processual trabalhista, do princípio constitucional da igualdade em sentido material (presunções trabalhistas, inversão do ônus da prova, etc.). Mas esse tema, inerente ao Direito Processual do Trabalho, escapa às fronteiras deste Curso. De toda maneira, a respeito da essência da função judicante, sua especificidade e inserção à dinâmica democrática, ver DELGADO, Mauricio Godinho. *Democracia e Justiça*. São Paulo: LTr, 1993, especialmente p. 42-68.

que evita as equações às vezes excessivamente formais, rigorosas, excludentes e maniqueístas das dualidades *inconstitucionalidade/constitucionalidade*, *revogação/recepção*, em benefício de uma linha interpretativa agregadora dos comandos impostos pela Constituição com as dimensões compatíveis e/ou adequáveis das normas infraconstitucionais confrontadas⁽¹⁵⁾.

Por fim, a ainda insuficiente construção de uma sólida *jurisprudência de valores constitucionais*, de conteúdo e direção essencialmente sociais, na linha dos princípios, regras, fundamentos e valores que melhor caracterizam a Constituição.

É bem verdade que, mesmo ainda não superados inteiramente os desafios supra expostos, abateu-se sobre o Direito do Trabalho um processo institucional e jurídico regressivo, no sentido de afastar, ao máximo, do campo das relações trabalhistas, a matriz constitucional da centralidade da pessoa humana na ordem jurídica e na vida socioeconômica. Realmente, a reforma trabalhista implementada pela Lei n. 13.467/2017 suprimiu ou encolheu garantias e direitos trabalhistas sedimentados, elevou o poder unilateral do empregador na gestão do contrato de trabalho, desregulamentou e/ou flexibilizou, em distintos pontos, a imperatividade das normas trabalhistas, exacerbou os poderes flexibilizatórios da negociação coletiva sindical. Se não bastasse, diminuiu, sem dúvida, o papel do processo judicial trabalhista como instrumento de efetividade do Direito do Trabalho na economia e na sociedade brasileiras.

Nesse quadro, novos desafios se abrem para a Hermenêutica Jurídica, na qualidade de instrumento científico apto a melhor revelar a inteireza do Direito, situando a regra jurídica prolatada no conjunto geral mais amplo do ordenamento jurídico, quer do próprio Direito do Trabalho, quer da Constituição da República, quer das normas internacionais imperativas na República Federativa do Brasil.

4. Disfunções no Processo Interpretativo

O processo de interpretação do Direito pode sofrer distorções em seu desenrolar, tendentes a conduzir a resultados dissociados do real sentido da norma jurídica examinada.

(15) No Brasil, o jurista Paulo Bonavides é um dos que melhor capitaneou a vertente da *interpretação em conformidade com a Constituição*. A respeito, consultar sua obra, *Curso de Direito Constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 517-524. Já na 4ª edição desse livro crucial (de fevereiro de 1993, a primeira após a CF/88), Paulo Bonavides enfatizava a relevância desse critério interpretativo moderno da ordem jurídica (São Paulo: Malheiros, 1993). Também no País coube ao jurista José Afonso da Silva desenvolver a tipologia moderna sobre a *eficácia jurídica das normas constitucionais* (normas de *eficácia plena, contida e/ou limitada*), a teor de seu livro *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, de 1982 (São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 71-72 e ss.), com suas distintas edições subsequentes.

Tais distorções podem decorrer, naturalmente, do mal uso dos métodos de interpretação, especialmente da recomendada combinação entre o método lógico-sistemático e o método teleológico, após feita a leitura técnica da norma mediante o método lingüístico.

Pode decorrer também, no caso da interpretação constitucional, dos embaraços indicados na alínea G, anterior, quais sejam: a insistência no manejo do ultrapassado critério de enquadramento das normas constitucionais, como se fossem “normas auto-executáveis” e “normas não auto-executáveis”; a recusa à percepção da existência de relevantes princípios constitucionais, de sua conexão estrutural lógico-sistemática, além de sua efetiva natureza normativa; a insuficiente construção de uma jurisprudência de valores constitucionais, de conteúdo e direção essencialmente humanísticos e sociais.

Tais defeitos no processo interpretativo revelam-se em alguns tipos mais visíveis de disfunções: a *interpretação por inércia*; a *interpretação fragmentada*; a *interpretação reducionista*. Essas três disfunções integram o cerne do que se pode denominar de *interpretação regressiva do Direito*.

A *interpretação por inércia* traduz aquela que insiste na reprodução do quadro normativo precedente, ainda que se mostre clara a mudança promovida pela nova norma enfocada. Mediante distintos mecanismos interpretativos, o analista jurídico preserva, em maior ou menor grau, o critério normativo anterior, esterilizando o avanço jurídico e cultural previsto. No período constitucional precedente à Constituição de 1988 — especialmente em face dos avanços trazidos, entre 1946/64, pela Constituição de 1946, durante o prazo de sua vigência —, era bastante forte e recorrente a interpretação por inércia no Direito Constitucional brasileiro, conforme se sabe.⁽¹⁶⁾

A *interpretação fragmentada* revela-se pela captura de um aspecto isolado, pontual, da norma em exame, de maneira a obter resultado interpretativo nitidamente dissociado do conjunto normativo lógico e sistemático que a caracteriza e a envolve. Embora o ponto residual destacado pelo intérprete possa integrar o conjunto de sentidos da norma, ele é isolado dos demais aspectos normativos existentes, exacerbando-se a partir de então, de modo a preponderar no alcance do resultado interpretativo consumado.

Esse tipo de disfunção no processo interpretativo pode fazer *tabula rasa* de todo um conjunto estrutural de princípios e regras constitucionais e/ou legais, abrindo injustificáveis *cunhas de excepcionalidades* na ordem jurídica, que se define, sob a perspectiva lógica, como um todo integrado e sem contradições.

(16) Na época, o mecanismo usualmente utilizado para atingir o fim interpretativo inercial era considerar a norma constitucional como “não auto-executável”. Dessa maneira, parte importante dos avanços sociais previstos pela Constituição de 1946 sucumbiu perante a interpretação inercial prevalecente.

Historicamente, no período de regressão cultural e civilizatória deflagrado, no País, na segunda década do século XXI, com o aprofundamento e generalização da hegemonia ideológica ultraliberalista, tem se tornado forte e recorrente a interpretação fragmentada no Direito Constitucional brasileiro, particularmente no que tange o campo social e humanista da matriz da Constituição de 1988.

A *interpretação reducionista*, por sua vez, manifesta-se pela diminuição acentuada dos efeitos jurídicos do instituto regulado, no contexto do novo processo interpretativo elaborado, seja em decorrência de distorção funcional específica na feitura da interpretação, seja em virtude de mudança pontual que foi produzida no instituto por outra norma jurídica ou por interpretação vinculante realizada a seu respeito.

Essas três modalidades de disfunções interpretativas, como dito, tendem a produzir uma repercussão hermenêutica séria, que pode ser sintetizada na expressão *interpretação regressiva do Direito*.

Reconheça-se, contudo, que a disfunção interpretativa do tipo fragmentado também pode ensejar uma distorção diametralmente oposta do sentido regressivo, ou seja, na direção progressiva. Nessa linha, a captura de um aspecto isolado, ainda que importante e progressista, da norma em exame, exacerbando-o e o extraindo do conjunto normativo lógico e sistemático que caracteriza a norma e a cerca, tende a ensejar resultados interpretativos também disfuncionais e assistemáticos, mesmo que bafejados por uma respeitável intenção geral progressista.

A interpretação fragmentada, mesmo que aparentemente no sentido progressivo do Direito, também traduz disfunção interpretativa censurável. Ainda que bem intencionada, acaba por extremar um único aspecto progressista da norma em exame, comprometendo o conjunto lógico normativo mais amplo, inclusive os demais aspectos progressistas existentes e relevantes.

III. INTEGRAÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO

1. *Conceituação*

Denomina-se integração jurídica o processo de preenchimento das lacunas normativas verificadas no sistema jurídico em face de um caso concreto, mediante o recurso a outras fontes normativas que possam ser especificamente aplicáveis.

A integração comporta, portanto, um conjunto de mecanismos voltados a assegurar o suprimento das lacunas apresentadas pelas fontes principais do sistema jurídico perante determinado caso concreto. Esse instituto é que

permite se atender ao *princípio da plenitude da ordem jurídica*, informador de que a ordem jurídica sempre terá, necessariamente, uma resposta normativa para qualquer caso concreto posto a exame do operador do Direito⁽¹⁷⁾.

O princípio da plenitude da ordem jurídica e a consequente remissão à integração como meio de se materializar esse princípio são colocados ao intérprete conclusivo do Direito por distintas legislações do País. Ilustrativamente, assim dispõe a Lei de Introdução ao CCB: “Quando a lei for *omissa*, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito” (art. 4º — grifos acrescidos).⁽¹⁸⁾

Na mesma linha dispunha a lei processual comum: “O juiz não se exime de sentenciar ou despachar, alegando *lacuna* ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; *não as havendo*, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito” (art. 126, CPC-1973 — grifos acrescidos). O novo CPC, a propósito, não se refere à integração jurídica, no suposto de que o *ordenamento jurídico* (conceito que utiliza em substituição a *lei*) seria tão amplo e sofisticado em fontes normativas que não apresentaria lacunas; porém, conforme se sabe, a realidade pode ser mais criativa e diversa do que o Direito, existindo, sim, possibilidade de lacunas no ordenamento jurídico, ainda que em menor quantidade. Eis o texto do art. 140 do CPC-2015: “O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico”.⁽¹⁹⁾

A Consolidação das Leis do Trabalho também trata da integração jurídica: “As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, *na falta de disposições legais* ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais do 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” (art. 8º, *caput* — grifos acrescidos). O antigo parágrafo único do mesmo artigo estabelecia, ainda, que o “direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os

(17) Carnelutti se referia ao “princípio da completabilidade da ordem jurídica, segundo o qual deve esta possuir a capacidade de se completar”. Cit. in MARANHÃO, Délio. Aplicação e Interpretação do Direito do Trabalho, in SÜSSEKIND, A., et alii. *Instituições de Direito do Trabalho*. V. I. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1981, p. 170.

(18) A Lei de Introdução ao Código Civil, de 1942, teve sua denominação alterada para *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro*, em conformidade com o disposto na Lei n. 12.376, de 2010 — conforme já exposto. Logo, a sigla LICC, aqui mencionada, hoje equivale à sigla LINDB. Neste Curso, valemo-nos indistintamente das duas designações, a antiga, prevalecente por cerca 70 anos, ao lado do novo epíteto.

(19) No texto do art. 140 do CPC-2015, está implícita a presença dos princípios jurídicos como parte integrante do ordenamento jurídico (princípios como normas jurídicas), o que, efetivamente, não ocorria no texto do art. 126 do CPC precedente.

princípios fundamentais deste”. O novo § 1º do art. 8º, introduzido pela Lei n. 13.467/2017, assim dispõe: “§ 1º O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho”; desnecessário enfatizar que a fonte supletiva somente pode ser eleita para ser aplicada em qualquer campo jurídico se com ele for compatível.

Como já foi observado, a CLT — diferentemente dos dois mencionados diplomas do Direito Comum — arrola a *jurisprudência* como fonte subsidiária do Direito do Trabalho (a par do *Direito Comparado*), assumindo, expressamente, o papel *jurígeno* da prática decisória reiterada e uniforme dos tribunais. O diploma trabalhista se refere, ainda, aos usos (ao lado dos costumes) como fonte jurídica supletiva. A referência, como visto, é tecnicamente criticável, uma vez que o uso, na qualidade de prática habitual concernente às partes contratuais, tem o caráter de mera cláusula contratual. O costume (arrolado pela Lei de Introdução ao Código Civil e pelo CPC de 1973) é que, efetivamente, tem a natureza de regra geral, abstrata e impessoal, qualificando-se, assim, como norma jurídica⁽²⁰⁾.

2. Tipos de Integração Jurídica

A Ciência do Direito tem feito a distinção entre dois tipos de integração jurídica: a autointegração e a heterointegração.

A *autointegração* ocorre quando o operador jurídico vale-se de norma supletiva componente das próprias fontes principais do Direito. A norma adotada é aqui considerada supletiva apenas pela circunstância de ela, de fato, não incidir, originariamente, sobre o caso concreto enfocado na operação integrativa (embora naturalmente se aplique a outros casos nela mesma previstos), passando, contudo, a regê-lo em decorrência da lacuna percebida nas fontes normativas principais aplicáveis ao referido caso examinado. A integração jurídica faz-se, desse modo, *dentro* do próprio universo normativo principal do Direito (sendo por isso chamada de *autointegração*).

A analogia jurídica é o instrumento central da autointegração do Direito.

A *heterointegração* ocorre quando o operador jurídico vale-se de norma supletiva situada *fora* do universo normativo principal do Direito. A pesquisa integrativa faz-se em torno de outras normas que não as centrais do sistema jurídico (por isso é que a operação é chamada heterointegração). A norma adotada na *heterointegração*, posicionada fora das fontes

(20) A análise do papel da jurisprudência, costumes, usos, equidade e outras figuras como fontes do direito está efetuada no Capítulo V deste Curso, que trata do ordenamento jurídico trabalhista.

jurídicas principais do sistema, constitui-se em típica fonte supletiva do Direito, já que rege situações fáticas concretas somente em circunstâncias de utilização da operação integrativa.

As fontes subsidiárias citadas pelos três preceitos legais acima mencionados (art. 4º, LINDB; art. 126, CPC/1973; art. 8º, CLT) constituem-se nos instrumentos característicos utilizados na heterointegração jurídica⁽²¹⁾. Trata-se dos costumes e princípios jurídicos gerais, segundo os diplomas do Direito Comum (CPC-1973 e LICC). Além desses, certamente constituem-se em fontes supletivas apropriáveis pela operação integrativa a jurisprudência, os princípios jurídicos constitucionais ou infraconstitucionais compatíveis com o Direito do Trabalho e o Direito comparado. O preceito celetista arrola, ainda, nesse conjunto, a equidade e até mesmo os usos, embora se deva ressaltar o parco apuro técnico da Consolidação quanto ao arrolamento dessa última figura (*usos*, em vez de apenas *costumes*).⁽²²⁾

3. Procedimento Analógico

Analogia, na Ciência do Direito, constitui o processo pelo qual se aplica à hipótese não prevista em lei disposição relativa a caso semelhante (*ubi eaden ratio, ibi idem jus*). Pressupõe semelhança de relações ou situações jurídicas, conduzindo ao encontro de fórmula normativa semelhante.

A analogia possui três requisitos, de acordo com os autores: a) que o fato considerado não tenha sido tratado especificamente pelo legislador, através de uma específica norma jurídica; b) que exista, na ordem jurídica, norma regulando situação ou relação que apresente ponto de contato, semelhança, coincidência ou identidade; c) que esse aspecto comum seja o elemento central a autorizar a operação analógica.

Por meio da analogia (também chamada *procedimento ad similia*) investiga-se, portanto, preceito latente no sistema jurídico: ultrapassam-se os limites estabelecidos por determinada norma, palmilhando-se situações ou relações por esta não enfocadas.

Tem-se distinguido, em geral, entre dois tipos de procedimento analógico: a analogia *legis* e a analogia *juris*.

(21) Conforme já foi explicitado neste Capítulo VII, o CPC de 2015, em seu art. 140, ao se reportar ao conceito mais amplo e complexo de “ordenamento jurídico”, ao invés de simplesmente “lei”, preferiu não fazer referência a fontes subsidiárias do Direito. Mas o fato é que, se houver lacuna no ordenamento jurídico, em vista de inusitada situação fática despontada, o aplicador conclusivo do Direito terá, sim, de fazer uso da integração jurídica.

(22) Os princípios jurídicos, conforme se sabe, ostentam, contemporaneamente, o *status* de norma jurídica, sendo, dessa maneira, fonte principal de qualquer campo jurídico, inclusive o trabalhista. Mas, eventualmente, podem ser capturados como fonte subsidiária — e é nesse sentido que deve ser compreendida a ordem jurídica.

A primeira modalidade (analogia *legis*) concerne à integração concretizada a partir de uma norma supletiva específica, um claro preceito legal regulador de situação similar: “... falta uma só disposição, um artigo de lei, e então se recorre ao que regula um caso semelhante”⁽²³⁾.

A segunda modalidade (analogia *juris*) traduz um procedimento mais complexo. À falta de um preceito legal específico para ser integrado ao caso concreto em exame, o operador jurídico infere a norma “...do conjunto de normas disciplinadoras de um instituto que tenha pontos fundamentais de contato com aquele que os textos positivos deixaram de contemplar”⁽²⁴⁾. Noutras palavras, “...vale-se o aplicador de um processo mais complexo, e extrai o pensamento dominante em um conjunto de normas, ou em um instituto, ou em um acervo de diplomas legislativos, transpondo-o ao caso controvertido, sob a inspiração do mesmo pressuposto”⁽²⁵⁾.

IV. APLICAÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO

1. Conceituação

Aplicação do Direito consiste no processo de realização da incidência da norma abstrata sobre o caso concreto. Aferidas as circunstâncias e elementos caracterizadores da situação fática enfocada, e pesquisada e interpretada a ordem jurídica, o operador do Direito consoma a incidência do preceito normativo pertinente à situação real examinada.

A dinâmica da aplicação jurídica implica, desse modo, uma “passagem do plano abstrato ao plano do concreto, do plano geral ao plano particular, o que traduz uma operação de dedução”⁽²⁶⁾. O instrumental para efetuação desse processo de aplicação do Direito concentra-se, fundamentalmente, em um *silogismo*, mediante o qual a norma jurídica desponta como premissa maior, o fato, como premissa menor, e a sentença, como conclusão.

Essa conhecida operação silogística não esgota, contudo, integralmente, o processo de aplicação da norma jurídica. Na verdade, esse processo, do

(23) MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 210.

(24) MAXIMILIANO, Carlos, ob. cit., p. 210.

(25) PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, V. I, 5. ed./2ª tir. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 77. A imprecisão da chamada analogia *juris* tem levado certos autores a questionar a própria validade da distinção entre as duas modalidades de procedimento analógico. A respeito, RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de Direito Civil*, V. I, 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1971, p. 135.

(26) Esse clássico enunciado teórico foi invertido por Roberto de Ruggiero ao dispor que a “... aplicação da norma implica um trabalho da inteligência para a solução ou adaptação do caso particular e concreto na figura do caso geral e abstrato formulado pelo legislador...”. In ob. cit., V. I, p. 118.

ponto de vista de sua dinâmica interna, enuncia-se como a *combinação equilibrada* do mencionado *silogismo abstrato com uma vontade concreta permeada por uma necessária sensibilidade jurídico-social*. Na precisa *fusão* dessas equações é que se encontra a chave da função primordial desempenhada pelo juiz.

De fato, a redução do processo de adequação racional da norma ao caso concreto ao mero silogismo formal desfigura o Direito e empobrece a função judicial. Por essa razão é que já se chegou a afirmar que mais importante do que o próprio silogismo concatenado pelo operador jurídico será sua sensível e equilibrada escolha de premissas para o raciocínio a se construir⁽²⁷⁾.

2. Aplicação do Direito do Trabalho no Tempo

O Direito do Trabalho submete-se ao princípio jurídico geral que rege o conflito das normas jurídicas no tempo: a norma jurídica emergente terá simples efeito imediato, respeitando, assim, o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada (art. 5º, XXXVI, CF/88). Apenas por exceção, desde que claramente fixada no próprio texto *constitucional*, é que uma regra jurídica poderá afrontar situações passadas já definitivamente constituídas, vindo a regê-las de maneira alternativa àquela já consumada no tempo (por exemplo: art. 46 e parágrafo único, Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, CF/88).

Distinguem-se, pois, no tocante ao conflito das leis no tempo, três tipos de consequências normativas: efeito *retroativo* (regente de situações já consumadas, juridicamente, sob a égide da lei anterior); efeito *imediato* (regente de situações em curso à época do surgimento da lei ou ainda não consumadas no referido instante); efeito *diferido* (regente de situações futuras em comparação à data de vigência da norma jurídica).

A multiplicidade de fontes normativas (além da lei, convenções coletivas, sentenças normativas, etc.) e de fontes de cláusulas contratuais (além do contrato, regulamento empresarial, por exemplo), que caracteriza o Direito do Trabalho, acentua a relevância do tema do direito intertemporal neste ramo jurídico especializado. Entretanto, à medida que o núcleo central de concentração de efeitos justralhistas situa-se no contrato de trabalho, pode-se construir um critério básico e geral informador de efeitos intertemporais no ramo justralhista. Trata-se do que denominamos *princípio da aderência contratual*.

Princípio da Aderência Contratual — Informa o princípio da aderência contratual que *preceitos normativos e cláusulas contratuais* tendem a aderir

(27) Assim expôs o jusfilósofo Luiz Recaséns Siches: "...o verdadeiro miolo da função judicial nem remotamente radica no silogismo que se pode formular, mas consiste na *eleição* de premissas por parte do juiz". *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho*. México: Porrúa, 1973, p. 237 (grifos no original, tradução efetuada).

ao contrato de trabalho com *intensidade e extensão temporais diferenciadas*. A aderência das normas jurídicas tende a ser relativa, ao passo que a aderência das cláusulas tende a ser *absoluta*.

De fato, *a aderência contratual tende a ser absoluta no tocante a cláusulas contratuais expressa ou tacitamente convencionadas pelas partes*. Tais cláusulas não podem ser suprimidas, a menos que a supressão não provoque qualquer prejuízo ao empregado (art. 468, *caput*, CLT).

Registre-se que, à medida que a jurisprudência tem negado caráter de norma jurídica aos preceitos componentes de *regulamentos empresariais* — considerando-os meras cláusulas do contrato —, também os preceitos desse tipo de diploma submetem-se à regência padrão aplicável às cláusulas contratuais (isto é, o critério da aderência plena, salvo modificação mais favorável). Noutras palavras, os dispositivos de regulamento de empresa, após editados, aderem aos contratos obreiros, neles permanecendo ainda que alterado, posteriormente, o respectivo regulamento. É o que está, ilustrativamente, sedimentado na Súmula n. 51, I, do TST.⁽²⁸⁾

Por outro lado, *a aderência contratual tende a ser apenas relativa no tocante às normas jurídicas*. É que as normas não se incrustam nos contratos empregatícios de modo permanente, ao menos quando referentes a prestações de trato sucessivo. Ao contrário, tais normas produzem efeitos contratuais essencialmente apenas enquanto vigorantes na ordem jurídica. Extinta a norma, extinguem-se seus efeitos no contexto do contrato de trabalho. Tem a norma, desse modo, o poder/atributo de revogação, com efeitos imediatos — poder/atributo esse que não se estende às cláusulas contratuais.

O critério da aderência contratual relativa (ou limitada) é claro com respeito a normas heterônomas estatais (*vide* alterações da legislação salarial, por exemplo). As prestações contratuais já consolidadas não se afetam, porém as novas prestações sucessivas submetem-se à nova lei. Prevalece, pois, quanto às regras oriundas de diploma legal, o critério da aderência limitada por revogação (lei federal, é claro).

O Tribunal Superior do Trabalho, por mais de duas décadas, prestigiou a vertente da *aderência contratual limitada pelo prazo*, conforme expresso

(28) A Súmula n. 288, I, do TST (originalmente, apenas Súmula n. 288) era uma projeção do critério contido no inciso I da Súmula n. 51, fixando a diretriz de manutenção das antigas cláusulas do regulamento previdenciário privado, no tocante aos antigos empregados inscritos no sistema de previdência complementar vinculado à empresa empregadora. Entretanto esse item I da Súmula n. 288 teve sua vigência suspensa pelo TST, em 2015, por maioria de votos, em sessão plenária da Corte Superior. Embora a nova redação do item I da Súmula n. 288 somente tenha aprovada em 2016 (passando a referida súmula a ostentar quatro incisos), o fato é que já ficou claro, por maioria de votos, desde 2015, o imediato cancelamento da antiga redação do verbete; quanto à nova redação desse inciso I, ela indicou linha oposta à classicamente adotada na jurisprudência trabalhista (por maioria de votos do Tribunal Pleno).

no texto original de sua Súmula n. 277, de 1988 (“*As condições de trabalho alcançadas por força de sentença normativa vigoram no prazo assinado, não integrando, de forma definitiva, os contratos*”). Este verbete sumular, embora primitivamente focado apenas na sentença normativa, iria produzir também forte influência no tocante ao enquadramento temporal das regras de Convenções Coletivas e Acordos Coletivos de Trabalho. Tal forte influência desaguou na edição, em 2003, da OJ 322 da SDI-1 do TST, além da subsequente redação conferida em 2009 à própria Súmula n. 277, I e II, da mesma Corte Superior.⁽²⁹⁾ Esta vertente, em síntese, advoga a absoluta ausência de ultratividade às regras de sentença normativa, convenção coletiva e acordo coletivo do trabalho.

A Seção de Dissídios Coletivos do TST, entretanto, desde o primeiro semestre de 2008 já havia alterado sua jurisprudência relativamente à duração temporal dos preceitos de sentenças normativas, incorporando, em clara medida, a vertente da *aderência contratual limitada por revogação*.⁽³⁰⁾ Tal reversão jurisprudencial iria adquirir novo *status* na Corte Superior, com a edição, pelo Tribunal Pleno, em 2011, do novo Precedente Normativo 120 da SDC, nos seguintes termos: “*A sentença normativa vigora, desde seu termo inicial até que sentença normativa, convenção coletiva de trabalho ou acordo coletivo de trabalho superveniente produza sua revogação, expressa ou tácita, respeitado, porém, o prazo máximo legal de quatro anos de vigência*”.

Um ano após a edição do PN 120 da SDC, o Tribunal Pleno decidiu conferir nova redação à própria Súmula n. 277, incorporando, finalmente, para todos os instrumentos coletivos negociados trabalhistas, também o critério da *aderência contratual limitada por revogação* — o qual já estava consagrado, desde 2008, relativamente às regras de sentença normativa. Eis, portanto, a nova redação da Súmula n. 277 do TST: “**CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO OU ACORDO COLETIVO DE TRABALHO. EFICÁCIA. ULTRATIVIDADE** (redação alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.9.2012) — Res. 185/2012 — DEJT divulgado em 25, 26 e

(29) A Orientação Jurisprudencial 322 da Seção de Dissídios Individuais I do TST, de 2003, afirmava a generalização do critério da aderência contratual limitada pelo prazo, não permitindo a prorrogação indeterminada de instrumento coletivo negociado. Tempos depois foi confirmada pela nova redação da Súmula n. 277, que em seu novo inciso I estipulava: “*As condições de trabalho alcançadas por força de sentença normativa, convenção ou acordos coletivos vigoram no prazo assinado, não integrando, de forma definitiva, os contratos individuais de trabalho*”.

(30) Eis a primeira decisão judicial da SDC-TST, de abril de 2008, nesta direção: “*SENTENÇA NORMATIVA — DURAÇÃO NO TEMPO — POSSIBILIDADE E LIMITES — No Direito brasileiro pode a sentença normativa vigorar, desde seu termo inicial, até que novo diploma coletivo, judicial ou privado (sentença normativa, convenção coletiva de trabalho ou acordo coletivo de trabalho), produza sua revogação expressa ou tácita, respeitado, porém, o prazo máximo legal de quatro anos de vigência. Recurso ordinário em dissídio coletivo a que se dá provimento* (TST-RODC-1439/2004-000-04-00.0. Sessão de 10.4.2008. DOU/DJ de 9.5.2008. Relator: Ministro Mauricio Godinho Delgado).

27.9.2012. *As cláusulas normativas dos acordos coletivos ou convenções coletivas integram os contratos individuais de trabalho e somente poderão ser modificadas ou suprimidas mediante negociação coletiva de trabalho.*” Esta vertente, em síntese, entende pela *ultratividade relativa*, provisória, das regras de ACTs e CCTs.

O avanço jurisprudencial iniciado em 2008 e consumado em 2011/2012 é que melhor interpreta as diretrizes lançadas por princípios e regras da Constituição de 1988. O Texto Máximo, como se sabe, incentiva a negociação coletiva, induzindo, para tanto, a maior equivalência entre os seres coletivos trabalhistas, sindicatos de trabalhadores e empresas (acompanhadas ou não estas de seu sindicato empresarial). Ora, o critério que melhor assegura a equivalência entre os contratantes coletivos e mais incentivos lança à negociação coletiva é o da aderência contratual limitada por revogação, ou da *ultratividade relativa*.⁽³¹⁾

Embora tenha ocorrido, em outubro de 2016, a suspensão de efeitos da Súmula n. 277 por liminar conferida pelo STF na ADPF n. 323, é necessário se retomar esse debate, para a sua mais apurada compreensão.

Com respeito às normas jurídicas integrantes dos instrumentos coletivos negociados (convenção coletiva, acordo coletivo e contrato coletivo de trabalho), há três posições destacadas a serem postas a exame (como já analisado no Capítulo V deste Curso, sobre o *ordenamento jurídico trabalhista*).

A primeira de tais posições (tese da *aderência irrestrita* ou da *ultratividade plena*) sustenta que os dispositivos de tais diplomas ingressam para sempre nos contratos individuais, não mais podendo deles ser suprimidos. Na verdade, seus efeitos seriam aqueles inerentes às cláusulas contratuais, que se submetem à regra do art. 468 da CLT. Tal vertente já foi prestigiada no Direito do País, quando não se reconhecia à negociação coletiva o poder de criar efetivas normas jurídicas. A partir da Constituição de 1988 — que impulsionou a negociação coletiva no Brasil, reconhecendo seu real caráter de fonte criativa de normas (e não simples cláusulas) —, a antiga posição perdeu densidade e prestígio jurídicos.

Em polo oposto à antiga vertente situa-se a posição interpretativa que considera que os dispositivos dos diplomas negociados vigoram no prazo assinado a tais diplomas, não aderindo indefinidamente aos contratos de trabalho (tese da *aderência limitada pelo prazo ou da ausência de qualquer ultratividade*). Aplica-se, aqui, o mesmo critério do antigo item I da Súmula

(31) Não obstante o texto vigorante desde 2012 da Súmula n. 277 do TST traduzir incentivo à realização da negociação coletiva trabalhista, conferindo maior efetividade ao princípio da equivalência entre os contratantes coletivos, o fato é que, em outubro de 2016, em liminar conferida na ADPF n. 323, o Ministro Gilmar Mendes suspendeu todos os efeitos da Súmula n. 277 do Tribunal Superior do Trabalho.

n. 277 do TST (que foi capturado da redação original da própria Súmula n. 277, editada em março de 1988). Tal vertente, como se sabe, teve prestígio importante na jurisprudência, por mais de 20 anos, desde 1988.

Entre as duas vertentes interpretativas, há a tese da *aderência limitada por revogação (ou da ultratividade relativa)*. Ou seja, os dispositivos dos diplomas negociados vigorariam até que novo diploma negocial os revogasse. É óbvio que a revogação consumir-se-ia, seja expressa, seja apenas tacitamente (a revogação tácita ocorreria inclusive por regular o novo diploma o conjunto da matéria, omitindo preceitos da velha Convenção ou Acordo Coletivo, independentemente de haver efetiva incompatibilidade entre dispositivos novos e antigos).

Note-se que o legislador infraconstitucional dos anos de 1990 sinalizou em favor da adoção, pelo Direito brasileiro, dessa vertente interpretativa intermediária — certamente como fórmula assecuratória de certas garantias relevantes à ação coletiva obreira no contexto da negociação coletiva. Assim é que a Lei n. 8.542/92, em seu antigo art. 1º, § 1º, dispôs 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*”. Estabeleceu, desse modo, o legislador parlamentar daquela época, a integração contratual *limitada por revogação*, estendendo a fronteira máxima da aderência contratual dos preceitos convencionais à data de vigência do novo diploma normativo que fixe condições de trabalho para o segmento profissional envolvido.

É bem verdade que, ao revés, o legislador presencial dos anos de 1990, por intermédio de repetidas *medidas provisórias* (afinal obtendo-se a conversão em lei), procurou insistentemente afastar tal critério da ordem jurídica⁽³²⁾.

Ainda assim, mesmo não estando o referido critério fixado expressamente em lei hoje no País, sua relevância não diminuiu. É que tal critério consiste, na verdade, em importante medida fortalecedora da negociação coletiva — conforme já exposto —, sem o viés petrificador da antiga vertente da aderência irrestrita.

O critério da *aderência limitada por revogação* (ultratividade relativa), que melhor se harmoniza aos princípios constitucionais favorecedores da negociação coletiva trabalhista, poderia, perfeitamente, ser *inferido* da ordem jurídica mediante construção hermenêutica, ainda que não explicitado por norma expressa. É o que, felizmente, passou a fazer a jurisprudência traba-

(32) Trata-se de dezenas de repetidas *medidas provisórias* revogatórias dos §§ 1º e 2º do art. 1º da Lei n. 8.542/92, no quadro de fixação de *medidas complementares* ao Plano Real, editadas desde 1995, a contar da MP n. 1.053, de 30.6.95, até a final conversão em Lei n. 10.192, de 14.2.2001.

Ihista, desde a mudança interpretativa inaugurada pela SDC em 2008, depois convalidada em seu Precedente Normativo n. 120, com ulterior sedimentação no novo texto da Súmula n. 277, aprovado em 09/2012.

Contudo, quatro anos após aprovado o novo texto da Súmula n. 277, foi este suspenso por liminar do Ministro Gilmar Mendes, expedida na ADPF n. 323, em decisão divulgada em outubro de 2016. Poucos meses depois, a interpretação vedatória foi inserida no novo § 3º do art. 614 da CLT, pela Lei n. 13.467, promulgada em 13.7.2017, de maneira a vedar a ultratividade de CCTs e ACTs.

3. Aplicação do Direito do Trabalho no Espaço

O Direito do Trabalho brasileiro aplica-se às relações empregatícias e conexas, além de outras relações de trabalho legalmente especificadas, que ocorram dentro do espaço interno do território do Brasil. Realizando-se o contrato de trabalho dentro das fronteiras brasileiras, não há dúvida de que se submete, plenamente, de maneira geral, à ordem jurídica trabalhista pátria. Trata-se da incidência do princípio da soberania, aliado ao critério da territorialidade, de modo a assegurar o império da legislação nacional em cada Estado independente.

Naturalmente que, em se tratando de técnico estrangeiro domiciliado ou residente no exterior e alocado para a prestação de serviços, em caráter provisório, dentro do Brasil, pode receber tratamento jurídico com alguma especificidade, por razões estritamente práticas — tal como dispõe o Decreto-lei n. 691, de 1969. Esta especificidade, contudo, além de ser efetivamente provisória, não tem o condão de afastar, de plano, o Direito do Trabalho brasileiro, uma vez que apenas fixa regras especiais para tal situação fática e jurídica especial.

No tocante, porém, à aplicação do Direito do Trabalho a relações laborativas vivenciadas no espaço externo ao território brasileiro, especialmente em Estados estrangeiros, algumas modulações necessitam ser explicitadas.

É que, durante cerca de três décadas, desde meados dos anos de 1980, em conformidade com a jurisprudência então dominante, compreendia-se que o Direito do Trabalho nacional também se submetia, nesse contexto, ao critério jurídico geral regente do conflito das normas no espaço: a norma jurídica a se aplicar à relação de emprego seria aquela do lugar da execução dos serviços. Trata-se do *critério da territorialidade* (ou da *lex loci executionis*), reconhecido pela Convenção de Direito Internacional Privado de Havana, ratificada pelo Brasil (Código Bustamante, de 1928). Tal orientação foi expressamente assimilada pela jurisprudência por longo tempo: “a relação jurídica trabalhista é regida pelas leis vigentes no país da prestação do serviço e não por aquelas do local da contratação” (antiga Súmula n. 207, TST, editada em 1985; porém cancelada em 2012).

Note-se que a jurisprudência, já antes do cancelamento da Súmula n. 207, vinha atenuando o rigor deste verbete sumular, de maneira a permitir a aplicação do Direito do Trabalho brasileiro, segundo o critério do *princípio da norma mais favorável* (princípio aventado, na época, no texto então restrito da Lei n. 7.064, de 1982), relativamente às situações jurídicas em que o empregado tivesse sido *transferido para laborar no exterior, depois de já ter trabalhado no Brasil para o mesmo empregador ou respectivo grupo econômico*. Tratava-se de atenuação importante, uma vez que grande parte dos casos de trabalho empregatício de brasileiros no exterior ocorria em virtude de remoções circunstanciais e não de contratações exclusivas para trabalho externo⁽³³⁾.

Com o advento da Lei n. 11.962, publicada em 06.07.2009, alargando a abrangência do texto da Lei n. 7.064/82 para todos os trabalhadores transferidos para o estrangeiro, o critério da norma mais favorável, referido no diploma legal de 1982, passou a abranger, indubitavelmente, as relações trabalhistas de todo e qualquer empregado brasileiro transferido para o exterior, além daqueles contratados diretamente para lá trabalhar (novo art. 1º da Lei n. 7.064/82, conforme redação conferida pela Lei n. 11.962/2009).

Finalmente, em abril de 2012 foi cancelada a Súmula n. 207 do TST, firmando o império pleno do princípio da norma mais favorável com respeito a esse tema jurídico.

Registre-se, por outro lado, que as *relações empregatícias marítimas* submetem-se, de maneira geral, a diretriz própria, regendo-se pela *lei do pavilhão do navio*, que tende a ser, normalmente, a do país de domicílio do armador/empregador⁽³⁴⁾.

A) Critério Especial da Lei n. 7.064, de 1982 — Conforme antecipado, no início da década de 1980 surgiu diploma legal regente das transferências de trabalhadores para o exterior ou diretamente contratados para lá laborarem, particularmente em empresas da área de construção pesada e congêneres. Trata-se da Lei n. 7.064, de 1982, cujo texto primitivo (antes da reforma de 2009) dispunha regular “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” (art. 1º, Lei n. 7.064/82).

(33) São acórdãos de turmas do TST nesta direção atenuadora dos rigores da Súmula n. 207 do mesmo tribunal: a) TST-RR-1521/2004-014-06-00, 1ª Turma, Rel. Min. Lélío Bentes Corrêa, DEJT de 25.9.2009; b) TST-AIRR-136040-45.2006.5.02.0471, 6ª Turma, Rel. Min. Mauricio Godinho Delgado, julgado na sessão de 07.12.2010.

(34) Conforme MARANHÃO, Délio. *Direito do Trabalho*, 14. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1987, p. 25.

O referido diploma, a par de fixar alguns direitos trabalhistas específicos (art. 3º, I), estabelece critério distintivo no que tange à aplicação normativa nos contratos cumpridos no exterior no segmento empresarial que menciona — admitindo, em certos aspectos, a aplicação da lei brasileira ou da lei territorial estrangeira. Lança exceção, desse modo, ao critério da territorialidade. Assim, dispõe ser direito do empregado regido por suas normas a *aplicação da legislação brasileira de proteção ao trabalho*, naquilo que não for incompatível com o disposto na referida Lei n. 7.064, quando mais favorável do que a *legislação territorial estrangeira*, no conjunto de normas em relação a cada matéria (art. 3º, II)⁽³⁵⁾.

B) Lei n. 11.962/2009 — impacto jurídico — O contraponto entre o critério da territorialidade, inerente à Convenção de Havana (antiga Súmula n. 207), e o princípio da norma mais favorável referido pela Lei Especial n. 7.064/82 (originalmente aplicável somente ao segmento empresarial e trabalhista alinhado no art. 1º dessa lei) sempre impressionou os intérpretes e aplicadores da ordem jurídica. Afinal, o diploma especial de 1982 fixava, indubitavelmente, vantagem jurídica nítida em benefício dos trabalhadores por ele regulados, comparativamente aos regidos pelo antigo critério da territorialidade, oriundo de longínquo tratado internacional subscrito pelo Brasil.

Esse desconforto interpretativo — agravado pela circunstância de que o critério da territorialidade, de certo modo, negligenciava o princípio da norma mais favorável incorporado pelo art. 7º, *caput*, da Constituição de 1988 — conduziu a jurisprudência a atenuar os rigores da própria Súmula n. 207, mesmo antes da mudança do texto da Lei n. 7.064/82 pela Lei n. 11.962/2009. Assim é que despontaram julgados no sentido de considerar válido o critério da territorialidade somente para contratações diretas para prestação de serviços no exterior, não prevalecendo com relação a vínculos celebrados e cumpridos no Brasil e com subsequente remoção do empregado para país estrangeiro.

Felizmente, em 2009, pela Lei n. 11.962, publicada em 06.07.09, eliminou-se a censurada diferenciação, ao se estenderem as regras da Lei n. 7.064/1982 a todos os trabalhadores contratados no Brasil ou transferidos por seus empregadores para prestar serviços no exterior (novo art. 1º da Lei n. 7.064, conforme redação conferida pela Lei n. 11.962/09). A extensão, como se percebe, atinge não somente os dispositivos regentes da transferência e

(35) A respeito, ver artigo “Trabalhador Brasileiro no Estrangeiro”, do Professor Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena, em sua obra *Direito e Processo do Trabalho — Estudos*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 225/266. Consultar, também, o Capítulo XXVI, item X.3, do presente Curso, no tópico relativo às alterações circunstanciais do contrato de trabalho (remoções para o exterior). Ali se demonstra, inclusive, a inclinação jurisprudencial, mesmo antes da Lei n. 11.962/09, no sentido de atenuar, gradativamente, o rigor da Súmula n. 207 do TST.

retorno para o Brasil, mas também o próprio universo normativo regulador do contrato durante o período de permanência do obreiro no exterior. Nessa medida, o critério da territorialidade deixa de se aplicar às transferências de trabalhadores contratados ou transferidos para prestar serviços no estrangeiro: tais contratos passam a se submeter à 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 territorial estrangeira, observado o conjunto de normas em relação a cada matéria (art. 3º, II, Lei n. 7.064)⁽³⁶⁾. De todo modo, em 2012, como apontado, foi cancelada, pelo TST, a Súmula n. 207.

(36) Note-se que a partir da vigência da nova redação do art. 1º da Lei n. 7.064 (isto é, desde 06.07.2009, data da publicação da Lei n. 11.962), o critério normativo da Súmula n. 207 (territorialidade) perde relevância no Direito brasileiro. Para exame do debate acerca da aplicação analógica ou não da Lei n. 7.064/82 a qualquer empregado transferido para o exterior, antes da vigência da nova Lei n. 11.962/2009, consultar o Capítulo XXVI, item X.3.B.b, deste Curso.

PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA NO DIREITO DO TRABALHO

I. INTRODUÇÃO

Prescrição e decadência são figuras jurídicas que têm em comum a circunstância de consubstanciarem meios de produção de efeitos nas relações jurídicas materiais em decorrência do decurso do tempo. A decadência corresponde a uma única modalidade, ao passo que a prescrição pode ser extintiva ou aquisitiva.

Prescrição aquisitiva é o meio de aquisição de propriedade mobiliária ou imobiliária em decorrência de seu prolongado uso pacífico.

O conceito, como se percebe, não se constrói sob a perspectiva do antigo titular do direito, mas enfocando a perspectiva do adquirente (meio de aquisição da propriedade...). Caso a figura enfocasse a perspectiva do titular anterior do direito de propriedade, essa prescrição (também chamada usucapião) poderia se conceituar como a perda do direito de propriedade em função de seu não uso por certo lapso de tempo, permitindo que o possuidor e adquirente pacificamente o incorporasse.

A prescrição extintiva constrói-se sob a perspectiva do titular do direito atingido. Conceitua-se, na linha teórica expressa no art. 189 do Código Civil de 2002, como a extinção da pretensão correspondente a certo direito violado em decorrência de o titular não a ter exercitado no prazo legalmente estabelecido. Também se conceitua como a perda da ação (no sentido material) de um direito em virtude do esgotamento do prazo para seu exercício. Ou: a perda da exigibilidade judicial de um direito em consequência de não ter sido exigido pelo credor ao devedor durante certo lapso de tempo.

Caso, entretanto, se preferisse examinar a figura sob a perspectiva do devedor (e não do credor) — do beneficiário da prescrição, que é o enfoque tradicional da prescrição aquisitiva, portanto —, a prescrição extintiva poderia ser conceituada como o meio pelo qual o devedor se exime de cumprir uma obrigação em decorrência do decurso do tempo.

A decadência (também chamada caducidade) conceitua-se como a perda da possibilidade de obter uma vantagem jurídica e garanti-la judicialmente, em face do não exercício oportuno da correspondente faculdade de obtenção.

A caducidade aproxima-se, como visto, da figura da prescrição extintiva. Tecnicamente, porém, nesta o sujeito prejudicado pela prescrição é efetivo titular do direito objetivado, permitindo, pela prescrição, que seu direito se torne impotente para impor sujeição judicial ao devedor. Já na decadência,

o sujeito tem a faculdade de se tornar titular de um direito, deixando de consumir sua aquisição em decorrência do não exercício da faculdade no prazo fixado.

No Direito do Trabalho, a prescrição aquisitiva (usucapião) é de pequena aplicação, embora seja equivocadamente considerada *incompatível* com este ramo jurídico especializado. O usucapião pode ter efeitos na alteração subjetiva do contrato empregatício (*sucessão trabalhista*), lançando um novo empregador no polo passivo da relação de emprego. É verdade que o próprio possuidor já pode contratar empregados para que laborem na propriedade envolvida, antes mesmo de adquiri-la por usucapião; isso não impede, contudo, que uma transferência de propriedade por prescrição aquisitiva resulte na sucessão trabalhista quanto a eventuais contratos empregatícios do antigo proprietário do imóvel usucapido.

A decadência (caducidade) é de maior importância no Direito do Trabalho do que, obviamente, o usucapião. Embora não sejam inúmeros os prazos decadenciais criados pela legislação heterônoma estatal, a figura pode assumir grande recorrência na normatividade autônoma (convenções coletivas, acordos coletivos ou contratos coletivos do trabalho). Mais do que isso, têm sido relativamente comuns os prazos decadenciais propiciados ainda por regulamentos de empresa. Todos esses diplomas ou instrumentos podem criar prazos fatais para exercícios de faculdades de aquisição de vantagens novas no âmbito concreto da relação de emprego — prazos, assim, de natureza decadencial.

A prescrição extintiva é, porém, entre as três figuras mencionadas, a de maior importância e recorrência no contexto das relações justas trabalhistas. Em torno da prescrição extintiva já se produziu vasto número de preceitos normativos heterônomos. Cite-se, ilustrativamente, o velho artigo 11 da CLT, vigente desde a década de 1940, tratando do prazo prescricional geral trabalhista, com extensão bienal: ele foi revogado (não recepcionado), por incompatibilidade, pelo art. 7º, XXIX, “a”, da Constituição de 1988 (que fixou novo prazo prescricional para o empregado urbano); mereceu nova redação pela Lei n. 9.658, de 5.6.1998, e, recentemente, sofreu outra redação, provinda da Lei n. 13.467/2017 (Lei da Reforma Trabalhista). Cite-se, ainda, o antigo critério prescricional diferenciado do rural, que se inaugurou com o velho Estatuto do Trabalhador Rural (Lei n. 4.214, vigente em 2.6.1963), foi mantido pela Lei n. 5.889, de 1973, sendo preservado, originalmente, pelo art. 7º, XXIX, “b”, da Constituição de 1988; este critério diferenciado somente veio a desaparecer com a Emenda Constitucional 28, de 25.5.2000, que igualizou os prazos prescricionais de trabalhadores rurais e urbanos (a Emenda foi publicada no Diário Oficial em 26.5, com retificação em 29.5.2000). Lembre-se, por fim, da prescrição especial trintenária dos depósitos principais do FGTS (art. 23, § 5º, Lei n. 8.036/90).⁽¹⁾

(1) A regra legal da prescrição especial *trintenária* do FGTS foi considerada inconstitucional pelo STF, em sessão plenária ocorrida em 13.11.2014. No julgado (STF, Pleno,

É também em torno da prescrição extintiva que a jurisprudência já elaborou o mais diversificado número de fórmulas interpretativas sumuladas. Citem-se, por ilustração, as Súmulas ns. 6, inciso IX (antiga Súmula n. 274), 114, 153, 156, 206, 268, 275, 294, 308, 326, 327, 350 e 362 do Tribunal Superior do Trabalho.

II. DISTINÇÕES CORRENTES

A Ciência do Direito procura sistematizar distinções entre as figuras da prescrição e da decadência e entre figuras aparentemente próximas à prescrição, como a preclusão. Essa sistematização contribui obviamente para a melhor compreensão dos próprios institutos da prescrição e da decadência.

1. Decadência versus Prescrição

No que concerne a essa primeira comparação, a Ciência do Direito arrola, em geral, algumas sugestivas distinções.

São elas:

a) a decadência extingue o próprio direito, ao passo que a prescrição atinge a pretensão vinculada ao direito, tornando-o impotente (extinção da ação, em sentido material);

b) a decadência corresponde, normalmente, a direitos potestativos — em que há, portanto, uma faculdade aberta ao agente para produzir efeitos jurídicos válidos, segundo sua estrita vontade. Já a prescrição corresponde a direitos reais e pessoais, que envolvem, assim, uma prestação e, em consequência, uma obrigação da contraparte. No Direito do Trabalho esta distinção é importante (embora seja menos reverenciada no Direito Civil), uma vez que os prazos decadenciais no ramo trabalhista tendem quase sempre, de fato, a corresponder a direitos potestativos;

c) na decadência são simultâneos o nascimento do direito e da pretensão; a mesma simultaneidade verifica-se quanto à sua própria extinção. No instituto prescricional, ao contrário, a pretensão (ação em sentido material) nasce depois do direito, após sua violação, perecendo sem que ele se extinga;

d) o prazo decadencial advém tanto da norma jurídica heterônoma ou autônoma (lei, em sentido material), como de instrumentos contratuais. Advém, inclusive, de declarações unilaterais de vontade (como o testamento — ou o regulamento de empresa, no caso trabalhista). Já o prazo prescricional surge essencialmente da lei (em sentido material e formal), e não de outros diplomas;

ARE n. 709.212-DF, Rel. Min. Gilmar Mendes), conferiu-se efeito *ex nunc* à decisão, a contar da data do julgamento (13.11.2014). A respeito, consultar neste Capítulo VIII o item VII.1.D (“Prescrição do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço”).

e) o prazo decadencial corre continuamente, sem interrupção ou suspensão, enquanto a prescrição pode ser interrompida ou suspensa nos casos legalmente especificados;

f) a decadência pode ser decretada em face de alegação da parte, do Ministério Público (quando couber-lhe atuar no processo, é claro) e até mesmo de ofício pelo juiz, neste caso, *se fixada por lei* (art. 210, CCB/2002). Note-se, porém, que no regime do antigo Código Civil entendia-se que qualquer prazo decadencial poderia ser decretado de ofício pelo juiz. A prescrição concernente a *direitos patrimoniais*, por sua vez, tradicionalmente apenas podia ser pronunciada pelo juiz caso tivesse sido arguida pela parte (art. 166, CCB/1916; antigo art. 194, CCB/2002). A Lei n. 11.280/2006, entretanto, trouxe inovação polêmica, ao fixar que o “juiz pronunciará, de ofício, a prescrição” (redação nova conferida ao então vigente art. 219, § 5º, CPC-1973); a nova regra foi mantida no CPC-2015 (art. 454 c./c. art. 487, II, CPC)⁽²⁾.

2. Preclusão versus Prescrição

As distinções entre as duas figuras são bastante pronunciadas. De maneira geral, a Ciência do Direito aponta as seguintes diferenças:

a) a preclusão consiste na perda de uma faculdade *processual*, ao passo que a prescrição consiste na perda da ação, em sentido material, correspondente ao direito material discutido em juízo;

b) a preclusão ocorre não somente em função do decurso do tempo (preclusão temporal), mas também em função da prática anterior do ato processual (preclusão consumativa) ou da prática de ato (ou omissão) incompatível com a faculdade processual que se pretende posteriormente exercer (preclusão lógica). A prescrição, entretanto, resulta exclusivamente do efeito do decurso do tempo;

c) a preclusão é, como se vê, instituto de direito processual, enquanto a prescrição concerne ao campo do direito material;

d) o acolhimento da prescrição provoca a resolução de mérito do processo no tocante à matéria prescrita (art. 269, IV, CPC/1973; art. 454, c./c. art. 485, II, CPC/2015). O acolhimento da preclusão, entretanto, não produz efeitos diretos no mérito da causa (embora, obviamente, possa resultar,

(2) Sobre a controvertida decretação automática da prescrição pelo Juiz — agora sufragada, na fase de execução trabalhista, pela Lei n. 13.467, vigente desde 11.11.2017 —, consultar o item VII.3.C deste Capítulo. Já se adianta para o leitor que a jurisprudência trabalhista dominante e parte significativa da doutrina juslaboral entendiam não ser compatível com o Direito do Trabalho e o Direito Processual do Trabalho a decretação oficial da prescrição pelo Magistrado Trabalhista.

indiretamente, em certos casos, no trânsito em julgado da decisão judicial sobre a substância da causa).

3. Perempção versus Prescrição

Trata-se de figuras tão diversas que a comparação sequer se justificaria. Contudo, à medida que a doutrina tende a apresentar tal paralelo, passemos à demonstração das respectivas diferenças.

A perempção corresponde à perda da possibilidade de propositura de ação judicial com respeito à mesma contraparte e objeto, em virtude de o autor já ter provocado, anteriormente, por três vezes, por sua omissão, a extinção de idênticos processos. É, pois, penalidade processual tipificada no Código de Processo Civil (art. 268, parágrafo único combinado com art. 267, III e V, CPC/1973; art. 486, § 3º, combinado com art. 485, V, CPC/2015).

A natureza e a dinâmica dessa figura tipificada do Direito Processual Civil são profundamente distintas da prescrição — que não é penalidade, não tem natureza processual e nem exige repetição de ações para poder ser alegada.

A perempção pode ser acolhida de ofício pelo Juiz — o que não ocorria, tradicionalmente (até Lei n. 11.280/2006) com a prescrição relativa a direitos patrimoniais.

A propósito, não há no processo do trabalho a perempção do Código de Processo Civil. Há apenas instituto parecido — que não se confunde com a perempção (mas que tem sido informal e comumente chamado de *perempção trabalhista*). Trata-se da perda provisória (seis meses) da possibilidade jurídica de propositura de ação em face de ter o autor, anteriormente, por duas vezes, com respeito ao mesmo empregador e ação, provocado a extinção do processo sem julgamento do mérito em face de sua ausência à respectiva audiência — ensejando o denominado *arquivamento da reclamação*. É o que prevê o art. 732 combinado com 844, ambos da CLT.

Na mesma pena incorrerá o autor trabalhista que apresentar *reclamação verbal* e não comparecer para a tomar a termo no prazo de 5 dias (art. 731 combinado com 786, CLT). Esta última situação de *perempção trabalhista*, contudo, não tem sido comum, na prática, já que os serviços de atermamento da Justiça do Trabalho têm seguido procedimento mais simples e automático do que o tortuoso rito estipulado no art. 786 da Consolidação.

III. A DECADÊNCIA NO DIREITO DO TRABALHO

A tradição fortemente heterônoma característica do Direito Individual do Trabalho brasileiro tem mantido obscurecida, nesse ramo jurídico do País, a figura da decadência. De fato, a legislação heterônoma, por ser naturalmente

menos flexível que a normatividade autônoma negociada, tende a não fixar prazos decadenciais, uma vez que não é usual que estabeleça faculdades de exercício restrito no curso do contrato.

Entretanto, com o avanço do universo de normas jurídicas coletivas negociadas, é natural que venham a crescer as hipóteses normativas de prazos decadenciais, já que é característica da normatização autônoma a fixação de prerrogativas provisórias para o exercício das partes, negociadas tais prerrogativas segundo a tendência dominante em certo momento histórico-social e profissional.

A legislação heterônoma trabalhista, como visto, estabelece poucas hipóteses de prazos decadenciais. A mais conhecida delas é a referente à prerrogativa de propositura de inquérito judicial para apuração de falta grave de empregado estável (art. 853, CLT), consagrada na Súmula 403, do Supremo Tribunal Federal: “é de decadência o prazo de trinta dias para a instauração de inquérito judicial, a contar da suspensão, por falta grave, de empregado estável”. O Tribunal Superior do Trabalho editou também súmula convergente a essa hipótese de caducidade: “o prazo de decadência do direito do empregador de ajuizar inquérito contra empregado que incorre em abandono de emprego é contado a partir do momento em que o empregado pretendeu seu retorno ao serviço” (Súmula 62, TST).

Não obstante eventualmente se ouça notícia de que o prazo acima é o único decadencial existente na legislação trabalhista heterônoma brasileira, trata-se de um equívoco. É também claramente decadencial o prazo aberto ao empregado, *durante o curso de seu contrato*, para proceder à opção retroativa pelos depósitos de FGTS relativos ao período anterior à Constituição de 1988 (tratando-se, obviamente, de empregado não optante no velho período contratual). O prazo para exercício do direito potestativo de opção retroativa cessa com a extinção do vínculo empregatício. *A partir daí é necessária a concordância do empregador, já que desaparecido o direito potestativo*. Por essa razão é que a jurisprudência já sedimentou que a realização de depósitos, pelo empregador, na conta vinculada (ou a validação de opção retroativa), *após a ruptura do contrato*, é mera *faculdade* do empregador — portanto, não é mais direito potestativo obreiro (ex-Súmula 295, TST; ex-OJ 146, SDI-I/TST; atual OJ Transitória 39, SDI-I/TST).

Tem sido comum, no mercado de trabalho, a fixação por regulamentos empresariais de prazos nitidamente de decadência. É o que se tem visto em diversas situações envolvendo *planos de desligamento incentivado* ou *planos de aposentadoria incentivada*. Os prazos abertos à manifestação de adesão do obreiro ao plano firmado — se forem fatais, genéricos e não discriminatórios — têm natureza de evidente caducidade. Contudo, não sendo fixados por lei, devem ser arguídos pelo devedor, segundo o novo CCB (art. 210), vigorante desde 11.1.2003.

IV. CAUSAS IMPEDITIVAS, SUSPENSIVAS E INTERRUPTIVAS DA PRESCRIÇÃO

Não há dúvida de que a prescrição agride direitos assegurados pela ordem jurídica: é instituto que, em nome da segurança nas relações sociais, torna inexigíveis parcelas não reivindicadas ao longo de certo prazo legalmente estabelecido. É figura que confere prevalência, de certo modo, ao *valor segurança* em detrimento do *valor justiça*. É como se a ordem jurídica assegurasse a busca, pelo titular, da proteção estatal a seus interesses, mas desde que o fazendo em um prazo máximo prefixado, de maneira a não eternizar situações indefinidas no âmbito social. Se o justo não é perseguido em certo tempo, fica a ordem jurídica com a segurança, em favor da estabilização social.

Por essa lógica algo controvertida, o instituto da prescrição é limitado pela mesma ordem jurídica que o regulamenta.

Tais limites são dados pelas causas impeditivas, suspensivas e interruptivas da prescrição.

1. Causas Impeditivas e Causas Suspensivas

O primeiro grupo desses limites situa-se naqueles fatores (tipificados, é claro) que *a lei considera indicativos de restrições sofridas pelo titular do direito no que tange à defesa de seus próprios interesses*. A ordem jurídica considera que a prescrição não poderia, em tais situações, favorecer ao devedor, já que o credor se encontra submetido a restrições verdadeiras (ou legalmente supostas) no tocante à defesa de seus interesses. Tais fatores são as *causas impeditivas* ou *causas suspensivas* do curso da prescrição.

Os fatores impeditivos ou suspensivos, tipificados pela legislação, atuam de modo direto sobre o efeito prescricional: ora inviabilizam, juridicamente, o início da contagem da prescrição (causas impeditivas), ora sustam a contagem prescricional já iniciada (causas suspensivas).

Verificada a causa impeditiva, a prescrição sequer inicia sua contagem; verificada a causa suspensiva, cessa a contagem do prazo já transcorrido (que será, contudo, reiniciado após o desaparecimento da causa de suspensão).

As causas impeditivas e suspensivas em geral consubstanciam fatos ocorridos *independentemente* da explícita vontade da parte beneficiada pelo impedimento ou suspensão prescricionais. São fatores, pois, externos à vontade do titular do direito, mas que inviabilizam ou restringem a defesa de seus interesses jurídicos.

Há, no Direito Administrativo, uma exceção a essa característica comum (de se tratar de ato ou fato externo à vontade do titular do direito): a reclamação

administrativa (embora sendo ato voluntário do sujeito) *suspende* o curso da prescrição (na verdade, percebe-se que, aqui, o Estado/legislador apenas criou para si mais um privilégio, através do Decreto n. 20.910, de 1932).

A Lei n. 9.958/2000 criou outra situação de *suspensão* propiciada pelo exercício da vontade do titular: a submissão de qualquer demanda à Comissão de Conciliação Prévia ou Núcleo Intersindical de Conciliação Trabalhista suspende o prazo prescricional correspondente (arts. 625-D e 625-G da CLT).

2. Causas Interruptivas

O segundo grupo de limites que a ordem jurídica cria para a prescrição é dado pelas causas interruptivas de sua fluência.

Trata-se de fatores — expressamente especificados pela legislação — que traduzem uma efetiva e eficaz defesa do direito pelo respectivo titular e que, por isso, têm o condão de sustar o fluxo do prazo prescricional. Aqui não se trata de fatores que inibem ou restringem a possibilidade de defesa do titular do direito (como as causas impeditivas e suspensivas); ao contrário, são fatores que demonstram a aberta e franca defesa de seu direito pelo correspondente titular.

As causas interruptivas atuam sobre o curso prescricional com efeito mais amplo do que o característico da suspensão. *A interrupção susta a contagem prescricional já iniciada, eliminando inclusive o prazo prescricional em fluência* (respeitada a prescrição já consumada). Ou seja: enquanto na suspensão o prazo transcorrido é preservado (retomando-se a contagem sustada após o desaparecimento da causa suspensiva), na interrupção verifica-se a eliminação do prazo prescricional em curso, favorecendo mais largamente o titular do direito. É óbvio, como visto, que o prazo eliminado pela interrupção será o *prazo em curso* (isto é, o prazo legalmente fixado e em andamento), não se atingindo, pois, a prescrição já *consumada* (que corresponde ao prazo que já suplantou o lapso prescricional fixado).

As causas interruptivas, portanto, consubstanciam atos ocorridos em decorrência da explícita ação da parte beneficiada pela interrupção prescricional. Por essa razão, em face de mostrar-se o titular do direito alerta e interessado na preservação de seu direito, a legislação confere largo efeito à conduta interruptiva, restituindo ao credor, por inteiro, o prazo prescricional em curso. A contagem do prazo recomeça, assim, de maneira geral, desde a data do ato de interrupção (art. 173, CCB/1916; art. 202, parágrafo único, CCB/2002).

Raro exemplo de ato explícito do titular em defesa de seu direito que não se enquadra como causa interruptiva (mas suspensiva) é aquele já referido, próprio ao Direito Administrativo: o Decreto n. 20.910, de 1932, estipula

que a *reclamação administrativa* apenas *suspende* (e não interrompe) o andamento da prescrição — o que implica dizer que o processo administrativo, mesmo provocado pelo servidor, não interrompe, mas somente suspende, o fluxo da prescrição. Outro exemplo é o concernente à submissão de demanda trabalhista à Comissão de Conciliação Prévia ou Núcleo Intersindical de Conciliação Trabalhista: este ato voluntário provoca a suspensão (e não interrupção) do prazo prescricional (arts. 625-D e 625-G, CLT).

Produzindo as causas interruptivas efeito significativamente favorável ao credor, preferiu o novo Código Civil estabelecer que a interrupção da prescrição dar-se-á por uma única vez (art. 202, *caput*). O antigo CCB era silente no que tange a esse aspecto. A regra da interrupção da prescrição por uma única vez, inserida pelo novo art. 202, *caput*, do Código Civil tem sido considerada compatível com o campo justralhista.

V. PRESCRIÇÃO TRABALHISTA: CAUSAS IMPEDITIVAS E SUSPENSIVAS

O Direito Civil (arts. 168 a 170, CCB/1916; arts. 197 a 199, CCB/2002) arrola diversas causas impeditivas e/ou suspensivas da prescrição. Muitas delas são plenamente aplicáveis ao Direito do Trabalho — algumas sofrendo, contudo, adequações à área juslaborativa.

1. Fatores Tipificados

A primeira causa impeditiva em destaque é a *incapacidade absoluta* (art. 169, I, CCB/1916; art. 198, I, CCB/2002). A propósito, sendo originária (por faixa etária), a incapacidade absoluta *impede* o fluxo prescricional. Tratando-se de incapacidade superveniente (isto é, resultante de circunstância restritiva surgida na vida adulta), pode atuar como causa suspensiva da prescrição.

A lei trabalhista tem preceito específico sobre a relação incapacidade e prescrição, ao dispor que não corre prescrição contra os *menores de 18 anos* (art. 440, CLT; art. 10, Lei n. 5.889/73). Ou seja: a *menoridade trabalhista* é *fator impeditivo da prescrição*, independentemente de ser o menor absoluta ou relativamente incapaz — o que torna irrelevante, sob o ponto de vista da prescrição, essa diferenciação do Código Civil Brasileiro.

Outra causa impeditiva civilista aplicável ao Direito do Trabalho é a *ausência do país por parte do titular do direito, em serviço público da União, Estados e Municípios* (art. 169, II, CCB/1916; art. 198, II, CCB/2002). Evidentemente que, por inevitável interpretação extensiva, deve-se estender a vantagem aos ausentes em face de serviço público prestado às autarquias e ao Distrito Federal, além daqueles vinculados a todas as fundações públicas que se encontrem na mesma situação fática.

A terceira causa impeditiva prevista no Código Civil — compatível com o Direito do Trabalho — é a prestação de serviço militar, *em tempo de guerra* (art. 169, III, CCB/1916; art. 198, III, CCB/2002). Evidentemente que a prestação de serviço militar em tempos de paz não é causa impeditiva do curso prescricional.

A lei civil estipula, ainda, duas outras importantes causas suspensivas, ao dispor que também não corre prescrição seja quando *pendendo condição suspensiva* (art. 170, I, CCB/1916; art. 199, I, CCB/2002), seja quando *não estando vencido o prazo* (art. 170, II, CCB/1916; art. 199, II, CCB/2002).

Critério da *Actio Nata* — Desponta nesses dois preceitos do Código Civil (pendência de condição suspensiva e não vencimento do prazo) o relevante critério da *actio nata*, prevalecente no Direito brasileiro. É que a prescrição somente inicia seu curso no instante em que nasce a ação, em sentido material (em síntese, a pretensão), para o suposto titular do direito. Isto é, *antes de poder ele exigir do devedor o seu direito, não há como se falar em início do lapso prescricional*.

No Direito do Trabalho, surgiu interessante exemplo acerca da aplicação do critério da *actio nata*. Trata-se do propiciado pela edição da Lei n. 8.632, de 5.3.1993. Esse diploma concedeu anistia a dirigentes sindicais dispensados após 5.10.1988, deferindo-lhes o direito de retorno ao emprego (direito que surgiu, como é óbvio, apenas em março de 1993, em face da anistia prevista no texto legal). Ora, como o direito de retorno em decorrência da anistia surgiu apenas em 5.3.93, não se poderia considerar prescrita tal vantagem *fundada nesse título jurídico*, ainda que o obreiro houvesse, de fato, sido dispensado mais de dois anos antes de 1993: é que pelo princípio da *actio nata* a prescrição somente iniciara sua contagem na própria data do diploma instituidor do direito (e de sua correspondente ação).

O mesmo se passou com a Lei Complementar n. 110, de 29.6.2001. O diploma conferiu aos trabalhadores direito a complemento de atualização monetária sobre seus depósitos de FGTS de mais de dez anos atrás, entre 1º.12.1988 a 28.2.1989 e durante o mês de abril de 1990 (arts. 4º e 5º, Lei n. 110/01). Ora, o direito ao acréscimo nos depósitos do Fundo surgiu na data de publicação da nova lei (30.6.2001), produzindo a *actio nata* com respeito às pretensões, sobre tais diferenças de FGTS e, inclusive, diferenças quanto ao acréscimo rescisório de 40% sobre o Fundo, se for o caso.⁽³⁾

(3) A data de vigência da Lei Complementar n. 101, isto é, 30.6.2001, fixa a *actio nata* do prazo prescricional para o trabalhador pleitear na Justiça do Trabalho de seu ex-empregador as diferenças sobre os 40% do FGTS, em face dos expurgos inflacionários reconhecidos pelo diploma legal, salvo direito reconhecido ao obreiro, pela Justiça Federal, em ação lá proposta contra a CEF *anteriormente à publicação da Lei Complementar*. Publicada a LC n. 101, em 2001, a *actio nata* se deflagra, sendo irrelevante, sob a perspectiva prescricional trabalhista, o obreiro propor ação mais recente contra a CEF sobre esse tema na Justiça Federal. Nesta linha, a OJ n. 344 da SDI-1 do TST.

2. Outros Fatores Atuantes

A doutrina (*Câmara Leal*) acertadamente informa, por fim, a inevitável existência de duas outras causas de impedimento ou suspensão da prescrição: trata-se dos denominados *obstáculo judicial* e *obstáculo legal*⁽⁴⁾.

Efetivamente, a sustação de atividades do foro trabalhista na comarca, por exemplo, pode inviabilizar o exercício da defesa do direito por seu titular — o que traduz a ocorrência de insuperável obstáculo judicial. Esclareça-se, contudo, que o chamado *recesso forense* não tem esse efeito de obstáculo judicial, uma vez que não inviabiliza a propositura de ação trabalhista pelo empregado.⁽⁵⁾

Uma situação de obstáculo legal seria a estipulação, pela lei do município em que se situa a comarca, de feriado no último dia em que o titular do direito pudesse defender seus interesses em Juízo.

Causa suspensiva mais recente foi criada pela Lei n. 9.958/2000: a submissão de qualquer demanda à Comissão de Conciliação Prévia ou Núcleo Intersindical de Conciliação Trabalhista suspende o curso prescricional, nos limites do art. 625-G da CLT.

VI. PRESCRIÇÃO TRABALHISTA: CAUSAS INTERRUPTIVAS

A causa interruptiva mais relevante no Direito do Trabalho é a decorrente da *propositura de ação judicial trabalhista* (art. 172, I, CCB/1916; art. 202, I, CCB/2002).

A data dessa propositura fixa o termo exato da interrupção, por ser automática a citação do reclamado no processo do trabalho (art. 841, CLT), tomando o Juiz conhecimento do processo, *em regra*, apenas na audiência inaugural. No processo civil, essa data tradicionalmente fixava-se no dia do despacho judicial determinador da citação do réu (antigo art. 219, § 1º, CPC/1973). Com a Lei n. 8.952/94, alterando o citado art. 219, CPC/1973, assimilou-se, parcialmente, a sistemática justrabalhista, ao se estabelecer que a interrupção da prescrição retroagirá à data do ajuizamento da ação (nesta linha é o que também estipula o art. 240, § 1º, do novo CPC/2015).

(4) LEAL, Antônio Luis da Câmara. *Da Prescrição e da Decadência* — Teoria Geral do Direito Civil, 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 165-166 (1ª edição desta obra clássica: 1939).

(5) O novo art. 775-A da CLT, inserido pela Lei n. 13.545, de 19.12.2017, determina a suspensão do “curso do prazo processual nos dias compreendidos entre 20 de dezembro de 20 de janeiro, inclusive” (*caput*). Esclarece o § 2º do art. 775-A que durante “a suspensão do prazo, não se realizarão audiências nem sessões de julgamento”. Trata-se de clara hipótese de ampliação do denominado *recesso forense*, que não tem a aptidão de suspender o curso extrajudicial da prescrição, conforme exposto, uma vez que o trabalhador pode, sim, em princípio, propor a sua ação trabalhista no período.

O critério justralhista é, de todo modo, *especial*, não se afetando por distinto critério geral civilista.

A jurisprudência trabalhista firmou que a extinção do processo sem resolução de mérito *não prejudica a interrupção prescricional* efetuada com a propositura da ação (Súmula 268, TST). O critério abrange extinções processuais por ausência injustificada do obreiro, autor da ação, à audiência (o denominado “arquivamento”), por desistência, por inépcia da petição inicial e outras correlatas.

Há décadas existe diploma normativo especial (Decreto n. 20.910, de 1932) beneficiando, mais uma vez, União, Estados, Municípios e respectivas Fazendas: contra tais entidades só poderia incidir uma *única* interrupção, sendo que o prazo, além disso, recomençaria a correr pela *metade*.

A jurisprudência trabalhista, contudo, não vinha considerando aplicável à esfera juslaborativa este privilégio, em face de não contar o empregador estatal com vantagens materiais específicas em comparação com o empregador privado. É bem verdade que, a partir do advento do novo Código Civil (vigência desde janeiro de 2003), *generalizando* o critério de unicidade da interrupção prescricional, esta nova regra passou a favorecer não somente o Estado mas qualquer empregador (art. 202, *caput*, CCB/2002).

Importante indagação surge com respeito à interrupção por meio de ação judicial: as antigas ações cautelares (arresto, sequestro, cautelar inominada etc.) interrompem a prescrição relativa a parcelas do contrato de trabalho? Não, necessariamente. Afinal, o efetivo objeto de tais ações cautelares era um provimento judicial de acautelamento, de garantia, ou mandamental, em conexão a uma lide trabalhista atual ou futura. Mas, usualmente, não se pedia (nem se arrolava) na ação cautelar o conjunto de verbas trabalhistas lançadas na ação principal — o que inviabilizaria a interrupção da prescrição.

Naturalmente que o mesmo raciocínio se aplica à nova figura da tutela provisória do novo Código Processual Civil (arts. 294 a 311, CPC-2015). É que, em princípio — salvo se indicarem expressamente as parcelas trabalhistas a respeito das quais se deseja interromper a prescrição —, as variantes dessa tutela provisória (tutela de urgência e tutela da evidência) não ostentam o condão de interromper a prescrição.

A presente reflexão deixa claro que a interrupção verifica-se com relação às parcelas indicadas no petitório da ação, exatamente porque a seu respeito é que pode haver pronunciamento judicial (art. 128, CPC-1973; art. 141, CPC-2015; Súmula 268, TST).⁽⁶⁾ O máximo que se deve admitir é

(6) O novo § 3º do art. 11 da CLT, inserido pela Lei n. 13.467/2017, também estipula essas três balizas citadas. Assim, a interrupção da prescrição pelo ajuizamento da ação trabalhista acontecerá: a) mesmo que proposta a ação “em juízo incompetente”; b) “ainda que venha a ser extinta sem resolução do mérito”; c) e a interrupção produzirá “efeitos apenas em relação

a interpretação extensiva de que, indicada a parcela principal, considera-se também implícita a parcela a ela acessória.

O Direito Civil arrola diversas outras causas interruptivas, algumas delas plenamente aplicáveis ao Direito do Trabalho (art. 172, CCB/1916; art. 202, CCB/2002). Tais causas sempre foram pacificamente acolhidas no cotidiano processual trabalhista. Porém a Lei da Reforma Trabalhista instiga a exclusão de tais fatores compatíveis, ao inserir o verbete *somente* na redação do novo § 3º inserido no art. 11 da CLT (“§ 3º A interrupção da *prescrição somente ocorrerá pelo ajuizamento de reclamação trabalhista, mesmo que em juízo incompetente, ainda que venha a ser extinta sem resolução do mérito, produzindo efeitos apenas em relação aos pedidos idênticos.*” — grifos acrescidos).

Entretanto, conforme expõem DELGADO e DELGADO,

“a interpretação lógico-racional, sistemática e teleológica do referido preceito legal (novo § 3º do art. 11 da CLT) não permite chegar a semelhante e injustificável interpretação restritiva. Os temas prescricionais são, sim, regidos, regra geral, pelo Código Civil Brasileiro, não havendo qualquer razão minimamente razoável, proporcional e consistente para que, apenas na Justiça do Trabalho, não incidam os fatores interruptivos compatíveis que são aventados por determinados incisos do art. 202 do CCB”.⁽⁷⁾

Acolhida a interpretação lógico-racional, sistemática e teleológica do novo dispositivo da CLT, cabe se concluir, ilustrativamente, que a prescrição continua a se interromper, sim, pelo *protesto judicial e pessoal feito ao devedor ou por qualquer ato judicial que o constitua em mora* (interpelações, notificações, medidas preventivas, etc.). Tal hipótese tende a ser incomum na dinâmica processual trabalhista, não só por serem pouco usuais procedimentos cautelares ou preparatórios no cotidiano do Processo do Trabalho (com o novo CPC, as tutelas provisórias, em geral), como por se configurar muito mais prático ao credor a utilização direta da própria ação trabalhista principal. Mas há importante aspecto a ser ressaltado neste tópico: *é preciso que o protesto ou congêneres enuncie as parcelas sobre as quais se quer a interrupção da prescrição*, já que não é cabível interrupção genérica e imprecisa.

Na mesma linha interpretativa, cabe se destacar a interrupção decorrente de qualquer *ato inequívoco, mesmo extrajudicial, que importe em*

aos pedidos idênticos”.

(7) DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *A Reforma Trabalhista no Brasil* — com os comentários à Lei n. 13.467/2017. 1. ed. São Paulo: LTr, 2017, p. 113 (destaques no original).

reconhecimento do direito pelo devedor (art. 174, CCB/1916; art. 202, VI, CCB/2002). São exemplos sugestivos desse ato inequívoco extrajudicial o pedido formal de prazo, pelo devedor trabalhista ao empregado, para acerto de contas, assim como a referência em nota oficial de que está arregimentando recursos para pagar certo passivo especificado. Outro exemplo seria a intimação expressa para retorno ao trabalho após transcorrido determinado prazo (menos de dois anos, é claro) da prescrição extintiva do contrato de trabalho.

Ressalte-se que o novo CCB ostenta texto expresso no sentido de que a interrupção prescricional “somente poderá ocorrer uma vez” (*caput* do art. 202, CCB/2002). No CCB/1916 não havia essa limitação. Conforme dito, a jurisprudência tem acolhido a restrição unitária inserida pelo art. 202, *caput*, do Código de 2002.

A *iniciativa da interrupção da prescrição*, segundo a lei civil, cabe ao próprio titular do direito ou a seu representante legal ou, ainda, ao terceiro que tenha legítimo interesse (art. 174, CCB/1916; art. 203, CCB/2002). Qualquer efetivo interessado pode promover a interrupção. Na seara trabalhista é óbvio que o sindicato tem legitimidade e interesse, como substituto processual (art. 8º, III, CF/88), para propor medida interruptiva da prescrição em favor dos trabalhadores substituídos (ação trabalhista ou protesto judicial, por exemplo).⁽⁸⁾

Há que se ressaltar, finalmente, que a interrupção é *benefício pessoal*. Desse modo, efetuada por um dos credores não favorece os demais credores, nem prejudica os codevedores. Excepcionam-se dessa regra as obrigações solidárias, indivisíveis ou as próprias ao fiador (art. 176, CCB/1916; art. 204, CCB/2002).

VII. NORMAS ESPECÍFICAS À PRESCRIÇÃO TRABALHISTA

As regras gerais concernentes à prescrição, estabelecidas essencialmente pelo Código Civil, aplicam-se, sem dúvida, à prescrição trabalhista.

Apesar disso, o Direito Material e o Processual do Trabalho, no Brasil, também têm firmado algumas regras específicas no tocante a esse tema. Tais regras específicas abrangem, ilustrativamente, os prazos prescricionais, alguns critérios próprios de contagem da prescrição, o momento de arguição

(8) Naturalmente que uma interpretação literalista do novo § 3º do art. 11 da CLT poderia levar à conclusão pela inviabilidade da incidência dos demais fatores interruptivos indicados no interior do CCB e do CPC. Porém tratar-se-ia de respaldo a regra nitidamente discriminatória do credor trabalhista, pois semelhante obstáculo não se apresenta a qualquer outro credor no ordenamento jurídico do País.

da prescrição e, por fim, o espaço restrito, âmbito trabalhista, à denominada prescrição intercorrente.

1. Prazos Prescricionais

O prazo prescricional básico do Direito do Trabalho brasileiro está hoje fixado na Constituição de 1988, envolvendo empregados urbanos e rurais (art. 7º, XXIX, CF/88). Ao lado desse prazo principal, existe o debate acerca da prescrição aplicável ao *empregado doméstico*. Há, ainda, a controvérsia acerca do prazo especial concernente ao FGTS. Por fim, cabe se referir à possibilidade (ou não) da imprescritibilidade dos pleitos relativos a simples reconhecimento do *tempo de serviço* (ações meramente declaratórias).

A) Prescrição nos Contratos Urbanos — A Constituição de 1988 estabeleceu prazo prescricional de *cinco anos para o trabalhador urbano, até o limite de dois anos após a extinção do contrato* (art. 7º, XXIX, “a”, CF/88). A Emenda Constitucional 28, de maio de 2000, conferindo nova redação ao inciso XXIX, manteve o mesmo critério prescricional quanto ao trabalhador urbano.

A nova Constituição, desde 1988, não recepcionou, por óbvia incompatibilidade, o preceito contido no velho artigo 11 da CLT, que dispunha prescrever “em dois anos o direito de pleitear a reparação de qualquer ato infringente de dispositivo nela contido”. Dez anos após, o art. 11 da CLT seria adequado, de modo expresso, ao critério constitucional superior, incorporando a redação do Texto Magno, mediante a mudança feita pela Lei n. 9.658, de 5.6.1998.

Há duas correntes interpretativas a respeito do critério prescricional urbano fixado na Constituição. A primeira — *que se tornou dominante* — compreende ter a Constituição apenas ampliado o velho prazo celetista de dois para cinco anos, limitado ao biênio, após a ruptura do contrato, o prazo para protocolo de qualquer ação relativa ao pacto empregatício. Ou seja, a prescrição seria quinquenal, contada do protocolo da ação, independentemente de estar ou não extinto o contrato; já o prazo bienal passaria a atuar desde que houvesse a extinção do pacto, fluindo, porém concomitantemente com o lapso quinquenal.

A segunda corrente, minoritária, compreendia, porém, que a Constituição de 1988 teria procurado aproximar ao máximo os critérios prescricionais então aplicáveis aos contratos empregatícios rurais e urbanos. Desse modo, teria estabelecido uma combinação de prazos, pelo qual o obreiro poderia pleitear parcelas referentes aos últimos cinco anos do contrato, desde que protocolasse sua ação até dois anos após a ruptura do contrato. O prazo quinquenal contar-se-ia, pois, da extinção do contrato (se o contrato estivesse findo), ao passo que a prescrição bienal contar-se-ia, sim, do protocolo da ação.

Essa aproximação de situações normativas entre o rurícola e o trabalhador urbano teria sido tentada pelo texto original da Constituição de duas maneiras: de um lado, favorecendo o obreiro, ao fixar o lapso temporal de dois anos para a propositura da ação, *garantidos cinco anos imprescritos no curso do respectivo contrato de trabalho*. Com isso, o novo Texto Máximo teria estendido ao trabalhador citadino um pouco da vantagem prescricional assegurada ao rurícola.

De outro lado, a aproximação de situações teria se dado favorecendo o empregador rural, através do procedimento judicial comprobatório da regularidade de suas obrigações trabalhistas, comprovação que poderia ocorrer de cinco em cinco anos (art. 233, CF/88). Por este procedimento (a ser examinado no tópico a seguir), o empregador rural poderia obter parte da segurança que o prazo prescricional mais curto estende ao empregador urbano.

Ou seja, para esta segunda vertente interpretativa, a Constituição teria estendido ao trabalhador citadino um pouco da vantagem prescricional assegurada ao rurícola, assim como viria tentar estender ao empregador rural, através do art. 233, um pouco da vantagem prescricional assegurada ao empregador urbano pelo mesmo Texto Máximo.

Os argumentos da corrente minoritária enfraqueceram-se, contudo, a partir da unificação de prazos prescricionais entre trabalhadores rurais e urbanos pela Emenda Constitucional n. 28, de 25.5.2000.⁽⁹⁾

Outro debate relevante a respeito do novo dispositivo constitucional de 1988 envolvia sua repercussão jurídica no tempo. Hoje, contudo, já pacificou a jurisprudência a controvérsia interpretativa acerca do efeito imediato ou retroativo do prazo prescricional urbano instituído em 5.10.1988 (se acolhido o efeito retroativo, isso significaria que o novo prazo de cinco anos afrontaria inclusive a prescrição já consumada sob a égide da lei anteriorceletista). É que a Súmula 308, TST, de 1992, afastando o efeito retroativo, esclareceu que a “norma constitucional que ampliou a prescrição da ação trabalhista para 5 anos é de aplicação imediata, não atingindo pretensões já alcançadas pela prescrição bienal, quando da promulgação da Constituição de 1988” (hoje, Súmula 308, II, TST).

B) Prescrição nos Contratos Rurais — A Emenda Constitucional n. 28, de maio de 2000 (Diário Oficial de 26.5, com retificação em 29.5), unificou o prazo prescricional de trabalhadores urbanos e rurais: *cinco anos, até o limite de dois anos após a extinção do contrato* (art. 7^º, XXIX, CF/88).⁽¹⁰⁾

(9) A corrente majoritária foi respaldada, em 2000, pela ex-OJ 204, da SDI-I/TST, incorporando-se depois na Súmula 308, I, TST.

(10) A EC n. 28, promulgada em 25.5.2000, foi publicada no Diário Oficial da União em 26.5.2000; contudo foi *retificada*, com nova publicação, em 29.5.2000. Em decorrência dessa assincronia de datas, há decisões judiciais que fixam o marco de vigência da EC n. 28 em 26

A mudança ensejou debate sobre direito intertemporal, com a percepção do correto efeito da nova regra da Constituição: retroativo ou apenas imediato? Esse debate será apresentado logo a seguir, após a análise do critério prescricional diferenciado do trabalhador rural que vigorou por cerca de quatro décadas, entre 1963 e 2000.

a) *Prazo Diferenciado (Antes da EC 28/2000)* — O trabalhador do campo, desde 1963, com o advento do antigo Estatuto do Trabalhador Rural (Lei n. 4.214/63, vigente apenas em 2.6.1963), passou a contar com a vantagem da *imprescritibilidade* de seus direitos durante a vigência de seu contrato de trabalho. O pacto contratual era, em suma, uma *causa impeditiva* do fluxo da prescrição.

Essa vantagem diferenciada, em contraponto ao obreiro urbano, iniciada em 2.6.1963, manteve-se incólume com a nova Lei de Trabalho Rural (n. 5.889, de 1973), repetindo-se, uma vez mais, no texto original da Constituição de 1988: *prazo prescricional de até dois anos após a extinção do contrato* (alínea “b” do referido art. 7º, XXIX). Não havia, desse modo, fluência de prescrição no curso do contrato de trabalho, que atuava como verdadeiro *fator impeditivo* da prescrição.

Esclareça-se que antes do antigo ETR (Lei n. 4.214/63) não havia previsão de imprescritibilidade de parcelas trabalhistas no curso do contrato de trabalho rural. Isso significa que vigorava também no campo o prazo bienal prescricional fixado no velho art. 11 da CLT.

Esse histórico normativo não é destituído de valor prático. É que, mesmo antes da EC 28/2000, se argüida a prescrição com respeito a contrato de trabalho rural anterior à década de 1960 (o que não era incomum no segmento do campo brasileiro), *deveria, tecnicamente, ser decretada no tocante a parcelas precedentes a 2.6.1961*, isto é, dois anos antes da imprescritibilidade instituída pela Lei n. 4.214/63 (supondo-se, é claro, que a ação tenha sido proposta até dois anos da ruptura do contrato).

O texto original da Constituição de 1988 procurou reduzir a diferenciação entre a prescrição rural (que não corria no curso do contrato) e a urbana (que sempre venceu, taxativamente, também no curso do contrato); para isso *criou um prazo quinquenal de comprovação de obrigações trabalhistas pelo empregador rural em face de seus empregados* (art. 233, CF/88). Uma vez comprovado o cumprimento das obrigações contratuais, ficaria o empregador “isento de qualquer ônus decorrente daquelas obrigações no período respectivo” (art. 233, § 1º, CF/88).

de maio, ao lado de outras que preferem a data de 29 de maio de 2000. No presente Curso, de maneira geral, será utilizada a data de 29.5.2000, em face da incidência do princípio da norma mais favorável (art. 7º, *caput*, CF), consagrado, pela jurisprudência, na aplicação prática do Direito do Trabalho.

Este preceito constitucional, entretanto, não atendeu a seus aparentes objetivos. É que se passou a compreender, hegemonicamente, que a regra aventada no artigo 233 traduzia mero procedimento de jurisdição voluntária, não produzindo coisa julgada material a respeito das parcelas contratuais comprovadas. De fato, poucas vezes se viu dispositivo normativo tão claudicante quanto esse artigo 233: é que ao mesmo tempo em que falava na “isenção” (*sic!*) de qualquer ônus decorrente das obrigações comprovadas, complementava ficar “ressalvado ao empregado, em qualquer hipótese, o direito de postular, judicialmente, os créditos que entender existir, relativamente aos últimos cinco anos” (art. 233, § 2º, CF/88).

Nesse contexto de perplexidade quanto à efetiva validade do procedimento criado pela nova Constituição, ele ficou, na prática, relegado ao desuso. Finalmente, com a EC n. 28, o referido art. 233 da Constituição foi simplesmente revogado.

b) Unificação de Prazos (EC 28/2000) — A Emenda Constitucional 28 unificou os prazos prescricionais dos dois segmentos de trabalhadores: *ação com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato.*

Publicada, em retificação, no Diário Oficial de 29.5.2000, indaga-se: a nova regra constitucional tem efeitos meramente imediatos ou, ao contrário, também retroativos?

Há corrente interpretativa que tem sustentado o efeito retroativo da nova regra constitucional, de modo que ela abranja todos os contratos rurais, independentemente de sua longa duração anterior no tempo. Para esta corrente, estariam prescritas as parcelas anteriores a cinco anos da propositura da ação, ainda que o contrato hoje vigorante tenha mais de 10 ou 15 anos de duração ininterrupta. A nova regra sepultaria, pois, parcelas que já estavam imantadas de imprescritibilidade na data de vigência da EC 28 (29.5.2000), parcelas que já se haviam consolidado como imprescritíveis muitos anos antes da entrada em vigor da nova regra.

Não é consistente esta primeira linha interpretativa, contudo. Afinal, no País, por força da própria Constituição (art. 5º, XXXVI, CF/88), a regra jurídica somente pode ter efeitos imediatos, não retroativos, regendo apenas situações fático-jurídicas vivenciadas a partir de sua vigência. A retroatividade é admitida, como rara exceção, exclusivamente para as próprias regras constitucionais, *desde que elas assim determinem* (como se passou com o art. 46, ADCT, do Texto Magno). Ora, esta determinação não surgiu com a EC 28/2000.

Desse modo, as situações fático-jurídicas dos contratos rurais, no que tange à prescrição, estavam reguladas até 29.5.2000 pelo critério da imprescritibilidade; *apenas os períodos contratuais subsequentes à referida*

data (ou iniciados em seguida a ela ou pactuados somente a partir de 29.5.1995) é que se submetem ao império da regra nova quinquenal.

A propósito, o parâmetro da não retroação de efeitos de regra prescricional já prevaleceu, no País, na década de 1960, quando se iniciou a imprescritibilidade rúrica. Naquela época, as parcelas anteriores a 2.6.1961 (dois anos antes da vigência do velho Estatuto do Trabalhador Rural) encontravam-se, sim, prescritas, porque regidas pelo antigo art. 11 da CLT (prazo prescricional de dois anos). Da mesma maneira, o novo prazo de 5 anos criado pela Constituição de 1988 para os contratos urbanos não retroagiu ao período precedente a 5.10.1986, por respeito ao efeito meramente imediato da regra nova e ao direito adquirido do titular anteriormente favorecido pelo império da regra antiga (Súmula 308, II, TST, originalmente editada em 1992).

A jurisprudência trabalhista dominante, de todo modo, considerando a gravidade da mudança trazida pela EC n. 28/2000 (diminuição drástica de significativa vantagem do trabalhador rural), em confronto com o princípio da norma mais favorável lançado no *caput* do art. 7º da Constituição (princípio trabalhista claramente constitucionalizado, portanto), tem convergido para a interpretação mais favorável do novo preceito constitucional reformado. Nessa linha, considera incidente a nova prescrição quinquenal apenas a contar de 29.5.2005, ou seja, somente depois de transcorridos cinco anos da própria vigência da mudança reformadora do art. 7º, XXIX, da Constituição. Nesta linha, por exemplo, o acórdão relatado pela Ministra Rosa Maria Weber, então componente do TST:

RECURSO DE REVISTA. TRABALHADOR RURAL. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. EMENDA CONSTITUCIONAL N. 28/2000. Esta Corte firmou entendimento no sentido de que a prescrição quinquenal, prevista na EC 28/00 para os trabalhadores rurais, se aplica às ações ajuizadas cinco anos após sua vigência, ou seja, após 29.5.2005. Proposta a reclamatória em 12.2.2008, aplicável a prescrição quinquenal. **Processo:** RR-23800-53.2008.5.15.0125. **Data do Julgamento:** 28.09.2011. **Relatora:** Ministra Rosa Maria Weber, 3ª Turma. **Data de Publicação:** DEJT 07.10.2011.

C) Prescrição nos Contratos Domésticos — Há debate no Direito do Trabalho sobre o prazo prescricional aplicável ao empregado doméstico (ao menos até o advento da Lei Complementar n. 150/2015, que ostenta regra expressa a esse respeito). A dúvida surge em face de a CLT estipular que suas normas não se aplicam a tais trabalhadores (art. 7º, “a”, CLT). Além disso, a Constituição não teria se referido à prescrição doméstica, uma vez que o parágrafo único de seu art. 7º (que trata das parcelas constitucionais estendidas ao doméstico) não mencionou o inciso XXIX do mesmo artigo (que trata da prescrição).

Haveria, pois, antes da LC n. 150/2015, uma situação de lacuna normativa nas fontes principais do Direito do Trabalho, ensejando a necessidade da integração jurídica, restaurando-se a plenitude da ordem do Direito.

A primeira posição analítica sugeria que, em face da omissão normativa trabalhista, deveria ser aplicada a regra prescricional oriunda do velho Código Civil, incidente sobre os *jornaleiros* (aqueles que laboram por jornada, na linguagem antiga do CCB). Tal regra mencionava o prazo prescricional de cinco anos (art. 178, § 10, V, CCB/1916).

Essa posição era, sem dúvida, inaceitável, dado que propunha que se realizasse a integração jurídica mediante norma situada fora do âmbito do Direito do Trabalho. Ora, a Hermenêutica Jurídica determina que a operação integrativa busque a fonte subsidiária no conjunto normativo mais próximo, autorizando a ultrapassagem das fronteiras do ramo jurídico especial examinado somente se absolutamente necessário.

A segunda posição analítica sugeria que se aplicasse o prazo prescricional (dois anos) de antigos diplomas trabalhistas das décadas de 1930/40 (Decreto-lei n. 1.237, de 2.5.39, que regulou a Justiça do Trabalho, fixando em dois anos a prescrição de pleitos em processos nela aventados: art. 101; Decreto n. 6.596, de 12.12.40 — Regulamento da Justiça do Trabalho —, que manteve o critério bienal anterior: art. 227)⁽¹¹⁾.

Contudo, é indubitável que tais diplomas foram suprimidos da ordem jurídica do País em 1º de maio de 1943, pelo Decreto-lei n. 5.452/43, que aprovou a Consolidação das Leis do Trabalho. A CLT reuniu leis esparsas anteriores — inclusive as que tratavam da Justiça do Trabalho e da prescrição —, revogando-as em face de regular de modo global a matéria tratada em tais diplomas.

Tem-se, pois, como inaceitável também essa segunda posição analítica.

A terceira posição analítica sugeria que se aplicasse o prazo do velho art. 11 da CLT (prescrição simples de dois anos), mesmo após a Constituição de 1988. O argumento central era que a Consolidação corresponderia ao parâmetro normativo genérico do Direito do Trabalho brasileiro, integrando lacunas normativas apreendidas nesse mesmo Direito.

Também não se poderia aceitar essa vertente, por manter vivo preceito não recepcionado pela Constituição da República (revogação tácita, por incompatibilidade — ou *não recepção*). O art. 11 (em sua velha redação, é claro) foi expurgado da ordem jurídica pelo Texto Máximo de 1988, não podendo ser revivido por esforço integrativo do operador do Direito. Hoje, tal

(11) A respeito, LUCA, Carlos Moreira. O Prazo de Prescrição dos Direitos Assegurados aos Empregados Domésticos, In: *Revista LTr*. São Paulo: LTr, v. 53, n. 1, janeiro de 1989, p. 81-82.

posição perde inteiramente sentido, uma vez que desde 8.6.1998, o art. 11, CLT, recebeu nova redação (Lei n. 9.658/98), que o adequou ao prazo quinquenal da Lei Magna.

A quarta posição analítica é a correta — e, felizmente, a amplamente dominante na jurisprudência do País, hoje. *O prazo prescricional aplicável ao contrato doméstico é aquele próprio ao trabalhador urbano, fixado pelo art. 7º, XXIX, da Constituição da República: cinco anos, até o limite de dois anos após a extinção do contrato (prazo estendido até para o rural, desde a EC n. 28/00).*

De fato, não pode haver dúvida, por distintas razões, sobre a incidência do mencionado preceito constitucional sobre as relações domésticas. De um lado, a omissão do inciso XXIX no parágrafo único do art. 7º constitucional não tem o conteúdo normativo sugerido por certas correntes minoritárias, dado que o referido parágrafo único arrola *direitos*, ao passo que prescrição é critério de *supressão* de direitos. Logo, não caberia mesmo, tecnicamente, lançar-se a figura prescricional no dispositivo que pretendia alargar os direitos da categoria doméstica (note-se, a propósito, que a presença da prescrição no rol de direitos do art. 7º era conduta normativa coerente, dado que o novo critério prescricional criado para o trabalhador urbano alargava, em 1988, suas vantagens em contraponto com o antigo critério do art. 11 da CLT).

Isso significa que a norma do inciso XXIX erige-se como *regra geral trabalhista concernente à prescrição*, aplicável a qualquer situação fático-jurídica própria ao Direito do Trabalho — inclusive a situação doméstica. Não há necessidade, sequer, de proceder-se à integração jurídica no presente caso, já que inexistente lacuna nas fontes principais do Direito do Trabalho: a Constituição firma, sim, como regra *geral* prescricional o critério urbano de seu art. 7º, XXIX, sem que haja exceção concernente à categoria doméstica, quer na Constituição, quer em normas infraconstitucionais (hoje o critério passou a ser, como visto, urbano e rural).

Ainda que se tratasse de integração jurídica, caberia concretizá-la valendo-se da norma jurídica situada em campo mais próximo ao integrado; portanto, caberia valer-se da norma constitucional especificada e não de qualquer outra revogada, ineficaz ou remotamente situada no âmbito do universo jurídico.

De todo modo, além de esta compreensão interpretativa estar, felizmente, pacificada na jurisprudência, o fato é que veio merecer respaldo expresso da Lei Complementar n. 150/2015 (art. 43), que regula, atualmente, os vínculos empregatícios domésticos no Brasil.⁽¹²⁾

(12) Eis o art. 43 da LC n. 150, publicada em 2.6.2015: “O direito de ação quanto a créditos resultantes das relações de trabalho prescreve em 5 (cinco) anos até o limite de 2 (dois) anos após a extinção do contrato de trabalho”. A respeito de mais detalhada análise sobre o

D) Prescrição do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço — Por quase cinco décadas, houve preceito jurídico parcialmente diferenciado com relação ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço.

De fato, em razão da natureza complexa do FGTS (é *direito trabalhista*, mas, enquanto conjunto de depósitos, constitui-se também, ao mesmo tempo, em *fundo social* de aplicação variada), a ordem jurídica sempre demarcou critério prescricional algo distintivo para esse instituto. Nessa esteira, a Lei n. 8.036/90 estabelece prazo prescricional trintenário com relação aos depósitos do Fundo de Garantia (art. 23, § 5º, Lei n. 8.036/90).

A jurisprudência anterior à Constituição de 1988 já havia pacificado que a prescrição trintenária enfocada (vinda de regra dos anos de 1960) abranteria apenas os *depósitos principais*, isto é, a regularidade dos depósitos incontroversos ao longo do contrato de trabalho (antigo Enunciado 95, TST).

Tratando-se, porém, de *depósitos reflexos* (isto é, parcelas de FGTS decorrentes de parcelas principais judicialmente pleiteadas), o prazo prescricional incidente seria o pertinente ao padrão justralhista, o que equivalia dizer, na época, dois anos — e hoje cinco anos (Súmula 206 combinada com art. 7º, XXIX, “a”, CF/88). Não poderia mesmo haver dúvida quanto a isso: se o principal está prescrito (e não pode, assim, sequer ser debatido ou considerado), seus reflexos também ficam sob o manto da prescrição.

O advento da Constituição de 1988 trouxe alguns problemas na interpretação desse aspecto da ordem jurídica. Em primeiro lugar, deve-se *atualizar* a letra do Enunciado 206: obviamente que a expressão *dois anos*, referida por esse enunciado (que se reportava ao velho art. 11, CLT), deve ser alterada, interpretativamente, para “cinco anos” — como resultado de mera adequação normativa em face do novo prazo do Texto Máximo de 1988. Essa atualização foi feita pela Res. n. 121, de 19.11.2003, conferindo nova redação à Súmula 206: “A prescrição da pretensão relativa às parcelas remuneratórias alcança o respectivo recolhimento da contribuição para o FGTS”.

Em segundo lugar, como a nova Constituição fixou um prazo geral insuplantável de dois anos após a ruptura do contrato (tanto para o trabalhador urbano como para o rural), deve-se compreender que até mesmo o prazo trintenário do FGTS (repetido pelo art. 23, § 5º, Lei n. 8.036/90) não pode ultrapassar mais esses dois anos. Assim, proposta uma ação trabalhista, ilustrativamente, em março/2008, para reivindicar depósitos principais de FGTS oriundos de contrato extinto em março/2005, incide, irremediavelmente,

contrato de trabalho doméstico, consultar a seguinte obra dual: DELGADO, M. G.; DELGADO, G. N. *O Novo Manual do Trabalho Doméstico* — com os comentários aos artigos da LC n. 150/2015. 2. ed. São Paulo: 2016.

a prescrição bienal da Constituição de 1988. Nesta linha, a Súmula 362 do TST, ilustrativamente, em sua redação aprovada em 1999.

Contudo, sendo a ação proposta menos de dois anos do final do contrato, prevaleceria a prescrição trintenária da Lei n. 8.036/90? Seguramente, sim, podendo-se discutir a regularidade de depósitos dos diversos anos do contrato, até um máximo de trinta (Lei n. 8.036/90). É que, respeitado o biênio constitucional intransponível, a natureza complexa do Fundo (que não é instituto meramente trabalhista, repita-se) e o *princípio da norma mais favorável* (art. 7º, *caput*, CF/88), que responde pelo critério de hierarquia normativa no Direito do Trabalho, *inclusive no âmbito da Constituição* (art. 7º, *caput*), tudo conjuga-se para harmonizar o preceito do art. 23, § 5º, Lei n. 8.036/90, ao comando constitucional unificador do art. 7º, XXIX, da Constituição de 1988.

Note-se que a jurisprudência do STJ ia ainda mais longe, preservando o prazo trintenário para a pretensão arrecadadora do órgão gestor do FGTS (CEF), independentemente do fluxo do prazo bienal extintivo dirigido à pretensão do empregado (Súmula 210, STJ).

Essa compreensão acerca da matéria manteve-se pacificada também em julgados do STF, prolatados ao longo de duas décadas e meia, desde a Constituição de 1988. Entretanto, ao decidir o ARE n. 709.212-DF, em 13.11.2014, o Plenário da Corte Máxima decidiu alterar toda essa sedimentada leitura jurisprudencial, declarando *inconstitucional* o prazo trintenário estabelecido pelo art. 23, § 5º, da Lei n. 8.036/90, assim como o art. 55 do Decreto n. 99.684/90 (Regulamento do FGTS), por afronta ao prazo quinquenal fixado no art. 7º, XXIX, da Constituição. Nos termos do art. 27 da Lei n. 9.868/99, decidiu a Corte Suprema modular, de maneira *ex nunc*, os efeitos da decisão, considerada a data do julgamento (13.11.2014).⁽¹³⁾

Em decorrência dessa decisão do STF, o TST modificou, pela Res. n. 198/2015, o texto de sua Súmula 362, no seguinte sentido: “I — Para os casos em que a ciência da lesão ocorreu a partir de 13.11.2014, é quinquenal a prescrição do direito de reclamar contra o não-recolhimento de contribuição para o FGTS, observado o prazo de dois anos após o término do contrato; II — Para os casos em que o prazo prescricional já estava em curso em

(13) A modulação de efeitos *ex nunc* (“efeitos meramente prospectivos”) fez-se com os seguintes fundamentos: “A modulação que se propõe consiste em atribuir à presente decisão efeitos *ex nunc* (prospectivos). Dessa forma, para aqueles cujo termo inicial da prescrição ocorra após a data do presente julgamento, aplica-se, desde logo, o prazo de cinco anos. Por outro lado, para os casos em que o prazo prescricional já esteja em curso, aplica-se o que ocorrer primeiro: 30 anos, contados do termo inicial, ou 5 anos, a partir desta decisão”. (STF, Pleno, ARE n. 709.212-DF. Rel.: Min. Gilmar Mendes, p. 23. Julgamento: 13.11.2014). À medida que a propositura da ação interrompe a prescrição, no processo do trabalho — não havendo também prescrição intercorrente no âmbito processual trabalhista (Súmula 114, TST) —, os efeitos meramente prospectivos da decisão do STF não atingem os processos em curso na Justiça do Trabalho antes de 13.11.2014, porém apenas os protocolados subsequentemente a essa data.

13.11.2014, aplica-se o prazo prescricional que se consumir primeiro: trinta anos, contados do termo inicial, ou cinco anos, a partir de 13.11.2014 (STF-ARE-709212/DF)”.

É preciso reiterar, contudo, que não corre prescrição durante o processo trabalhista, ao menos na fase de conhecimento (Súmula n. 114, TST); em consequência, relativamente aos processos em curso, na Justiça do Trabalho, antes de 13.11.2014, com pleito de incidência da prescrição trintenária, esta deverá ser respeitada.⁽¹⁴⁾

E) Prescrição em Ações Meramente Declaratórias — Há importante posição doutrinária e jurisprudencial que entende não se sujeitarem à prescrição, na ordem jurídica do País, pleitos meramente declaratórios. Argumenta-se que a prescrição abrangeria parcelas patrimoniais, as quais não se fariam presentes em pedidos de caráter estritamente declaratório.

No Direito do Trabalho, constitui importante pedido declaratório o de *reconhecimento de vínculo empregatício*, sem pleito de pagamento de parcelas contratuais derivadas do correspondente período. A correlação entre reconhecimento de vínculo e anotação de Carteira de Trabalho (esta consistindo em obrigação de fazer — e não mera declaração) não prejudicaria a tese mencionada: é que, em tais casos, a sentença deveria determinar à *Secretaria da Vara Trabalhista* que efetuasse as devidas anotações — e não exatamente ao próprio empregador (§ 1º do art. 39 da CLT).

A mencionada posição doutrinária e jurisprudencial recebeu notável reforço em vista da alteração do art. 11 da CLT pela Lei n. 9.658, de 5.6.98 (Diário Oficial de 8.6.98). O mencionado diploma (que adaptou o art. 11 celetista ao inciso XXIX do art. 7º da Constituição), ao conferir nova redação ao preceito da CLT, dispôs que os prazos prescricionais ali estipulados não se aplicam “às ações que tenham por objeto anotações para fins de prova junto à Previdência Social”.

É evidente que em tais lides deverá o Juiz determinar a intimação do órgão local do INSS para que compareça ao processo, nele atuando — não só em face do interesse público envolvido, como também em virtude de ser a autarquia federal notória interessada no resultado da ação.

Registre-se que, em decorrência do avanço legal (novo § 1º do art. 11 da CLT — após a Lei n. 9.658/98), a proposta interpretativa das Súmulas 64 e 156 deve ser adequada de modo a abranger situações em que não haja pleitos meramente declaratórios, mas, sim, pedidos condenatórios cumulados. Efetivamente, previa a Súmula 64 que em pleitos de *reconhecimento de tempo de serviço e anotação correspondente de CTPS* (ou sua retificação

(14) Com a Lei da Reforma Trabalhista, tornou-se viável a prescrição intercorrente na *fase de execução* do Processo do Trabalho (novo art. 11-A, § 1º, CLT, vigorante desde 11.11.2017).

quanto ao período contratual) a prescrição flui da *data de cessação do contrato de trabalho*⁽¹⁵⁾.

Na mesma linha, compreende a jurisprudência que será da data de extinção do último contrato que começará a fluir o prazo prescricional do direito de ação, objetivando a soma de *períodos descontínuos* de trabalho (Súmula 156, TST).

2. Termo Inicial de Contagem da Prescrição

A experiência judicial trabalhista tem levado a jurisprudência a especificar diversas hipóteses fáticas concernentes à contagem da prescrição no Direito do Trabalho. Embora o critério geral aplicável a este ramo jurídico especializado seja o mesmo do Direito Civil — o critério da *actio nata* —, há situações justrabalhistas recorrentes que mereceram uma referência direta e específica por parte da jurisprudência.

A) Parcelas Oriundas de Sentença Normativa — No tocante a pedidos fundados em *direitos oriundos de sentença normativa*, há duas situações distintas a serem destacadas.

Em primeiro lugar, *não* havendo ação de cumprimento (art. 872, CLT), o *dies a quo* da prescrição conta-se do trânsito em julgado da sentença. É o que se pode inferir da Súmula 349, STF: “A prescrição atinge somente as prestações de mais de dois anos, reclamadas com fundamento em decisão normativa da Justiça do Trabalho, ou em convenção coletiva de trabalho, quando não estiver em causa a própria validade de tais atos” (obviamente que se deve adequar a expressão dois anos para cinco anos, em face da alteração constitucional de 1988).

Em segundo lugar, havendo ação de cumprimento antes do trânsito em julgado da sentença (como permitido jurisprudencialmente: Súmula 246, TST), parte da jurisprudência entendia que o prazo prescricional iniciava-se do primeiro pagamento feito em descumprimento à sentença normativa (critério que se harmonizava com a teoria da *actio nata*).

Contudo, hoje a jurisprudência pacificou-se em torno de interpretação significativamente mais favorável ao trabalhador — que se construiu fora da orientação da *actio nata*. De fato, dispõe a Súmula 350, TST, que *o prazo de prescrição com relação à ação de cumprimento de decisão normativa flui apenas a partir da data de seu trânsito em julgado*.

(15) Esse antigo Enunciado 64 felizmente foi cancelado pelo TST, a teor de sua Resolução n. 121, de 19.11.2003.

Noutras palavras, havendo ou não ação de cumprimento, a prescrição concernente às parcelas criadas pela sentença normativa flui somente desde o trânsito em julgado do referido diploma normativo.

B) Parcelas de Complementação de Aposentadoria — No que tange a pleitos de *complementação de aposentadoria* suportados pelo antigo empregador, ou pelo respectivo Fundo de Pensão, a jurisprudência trabalhista procurou sistematizar as correspondentes hipóteses prescricionais por meio das Súmulas 326 e 327 do TST, originalmente elaboradas na década de 1990.

Entretanto, após longos debates em torno do sentido e hipóteses de aplicação desses dois verbetes sumulares, o TST decidiu lhes conferir, em maio de 2011 (Res. n. 174/2011, TST), nova redação, a qual prevalece até os dias atuais.

Nesse quadro, dispõe a nova versão da Súmula 326: *COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. PRESCRIÇÃO TOTAL (nova redação) — A pretensão à complementação de aposentadoria jamais recebida prescreve em 2 (dois) anos contados da cessação do contrato de trabalho.*

Do mesmo modo, assim dispõe a nova versão da Súmula 327: *COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. DIFERENÇAS. PRESCRIÇÃO PARCIAL (nova redação) — A pretensão a diferenças de complementação de aposentadoria sujeita-se à prescrição parcial e quinquenal, salvo se o pretenso direito decorrer de verbas não recebidas no curso da relação de emprego e já alcançadas pela prescrição, à época da propositura da ação.*

Nesse contexto, a Súmula 326 passa a ter aplicação restrita, envolvendo somente os raros casos em que o trabalhador jubiliado tiver efetivamente rompido seu contrato de trabalho, sem receber qualquer complementação de aposentadoria, deixando esvaír o prazo de dois anos para a propositura de sua ação. Tal situação é pouco comum pela singela circunstância de ser inusitado alguém deixar fluir todo um biênio para propor sua ação judicial se, *mesmo jubilado e sem contrato de trabalho*, não estiver recebendo *qualquer valor* a título de complementação de aposentadoria.

A Súmula 327, por sua vez, passa a ter aplicação ampla, genérica, atingindo praticamente todos os casos práticos de pleitos de complementação de aposentadoria. Havendo pagamento da complementação, o pleito judicial será, naturalmente, de *diferenças*, aplicando-se a prescrição quinquenal e parcial. Em suma, se o pedido exordial refere-se a *parcela* de complementação, ou seja, a diferenças da complementação previdenciária privada, incide a prescrição parcial e quinquenal.

Ressalva a Súmula 327, entretanto, as situações em que o pretenso direito decorrer de verbas não recebidas no curso da relação de emprego e já alcançadas pela prescrição, à época da propositura da ação (ressalva derivada da incorporação da antiga OJ 156 da SDI-1 do TST). Neste caso, a prescrição será quinquenal, porém total.

O elevado mérito da simplificação sumular não afasta, contudo, o risco de se autorizar, por interpretação (novo texto da Súmula 327), praticamente, a imprescritibilidade dos pleitos de diferenças de complementação de aposentadoria, ainda que a *actio nata* — isto é, o fato tido como lesivo e que deflagra, por isso mesmo, o fluxo prescricional — ter ocorrido há dez, vinte, trinta anos atrás. Pelo novo verbete de súmula, a prescrição não mais extingue a pretensão, se ultrapassado o prazo quinquenal da violação do direito, *porém apenas delimita, temporalmente, a condenação (últimos cinco anos)*.⁽¹⁶⁾

A nova interpretação permite ao aposentado (ou ao/à pensionista), jubilado no ano de 1980, com complementação desde essa antiga data, *reabrir todas as questões jurídicas possíveis existentes nas três décadas seguintes, ano a ano — simplesmente todos os planos econômicos dos anos de 1980 e 90, além de todas as mudanças legais e regulamentares ocorridas nas últimas três décadas* —, desde que sua(s) ação(ões) refira(m)-se a *diferenças de complementação*. Arguida a prescrição pela defesa, será delimitada aos últimos cinco anos, sem prejuízo do exame do mérito da pretensão e do direito, em conformidade com a nova Súmula 327. A pretensão não mais se extingue, sendo apenas delimitada temporalmente aos últimos cinco anos.

Nesse sentido, diversos princípios e regras constitucionais ficariam maculados com semelhante interpretação jurídica. Citem-se, por ilustração, o *princípio da proporcionalidade* (Preâmbulo da Constituição e seu Título I); o princípio da *segurança jurídica* (Preâmbulo e art. 5º, *caput*, CF/88); os princípios da *igualdade* e da *justiça*, que são também valores constitucionais supremos (Preâmbulo da Constituição; art. 5º, *caput*, CF/88); o objetivo fundamental da República de construir uma *sociedade livre, justa e solidária* (art. 3º, I, CF/88); o princípio que induz à *função social da propriedade* (art. 170, III, CF/88); o princípio que induz à *redução das desigualdades regionais e sociais* (art. 3º, *caput*; art. 170, VII, CF/88); o princípio da *justiça social* (art. 170, *caput*, CF/88); o *princípio da solidariedade* que rege a Seguridade Social, inclusive o sistema semipúblico de previdência complementar fechada (art. 194 e art. 202, CF/88); a norma que determina o respeito ao *equilíbrio financeiro e atuarial da Previdência Social*, inclusive o sistema complementar de fundos de pensão (art. 201, *caput*, e art. 202, CF/88).

Naturalmente que deveria se contar a prescrição retroativamente do protocolo da ação, *porém respeitada a data de sua deflagração*, conferida pelo critério da *actio nata*. Afinal, sabe-se que, caso afrontado o direito, nasce para o titular a pretensão (*actio nata*), a qual se extingue no prazo

(16) A extinção da pretensão apenas ocorrerá caso se trate da hipótese da antiga OJ 156, incorporada ao final da Súmula 327, quer dizer, *salvo se o pretense direito decorrer de verbas não recebidas no curso da relação de emprego e já alcançadas pela prescrição, à época da propositura da ação*.

prescricional prefixado. A prescrição deflagra-se com a *actio nata* (isto é, a violação do direito, a mora do devedor em o adimplir, o nascimento da pretensão do credor), o que significa o instante em que ocorreu a lesão.

Quer isso dizer que, ocorrendo a lesão em 1989, por exemplo, relativamente a uma complementação de aposentadoria que vem sendo paga desde 1980 (ao aposentado ou à pensionista, registre-se), deflagra-se, nesta data, a *actio nata*, extinguindo-se a pretensão em 1994. Protocolada a ação em 2014, com pedidos de diferenças em face da lesão ocorrida em 1989, encontra-se, naturalmente, extinta pela prescrição (caso esta tenha sido arguida pelos reclamados, na Instância Ordinária, é claro). Outro exemplo: se a regra dos reajustes da complementação foi alterada em 1991, eliminando-se a regra anterior tida como mais benéfica, começa nesta data de violação do direito (1991) a correr a prescrição — *actio nata*; proposta a ação apenas no ano de 2014, está fulminada pela incidência prescritiva a pretensão do autor.

Claro que se a lei ou o regulamento empresarial que conferem suporte ao pleito do autor continuam em vigência nos últimos cinco anos retroativos à data do protocolo da ação, não se esgotou a *actio nata*, pois, nesse caso, a lesão se mostra continuada, permanecendo a existência do título jurídico do direito e da pretensão também nos últimos anos — ainda que o prejuízo tenha se iniciado 20 anos atrás, quando se instaurou a nova regra, ainda vigente.

C) Prescrição Total e Prescrição Parcial — Distingue a jurisprudência trabalhista, finalmente, como visto, entre *prescrição total* e *prescrição parcial*: “Tratando-se de demanda que envolva pedido de prestações sucessivas decorrentes de alteração do pactuado, a prescrição é total, exceto quando o direito à parcela esteja também assegurado por preceito de lei” (Súmula 294, TST).

A distinção jurisprudencial produz-se em função do *título jurídico* a conferir fundamento e validade à parcela pretendida (preceito de lei ou não). Entende o verbete de súmula que, conforme o título jurídico da parcela, a *actio nata* firma-se em momento distinto. Assim, irá se firmar no instante da lesão — e do surgimento consequente da pretensão —, caso não assegurada a parcela especificamente por preceito de lei (derivando, por exemplo, de regulamento empresarial ou contrato). Dá-se, aqui, a prescrição total, que corre desde a lesão e se consuma no prazo quinquenal subsequente (se o contrato estiver em andamento, é claro).

Consistindo, entretanto, o título jurídico da parcela em *preceito de lei*, a *actio nata* incidiria em cada parcela especificamente lesionada. Torna-se, desse modo, parcial a prescrição, contando-se do vencimento de cada prestação periódica resultante do direito protegido por lei.

São exemplos de parcelas sujeitas à prescrição total, segundo a jurisprudência: gratificações ajustadas, salário-prêmio, etc. É que não são derivadas de expressa criação de preceito de lei, mas dispositivo regulamentar ou contratual.

A jurisprudência arrola, por sua vez, alguns exemplos de parcelas sujeitas à prescrição parcial (parcelas derivadas de expressa criação e regulamentação legal). Vejam-se, ilustrativamente, as diferenças em face de *equiparação salarial*, referidas pela antiga Súmula 274 e atual Súmula 6, IX, TST; também diferenças em face de desvio funcional, mencionadas pela Súmula 275, I, TST. Também são exemplos de parcelas sujeitas à prescrição parcial diferenças em função da aplicação da legislação federal de salários (referidas pelas antigas Súmulas 315, 316, 317 e 323, TST, hoje canceladas as três últimas).

Registre-se que tem ganhado prestígio na jurisprudência a interpretação *ampla* da expressão “preceito de lei” da Súmula 294, como se correspondesse a “lei em sentido lato”, isto é, *norma jurídica*. A prevalecer tal interpretação, a prescrição total só atingiria parcelas derivadas do contrato ou de ato unilateral do empregador (cujos dispositivos têm natureza de *cláusula* e não *norma*). Caso se faça interpretação literal da expressão “preceito de lei” (lei em sentido material e *formal*), as situações de incidência da prescrição total ampliar-se-iam, atingindo parcelas criadas por diplomas normativos infralegais (CCT, ACT, etc.). No plano justabalhista, contudo, deve prevalecer, tecnicamente, a interpretação mais favorável, ao invés da literal e mais gravosa.⁽¹⁷⁾

É oportuno, finalmente, enfatizar-se que essa dualidade entre prescrição total e prescrição parcial, segundo o título jurídico correspondente à parcela trabalhista pleiteada, tem merecido críticas. De um lado, ela importaria no acolhimento de diferenciação não sugerida pela Constituição de 1988 (art. 7º, XXIX), acentuando, através da chamada *prescrição total*, o efeito prescricional constitucionalmente firmado — em afronta à conduta interpretativa sugerida pelo princípio da norma mais favorável.

De outro lado, a teoria civilista ensina que as parcelas de trato sucessivo (como as derivadas do contrato de trabalho, independentemente do título jurídico instituidor da parcela) submetem-se à prescrição parcial, incidindo o critério total essencialmente naquelas obrigações que se concentram em um único ato, não se desdobram no tempo (exemplo: compra e venda, que se perfaz com a tradição do bem móvel; dano moral resultante de uma única ofensa cometida, etc.).

(17) É claro que se aplicar a prescrição meramente parcial a parcelas criadas e regidas por instrumentos coletivos negociados pode levar a algumas dificuldades operacionais, que têm de ser detectadas, com cuidado, pelo intérprete conclusivo do Direito. Imagine-se uma verba que existiu em CCTs vigorantes há 20 anos, porém suprimidas nos últimos dez anos, não constando, pois, dos respectivos instrumentos coletivos mais recentes. É claro que, nesse caso, embora não se possa falar em prescrição total, mas apenas parcial quinquenal (se acolhida a tese mais favorável supra indicada), o fato é que o pleito jurídico deve ser julgado improcedente, pois a verba desapareceu da ordem jurídica nos últimos cinco anos.

Finalmente, argumenta-se que toda cláusula contratual ajustada se encontra protegida pela legislação heterônoma estatal (art. 468, *caput*, CLT), o que conduziria à imperativa incidência parcial da prescrição também nesses casos.

De toda maneira, a partir da Lei n. 13.467/2017, a diferenciação entre prescrição total e prescrição passou a ter respaldo em texto explícito de lei, mediante o novo § 2º inserido no art. 11 da CLT: “§ 2º *Tratando-se de pretensão que envolva pedido de prestações sucessivas decorrente de alteração ou descumprimento do pactuado, a prescrição é total, exceto quando o direito à parcela esteja também assegurado por preceito de lei*”.

D) Prescrição em Danos Morais — Um dos temas que se tornou mais recorrente nos processos judiciais trabalhistas, desde a nova Constituição Federal, consiste nos pleitos de indenizações por danos morais, estéticos e materiais, em virtude de lesões ocorridas nos períodos contratuais, pré-contratuais ou imediatamente pós-contratuais. Tais lesões ofensivas ao patrimônio moral do indivíduo, como se sabe, podem derivar de fatos e atos sem relação com a infortúnica do trabalho (acusação infundada de ilícito penal, por exemplo) ou podem estar a ela vinculados (danos à higidez física e psíquica do indivíduo, em face de acidente do trabalho ou doença profissional ou ocupacional).

Esse tema foi objeto de ampla controvérsia judicial, por mais de uma década, desde 5.10.1988, em três aspectos principais: competência judicial (Justiça do Trabalho *versus* Justiça Comum Estadual), prescrição aplicável (regras do Código Civil *versus* regra da Constituição da República — art. 7º, XXIX); por fim, os requisitos para o deferimento da indenização.⁽¹⁸⁾

Centrado o foco na questão estritamente *prescricional*, não se desconhece serem as indenizações por danos materiais, morais, inclusive danos estéticos e à imagem, nítidos *efeitos conexos ao contrato de trabalho*. Assim, embora regidas pelo Direito Civil, essas indenizações encontram-se fortemente vinculadas à existência da relação laboral entre as partes trabalhistas ao longo do contrato de trabalho. Desse modo, em virtude do forte vínculo de acessoriedade a um feixe relacional determinante — que é regido por regras trabalhistas especiais, objetivas e abrangentes no que tange à prescrição, *inclusive com matriz constitucional* —, é que tais pretensões submetem-se, de maneira geral, ao mesmo critério prescricional vigorante no Direito do Trabalho, ou melhor, na Constituição da República (art. 7º, XXIX).

(18) O tema do dano moral, com as respectivas indenizações por danos morais, estéticos e materiais, está mais largamente examinado neste Curso, em seu Capítulo XIX (“Efeitos dos Contratos de Trabalho: Próprios e Conexos. As Indenizações por Danos Morais e Materiais no Âmbito Trabalhista. Dos Danos Extrapatrimoniais nas Relações de Trabalho”). No respectivo Capítulo XIX se examinam também as mudanças introduzidas na regência normativa do assunto pela Lei da Reforma Trabalhista (n. 13.467/2017) — que se referem, inclusive, a expressão distinta, “danos extrapatrimoniais”.

A jurisprudência trabalhista, contudo, considerada a inegável incerteza jurídica propiciada pelo longo momento de transição, desde o advento da Constituição de 1988 (quando a competência para o exame dessas matérias deslocou-se para a Justiça do Trabalho, em se tratando de efeitos conexos do contrato de trabalho), preferiu acolher uma combinação de prazos, *no período transitório*, em busca da efetividade do princípio constitucional da *segurança*.

Dessa maneira, até a edição da EC n. 45, publicada em 31 de dezembro de 2004 — que promoveu a *reforma do Judiciário*, pacificando essa controvérsia, por meio do novo preceito do art. 114, VI, da CF —, decidiu a jurisprudência trabalhista manter a incidência dos prazos prescricionais do Código Civil, quer o de 1916 (20 anos: art. 177), quer o de 2002, vigente desde janeiro de 2003 (prazo de três anos: art. 206, § 3º, V), respeitado o critério normativo de transição de diplomas civilistas fixado no novo Código Civil (art. 2028).

Essa regra de compatibilização de prazos, durante o período transitório, inicialmente foi elaborada, pela jurisprudência, em relação a pleitos de indenização por danos morais, inclusive estéticos e à imagem, e danos materiais resultantes da infortunística do trabalho — temas em que era mais nítida a resistência da jurisprudência civilista à nova competência da Justiça do Trabalho.

Contudo, a SDI-I do TST, em decisão prolatada em 2010, decidiu, por cautela, isonomia e segurança jurídica, estender o mesmo critério transitório para quaisquer pleitos de indenização por danos morais e materiais, ainda que não se trate de fato vinculado à infortunística do trabalho (por exemplo, agressão física ou acusação leviana de ilícito criminal).⁽¹⁹⁾

Nesse quadro, prevalecem as regras prescricionais civilistas no tocante a fatos ocorridos antes de 31 de dezembro de 2004 (data de publicação da EC n. 45/04, que inseriu o inciso VI no art. 114 da CF/88). A partir de 31.12.04, aplica-se a regra prescricional fixada pela Constituição da República para pleitos brandidos em ações trabalhistas (art. 7º, XXIX, CF/88).⁽²⁰⁾

(19) Nessa linha extensiva, o acórdão paradigma da SDI-I, julgado em 18.11.2010, sob o n. TST-E-ED-RR-51700-59.2000.5.02.0446. Relator Min. Horário Senna Pires. DEJT de 17.12.2010. A extensão do critério de transição realmente se justificava: embora no âmbito da Justiça do Trabalho já fosse pacífica a nova competência fixada pela Constituição de 1988, a verdade é que, mesmo no início da primeira década do século XXI, ainda havia muitas decisões da Justiça Comum Estadual, respaldadas em jurisprudência do próprio STJ, no sentido de que a matéria indenizatória de danos morais, sendo civilista, deslocava a competência para o Juiz de Direito da Comarca onde ocorreu a lesão, ao invés do Juiz do Trabalho da respectiva Vara Trabalhista.

(20) Recentemente o TST, por meio de sua SDI-I e de algumas de suas Turmas, decidiu reconhecer uma distinção: tratando-se de pleito de indenização por dano material, moral ou estético brandido pelos herdeiros ou dependentes do empregado (o chamado “dano moral

3. Arguição da Prescrição: legitimidade e momento

A prescrição, embora instituto de Direito material, é arguida no processo judicial para que a respectiva sentença a examine. Por isso, torna-se fundamental definir-se a legitimidade e o momento próprios à respectiva arguição.

Registre-se que a circunstância de a Lei n. 11.280/2006 ter estipulado a pronúncia oficial da prescrição pelo juiz (novo art. 219, § 5º, CPC/1973; em linha similar o art. 332, § 1º, combinado com o art. 487, II e parágrafo único, CPC/2015) não retira interesse sobre o tema da *arguição* (a respeito, consultar alínea “C” deste item 3).

A) Legitimidade para Arguição — A regra geral civilista — aplicável à área justrabalhista — é que pode arguir prescrição *a própria parte* (art. 162, CCB/1916; art. 193, CCB/2002).

Mas não há dúvida de que o *terceiro interessado* — isto é, aquele que de modo direto ou subsidiário possa vir a responder pela condenação — também pode proceder a tal arguição. No contexto justrabalhista é evidente que o *responsável subsidiário* tem legitimidade e interesse jurídicos para arguir a prescrição (na verdade, este responsável sequer é terceiro, mas parte integrante da lide).

Há polêmica envolvendo o tema prescricional, consubstanciada na seguinte reflexão e indagação: a Constituição de 1988 (seguida da Lei Complementar n. 75, de 1993), ao instituir novas funções e atribuições ao Ministério Público, inclusive como instituição permanente de defesa, entre outros interesses e valores, do regime democrático, dos interesses sociais e do patrimônio público e social (art. 127, *caput*, combinado com 129, Constituição de 1988), teria franqueado a essa instituição a prerrogativa de arguir a prescrição em causas que envolvam entes públicos ou cujas consequências centrais sejam suportadas pelo patrimônio comunitário? Duas respostas interpretativas distintas têm surgido em face desse recente problema jurídico.

A primeira, confirmando a prerrogativa, por considerá-la inerente ao próprio exercício das funções atávicas da relevante instituição. Argumenta essa vertente que, se o liberal e privatístico Direito Civil permite até mesmo ao particular terceiro interessado intervir em um processo judicial para fazer valer prerrogativas em favor da parte silente, seria inconcebível negar-se a uma instituição de natureza pública, com funções eminentemente públicas e

e material indireto ou em ricochete”), em face de lesão acontecida com o obreiro durante a antiga vigência do contrato de trabalho, a prescrição incidente sempre será a do Código Civil, uma vez que, além de a pretensão ostentar nítida natureza civil, os titulares dessa pretensão jamais foram empregados da entidade reclamada.

sociais, os instrumentos processuais hábeis para o exercício de suas funções e atribuições básicas. Nesse contexto, a arguição poderia ser efetuada na fase processual principal de intervenção do Ministério Público, ou seja, até as sessões de julgamento de recursos ordinários trabalhistas nos tribunais correspondentes. Tendo em vista que se trata de uma prerrogativa legal, a arguição não afrontaria o contraditório, dado que as partes já previamente conheceriam da possibilidade desse tipo de intervenção ministerial (art. 3º, LINDB).

A segunda resposta interpretativa tem negado validade a essa prerrogativa ministerial. Argumenta-se que a inexistência de texto legal expresso a respeito do tema, na Constituição e Lei Complementar n. 75/93, seria indicativo enfático de que a ordem jurídica não quis estender tal instrumento ao Ministério Público do Trabalho no exercício de seu mister. A omissão normativa teria sido, pois, carregada de conteúdo jurídico.

Esta segunda vertente tem prevalecido na jurisprudência (OJ 130, SDI-/TST), no que diz respeito, esclareça-se, aos pareceres emitidos em *remessas oficiais* (Decreto-Lei 779/69) e desde que envolvendo direito patrimonial (art. 194, CCB/2002; art. 219, § 5º, CPC/1973, em seus textos primitivos, que não permitiam ao juiz conhecer de ofício de prescrição sobre *direitos patrimoniais*). Não se deve, contudo, ampliar, por esforço interpretativo, esta curiosa restrição à atuação do Ministério Público, em país de práticas patrimonialistas centenárias.

De todo modo, com o advento da Lei n. 11.280/2006, estipulando que o juiz “pronunciará, de ofício, a prescrição” (novo art. 219, § 5º, CPC/1973, em linha similar, os arts. 332, § 1º, e 487, II e parágrafo único, do CPC/2015), fica claro que desapareceu o óbice alegado (em si já muito frágil) à atuação do Ministério Público.

B) Momento Próprio para Arguição — Cabe se definir, por fim, até que fase processual é viável, juridicamente, a arguição da prescrição.

a) *Arguição na Fase de Conhecimento* — O Direito Civil parece não fixar fronteiras temporais a essa arguição, permitindo sua ocorrência “em qualquer instância” (art. 162, CCB/1916; art. 193, CCB/2002).

Não obstante, a jurisprudência já pacificou ser inadmissível produzir-se arguição original de prescrição no corpo de *recurso extraordinário* (Súmula 282, STF). A jurisprudência trabalhista, por sua vez, foi mais rigorosa em tal delimitação de fronteiras, estatuinto que “não se conhece de prescrição não arguida na instância ordinária” (Súmula 153, TST).

Por *instância ordinária* compreende-se a fase do processo caracterizada pelo natural exame amplo das questões componentes da lide, quer seja matéria de direito, quer seja matéria de fato. Trata-se, pois, da fase processual de contraditório amplo e de regular oportunidade de veiculação de matérias novas.

Ora, com tais características despontam apenas as primeiras duas fases *cognitivas* do processo: a original, realizada em primeira instância, com maior largueza de contraditório e de oportunidades inovatórias (que não são tão amplas, assim, esclareça-se). E a fase derivada do duplo grau de jurisdição, em segunda instância, cujas oportunidades inovatórias já são muito restritas, em comparação com o período precedente. Até aqui, em *razões* de recurso ordinário ou em *razões* de recurso ordinário adesivo, entende-se cabível a arguição da prescrição, por serem essas peças de insurgência compatíveis com o contraditório e com a última e restrita oportunidade de inovação no processo, quanto à prescrição (Súmula 153, TST).

Insista-se que a restrição à *instância ordinária* deve se combinar com a observância do *princípio do contraditório*, constitucionalmente consagrado (art. 5º, LV, CF/88). Por isso a arguição somente será válida caso ventilada em *razões* recursais, por serem estes os últimos instantes, na instância ordinária, de argumentação processual submetida a contraditório pleno. Incabível, desse modo, do ponto de vista de lógica jurídica, a arguição, se inovatória, em *contrarrazões recursais* ou no instante dos *memoriais* ou da *sustentação oral*, já no âmbito do tribunal.⁽²¹⁾

Não cabe arguição de prescrição em Embargos de Declaração (em qualquer instância), por ter este instrumento objeto restrito, não sendo hábil para veicular alegações novas.

Também, é claro, torna-se incabível arguição de prescrição na instância especial (recurso de revista para o TST) e na instância extraordinária (recurso extraordinário para o STF), por já ultrapassada, em muito, a fase dita ordinária do processo (Súmula 153). A instância especial, como se sabe, circunscreve-se, regra geral, ao exclusivo exame de *matéria já prequestionada controvertida de direito*, enquanto a extraordinária tem amplitude ainda menor, reduzida ao exame de *matéria já prequestionada de natureza constitucional*.

Note-se, por fim, que a circunstância de o novo art. 11-A, § 2º, da CLT, inserido pela Lei n. 13.467/2017, estatuir que a declaração da prescrição intercorrente, relativa à fase de execução trabalhista (tema a ser examinado mais à frente), “pode ser requerida ou declarada de ofício em qualquer grau de jurisdição” não afasta, evidentemente, a presença imperativa de pressupostos processuais relevantes ao recurso de revista (prequestionamento, etc.), acima já mencionados. Agregue-se, de todo modo, que o referido preceito (art. 11-A, *caput* e §§ 1º e 2º, CLT) claramente não se reporta à fase de conhecimento do processo judicial, porém apenas à fase do “curso da execução”.

(21) Registre-se ao leitor que tem sido prestigiado também o entendimento, na jurisprudência do TST, quanto à validade da arguição original da prescrição em *contrarrazões* recursais, não obstante o óbice do prejuízo ao contraditório e à ampla defesa.

b) *Arguição na Fase de Liquidação e Execução — Prescrição Intercorrente* — A fase própria de arguição da prescrição, no processo do trabalho, sempre foi a *fase de conhecimento* — mesmo assim circunscrita às fronteiras da denominada *instância ordinária* (Súmula 153, TST). À luz desses parâmetros já jurisprudencialmente assentados — e mesmo com o advento do novo art. 11-A da CLT, que se refere à prescrição intercorrente, na fase de execução —, cabe se interpretar o dispositivo celetista que autoriza a arguição de prescrição na fase seguinte à cognição do processo, consubstanciada na liquidação/execução (art. 884, § 1º, CLT); dispositivo que ora se acresce do novo art. 11-A da CLT, que trata da prescrição intercorrente.

A leitura integrada da regra celetista com a interpretação componente da Súmula 153 do TST conduz a algumas conclusões combinadas. Em primeiro lugar, a pura e simples arguição de prescrição na fase de liquidação (isto é, após, em princípio, a fase de conhecimento), em decorrência de *fator antigo*, mostra-se, em princípio, inviável. Ou seja, prescrição inerente à fase de conhecimento — e que ali poderia ter sido arguida — não pode, portanto, ser acatada na fase seguinte, liquidatória ou executória.

Em segundo lugar, a hipótese de prescrição ocorrida em momento posterior à consumação da fase de conhecimento (certamente a hipótese aventada pelo examinado art. 884, § 1º, CLT, além do novo art. 11-A da Consolidação) é, no Processo do Trabalho, sumamente rara, por se tratar de *prescrição intercorrente* — que sempre foi restringida no Direito Processual do Trabalho (Súmula 114, TST). A prescrição intercorrente, porém, conforme se sabe, passou ser tolerada, com restrições, pelo novo art. 11-A da CLT (vigorante desde 11.11.2017), mas somente para a fase de execução.

Conforme exposto em edições deste Curso anteriores à 17ª edição, de 2018, é preciso se compreender que, após a fase de conhecimento, somente será viável se acolher prescrição caso o último ato liquidatório ou executório do processo tenha sido praticado há mais de dois anos (art. 7º, XXIX, CF/88), *isso se mantido inerte o fluxo processual por inquestionável omissão culposa do próprio autor/exequente*. Neste específico caso, incidiria o preceito do art. 7º, XXIX, da Constituição, harmonizado ao art. 884, § 1º, CLT, objeto de recepção constitucional quanto à essa específica e delimitada dimensão normativa. Não se trata, acentue-se, de prescrição por fator antigo, mas de prescrição por fator novo, ou seja, a inércia injustificada do exequente na fase liquidatória/executória, desde que sob sua estrita responsabilidade, propiciando a prescrição intercorrente (regra ora expressa também no art. 11-A da CLT).

Porém, atenção: em vista do princípio constitucional da efetividade da jurisdição, não se pode considerar omissão culposa do exequente a ausência de informações a respeito do paradeiro do executado ou de seus bens, em vista das prerrogativas amplas que se abrem ao Juiz Executor

nesta seara, em contraponto aos inegáveis obstáculos enfrentados pelo exequente no tocante à busca dessa informação prática. Omissão culposa e sob responsabilidade exclusiva do exequente é apenas aquela que dependa, estritamente, de ato volitivo processual seu, sem correspondência com a conduta maliciosa do executado no interior do mesmo processo judicial.

C) Decretação Automática pelo Juiz: ponderações — A Lei Processual Civil n. 11.280/2006, conferindo nova redação ao art. 219, § 5º do CPC/1973 e revogando o art. 194 do CCB/2002, estipulou que o “juiz pronunciará, de ofício, a prescrição” (novo art. 219, § 5º, CPC/1973). O novo CPC manteve a prerrogativa judicial de pronúncia oficial da prescrição, mas como simples faculdade do julgador (art. 487, II, c./c. art. 332, § 1º, ambos do CPC/2015).⁽²²⁾ O Código de 2015, de toda maneira, determinou regra prudencial: “a prescrição e a decadência não serão reconhecidas sem que antes seja dada às partes oportunidade de manifestar-se” (parágrafo único do art. 487 do CPC/2015).⁽²³⁾

A jurisprudência laboralista pacificou-se quanto à incompatibilidade do novo dispositivo civilista com a ordem juslaboral (arts. 8º e 769, CLT). É que, ao determinar a atuação judicial em franco desfavor dos direitos individuais e sociais trabalhistas, a novel regra civilista entra em choque com vários princípios constitucionais (além dos princípios do juiz natural e do devido processo legal): os princípios da centralidade da pessoa humana na ordem jurídica, da valorização do trabalho e do emprego, da norma mais favorável e da submissão da propriedade à sua função socioambiental, além do próprio princípio da proteção.

Com a Lei da Reforma Trabalhista (novo art. 11-A, § 2º, CLT), permitiu-se o decreto oficial da prescrição intercorrente na execução trabalhista. Porém — se ultrapassados os óbices constitucionais acima expostos —, a declaração oficial da prescrição intercorrente somente poderá acontecer se houver inércia efetivamente culposa do exequente — não se incluindo nesse tipo jurídico a ausência de dados pessoais e patrimoniais sobre o executado que tenha se evadido do processo judicial.

Ademais, torna-se necessário que ocorra determinação judicial expressa no curso da execução relativamente ao cumprimento, pelo exequente, de ato processual sob sua inteira possibilidade volitiva (art. 11-A, § 1º, CLT, conforme Lei n. 13.467/2017).⁽²⁴⁾

(22) O enquadramento do decreto judicial da prescrição como simples *faculdade* aberta ao Magistrado, segundo o novo CPC, é acentuado pelo jurista Mauro Schiavi: *Manual de Direito Processual do Trabalho*. 9. ed. São Paulo: LTr, 2015, p. 502.

(23) Curiosamente, entretanto, o novo CPC autoriza o Magistrado julgar liminarmente im procedente o pedido “se verificar, desde logo, a ocorrência de decadência ou de prescrição” (art. 332, § 1º, CPC/2015). Dessa decisão extintiva, cabe o recurso civilista de *apelação* (se compatível a regra com o Processo do Trabalho, a figura recursal cabível seria o *recurso ordinário*). Interposto o recurso, o juiz pode se retratar, ou não (art. 332, §§ 2º, 3º e 4º, do NCPC).

(24) O decreto oficial da prescrição, pelo Magistrado, parece afrontar, mesmo no Direito Processual Civil, os princípios constitucionais do juiz natural e do devido processo legal. Sobre

4. Prescrição Intercorrente

Intercorrente é a prescrição que flui durante o desenrolar do processo. Proposta a ação, interrompe-se o prazo prescricional; logo a seguir, ele volta a correr, de seu início, podendo consumir-se até mesmo antes que o processo termine. O critério intercorrente tem sido muito importante no cotidiano do Direito Penal, por exemplo.

Estabelece a Súmula 327 do STF: “O direito trabalhista admite a prescrição intercorrente”. A seu turno, dispõe a Súmula 114 do TST: “É inaplicável na Justiça do Trabalho a prescrição intercorrente”.

Afinal, qual a posição da prescrição intercorrente no processo do trabalho?

À medida que o Direito é *fórmula de razão, lógica e sensatez*, obviamente não se pode admitir, com a amplitude do Direito Processual Civil, a prescrição intercorrente no Direito Processual do Trabalho. No plano da fase de conhecimento, o impulso oficial do Processo do Trabalho sempre foi sua marca distintiva (art. 765, CLT), permitindo que ele realize os princípios da eficiência e da efetividade da prestação jurisdicional muito antes de tais princípios serem explicitados na própria Constituição da República. Ademais, ainda que a Lei de Reforma Trabalhista tenha inibido o impulso oficial para o início da fase processual de execução, salvo quando as partes não estiveram representadas por advogado e no tocante à execução das contribuições sociais pertinentes ao objeto da condenação (novos textos do art. 878 e do parágrafo único do art. 876, ambos da CLT), o fato é que, no conjunto do desenvolvimento dessa fase, continua caber ao Magistrado dirigir o processo em busca de sua efetividade (art. 5º, LVIII, CF; art. 765, CLT), indeferindo diligências inúteis e protelatórias (art. 130, CPC/1973; art. 370, *caput* e parágrafo único CPC/2015), inclusive determinando qualquer diligência que se faça necessária à consumação final do processo (art. 765, CLT). Dessa maneira, ao longo do processo judicial trabalhista, não se pode tributar à parte os efeitos de uma morosidade a que a lei busca fornecer instrumentos para seu eficaz e oficial combate. De par com isso, no processo de conhecimento, tem o juiz o dever de extinguir o processo, *sem resolução de mérito*, caso o autor abandone o processo, sem praticar atos necessários à sua condução ao objetivo decisório final (art. 267, II e III e § 1º, CPC/1973; art. 485, II e III e § 1º, CPC/2015). A conjugação desses fatores torna, de fato, inviável a

o debate trazido por esse novo critério implantado, no Processo Civil, pela Lei n. 11.280/2006 — prescrição pronunciada de ofício pelo Juiz e sua aplicação (ou não) no contexto trabalhista — consultar DELGADO, M. G., “Direito do Trabalho e Processo do Trabalho — Critérios de Importação de Regras Legais Cíveis e Processuais Cíveis”, in *Revista LTr*, São Paulo: LTr, v. 71, n. 5, maio de 2007. Do mesmo autor, A Prescrição na Justiça do Trabalho — novos desafios, in *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, TST/Magister, Brasília/Porto Alegre, v. 74, n. 1, jan./mar. 2008, p. 47-60. Neste Capítulo, ler item VIII, à frente.

prescrição intercorrente no âmbito do processo de cognição trabalhista. Por isso o texto da Súmula 114 do TST.

Na fase de liquidação e execução também não incidia, em princípio, regra geral, a prescrição intercorrente. Entretanto, a Lei n. 13.467/2017 inseriu texto expresso acolhendo a prescrição intercorrente na fase da execução (novo art. 11-A, CLT).

Contudo, o novo texto legal harmoniza-se, de certo modo, à anterior compreensão sobre a possibilidade da prescrição intercorrente na fase executória — situação essa que já permitia harmonizar, assim, os dois verbetes de súmula acima especificados (Súmula 327, STF, e Súmula 114, TST). Trata-se da omissão reiterada do exequente no processo, em que ele abandona, de fato, a execução, por um prazo superior a dois anos, deixando de praticar, *por exclusiva omissão sua*, atos que tornem fisicamente possível a continuidade do processo. Nesse específico caso, arguida a prescrição, na forma do art. 884, § 1º, CLT (e, agora, na forma do art. 11-A da CLT), pode ela ser acatada pelo Juiz Executor (ou, segundo o art. 11-A, pode ela ser declarada, de ofício, pelo Magistrado). Essa é, na verdade, igualmente a nova hipótese aventada pelo novo art. 11-A da Consolidação.

Enfatize-se, de todo modo, que o fluxo do prazo prescricional intercorrente somente se deflagra “quando o exequente deixa de cumprir determinação judicial no curso da execução” (§ 1º do art. 11-A da CLT). A esse respeito, aliás, bem esclareceu a Instrução Normativa n. 41 do TST: “Art. 2º O fluxo da prescrição intercorrente conta-se a partir do descumprimento da determinação judicial a que alude o § 1º do art. 11-A da CLT, desde que feita após 11 de novembro de 2017 (Lei n. 13.467/2017)”.

Mas atenção: a ausência de atos executórios derivada de falta de bens do executado (ou de seu desaparecimento...) *não* enseja a decretação da prescrição intercorrente. É que, nesse caso, a inércia processual não pode ser imputada ao exequente. Por esse motivo, a alternativa processual que emerge para o Juiz Executor, em tais situações, será aquela prevista no art. 40, §§ 2º e 3º, Lei n. 6.830/80 (aplicável ao Processo do Trabalho por força do art. 889, CLT). Ou seja: “decorrido o prazo máximo de um ano, sem que seja localizado o devedor ou encontrados bens penhoráveis, o juiz ordenará o arquivamento dos autos” (§ 2º). Porém fica aberta a ressalva: “encontrados que sejam, a qualquer tempo, o devedor ou os bens, serão desarquivados os autos para prosseguimento da execução” (§ 3º do art. 40).

Outra alternativa prática será o Juiz Executor, em tais casos de execuções manifestamente frustradas por falta de bens, determinar a expedição de certidão circunstanciada do processo na fase executória, com todos os

dados fundamentais da coisa julgada, além dos necessários para eventual futura reabertura da execução (após atualização do crédito exequendo), se forem encontrados o executado ou algum(ns) de seus bens.⁽²⁵⁾

VIII. PRESCRIÇÃO: ESPECIFICIDADES TRABALHISTAS E NOVA COMPETÊNCIA AMPLIADA DA JUSTIÇA DO TRABALHO

A ampliação da competência da Justiça do Trabalho pela EC n. 45, de dezembro de 2004 (novo art. 114, CF/1988), produziu a convivência, no âmbito judicial trabalhista, de critérios normativos distintos de regência da matéria prescricional. Esta distinção torna-se muito relevante no que tange, pelo menos, a dois aspectos: a prescrição intercorrente e o decreto oficial da prescrição pelo Magistrado.

No plano das relações regidas pelo Direito Civil, Direito Administrativo, Direito Tributário e Direito Processual Civil, em que não impera a especificidade fática e jurídica responsável pela existência do Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho, é mais reduzida a resistência ao acolhimento das lâminas supressivas da prescrição intercorrente e do decreto oficial prescritivo. Ali as lides tendem a surgir entre seres com razoável equivalência de poder (caso dos conflitos intersindicais ou entre sindicatos e empregadores, por exemplo: art. 114, III, CF/88) ou se trata de lides contrapondo seres poderosos, mesmo que reconhecida a prevalência fático-jurídica do credor/Estado (caso dos conflitos entre os empregadores apenados e o Estado/fiscalizador das relações de trabalho, ilustrativamente: art. 114, VII, CF/88).

Ora, em tais situações substantivamente distintas das empregatícias e conexas — situações que se situam, pois, fora do Direito do Trabalho e, de maneira geral, fora do Direito Processual do Trabalho — não há porque se restringir, de maneira especial, os critérios de incidência da prescrição intercorrente e da pronúncia oficial prescritiva *que já estejam consagrados naqueles ramos não tuitivos da ordem jurídica*. Não há motivo consistente para se acanhar, em face

(25) Naturalmente que não se desconsidera o problema físico e administrativo causado pelo acúmulo de processos trabalhistas na fase de cumprimento da sentença ou de execução forçada, por serem muitos deles praticamente inexecutáveis em vista da falta de informações eficazes sobre o devedor e/ou seus bens. Tal problema, contudo, não deve ser resolvido à base de artificialismos que conspiram contra a função social da Justiça do Trabalho, tal como seria acolher-se a tese draconiana genérica da prescrição intercorrente em face de qualquer percalço acontecido na execução trabalhista. Mais racional, eficiente e justo seria generalizar-se a medida administrativa que tem sido tomada por certos TRTs, no sentido de determinar ao Juiz Executor, nesses casos de execuções circunstancialmente inviáveis, por falta de endereço do executado ou de notícia sobre seus bens, que expeça *certidão circunstanciada do processo na fase executória, com todos os dados fundamentais da coisa julgada, além dos necessários para eventual futura reabertura da execução, com atualização do crédito exequendo, caso encontrados o executado ou algum(ns) de seus bens*.

da nova competência constitucional, as regras de direito material e de direito processual que já sejam classicamente aplicáveis, fazendo incidir a prescrição em benefício do devedor e contrariamente ao credor.

O inverso acontece, porém, no que tange às lides eminentemente trabalhistas e conexas.

Nesta seara há ramo jurídico especial imperando, com princípios, regras e institutos especiais, todos na direção francamente contrária ao esmaecimento da ordem jurídica trabalhista e das pretensões que lhe são decorrentes. A mudança de competência produzida pela EC n. 45/2004 não trouxe qualquer alteração no ramo justrabalhista especializado e em seu direito processual instrumental — ao invés, somente lhes aguçou a especificidade e a força. Aplicar critério normativo civilista, tributário, administrativo ou processual civil no campo do Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho *com o fito de depreciar ou restringir as pretensões que lhe são decorrentes, sem respeito à especificidade destes segmentos jurídicos próprios*, é não somente afrontar a clássica Teoria Geral de Intercomunicação de Normas Jurídicas — que vale em qualquer segmento do Direito e muito mais em suas áreas jurídicas especializadas —, como transformar o avanço constitucional de dezembro de 2004 (EC n. 45), que foi basicamente instrumental, em injustificável retrocesso jurídico, no plano da efetividade social e cultural dos direitos fundamentais do trabalho.

Nesse contexto, as regras da prescrição, no Processo do Trabalho, relativamente a causas entre empregado e empregador (ou entre trabalhador avulso e o OGMO ou seu sindicato ou entidades empresariais tomadoras de serviços), a par de causas conexas, são aquelas já exaustivamente expostas neste Capítulo VIII, inclusive com os limites da prescrição intercorrente agora aplicável na fase processual de execução ⁽²⁶⁾.

(26) A Teoria Geral de Intercomunicação de Normas Jurídicas, já há mais de cem anos, dispõe que normas gerais não interferem nas especiais, e vice-versa, não se aplicando a ramo jurídico especial dispositivo oriundo de outra área do Direito (geral ou especial) que seja incompatível com o estuário normativo do campo jurídico especializado. Este critério jurídico clássico (válido para qualquer campo do Direito, registre-se) é que preservou o Direito do Trabalho, ao longo de décadas, do assédio de parâmetros normativos que lhe eram exógenos; não há razão consistente para se modificar esta perspectiva na atual fase cultural vivenciada. A respeito do presente tema, consultar DELGADO, Mauricio Godinho, “Direito do Trabalho e Processo do Trabalho — critérios de importação de regras legais civis e processuais civis”, *in Revista LTr*, São Paulo: LTr, v. 71, n. 5, maio de 2007.



LIVRO II

DIREITO INDIVIDUAL DO TRABALHO

RELAÇÃO DE EMPREGO — CARACTERIZAÇÃO

I. INTRODUÇÃO

A relação jurídica, englobando os sujeitos, o objeto e o negócio jurídico vinculante das partes, é, como visto, a categoria básica do fenômeno do Direito. Efetivamente, ela se qualifica como o vértice em torno do qual se constroem todos os princípios, institutos e regras que caracterizam o universo jurídico.

Ao lado desse caráter geral magnetizador, a relação jurídica ocupa posição de destaque em cada um dos ramos jurídicos especializados. Na verdade, a especialização desses ramos surge exatamente à medida que lhes desponta uma relação jurídica específica, hábil a deflagrar a necessidade de formulação e desenvolvimento de princípios, regras e institutos jurídicos que sejam compatíveis e referenciados a essa relação surgida. A particularidade das relações jurídicas próprias ao Direito Tributário, Direito Empresarial, Direito Penal, Direito Civil (e a particularidade das relações jurídicas nucleares de cada um dos segmentos deste último ramo jurídico: Direito das Coisas, Direito Obrigacional, Direito de Família, etc.) é que irá justificar a construção de características teóricas e normativas tão distintivas para cada um dos clássicos ramos que compõem o universo jurídico hoje.

No ramo jurídico trabalhista, esse núcleo básico centra-se na relação de trabalho, mais propriamente na *relação de emprego*.

Relação de Trabalho versus Relação de Emprego — A Ciência do Direito enxerga clara distinção entre relação de trabalho e relação de emprego.

A primeira expressão tem caráter genérico: refere-se a todas as relações jurídicas caracterizadas por terem sua prestação essencial centrada em uma obrigação de fazer consubstanciada em *labor humano*. Refere-se, pois, a toda modalidade de contratação de trabalho humano modernamente admissível. A expressão relação de trabalho englobaria, desse modo, a relação de emprego, a relação de trabalho autônomo, a relação de trabalho eventual, de trabalho avulso e outras modalidades de pactuação de prestação de labor (como trabalho de estágio, etc.). Traduz, portanto, o gênero a que se acomodam todas as formas de pactuação de prestação de trabalho existentes no mundo jurídico atual.

Evidentemente que a palavra trabalho, embora ampla, tem uma inquestionável delimitação: refere-se a dispêndio de energia pelo *ser humano*,

objetivando resultado útil (e não dispêndio de energia por seres irracionais ou pessoa jurídica). Trabalho é atividade inerente à pessoa humana, compondo o conteúdo físico e psíquico dos integrantes da humanidade. É, em síntese, *o conjunto de atividades, produtivas ou criativas, que o homem exerce para atingir determinado fim.*⁽¹⁾

A relação de emprego, do ponto de vista técnico-jurídico, é apenas uma das modalidades específicas de relação de trabalho juridicamente configuradas. Corresponde a um tipo legal próprio e específico, inconfundível com as demais modalidades de relação de trabalho ora vigorantes.

Não obstante esse caráter de mera espécie do gênero a que se filia, a relação de emprego tem a particularidade de também se constituir, do ponto de vista econômico-social, na modalidade mais relevante de pactuação de prestação de trabalho existente nos últimos duzentos anos, desde a instauração do sistema econômico contemporâneo, o capitalismo. Essa relevância socioeconômica e a singularidade de sua dinâmica jurídica conduziram a que se estruturasse em torno da relação de emprego um dos segmentos mais significativos do universo jurídico atual — o Direito do Trabalho.

Passados duzentos anos do início de sua dominância no contexto socioeconômico do mundo ocidental, pode-se afirmar que a relação empregatícia tornou-se a mais importante relação de trabalho existente no período, quer sob a perspectiva econômico-social, quer sob a perspectiva jurídica. No primeiro plano, por se generalizar ao conjunto do mercado de trabalho, demarcando uma tendência expansionista voltada a submeter às suas regras a vasta maioria de fórmulas de utilização da força de trabalho na economia contemporânea. No segundo plano, por ter dado origem a um universo orgânico e sistematizado de regras, princípios e institutos jurídicos próprios e específicos, também com larga tendência de expansionismo — o Direito do Trabalho.

Em face da relevância, projeção e tendência expansionista da relação empregatícia, reduzindo espaço às demais relações de trabalho ou assimilando às suas normas situações fáticas originariamente não formuladas como tal, firmou-se, na tradição jurídica, a tendência de designar-se a espécie mais importante (*relação de emprego*) pela denominação cabível ao gênero (*relação de trabalho*). Nessa linha, utiliza-se a expressão *relação de trabalho* (e, conseqüentemente, *contrato de trabalho* ou mesmo *Direito do Trabalho*) para se indicarem típicas relações, institutos ou normas concernentes à relação de emprego, no sentido específico.

Essa tendência, embora possa ser criticada sob o enfoque estritamente técnico-jurídico, já está hoje absolutamente consolidada. A consolidação de

(1) Conceito de Instituto Antônio Houaiss, *Dicionário Houaiss de Língua Portuguesa*, Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 2743.

tal tendência — que se originou, é verdade, da incontestável hegemonia fático-jurídica da relação empregatícia no universo de todas as relações de trabalho — torna meramente acadêmica e formalista a insistência em se recusar validade teórica às expressões tradicionais (relação de trabalho e contrato de trabalho) para designar a relação e instituto de caráter específico (relação de emprego e contrato de emprego). Desse modo, deve o leitor atentar para o fato de que, muitas vezes, está-se utilizando a expressão *relação de trabalho* (ou *contrato de trabalho*) com o objetivo estrito de se referir às figuras técnico-jurídicas da relação empregatícia ou contrato empregatício.

II. CARACTERIZAÇÃO DA RELAÇÃO DE EMPREGO

A prestação de trabalho por uma pessoa física a outrem pode se concretizar segundo fórmulas relativamente diversas entre si. Mesmo no mundo econômico ocidental dos últimos duzentos anos, essa prestação não se circunscreve à exclusiva fórmula da relação empregatícia.

Assim, a prestação de trabalho pode emergir como uma obrigação de fazer pessoal, mas sem subordinação (trabalho autônomo em geral); como uma obrigação de fazer sem pessoalidade nem subordinação (também trabalho autônomo); como uma obrigação de fazer pessoal e subordinada, mas episódica e esporádica (trabalho eventual). Em todos esses casos, não se configura uma relação de emprego (ou, se se quiser, um contrato de emprego). Todos esses casos, portanto, consubstanciam relações jurídicas que não se encontram, em princípio, sob a égide da legislação trabalhista (CLT e leis esparsas) e, até o advento da EC n. 45/2004 (novo art. 114, CF/88), nem se encontravam, regra geral, sob o manto jurisdicional da Justiça do Trabalho.

A caracterização da relação empregatícia é, portanto, procedimento essencial ao Direito do Trabalho, à medida que propiciará o encontro da relação jurídica básica que deu origem e assegura desenvolvimento aos princípios, regras e institutos justrabalhistas e que é regulada por esse ramo jurídico especial. É procedimento com reflexos no próprio Direito Processual do Trabalho, uma vez que este abrange, essencialmente, as lides principais e conexas em torno da relação de emprego (a ampliação da competência da Justiça do Trabalho pela EC n. 45/2004 — art. 114, I a IX, CF/88 — não retirou a hegemonia das lides empregatícias no âmbito da Justiça Especializada).

1. *Distinções na História do Direito*

A Ciência do Direito já fixou, com clareza, o posicionamento histórico do Direito do Trabalho no contexto da emergência e desenvolvimento da socie-

dade industrial contemporânea, por ser apenas nesse instante histórico que surge, com relevância sociojurídica, a categoria básica desse ramo jurídico especializado — a relação empregatícia. Não há como, portanto, encontrar-se em períodos medievais ou antigos, com caráter de relevância, vínculo jurídico que possa ser identificado com a relação de emprego⁽²⁾.

O trabalho empregatício (enquanto trabalho livre mas subordinado) constitui, hoje, a relação jurídica mais importante e frequente entre todas as relações de trabalho que se têm formado na sociedade capitalista. Essa generalidade socioeconômica do trabalho empregatício é, entretanto, como visto, um fenômeno sumamente recente: nos períodos anteriores ao século XIX predominava o trabalho não livre, sob a forma servil ou, anteriormente, escrava. Naquele antigo e/ou medieval quadro de domínio da utilização escrava ou servil do trabalho humano, restava um exíguo espaço socioeconômico para a contratação de prestação de trabalho livre; em tal contexto, as normas e conceitos jurídicos referentes a tais infrequentes modalidades de utilização do trabalho livre eram, também, compativelmente escassas.

O Direito Romano fornece apenas duas modalidades de contratação de trabalho livre, nenhuma delas assimilável, tecnicamente, à relação de emprego: a *locatio operis* e a *locatio operarum*.

A *locatio operis* caracterizava-se pela contratação de um trabalho especificado segundo o seu resultado — a obra. Garantida a autonomia do prestador de trabalho, semelhante contrato transferia também ao prestador os riscos inerentes à efetuação de seu trabalho — e da obra prometida. A figura, como se percebe, aproxima-se da contemporânea figura civilista da *empreitada*.

Na *locatio operarum* importava não a contratação da obra (do resultado), mas os serviços pactuados, o trabalho prestado — preservada a autonomia do prestador contratado. Nessa modalidade de contrato, o risco do resultado transferia-se ao contratante do serviço e não a seu prestador. A figura aproxima-se, desse modo, relativamente, da contemporânea *locação de serviços*.

A presente referência histórico-jurídica conduz a algumas reflexões. De um lado, não se percebe, nesse quadro contextual, a ocorrência da realidade fática do trabalho livre, subordinado, contínuo e, desse modo, da relação de emprego ou contrato de emprego. Inexistente o fato da relação empregatícia, não se formulou, obviamente, a resposta conceitual e normativa correlata (a figura jurídica da relação de emprego).

(2) A respeito da origem e posicionamento histórico da relação de emprego e do próprio Direito do Trabalho, consultar o Capítulo III deste Curso.

De outro lado, a cultura escravista acerca do trabalho e do trabalhador negava valorização ética e jurídica à então mais frequente modalidade de manifestação do fenômeno (a escravatura). Isto, somado à assimilação da mais frequente figura de trabalhador (o escravo) à noção de *bem, coisa*, tudo induzirá à aproximação, na época, da relação jurídica de prestação de trabalho livre à figura singela da locação (*locatio*). Assim, à semelhança da locação de coisas, havia a locação de trabalho.

A notícia histórica examinada apenas confirma o nítido posicionamento sócio-histórico contemporâneo da relação empregatícia. Somente a partir do processo de surgimento do trabalho juridicamente livre, em finais da Idade Média, como um dado intenso, relevante e crescente; somente, tempos depois, com a dinâmica de construção da sociedade industrial urbana — que reconectou aquele trabalhador ao sistema produtivo, por meio de uma nova modalidade de relação jurídica, que iria se tornar dominante (a relação de emprego) — em síntese, somente a partir desse quadro contextual complexo é que se firmaram as condições para a consumação da nova relação jurídica empregatícia. Por essas razões é que a pesquisa sobre a caracterização da relação de emprego é essencialmente uma pesquisa em torno da modernidade, uma investigação sobre elementos e dinâmicas muito próprios à contemporânea sociedade capitalista originada no Ocidente.

2. Critérios de Caracterização da Relação Empregatícia

A proposição de método oriunda das Ciências Sociais, informadora de que “todo fenômeno sócio-histórico resulta da síntese de múltiplas determinações”⁽³⁾, socorre, uma vez mais, o estudioso do Direito na pesquisa acerca da formação e caracterização da figura jurídica da relação de emprego.

De fato, a relação empregatícia, enquanto fenômeno sociojurídico, resulta da síntese de um diversificado conjunto de fatores (ou elementos) reunidos em um dado contexto social ou interpessoal. Desse modo, o fenômeno sociojurídico da relação de emprego deriva da conjugação de certos elementos inarredáveis (*elementos fático-jurídicos*), sem os quais não se configura a mencionada relação.

Os elementos fático-jurídicos componentes da relação de emprego são cinco: a) prestação de trabalho por *pessoa física* a um tomador qualquer; b) prestação efetuada com *personalidade* pelo trabalhador; c) também efetuada com *não eventualidade*; d) efetuada ainda sob *subordinação* ao tomador dos serviços; e) prestação de trabalho efetuada com *onerosidade*.

(3) A proposição, como se sabe, é de Karl Marx, embora no século XX tenha também permeado construções teóricas de outra direção, como o *funcionalismo* norte-americano. Ou seja, é proposição de método consagrada por distintas vertentes das Ciências Sociais.

A CLT aponta esses elementos em dois preceitos combinados. No *caput* de seu art. 3º: “Considera-se empregado toda *pessoa física* que prestar *serviço de natureza não eventual* a empregador, *sob a dependência deste e mediante salário*”. Por fim, no *caput* do art. 2º da mesma Consolidação: “Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a *prestação pessoal de serviços*”.

Tais elementos são, portanto: trabalho *não eventual*, prestado “*intuitu personae*” (*personalidade*) por *pessoa física*, em situação de *subordinação*, com *onerosidade*.

Esses elementos ocorrem no mundo dos fatos, existindo independentemente do Direito (devendo, por isso, ser tidos como elementos fáticos). Em face de sua relevância sociojurídica, são eles, porém, captados pelo Direito, que lhes confere efeitos compatíveis (por isso devendo, em consequência, ser chamados de elementos *fático-jurídicos*).

Não são, portanto, criação jurídica, mas simples reconhecimento pelo Direito de realidades fáticas relevantes. Também denominados pela mais arguta doutrina jurídica de *pressupostos*⁽⁴⁾, esses elementos fático-jurídicos alojam-se “...na raiz do fenômeno a ser demonstrado”⁽⁵⁾, antecedendo o fenômeno e dele independentemente, embora venham a ser indispensáveis à composição desse mesmo fenômeno⁽⁶⁾. Conjugados esses elementos fático-jurídicos (ou pressupostos) em uma determinada relação socioeconômica, surge a relação de emprego, juridicamente caracterizada.

Cada um desses elementos fático-jurídicos, após apreendidos pelo Direito, vêm formar um tipo legal específico e delimitado. Busca a Ciência do Direito precisar a composição e caracterização de cada um de tais elementos, de modo a tornar mais objetiva e universal sua compreensão pelos operadores jurídicos. É o que será feito a seguir.

A) Trabalho por Pessoa Física — A prestação de serviços que o Direito do Trabalho toma em consideração é aquela pactuada por uma pessoa física (ou natural). Os bens jurídicos (e mesmo éticos) tutelados pelo Direito do Trabalho (vida, saúde, integridade física e psíquica, segurança, igualdade em sentido substancial, bem estar, lazer, etc.) importam à pessoa física, não podendo, em grande parte, ser usufruídos por pessoas jurídicas. Assim, a figura do trabalhador há de ser, sempre, uma pessoa natural.

(4) Trata-se da clássica conceituação construída pelo Professor Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena, na obra *Relação de emprego: estrutura legal e supostos*. São Paulo: Saraiva, 1975, p. 163.

(5) RIBEIRO DE VILHENA, Paulo Emílio. *Relação de emprego: estrutura legal e supostos*. São Paulo: Saraiva, 1975, p. 163.

(6) RIBEIRO DE VILHENA, P. E., ob. cit., p. 163.

Na verdade, a própria palavra *trabalho* já denota, necessariamente, atividade realizada por pessoa natural, ao passo que o verbete *serviços* abrange obrigação de fazer realizada quer por pessoa física, quer pela jurídica.

Por essa razão, a pactuação — e efetiva concretização — de prestação de serviços por pessoa jurídica, sem fixação específica de uma pessoa física realizadora de tais serviços, afasta a relação jurídica que se estabelece no âmbito justralhista. Pela mesma razão, apenas o empregador é que, indistintamente, pode ser pessoa física ou jurídica — jamais o empregado.

Obviamente que a realidade concreta pode evidenciar a utilização simulatória da roupagem da pessoa jurídica para encobrir prestação efetiva de serviços por uma específica pessoa física (art. 9º, CLT), celebrando-se uma relação jurídica sem a indeterminação de caráter individual que tende a caracterizar a atuação de qualquer pessoa jurídica. Demonstrado, pelo exame concreto da situação examinada, que o serviço diz respeito apenas e tão somente a uma pessoa física, surge o primeiro elemento fático-jurídico da relação empregatícia.

B) Pessoalidade — Trata-se de elemento obviamente vinculado ao anterior, mas que perante ele guarda importante distinção. O fato de ser o trabalho prestado por pessoa física não significa, necessariamente, ser ele prestado com pessoalidade. Esse segundo elemento fático-jurídico tem, assim, que ser também aferido na relação jurídica concreta formulada entre as partes.

É essencial à configuração da relação de emprego que a prestação do trabalho, pela pessoa natural, tenha efetivo caráter de *infungibilidade*, no que tange ao trabalhador. A relação jurídica pactuada — ou efetivamente cumprida — deve ser, desse modo, *intuitu personae* com respeito ao prestador de serviços, que não poderá, assim, fazer-se substituir intermitentemente por outro trabalhador ao longo da concretização dos serviços pactuados. Verificando-se a prática de substituição intermitente — circunstância que torna impessoal e fungível a figura específica do trabalhador enfocado —, descaracteriza-se a relação de emprego, por ausência de seu segundo elemento fático-jurídico.

Há, contudo, situações ensejadoras de substituição do trabalhador sem que se veja suprimida a pessoalidade inerente à relação empregatícia. Em primeiro lugar, citem-se as situações de substituição propiciadas pelo consentimento do tomador de serviços: uma *eventual* substituição consentida (seja mais longa, seja mais curta no tempo), por exemplo, não afasta, necessariamente, a pessoalidade com relação ao trabalhador original. É óbvio, contudo, que uma intermitente e constante substituição consentida pode ser parte relevante de um contrato de prestação de serviços de caráter autônomo e *sem pessoalidade* (como ocorre com o representante comercial que credencia prepostos seus) — o que colocaria a relação jurídica examinada distante da figura legal típica da relação empregatícia.

Em segundo lugar, citem-se as substituições normativamente autorizadas (por lei ou norma autônoma). Ilustrativamente, férias, licença-gestante, afastamento para cumprimento de mandato sindical, etc. Nesses casos, o contrato do trabalhador afastado (e substituído, se o empregador decidir colocar em seu posto um substituto) apenas se suspende ou se interrompe, sem qualquer descaracterização da personalidade inerente à relação de emprego.⁽⁷⁾

A ocorrência da substituição tende a configurar, com respeito ao trabalhador substituto, uma situação jurídica nova. Tratando-se o substituto de empregado da mesma empresa, e não sendo a substituição meramente eventual, deverá ser beneficiado, temporariamente, pelas vantagens inerentes ao cargo ocupado (art. 450, CLT; Súmula 159, I, TST). Tratando-se de obreiro recrutado externamente, poderá ser contratado até mesmo — conforme o tipo e duração da substituição — por contrato a prazo (art. 443, CLT), ou, se configurados os permissivos da Lei n. 6.019/74, por contrato de trabalho temporário (assegurado o patamar remuneratório inerente ao cargo ocupado)⁽⁸⁾.

O elemento fático-jurídico da personalidade produz efeitos não somente no instante da configuração do vínculo empregatício, como também no momento de sua própria extinção. É que sendo personalíssima a obrigação de prestar os serviços, ela não se transmite a herdeiros e sucessores. A morte do empregado, portanto, dissolve, automaticamente, o contrato entre as partes. Pelas mesmas razões, tornando-se inviável a prestação pessoal do trabalho, no curso do contrato, por certo período (ainda que sem substituição do empregado), incidem as normas de suspensão ou interrupção do pacto empregatício, conforme a hipótese ensejadora do afastamento.

Enfatize-se, por fim, que a personalidade é elemento que incide apenas sobre a figura do empregado. No tocante ao empregador, ao contrário, prevalece aspecto oposto, já que vigorante no Direito do Trabalho a *diretriz da despersonalização da figura do empregador*. Em consequência, pode ocorrer, na relação empregatícia, a constante alteração subjetiva do contrato — desde que no polo empresarial —, mantendo-se em vigor as regras contratuais anteriores com relação ao mesmo empregado. É o que se prevê, a propósito, nos arts. 10, 448 e 448-A da CLT, que tratam da chamada sucessão trabalhista.

C) Não Eventualidade — A ideia de *permanência* atua no Direito do Trabalho em duas dimensões principais: de um lado, na duração do contrato empregatício, que tende a ser incentivada ao máximo pelas normas justrabalhistas. Rege esse ramo jurídico, nesse aspecto, o princípio da

(7) A interrupção e a suspensão do contrato de trabalho serão estudadas no Capítulo XXVII deste Curso.

(8) Os contratos a prazo serão estudados no Capítulo XVII (“Tipos de Contratos a Termo”) deste Curso. Já o contrato de trabalho temporário (Lei n. 6.019, de 1974) será examinado no Capítulo XIII deste Curso, concernente à terceirização trabalhista.

continuidade da relação de emprego, pelo qual se incentiva, normativamente, a permanência indefinida do vínculo de emprego, emergindo como exceções as hipóteses de pactuações temporalmente delimitadas de contratos de trabalho.

De outro lado, a ideia de permanência vigora no Direito do Trabalho no próprio instante da configuração do tipo legal da relação empregatícia. Por meio do elemento fático-jurídico da *não eventualidade*, o ramo trabalhista esclarece que a noção de permanência também é relevante à formação socio-jurídica da categoria básica que responde por sua origem e desenvolvimento (a relação de emprego).

Nesse sentido, para que haja relação empregatícia é *necessário que o trabalho prestado tenha caráter de permanência (ainda que por um curto período determinado), não se qualificando como trabalho esporádico*. A continuidade da prestação (antítese à eventualidade) é, inclusive, expressão acolhida, há mais de 40 anos, pela legislação regente do trabalho doméstico, seja a antiga Lei n. 5.859/1972 (que se refere àquele “que presta serviços de natureza contínua” — art. 1º, *caput*), seja a nova Lei Complementar n. 150/2015 (que se reporta àquele “que presta serviços de forma contínua” — *caput* do art. 1º).

A legislação trabalhista clássica não incide sobre o trabalhador eventual — embora não haja dúvida de que ele também possa ser um trabalhador subordinado. Por ser um “subordinado de curta duração” (*Amauri Mascaro Nascimento*), esporádica e intermitentemente vinculado a distintos tomadores de serviço, falta ao trabalhador eventual um dos cinco elementos fático-jurídicos da relação empregatícia — exatamente o elemento que enfatiza a ideia de permanência —, o que impede sua qualificação como *empregado*.

O conceito de não eventualidade é, porém, um dos mais controvertidos do Direito do Trabalho. A dissensão apresenta-se na doutrina, na jurisprudência e nos próprios textos legais. Nesse último plano, há que se destacar a circunstância de a CLT eleger a expressão “serviços de natureza *não eventual*” (art. 3º, *caput*; grifos acrescidos) para traduzir o referido elemento fático-jurídico em enfoque; em contraponto a isso, a legislação reguladora do trabalho doméstico prefere se valer de expressão distinta, a saber, “serviços de natureza *contínua*” (art. 1º, *caput*, Lei n. 5.859/72; grifos acrescidos) ou “serviços de forma *contínua*” (art. 1º, *caput*, LC n. 150/15; grifos acrescidos).

A doutrina, por sua vez, construiu distintas teorizações com o fim de precisar com maior clareza o exato sentido do elemento fático-jurídico da não eventualidade. Essa riqueza de formulações não impede, entretanto, o relativo impasse produzido pela escolha isolada de qualquer dessas teorizações elaboradas: é que cada uma das teorias sobre a noção de eventualidade pode produzir resultados concretos distintos em face de situações empíricas examinadas pelo operador jurídico. A conduta mais sensata, nesse contexto,

é valer-se o operador jurídico de uma aferição convergente e combinada das distintas teorias em cotejo com o caso concreto estudado, definindo-se a ocorrência ou não da eventualidade pela conjugação predominante de enfoques propiciados pelas distintas teorias.

a) *Eventualidade versus Não Eventualidade: teorias* — As principais teorias informadoras da noção de eventualidade (e, conseqüentemente, da noção de não eventualidade) são: teoria da descontinuidade, teoria do evento, teoria dos fins do empreendimento e teoria da fixação jurídica. Adiante-se que, em conformidade com a doutrina e jurisprudência dominantes, a primeira de tais teorias (descontinuidade) seria incompatível com a CLT, mas harmônica à legislação reguladora do trabalho doméstico, ao passo que as três subsequentes teorias seriam ajustadas ao espírito do texto celetista.

A *teoria da descontinuidade* informa que eventual seria o trabalho descontínuo e interrupto com relação ao tomador focado — portanto, um trabalho que se fraciona no tempo, perdendo o caráter de fluidez temporal sistemática. Para essa formulação teórica, o trabalho eventual tem caráter fragmentado, verificando-se sua ocorrência de modo disperso no tempo, *com rupturas e espaçamentos temporais significativos com respeito ao tomador de serviços examinado*.

Tem-se compreendido que a teoria da descontinuidade foi enfaticamente *rejeitada* pela CLT — sendo esta, a propósito, uma das poucas afirmações claras que se tem no tocante ao elemento não eventualidade. Ao preferir se valer da expressão negativa *serviços de natureza não eventual* para se referir ao elemento fático-jurídico em exame (em vez de se valer da expressão positiva *serviços de natureza contínua*) — cometendo, pois, aparente incorreção técnica —, a CLT teria querido, na verdade, firmar sua rejeição à teoria da continuidade/descontinuidade na caracterização do referido pressuposto da relação de emprego.

Desse modo, à luz da Consolidação, um trabalhador que preste serviços ao tomador, por diversos meses seguidos, mas apenas em domingos ou fins de semana (caso de garçons de clubes campestres, por exemplo), *não* poderia se configurar como trabalhador eventual, em face da não absorção, pela CLT, da teoria da descontinuidade⁽⁹⁾.

O mesmo raciocínio pela rejeição celetista da teoria da descontinuidade não poderia deixar de chegar à conclusão inversa no que tange à legislação que regula o trabalho doméstico. Tal legislação claramente evitou

(9) É óbvio que, nesse exemplo figurado, a relação empregatícia somente existiria caso presentes todos os demais elementos fático-jurídicos exigidos pela mesma CLT. Mesmo com respeito ao elemento da não eventualidade, caberia se examinar se a situação enfocada enquadra-se também nas exigências das outras teorias concernentes à noção de não eventualidade.

a expressão celetista consagrada *serviços de natureza não eventual*; ela preferiu se referir a *serviços de natureza contínua* ou *serviços de forma contínua* no momento em que precisou tratar do pressuposto da não eventualidade (art. 1º, *caput*, Lei n. 5.859/72; art. 1º, *caput*, Lei Complementar n. 150/2015). Nesse caso, a diferença de expressões (continuidade *versus* não eventualidade) resultou da intenção legal de não enquadrar na figura técnico-jurídica de empregado doméstico o trabalhador eventual doméstico, conhecido como *diarista* (trata-se, é claro, do real diarista, trabalhador descontínuo doméstico, que comparece um ou dois dias por semana à residência do respectivo tomador de serviços⁽¹⁰⁾).

Informa, por sua vez, a *teoria do evento*, que se considera como eventual o trabalhador admitido na empresa em virtude de um determinado e específico fato, acontecimento ou evento, ensejador de certa obra ou serviço. Seu trabalho para o tomador terá a duração do evento esporádico ocorrido.

Esclarece a teoria que não poderá, contudo, ser considerado como eventual um acontecimento (ou serviço) que resulte em dilação temporal mais ampla. *Mozart Victor Russomano* expõe que a ideia de eventualidade corresponde a seu exato “conceito gramatical”. Nessa linha, é trabalho eventual “aquele que depende de acontecimento incerto, casual, fortuito. (...) Os fatos é que revelarão, portanto, se a tarefa do trabalhador na empresa é eventual ou permanente”⁽¹¹⁾.

A teoria dos fins do *empreendimento* (ou *fins da empresa*) é talvez a formulação teórica mais prestigiada entre as quatro aqui enfocadas. Informa tal teorização que eventual será o trabalhador chamado a realizar tarefa não inserida nos fins normais da empresa — tarefas que, por essa mesma razão, serão esporádicas e de estreita duração. *Délio Maranhão* adere a tal teoria, sustentando que:

“Circunstâncias transitórias, porém, exigirão algumas vezes admita-se o trabalho de alguém que se destina a atender a uma necessidade, que se apresenta com caráter de exceção dentro do quadro das necessidades normais do empreendimento. Os serviços prestados serão de natureza eventual e aquele que os prestar — trabalhador eventual — não será empregado”⁽¹²⁾.

Completa o autor que a “...*afereção da natureza eventual dos serviços prestados há de ser feita tendo em vista os fins normais da empresa*”⁽¹³⁾.

(10) O presente debate será retomado, neste Curso, em seu Capítulo XI (“O Empregado”), item IV (“Empregado Doméstico”).

(11) RUSSOMANO, Mozart Victor. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. V. I, 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 12.

(12) MARANHÃO, Délio. *Direito do trabalho*. 14. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1987. p. 49-50.

(13) MARANHÃO, Délio, ob. cit., p. 50 (grifos no original).

Há, finalmente, a *teoria da fixação jurídica ao tomador dos serviços*. Informa essa construção teórica ser eventual o trabalhador “*que não se fixa a uma fonte de trabalho, enquanto empregado é o trabalhador que se fixa numa fonte de trabalho. Eventual não é fixo. Empregado é fixo. A fixação é jurídica*”⁽¹⁴⁾.

Amauri Mascaro Nascimento conceitua a figura jurídica:

“*Eventual é o trabalho que, embora exercitado continuamente e em caráter profissional, o é para destinatários que variam no tempo, de tal modo que se torna impossível a fixação jurídica do trabalhador em relação a qualquer um deles*”⁽¹⁵⁾.

b) Trabalho Eventual: caracterização — A partir das teorias acima e da proposição metodológica informadora de que não se deve perquirir pela figura do trabalhador eventual tomando-se um exclusivo critério entre os apresentados, mas combinando-se os elementos deles resultantes, pode-se formular a seguinte caracterização do trabalho de natureza eventual:

a) descontinuidade da prestação do trabalho, entendida como a não permanência em uma organização com ânimo definitivo;

b) não fixação jurídica a uma única fonte de trabalho, com pluralidade variável de tomadores de serviços;

c) curta duração do trabalho prestado;

d) natureza do trabalho tende a ser concernente a evento certo, determinado e episódico no tocante à regular dinâmica do empreendimento tomador dos serviços;

e) em consequência, a natureza do trabalho prestado tenderá a não corresponder, também, ao padrão dos fins normais do empreendimento.

A eventualidade, para fins *celetistas*, não traduz intermitência; só o traduz para a *teoria da descontinuidade* — rejeitada, porém, pela CLT, relativamente à caracterização da relação empregatícia. Desse modo, se a prestação é descontínua, mas permanente, deixa de haver eventualidade. É que a jornada contratual pode ser inferior à jornada legal, inclusive no que concerne aos dias laborados na semana.

Nesse quadro, fica bem claro que o novo tipo de contrato instituído pela Lei da Reforma Trabalhista (n. 13.467/2017), denominado *contrato de trabalho intermitente* (art. 443, *caput*, em sua nova redação, e seu novo § 3º; novo art. 452-A, *caput* e §§ 1º até 9º, todos da CLT), trata, sem dúvida, de trabalho *não eventual*.⁽¹⁶⁾

(14) NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao Direito do Trabalho*. 14. ed. São Paulo: LTr, 1989, p. 105.

(15) NASCIMENTO, A. M. *Curso de direito do trabalho*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 300.

(16) O contrato de trabalho intermitente, introduzido pela Lei n. 13.467/2017 na CLT, será examinado, neste Curso, em seu Capítulo XVI, item VI (“O Contrato de Trabalho Intermitente”).

Por outro lado, difícil será se configurar a eventualidade do trabalho pactuado se a atuação do trabalhador contratado inserir-se na dinâmica normal da empresa — ainda que excepcionalmente ampliada essa dinâmica. Em tais casos, a hipótese normativa incidente tenderá a ser aquela própria aos contratos a termo (art. 443, CLT), ou até mesmo ao trabalho temporário (Lei n. 6.019/74), mas não, em princípio, o tipo legal do trabalhador eventual.⁽¹⁷⁾

A figura do *eventual*, por outro lado, não se confunde com a do trabalhador *sazonal* ou *adventício*.

É verdade que este realiza seu trabalho de modo descontínuo, apenas em determinadas épocas do ano (safras, plantio, período de veraneio, etc.). Contudo, a descontinuidade da prestação de serviços não é fator decisivo à sua caracterização como trabalhador eventual, à luz da opção teórica adotada pelo art. 3º, CLT. Além disso, sua atividade não é de duração tão curta (dias, por exemplo), prolongando-se, ao contrário, por semanas ou até mesmo alguns meses, em função da safra ou período de veraneio. Finalmente, seu trabalho diz respeito a atividade organicamente integrada à dinâmica do empreendimento do tomador de serviços. Em consequência, desde que reunidos os demais elementos fático-jurídicos da relação empregatícia, esses trabalhadores emergirão como típicos empregados (o “safrista”, inclusive, é objeto de legislação própria: art. 14, Lei n. 5.889/73)⁽¹⁸⁾.

D) Onerosidade — A relação empregatícia é uma relação de essencial fundo econômico. Por intermédio dessa relação sociojurídica é que o moderno sistema econômico consegue garantir a modalidade principal de conexão do trabalhador ao processo produtivo, dando origem ao largo universo de bens econômicos característicos do mercado atual. Desse modo, ao valor econômico da força de trabalho colocada à disposição do empregador deve corresponder uma contrapartida econômica em benefício obreiro, consubstanciada no conjunto salarial, isto é, o complexo de verbas contraprestativas pagas pelo empregador ao empregado em virtude da relação empregatícia pactuada.

O contrato de trabalho é, desse modo, um contrato bilateral, sinalagmático e oneroso, por envolver um conjunto diferenciado de prestações e contraprestações recíprocas entre as partes, economicamente mensuráveis.

A onerosidade, como elemento fático-jurídico componente da relação de emprego, não deve, contudo, ser enfocada sob a perspectiva do trabalho

(17) A Lei da Reforma Trabalhista instituiu nova figura contratual empregatícia, a partir do conceito de *intermitência*, caracterizada por impressionante desproteção jurídica ao sujeito obreiro da relação de emprego (art. 443, *caput*, em sua nova redação, e seu novo § 3º; novo art. 452-A, *caput* e §§ 1º até 9º, todos da CLT). A respeito, consultar, neste Curso, no Capítulo XVI (“Contrato de Trabalho — Modalidades”), o item VII (“O Contrato de Trabalho Intermitente”).

(18) O Decreto-lei n. 761, de 14.8.1969, que tratava também da figura do safrista, foi expressamente revogado pelo art. 21 da Lei n. 5.889/73.

realizado ou mesmo sob a perspectiva do tomador de serviços. É que, considerado sob qualquer dessas duas perspectivas, o elemento fático-jurídico da onerosidade estaria sempre presente, desde que houvesse prestação de trabalho por alguém a outrem: afinal, todo trabalho — mesmo simples — é passível de mensuração econômica no contemporâneo sistema de mercado, sempre tendo determinado valor econômico para seu tomador, para quem recebe o serviço prestado. *Deve a onerosidade, portanto, ser enfocada sob a perspectiva do prestador de serviços: apenas nessa perspectiva é que ela constitui elemento fático-jurídico da relação de emprego.*

A pesquisa do elemento *onerosidade* no contexto de uma relação sociojurídica concreta deve envolver duas dimensões diferenciadas mas combinadas: um *plano objetivo* de análise, ao lado de um *plano subjetivo* de análise do mesmo elemento.

No *plano objetivo*, a onerosidade manifesta-se pelo pagamento, pelo empregador, de parcelas dirigidas a remunerar o empregado em função do contrato empregatício pactuado. Tais parcelas formam o *complexo salarial* (José Martins Catharino), constituído de distintas verbas marcadas pela mesma natureza jurídica. A CLT se refere ao elemento fático-jurídico da onerosidade, através de sua redação singela: "... mediante salário", diz o art. 3º, *caput*, da Consolidação.

À medida que se sabe que o salário pode ser pago em dinheiro ou parcialmente em utilidades (art. 458, CLT), pode ser pago por dia, semana, quinzena ou mês (art. 459, CLT), pode ser calculado segundo modalidade fixa ou fórmula variável de cômputo (art. 483, "g", CLT), à medida que, assim, a contraprestação econômica do empregador ao empregado pode assumir formas distintas e variadas na prática empregatícia concreta, percebe-se que, do ponto de vista objetivo, a onerosidade dificilmente se oculta em uma dada relação sociojurídica detidamente examinada. Dificilmente, portanto, terá o operador jurídico dificuldade em vislumbrar a presença da onerosidade em uma relação de trabalho investigada: de uma forma ou de outra, a contraprestação onerosa despontará ao longo da prestação do trabalho. Por essa razão, de maneira geral, torna-se desnecessária a pesquisa da dimensão subjetiva da onerosidade: essa dimensão subjetiva emerge como suposta, em virtude da clara transparência do *dado objetivo do pagamento* de contraprestação econômica pelo tomador de serviços.

Entretanto, existem algumas situações — raras, é verdade — em que a pesquisa da *dimensão subjetiva* da onerosidade será a única via hábil a permitir aferir-se a existência (ou não) desse elemento fático-jurídico na relação de trabalho vivenciada pelas partes. Trata-se, por exemplo, de situações tipificadas como de *servidão disfarçada*, em que há efetiva prestação de trabalho e ausência de contraprestação onerosa real pelo tomador dos serviços; ou situações de trabalho voluntário, comunitário, filantrópico político ou religioso,

em que há também efetiva prestação de trabalho sem contraprestação onerosa real pelo tomador dos serviços (o chamado trabalho pactuado *affectionis vel benevolentias causa*); ou, finalmente, outras distintas situações de trabalho voluntário, comunitário, filantrópico político ou religioso em que a prestação de trabalho se realiza em um contexto de alguma reciprocidade material em benefício do prestador enfocado. *Em qualquer dessas situações, apenas o exame do plano subjetivo da onerosidade é que responderá pela sua ocorrência (ou não) no quadro complexo da relação social construída.*

No *plano subjetivo*, a onerosidade manifesta-se pela intenção contraprestativa, pela intenção econômica (intenção onerosa, pois) conferida pelas partes — em especial pelo prestador de serviços — ao fato da prestação de trabalho. Existirá o elemento fático-jurídico da onerosidade no vínculo firmado entre as partes *caso a prestação de serviços tenha sido pactuada, pelo trabalhador, com o intuito contraprestativo trabalhista, com o intuito essencial de auferir um ganho econômico pelo trabalho ofertado. A prestação laboral ter-se-ia feito visando à formação de um vínculo empregatício entre as partes, com as consequências econômicas favoráveis ao prestador oriundas das normas jurídicas trabalhistas incidentes.* A pesquisa da intenção das partes — notadamente do prestador de serviços — desponta, nessas situações fronteiriças, para um plano de destaque na investigação e avaliação criteriosa a ser feita pelo operador jurídico.

No conjunto das situações acima aventadas, emerge obviamente configurada a dimensão subjetiva onerosa da prestação de trabalho na *servidão disfarçada*, embora objetivamente sempre tenha sido negada qualquer contraprestação material ao prestador de serviços.

Já as prestações de trabalho ofertadas como *trabalho efetivamente voluntário*, em face de causa benevolente (política, comunitária ou congênere), tendem, em geral, a não evidenciar, no plano subjetivo, a intenção empregatícia onerosa do prestador enfocado. Note-se, a propósito, que a simples circunstância de alguém laborar para certa entidade política, filantrópica, religiosa, etc., por longo período, sem jamais ter recebido qualquer pagamento, tende a ser indicativo importante da intenção não onerosa (intenção graciosa) com que o prestador vinculou-se àquela relação social.

A doutrina refere-se à expressão *animus contrahendi* para traduzir a fundamental intenção das partes (em especial do prestador de serviços) com respeito à natureza e efeitos jurídicos do vínculo formado entre elas. Embora os autores não tendam a colocar esse aspecto da relação empregatícia como parte componente de um de seus elementos fático-jurídicos constitutivos (a onerosidade), o correto é situar exatamente nesse plano o chamado *animus contrahendi* (intenção de contratar). Essa expressão traduz, na verdade, a

intenção do prestador de se vincular (ou não) a título oneroso e empregatício: inexistindo essa intenção, não há o plano subjetivo do elemento fático-jurídico da onerosidade.

É evidente que se trata de situações concretas fronteiriças, inquestionavelmente próximas às situações empregaticamente caracterizadas. Nesse contexto, identificar-se a precisa natureza conferida pelas partes — notadamente o prestador — ao fato da prestação de trabalho exigirá sempre cuidadosa pesquisa e avaliação pelo operador do Direito. Há situações fronteiriças, contudo, em que a ordem jurídica não considera viável pactuar-se (mesmo expressamente) vínculo empregatício, negando, assim, possibilidade jurídica de intenção onerosa empregatícia ao trabalho efetivamente prestado. É o que se passa com a situação da esposa ou companheira com relação ao marido ou companheiro, em *face do trabalho doméstico*: aqui não se acolhe onerosidade empregatícia *doméstica*, embora a mesma ordem jurídica entenda existir, nesse exemplo, a onerosidade própria à comunhão societária⁽¹⁹⁾.

E) Subordinação — Não obstante a relação de emprego resulte da síntese indissolúvel dos cinco elementos fático-jurídicos que a compõem, será a subordinação, entre todos esses elementos, o que ganha maior proeminência na conformação do tipo legal da relação empregatícia.

De fato, a subordinação é que marcou a diferença específica da relação de emprego perante as tradicionais modalidades de relação de produção que já foram hegemônicas na história dos sistemas socioeconômicos ocidentais (servidão e escravidão). Será também a subordinação o elemento principal de diferenciação entre a relação de emprego e o segundo grupo mais relevante de fórmulas de contratação de prestação de trabalho no mundo contemporâneo (as diversas modalidades de trabalho autônomo).

Efetivamente, a importância da subordinação é tamanha na caracterização da relação de emprego que já houve juristas, como o italiano *Renato Corrado*, que insistiram que não importava à conceituação do contrato empregatício o conteúdo mesmo da prestação de serviços, mas, sim, a forma pela qual tais serviços eram prestados, isto é, se o eram subordinadamente ou não.

O marco distintivo firmado pela subordinação, no contexto das inúmeras fórmulas jurídicas existentes para a contratação da prestação de trabalho, permite ao operador jurídico cotejar e discriminar, com êxito, inúmeras situações fático-jurídicas próximas. O cotejo de hipóteses excludentes (trabalho subor-

(19) Esta é a posição jurisprudencial hoje absolutamente pacífica (Súmula 380, STF). Contudo, isso não significa a impossibilidade de se pretender comprovar, para fins previdenciários, o exercício de trabalho profissional autônomo (não vínculo empregatício doméstico, pois) pela mulher, no âmbito da residência. Ou até mesmo contrato empregatício com outro empregador, mas realizado o trabalho no domicílio da obreira (art. 6º, CLT). Qualquer das duas situações poderia ocorrer com a *costureira*, por exemplo.

dinado *versus* trabalho autônomo) abrange inúmeras situações recorrentes na prática material e judicial trabalhista: trabalhadores autônomos prestando serviços habituais a empresas (como profissionais de consultoria, auditoria, contabilidade, advocacia, etc.); trabalhadores autônomos pactuando a confecção de obra certa para determinado tomador (empreitada); representantes comerciais ou agentes e distribuidores regidos por legislação própria; contratos de parcerias rurais, etc. Em todos esses casos (inclusive nos contratos autônomos mencionados no novo art. 442-B da CLT, que foi inserido pela Lei de Reforma Trabalhista de 2017), a desconstituição do contrato civil formalmente existente entre as partes supõe a evidência da subordinação jurídica, em detrimento do caráter autônomo aparente de que estaria se revestindo o vínculo.⁽²⁰⁾

a) *Conceito e Caracterização* — Subordinação deriva de *sub* (baixo) e *ordinare* (ordenar), traduzindo a noção *etimológica* de estado de dependência ou obediência em relação a uma hierarquia de posição ou de valores⁽²¹⁾. Nessa mesma linha etimológica, transparece na subordinação uma ideia básica de “submetimento, sujeição ao poder de outros, às ordens de terceiros, uma posição de dependência”⁽²²⁾.

A subordinação corresponde *ao polo antitético e combinado do poder de direção existente no contexto da relação de emprego*. Consiste, assim, na *situação jurídica derivada do contrato de trabalho, pela qual o empregado compromete-se a acolher o poder de direção empresarial no modo de realização de sua prestação de serviços*. Traduz-se, em suma, na “situação em que se encontra o trabalhador, decorrente da limitação contratual da autonomia de sua vontade, para o fim de transferir ao empregador o poder de direção sobre a atividade que desempenhará”⁽²³⁾.

Como se percebe, no Direito do Trabalho a subordinação é encarada sob um *prisma objetivo*: ela atua sobre o *modo de realização* da prestação

(20) Na verdade, a regra geral concernente à análise de situações fronteiriças acerca dos elementos da relação de emprego, inclusive o contraponto subordinação *versus* autonomia do trabalhador envolvido, rege-se pela *presunção jurídica da existência da relação de emprego* (e, portanto, da subordinação), caso incontroversa a prestação de serviços (Súmula 212, TST). Essa presunção, naturalmente, pode se esvaír em vista do conjunto probatório dos autos em exame judicial. Para retomada desse tema concernente ao ônus da prova e da presunção relativa que o orienta, consultar, neste Curso, dentro do Capítulo X (“Relações de Trabalho *Lato Sensu*”) e de seu item I, o tópico denominado “Presunção Jurídica”. A propósito, o trabalho autônomo é examinado no item V do referido Capítulo X deste Curso.

(21) FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986, p. 1621.

(22) NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr/EDUSP, 1976, p. 351.

(23) NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao Direito do Trabalho*. 14. ed. São Paulo: LTr, 1989, p. 103.

e não sobre a pessoa do trabalhador. É, portanto, incorreta, do ponto de vista jurídico, a *visão subjetiva* do fenômeno, isto é, que se compreenda a subordinação como atuante sobre a pessoa do trabalhador, criando-lhe certo estado de sujeição (*status subjectiones*). Não obstante essa situação de sujeição possa concretamente ocorrer, inclusive com inaceitável frequência, ela não explica, do ponto de vista sociojurídico, o conceito e a dinâmica essencial da relação de subordinação. Observe-se que a visão subjetiva, por exemplo, é incapaz de captar a presença de subordinação na hipótese de trabalhadores intelectuais e altos empregados.

A concepção subjetiva do fenômeno da subordinação — hoje inteiramente superada — expressa-se com maior proximidade pela palavra *dependência* (a propósito, utilizada pelo *caput* do art. 3º da CLT para se referir à subordinação). Efetivamente, a expressão dependência acentua o vínculo pessoal entre as partes componentes da relação de emprego, correspondendo a uma fase teórica em que não se havia ainda firmado a noção essencialmente jurídica do fenômeno da subordinação.

De qualquer modo, hoje a compreensão dominante acerca da dualidade “poder de direção *versus* subordinação” não mais autoriza o recurso a qualquer matiz subjetivista no tratamento desse tema. Por essa razão, interpreta-se tal elemento sob a perspectiva essencialmente objetiva. Mais: considera-se que a intenção da lei é se referir à ideia de *subordinação* quando utiliza o verbete *dependência* na definição celetista de empregado. Para o consistente operador jurídico onde a CLT escreve “... sob a dependência deste...” deve-se interpretar “mediante subordinação” (*caput* do art. 3º do diploma consolidado).⁽²⁴⁾

b) Natureza da Subordinação — O debate sobre a natureza (posicionamento classificatório) do fenômeno da subordinação já se pacificou, hoje, na teoria justralhista. A subordinação classifica-se, inquestionavelmente, como um fenômeno jurídico, derivado do contrato estabelecido entre trabalhador e tomador de serviços, pelo qual o primeiro acolhe o direcionamento objetivo do segundo sobre a forma de efetuação da prestação do trabalho.

A *natureza jurídica* do fenômeno da subordinação é hoje, portanto, entendimento hegemônico entre os estudiosos do Direito do Trabalho. A subordinação que deriva do contrato de trabalho é de caráter jurídico, ainda que tendo por suporte e fundamento originário a assimetria social característica da contemporânea sociedade capitalista. A *subordinação jurídica* é o polo reflexo e combinado do poder de direção empresarial, também de matriz

(24) Sobre o conceito de subordinação e suas potencialidades no tocante ao novo expansionismo do Direito do Trabalho, consultar DELGADO, Mauricio Godinho. Direitos Fundamentais na Relação de Trabalho, *in Revista LTr*, São Paulo: LTr, v. 70, n. 06, junho de 2006, p. 657-667.

jurídica. Ambos resultam da natureza da relação de emprego, da qualidade que lhe é ínsita e distintiva perante as demais formas de utilização do trabalho humano que já foram hegemônicas em períodos anteriores da história da humanidade: a escravidão e a servidão.

A teoria justrabalhista registra, contudo, antigas posições doutrinárias que não enxergavam, ainda, esse caráter eminentemente jurídico do fenômeno da subordinação. Acentuando a ideia de *dependência* (que tem matiz *pessoal* e não *objetiva*), já se considerou a subordinação ora como sendo uma *dependência econômica*, ora como sendo uma *dependência técnica* (ou tecnológica).

No primeiro caso (*dependência econômica*), a concepção fundava-se na hierarquia rígida e simétrica que tanto marca a estrutura socioeconômica de qualquer organização empresarial, colocando no vértice da pirâmide econômica o empregador e seus representantes. A relação empregatícia, em particular, seria uma projeção enfática dessa assimetria econômica que separa empregador e empregado.

Há problemas, entretanto, nessa formulação teórica. Inegavelmente, o critério que ela incorpora origina-se de uma reflexão acerca do padrão genérico típico à relação trabalhador/empregador na contemporânea sociedade capitalista. Porém, ainda que o critério econômico acima consignado tenha irrefutável validade sociológica, ele atua na relação jurídica específica como elemento externo, incapaz, portanto, de explicar, satisfatoriamente, o nexos preciso da assimetria *poder de direção/subordinação*. De par com isso, a assincronia econômico-social maior ou menor entre os dois sujeitos da relação de emprego não necessariamente altera, em igual proporção, o feixe jurídico de prerrogativas e deveres inerente ao poder empregatício (com sua dimensão de direção e subordinação).

A subordinação (assimilada à expressão *dependência*) já foi, também, considerada como fenômeno de natureza e fundamentação técnica (*dependência técnica*): o empregador monopolizaria, naturalmente, o conhecimento necessário ao processo de produção em que se encontrava inserido o empregado, assegurando-se, em consequência, de um poder específico sobre o trabalhador. A assimetria no conhecimento técnico daria fundamento à assimetria na relação jurídica de emprego.

A fragilidade da noção de *dependência técnica* é flagrante. Ela não corresponde, sequer, a uma correta visualização do processo organizativo das instituições empresariais, em que a tecnologia é adquirida e controlada pelo empresário *mediante instrumentos jurídicos*, sem necessidade de seu preciso descortinamento intelectual acerca do objeto controlado. O empregador contrata o saber (e seus agentes) *exatamente por não possuir*

controle individual sobre ele; como organizador dos meios de produção, capta a tecnologia por intermédio de empregados especializados que arregimenta — subordinando-os, sem ter a pretensão de absorver, individualmente, seus conhecimentos.

c) *Dimensões da Subordinação: clássica, objetiva, estrutural* — a subordinação, como qualquer fenômeno social, tem sofrido ajustes e adequações ao longo dos dois últimos séculos, quer em decorrência de alterações na realidade do mundo do trabalho, quer em virtude de novas percepções aferidas pela Ciência do Direito acerca desse crucial elemento fático-jurídico da relação empregatícia. Três dimensões principais, nesse contexto, destacam-se com relação ao fenômeno: a clássica, a objetiva e a estrutural.

Clássica (ou tradicional) é a subordinação consistente na situação jurídica derivada do contrato de trabalho, pela qual o trabalhador compromete-se a acolher o poder de direção empresarial no tocante ao modo de realização de sua prestação laborativa. Manifesta-se pela intensidade de ordens do tomador de serviços sobre o respectivo trabalhador. É a dimensão original da subordinação, aquela que mais imediatamente na História substituiu a anterior servidão na realidade europeia, propagando-se genericamente pelo capitalismo disseminado nas décadas e séculos seguintes. Continua, hoje, como a mais comum e recorrente modalidade de subordinação, ainda bastante destacada nas relações socioeconômicas empregatícias.

Objetiva é a subordinação que se manifesta pela integração do trabalhador nos fins e objetivos do empreendimento do tomador de serviços, ainda que afrouxadas “...as amarras do vínculo empregatício”.⁽²⁵⁾ Lançada na doutrina pátria pelo jurista *Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena*, esta noção “... vincula a subordinação a um critério exclusivamente objetivo: poder jurídico sobre atividade e atividade que se integra em atividade”.⁽²⁶⁾ Conforme exposto pelo jurista, a subordinação pode traduzir uma “relação de coordenação ou de participação integrativa ou colaborativa, através da qual a atividade do trabalhador como que segue, em linhas harmônicas, a atividade da empresa, dela recebendo o influxo próximo ou remoto de seus movimentos...”⁽²⁷⁾ Como se percebe, a integração do obreiro e seu labor aos objetivos empresariais é pedra de toque decisiva a essa dimensão do fenômeno sociojurídico subordinativo.

Estrutural é, finalmente, a subordinação que se expressa “pela inserção do trabalhador na dinâmica do tomador de seus serviços, independentemente de receber (ou não) suas ordens diretas, mas acolhendo, estruturalmente,

(25) VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *Relação de Emprego* — estrutura legal e supostos, São Paulo: Saraiva, 1975, p. 235.

(26) VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. ob. cit., p. 235.

(27) VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. loc. cit.

sua dinâmica de organização e funcionamento”⁽²⁸⁾. Nesta dimensão da subordinação, não importa que o trabalhador se harmonize (ou não) aos objetivos do empreendimento, nem que receba ordens diretas das específicas chefias deste: o fundamental é que esteja estruturalmente vinculado à dinâmica operativa da atividade do tomador de serviços.

A conjugação dessas três dimensões da subordinação — que não se excluem, evidentemente, mas se completam com harmonia — permite se superarem as recorrentes dificuldades de enquadramento dos fatos novos do mundo do trabalho ao tipo jurídico da relação de emprego, retomando-se o clássico e civilizatório expansionismo do Direito do Trabalho⁽²⁹⁾. Na essência, é trabalhador subordinado desde o humilde e tradicional obreiro que se submete à intensa pletera de ordens do tomador ao longo de sua prestação de serviços (subordinação clássica ou tradicional), como também aquele que realiza, ainda que sem incessantes ordens diretas, no plano manual ou intelectual, os objetivos empresariais (subordinação objetiva), a par do prestador laborativo que, sem receber ordens diretas das chefias do tomador de serviços e até mesmo nem realizar os objetivos do empreendimento (atividades-meio, por exemplo), acopla-se, estruturalmente, à organização e dinâmica operacional da empresa tomadora, qualquer que seja sua função ou especialização, incorporando, necessariamente, a cultura cotidiana empresarial ao longo da prestação de serviços realizada (subordinação estrutural).⁽³⁰⁾

Essa moderna e renovada compreensão do fenômeno da subordinação, que efetivamente possui nítido caráter multidimensional, tem sido percebida não só pela doutrina e jurisprudência mais atentas e atualizadas, como também pelo próprio legislador. Nesta linha despontou a Lei n. 12.551, de 15.12.2011, conferindo nova redação ao *caput* do art. 6º da CLT e lhe agregando novo parágrafo único, de modo a incorporar, implicitamente, os conceitos

(28) DELGADO, Mauricio Godinho. Direitos Fundamentais na Relação de Trabalho, *Revista LTr*, São Paulo: LTr, v. 70, n. 06, junho de 2006, p. 667. Neste texto é que se referiu, inicialmente, à expressão *subordinação estrutural*.

(29) O novo expansionismo do Direito do Trabalho, inclusive a partir da renovação ampliadora do conceito de subordinação, está sugerido em texto de 2006, de DELGADO, Mauricio Godinho. Direitos Fundamentais na Relação de Trabalho, *Revista LTr*, São Paulo: LTr, v. 70, n. 06, junho de 2006, p. 667. A respeito do tema, consultar também: DELGADO, M.G. Relação de Emprego e Relações de Trabalho: a retomada do expansionismo do direito trabalhista. In: SENA, Adriana Goulart; DELGADO, Gabriela Neves; NUNES, Raquel Portugal (Coord.). *Dignidade Humana e Inclusão Social* — caminhos para a efetividade do Direito do Trabalho no Brasil. São Paulo: LTr, 2010; DELGADO, Gabriela Neves. *Direito Fundamental ao Trabalho Digno*. São Paulo: LTr, 2006; PORTO, Lorena Vasconcelos. *A Subordinação no Contrato de Trabalho* — uma releitura necessária. São Paulo: LTr, 2009.

(30) Na subordinação estrutural, o trabalhador pode realizar tanto atividade-meio como atividade-fim do tomador de serviços; será, porém, subordinado caso se ajuste, estruturalmente, ao sistema organizacional e operativo da entidade tomadora de serviços, absorvendo sua cultura e sua lógica empresariais durante o ciclo de prestação de seu labor e, na medida dessa aculturação, seu poder direcionador e dirigente.

de *subordinação objetiva* e de *subordinação estrutural*, equiparando-os, *para os fins de reconhecimento da relação de emprego*, à subordinação tradicional (clássica), que se realiza por meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio. Desse modo, o novo preceito da CLT permite considerar *subordinados* profissionais que realizem *trabalho a distância*, submetidos a meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão. Esclarece a regra que os “...*meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio*”. Ora, essa equiparação se dá em face das dimensões objetiva e também estrutural que caracterizam a subordinação, já que a dimensão tradicional (ou clássica) usualmente não comparece nessas relações de trabalho à distância.⁽³¹⁾

A compreensão dessas três dimensões do fenômeno subordinativo (a tradicional, a objetiva e a dimensão estrutural) não somente permite adequar o conceito jurídico, pela via interpretativa, às modificações da realidade, renovando o necessário expansionismo do ramo juslaborativo, como também relativiza a utilidade de fórmulas jurídicas restritivas de direitos sociais e fundamentais. Demonstra, ademais, a elevada capacidade de adaptação do Direito do Trabalho aos desafios das cambiantes sociedade e economia capitalistas.⁽³²⁾

III. VALIDADE JURÍDICA DA RELAÇÃO DE EMPREGO: ELEMENTOS JURÍDICO-FORMAIS DO CONTRATO EMPREGATÍCIO

O fenômeno sociojurídico da relação empregatícia surge desde que reunidos seus cinco *elementos fático-jurídicos* constitutivos: prestação de trabalho por pessoa física a outrem, com pessoalidade, não eventualidade, onerosidade e sob subordinação.

(31) Eis o novo art. 6º, *caput* e parágrafo único, da CLT, em conformidade com redação conferida pela Lei n. 12.551/2001: “Art. 6º. *Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado a distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego. (...) Parágrafo único. Os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio*”. A propósito, a Lei da Reforma Trabalhista agregou à CLT novos preceitos concernentes ao denominado *teletrabalho* (art. 62, III; arts. 75-A a 75-E; art. 134, §§ 1º e 3º). Sobre o teletrabalho, consultar, neste Curso, o Capítulo XXIII (“Duração do Trabalho — Jornada”), em seu item V.3.b), intitulado “Trabalho no Domicílio (*Home Office*) e Teletrabalho”.

(32) A respeito, pesquisar a fundamental obra de Lorena Vasconcelos Porto, *A Subordinação no Contrato de Trabalho* — uma releitura necessária (São Paulo: LTr, 2009). A autora não só investiga o tema no Direito Comparado, inclusive na jurisprudência e doutrina estrangeiras, como também trata daquilo que denomina “tendências reducionistas do conceito de subordinação”, enfrentando, ilustrativamente, o sentido e o papel do conceito de *parassubordinação* em diversos países europeus.

Cabe ao operador jurídico, entretanto, examinar se o Direito do Trabalho confere efetiva *validade* a essa relação empregatícia surgida. Ingressa o operador, assim, na análise dos *elementos jurídico-formais* do contrato empregatício. Trata-se de elementos cuja higidez e regularidade jurídicas são essenciais para que o Direito autorize a produção de plenos efeitos à relação oriunda do mundo dos fatos sociais.

Do ponto de vista comparativo, pode-se afirmar que a pesquisa sobre os elementos fático-jurídicos da relação empregatícia permite responder à pergunta sobre a *existência ou não da relação de emprego no caso concreto*. Já a pesquisa sobre os elementos jurídico-formais do respectivo contrato empregatício permite responder à pergunta sobre a *validade (ou não) e a extensão dos efeitos jurídicos daquela relação configurada entre as partes*.

Na mesma linha comparativa, pode-se ainda aduzir que, enquanto os elementos fático-jurídicos constituem dados do mundo fático, que existem independentemente do fenômeno que irão compor (são dados da realidade que existem antes do Direito), os elementos jurídico-formais constituem construções teóricas e normativas efetuadas pela ordem jurídica, cuja presença passa a ser considerada relevante à validez jurídica do próprio fenômeno a que se integram.

São elementos jurídico-formais do contrato empregatício os clássicos elementos constitutivos da figura contratual padrão conhecida: capacidade das partes contratantes; licitude do objeto contratado (“objeto lícito, possível, determinado ou determinável”); forma contratual prescrita em lei ou por esta não proibida; higidez na manifestação da vontade das partes. Trata-se dos tradicionais elementos essenciais do contrato indicados na tradicional legislação civil (art. 82, CCB/1916; art. 104, CCB/2002), adaptados, evidentemente, às especificidades justralhistas.

Está claro, desse modo, que o fenômeno da relação de emprego somente se completa, *do ponto de vista de seus efeitos jurídicos*, se reunidos, no vínculo examinado, não só os elementos fático-jurídicos, como também os jurídico-formais do respectivo contrato. *Verificada a reunião dos elementos fático-jurídicos, a relação de emprego existe*. Entretanto, se não confirmada a presença (ou regularidade) de todos os elementos jurídico-formais do correspondente contrato, *a relação de emprego pode se tornar impotente para provocar efeitos no mundo jurídico*.⁽³³⁾

Nesse quadro, aquele que trabalhar onerosamente, com pessoalidade, não eventualidade e sob subordinação, para um tomador de serviços

(33) O Professor Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena refere-se a *pressupostos* (aqui chamados “elementos fático-jurídicos”) e *requisitos* (aqui chamados “elementos jurídico-formais”) da relação e contrato de emprego, noções que lançou e distinguiu com maestria na doutrina justralhista nacional. In: *Relação de Emprego — Estrutura Legal e Supostos*. São Paulo: Saraiva, 1975, p. 163-170.

diretamente envolvido na atividade de contrabando ou tráfico de drogas — objetos ilícitos —, realizando, assim, atividade ilícita, não terá reconhecido, pelo Direito, o vínculo firmado com o tomador dos serviços, para fins de repercussão justralhista. Nesse tipo de situação extremada (atividade francamente ilícita), a negativa de efeitos justralhistas será total (não obstante a presença dos elementos fático-jurídicos da relação de emprego): é que a gravidade do defeito de um dos elementos jurídico-formais do pacto é tamanha que não se autoriza qualquer respaldo jurídico à relação estabelecida entre as partes.

A falta ou defeito dos elementos jurídico-formais pode, entretanto, não ensejar resposta jurídica tão drástica quanto à mencionada acima. A ordem justralhista, em tais casos, sopesa a diversidade dos valores envolvidos e autoriza a produção de efeitos pela relação jurídica relativamente viciada. Efetivamente, há, de um lado, o valor social que a norma instituidora dos elementos jurídico-formais quer preservar. Mas há também, de outro lado, o valor-trabalho já consumado com a prestação de serviços efetuada. Nesse cotejo de valores, conforme a maior ou menor gravidade do vício dos elementos jurídico-formais, permite a ordem justralhista uma diferenciada extensão de efeitos à relação contratual empregatícia defeituosa consubstanciada.

Distintas são as situações empíricas que propiciam esse cotejo de valores conflitantes. Observe-se o ocorrido com o vínculo formado ilegalmente com a administração pública (admissão sem concurso público ou no período eleitoral de contratação proibida): a tendência jurisprudencial hoje dominante dirige-se no sentido do pagamento apenas “...da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o valor da hora do salário mínimo, e dos valores referentes aos depósitos do FGTS” (Súmula 363, TST; art. 19-A, Lei n. 8.036/90). Tal pagamento faz-se sem prejuízo da extinção imperativa do contrato irregular (extinção *ope judicis*), dado seu vício inarredável — desrespeito à forma de contratação prescrita em lei (art. 37, II e § 2º, CF/88). Noutras palavras, o vício no elemento jurídico-formal do pacto empregatício reduz-lhe, significativamente, os efeitos jurídicos⁽³⁴⁾.

Observe-se, por outro lado, a situação de contratação empregatícia da criança e do adolescente. Como se sabe, tal pactuação é proibida antes de 16 anos (ou 14, se se tratar de *aprendiz*), a teor do art. 7º, XXXIII, da Constituição de 1988⁽³⁵⁾. Também é proibida a contratação de menores de 18 anos nas atividades referidas na Lista TIP, regulada pelo Decreto

(34) Esta é a posição da Súmula 363 do TST, confirmando anterior tendência de sua Seção de Dissídios Individuais (Orientação Jurisprudencial 85, SDI-I/TST). Para melhor debate sobre os efeitos laborativos da contratação irregular de servidores por entidades estatais, assim como análise da *teoria justralhista especial de nulidades*, consultar, neste Curso, o Capítulo XV, item IV (“Vícios e Defeitos do Contrato de Trabalho — Nulidades”).

(35) Antes da Emenda Constitucional n. 20, publicada em 16.12.1998, esses limites etários eram, respectivamente, 14 anos, para contratação em geral, e 12, como aprendiz.

n. 6.481/2008, em conformidade com a Convenção n. 182 da OIT⁽³⁶⁾. Ora, se existente, na prática, o contrato irregular, pagar-se-ão ao empregado menor *todas as parcelas cabíveis*; contudo, imediatamente deve-se extinguir o vínculo, *ope judicis*, em face da vedação constitucional. Neste caso, a *capacidade* obreira é que não foi respeitada. Não obstante o grave vício em um dos elementos jurídico-formais do contrato, *todos os efeitos trabalhistas devem ser reconhecidos à pessoa humana trabalhadora*, em face da tutela justralhista ter sido construída exatamente para proteger a criança e o adolescente — e não para ampliar a perversidade de sua exploração.⁽³⁷⁾

IV. NATUREZA JURÍDICA DA RELAÇÃO DE EMPREGO

A pesquisa acerca da natureza de um determinado fenômeno consiste, como já evidenciado, em uma operação intelectual de separação e subsequente classificação. Supõe a precisa *definição* do fenômeno, como declaração de sua essência e composição, seguida de sua *classificação*, como fenômeno passível de enquadramento em um conjunto próximo de fenômenos correlatos.

Definição (busca da essência) e classificação (busca do posicionamento comparativo), eis a equação compreensiva básica da ideia de natureza⁽³⁸⁾. Por isso pode-se dizer que *encontrar a natureza jurídica de uma figura do Direito* (como a relação empregatícia) *consiste em se apreenderem os elementos fundamentais que integram sua composição específica, contrapondo-os, em seguida, ao conjunto mais próximo de figuras jurídicas, de modo a classificar o instituto enfocado no universo de figuras existentes no Direito*. É “atividade lógica de classificação”⁽³⁹⁾, pela qual se integra determinada figura jurídica ao conjunto mais próximo de figuras existentes no universo do Direito, mediante a identificação e cotejo de seus elementos constitutivos fundamentais.

A pesquisa sobre a correta natureza jurídica do fenômeno da relação empregatícia percorreu caminho sinuoso entre os juristas. Inicialmente,

(36) Lista TIP corresponde à “Lista das Piores Formas de Trabalho Infantil”, mencionada pela Convenção n. 182 da OIT, em seus arts. 3º e 4º, e especificada pelo Decreto n. 6.481, de 12.6.2008. Embora a Convenção 182 da OIT tenha sido ratificada, pelo Brasil, em 1999 (Decreto Legislativo n. 178, de 14.12.99), a Lista TIP somente foi realmente divulgada quase oito anos depois, pelo Decreto n. 6.481/08.

(37) O estudo sobre os critérios de invalidação do contrato de trabalho, englobando suas nulidades parciais ou a total, com os respectivos efeitos da declaração de nulidade, será retomado neste Curso, em seu Capítulo XV, itens III e IV.

(38) A comparação entre definição e natureza, como procedimentos lógicos acolhidos pela ciência, encontra-se em DELGADO, Mauricio Godinho. *A Natureza Jurídica do Poder Empregatício*, p. 78-80, texto a que se reporta no presente instante.

(39) A expressão, como já referido, é de SILVA, Antônio Álvares da. *Direito Coletivo do Trabalho*. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 144.

preponderou a tendência civilista de subordinar a nova e emergente figura do Direito às figuras clássicas e tradicionais do contratualismo do Direito Civil (“*teorias contratualistas tradicionais*”). A operação classificatória assim efetuada não conseguia, contudo, disfarçar seu desconforto, uma vez que necessariamente deixava a descoberto, na classificação procedida, elementos fundamentais e distintivos da nova figura surgida no campo sociojurídico.

Em seguida, já no século XX, surge a tendência de se procurar romper com qualquer traço teórico de origem civilista — e, portanto, qualquer traço teórico de origem contratual. Para este fim construiu-se caminho próprio e distintivo de elaboração teórica, com nítido caráter de resposta e antítese às proposições civilistas anteriores (“*teorias da relação de trabalho e institucionalistas*”).

Finalmente, chega-se a uma síntese teórica mais equilibrada e complexa, hábil a apreender não só os elementos aproximativos, mas também os diferenciadores da relação de emprego perante o conjunto de relações e institutos próximos e perante o universo jurídico conceitual existente (“*teoria contratualista moderna*”).

A ideia de *contrato*, como se percebe, foi o ponto fulcral na atividade classificatória empreendida pelos juristas.

Para as vertentes tradicionais (ou *originárias*), a relação empregatícia teria caráter contratual, sendo naturalmente assimilável a alguma das figuras contratuais existentes no universo do Direito Civil.

Para a vertente contratualista moderna, a noção de contrato seria também explicativa da natureza jurídica da relação de emprego (de sua substância e posicionamento classificatório, portanto), embora fosse inviável reduzir a nova figura a qualquer dos tipos contratuais existentes no âmbito civilista conhecido.

Já para as vertentes acontratualistas (teorias institucionalista e da relação de trabalho), a nova figura empregatícia não teria, definitivamente, natureza jurídica contratual, constituindo fenômeno divorciado da noção de liberdade e vontade que são nucleares à ideia de contrato.

1. Teorias Contratualistas Tradicionais

As correntes contratualistas foram pioneiras na busca da explicação acerca da natureza jurídica da relação de emprego. Em sua primeira fase, tais correntes, como é natural, mantiveram-se profundamente aprisionadas por uma perspectiva civilista no exame do novo fenômeno, insistindo em assimilar a relação de emprego às figuras clássicas de contratos, típicas à teorização imperante no Direito Civil.

O fenômeno novo do Direito do Trabalho, emergente no contexto das profundas transformações socioeconômicas e jurídicas vivenciadas desde o

século XIX, ainda não havia alcançado um conseqüente e sofisticado nível de elaboração teórica, valendo-se, assim, de todo o arsenal próprio a institutos de ramos jurídicos afins.

A) Teoria do Arrendamento — A mais antiga das construções teóricas civilistas é a teoria do arrendamento, que inclui o contrato empregatício entre as espécies de contratos de locação ou de arrendamento.

Trata-se de solução teórica inspirada em modelo jurídico oriundo do Direito Romano, que distinguia entre *locatio operarum* e *locatio operis*. O contrato empregatício corresponderia ao arrendamento (locação) de serviços, pelo qual uma das partes colocaria seu trabalho à disposição de outra (*locatio operarum*). Ao lado desse tipo de contratação de força de trabalho, previa ainda o Direito Romano a *locatio operis*, pela qual uma das partes comprometer-se-ia perante a outra a executar um trabalho ou empreendimento determinado (locação de obra ou *empreitada*).

O Direito Civil do início da Idade Contemporânea tendeu a absorver o modelo teórico provindo de Roma. Assim, o Código Napoleônico (1804) incluiu o contrato de trabalho entre as figuras contratuais do arrendamento (Título VIII, Livro III, arts. 1.708 e 1.710). Na mesma linha pautou-se o velho Código Civil brasileiro (1916), que se referia à locação de serviços (art. 1.216 e seguintes) e à empreitada (art. 1.237 e seguintes). Entre os juristas, o prestígio dessa concepção também foi destacado: citem-se, por exemplo, *Planiol, Julien Bonnecase, Josserand, Garcia Oviedo*⁽⁴⁰⁾.

A concepção, contudo, hoje se encontra claramente superada. É que inexiste, no contrato empregatício, a separação entre o trabalhador e o objeto do contrato (a prestação de trabalho), ao contrário da separação inerente à figura da locação (seccionamento entre locador e coisa).

De par com isso, os traços civilistas da locação impedem que esse tipo legal confira um satisfatório tratamento jurídico à relação empregatícia. A título de ilustração, note-se que o Direito Civil, regulamentando a prestação autônoma de serviços, veda contratos superiores a quatro anos, ao passo que se sabe ser princípio característico do ramo justrabalista especializado exatamente o contrário, isto é, a continuidade (perpetuação) da relação de emprego (art. 1.220, CCB/1916; art. 598, CCB/2002).

B) Teoria da Compra e Venda — É também bastante antiga a teoria da compra e venda, originária ainda do alvorecer do século XIX, mediante proposição atribuída ao jurista *Pothier*. Esta vertente iria, em seguida, contar

(40) In NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 259-61. O Novo Código Civil Brasileiro (2002) abandona a expressão *locação*, substituindo-a por *prestação de serviços* (arts. 593 a 609).

com a adesão de importantes autores, como *Laurent*, *Chatelain*, *Carnelutti* (este alterando sua posição mais à frente de sua carreira) e *Kahl*⁽⁴¹⁾.

A partir dessa variante, o contrato de trabalho teria natureza jurídica de compra e venda, uma vez que o obreiro *venderia* sua força de trabalho ao empregador, em contrapartida a um *preço*, consubstanciado no salário.

O ponto mais atrativo de tal teorização situa-se, na verdade, fora das fronteiras do Direito: é que se sabe, em economia, que o sistema capitalista tem na *mercadoria* a sua categoria central, que se generaliza ao conjunto do sistema, subordinando todos os fenômenos e relações de conteúdo econômico. Desse modo, a redução do trabalho a uma simples mercadoria parece se ajustar, com adequação, à lógica mais primitiva do sistema econômico dos últimos duzentos anos.

Do ponto de vista de um enfoque estritamente jurídico, contudo, a tese não se sustenta. Na relação de emprego não há ruptura entre o elemento alienado (trabalho) e seu prestador (obreiro), ao contrário da separação provocada normalmente pelo contrato de compra e venda (e também arrendamento, é claro). Mais que isso, a relação fático-jurídica estabelecida a partir de um contrato empregatício é contínua, ao contrário daquela inerente à compra e venda, nitidamente concentrada no tempo. Ademais, a prestação de trabalho configura obrigação de fazer, ao passo que a prestação fundamental da compra e venda configura obrigação de dar. Finalmente — se se quiser retomar o plano filosófico —, o trabalho constrói a mercadoria, não podendo ser reduzido a seu próprio resultado.

Em um certo instante, *Carnelutti* procurou abrir novo fôlego à tese da compra e venda, comparando a prestação do trabalho à obrigação de venda/consumo de energia elétrica. Com isso, pensava superar o impasse da ruptura que se percebera na figura da compra e venda (na venda de energia elétrica não há aparente ruptura entre o centro de energia e o consumidor). Sem sucesso, entretanto, o empreendimento teórico perseguido. A par de outros pontos de distanciamento de situações, cabe se enfatizar que o trabalho é contratado sem contraprestatividade rigorosa, remunerando-se mesmo sem sua realização efetiva, como ocorre nos períodos de férias, dias de repouso, intervalos remunerados, *tempo à disposição*, etc. — o que não ocorre na obrigação comparada.

C) Teoria do Mandato — O caráter fiduciário existente entre empregado e empregador responderia pela tentativa de se assimilar o contrato empregatício à espécie dos contratos de mandato. A teor dessa construção, o empregado atuaria como mandatário de seu empregador.

(41) NASCIMENTO, Amauri Mascaro, ob. cit., p. 262-263.

São autores que se pronunciaram nesta linha de argumentação juristas franceses ainda do século XIX, como *Troplong* e *Duraton* e *Marcade*⁽⁴²⁾.

A precariedade de tal construção é, contudo, óbvia. Afora as situações especiais consubstanciadas nos chamados *cargos de confiança* e em certos trabalhos altamente qualificados, não há semelhante intensidade de fidedignidade na relação empregatícia (observe-se o trabalho não qualificado e em regime de produção maciça, por exemplo).

De par com isso, mesmo em algumas situações marcadas pela elevada confiança entre as partes (trabalho doméstico, ilustrativamente), o tipo de fidedignidade inerente à relação jurídica não transfere necessariamente poderes do empregador ao empregado: ao contrário, pode até mesmo acentuar a subordinação do obreiro.

D) Teoria da Sociedade — A concepção da relação empregatícia como sendo uma relação jurídica imantada por um contrato de sociedade foi defendida por autores como *Chatelain*, *Michel Villey*, *Gérard Lyon-Caen*, *Renault* e outros⁽⁴³⁾.

A existência de um suposto interesse comum em direção à produção, de uma associação de atos sucessivos, coordenados e simultâneos, dos partícipes da relação de emprego, tudo conduziria à assimilação da figura empregatícia ao contrato de sociedade, ainda que qualificado como um contrato societário *sui generis*⁽⁴⁴⁾.

O artificialismo dessa concepção é, porém, manifesto. Do ponto de vista estritamente jurídico, sabe-se que *affectio societatis* e subordinação são situações e conceitos que tendem a se excluir, inviabilizando a equiparação das duas figuras cotejadas. Além disso, a comunhão de poderes e responsabilidades que caracteriza a sociedade e a relação entre os sócios distancia largamente a figura societária do contrato empregatício.

Do ponto de vista socioeconômico, por outro lado, se é inquestionável o avanço nas fórmulas organizacionais de gestão do sistema produtivo nos locais de trabalho — atenuando e democratizando a relação assimétrica de poder ali existente —, não se pode negar que esse processo está ainda longe de completar seu ciclo. De todo modo ele não apaga a ampla hegemonia, nos últimos duzentos anos de história, das modalidades mais rígidas e verticalizantes de gestão empregatícia, que são antitéticas a qualquer noção de sociedade.

E) Contratualismo Tradicional: análise crítica — A análise comparativa das teorias contratualistas tradicionais evidencia que todas pecaram pela

(42) A respeito, NASCIMENTO, Amauri Mascaro, ob. cit., p. 271.

(43) A respeito, MORAES FILHO, Evaristo de. *Tratado Elementar de Direito do Trabalho*. V. I. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960, p. 402-404. Também NASCIMENTO, Amauri Mascaro, ob. cit., p. 266.

(44) MORAES FILHO, E. de, *loc. cit.*

incapacidade de apreender, na relação de emprego, qualquer elemento *inovador* em face do quadro teórico então existente no Direito Civil.

Pecaram, assim, pela recorrente e frustrada tentativa de submeterem a fórmulas teóricas consolidadas um fenômeno até então desconhecido na história das formações econômico-sociais e, desse modo, sequer ventilado na evolução histórica dos institutos jurídicos.

Por isso — e pelas insuficiências específicas a cada uma delas, conforme acima indicado — desponta o artificialismo e a precariedade inerentes a todas as formulações doutrinárias sobre a relação de emprego elaboradas a partir da clássica matriz teórica civilista.

2. Teoria Contratualista Moderna

A relação jurídica de emprego é, como visto, um fenômeno historicamente novo. Foi construído a partir de supostos reunidos com a ruptura da sociedade servil do feudalismo europeu (notadamente o trabalho livre, como já estudado) e com o mecanismo original de reconexão do trabalhador ao sistema produtivo — a subordinação (em contrapartida à sujeição, própria às relações servis e escravas)⁽⁴⁵⁾.

Ao fenômeno socioeconômico novo da relação de emprego, que se exprime em uma síntese jurídica singular — uma nova figura jurídica, portanto —, obviamente há de caber uma explicação teórica própria. Trata-se, pois, de perquirir por uma construção teórica que seja hábil a posicionar a nova figura jurídica no contexto das figuras correlatas do Direito, enxergando-lhe os pontos afins e comuns, mas sem perder, contudo, a aptidão para lhe destacar o aspecto essencial diferenciador. Uma concepção, em suma, que indique os aspectos fundamentais que a nova figura tem em comum com figuras jurídicas similares (o denominado gênero próximo), sem perder a perspectiva de lhe captar a identidade nuclear específica e distintiva (a chamada diferença específica), definindo-lhe, assim, a natureza jurídica que a caracteriza (seu posicionamento classificatório, portanto).

Esse esforço de pesquisa e reflexão já alcançou resultados satisfatórios na Ciência do Direito.

De fato, no que concerne aos aspectos comuns da relação empregatícia com figuras jurídicas que lhe sejam correlatas (a busca do *gênero próximo*), já está hoje assente que a relação de emprego tem, efetivamente, *natureza contratual*.

(45) Para reexame desse processo de formação da relação de emprego e do ramo jurídico especializado sobre ela incidente — o Direito do Trabalho —, retornar ao Capítulo III deste Curso, sobre a análise histórica do Direito do Trabalho.

Sob essa perspectiva, as tentativas efetuadas pelas teorias civilistas tradicionais não se perderam inteiramente no tempo. A afirmação básica subjacente a tais teorias — afirmação do caráter *contratual* da nova relação jurídica — preserva sua validade teórica até os dias atuais. O que se tem como inaceitáveis são suas conclusões sobre o *tipo* de contrato configurado pela relação empregatícia: arrendamento, compra e venda, etc.

A natureza jurídica contratual afirma-se por ser o elemento *vontade* essencial à configuração da relação de emprego. A presença da *liberdade* — e sua projeção na relação concreta, a *vontade* — é, a propósito, o elemento nuclear a separar o trabalho empregatício dos trabalhos servis e escravos, que lhe precederam na história das relações de produção ocidentais.

De fato, à medida que a *liberdade* é o elemento fundamental a distinguir a relação de emprego das demais formas de relação de trabalho, do período anterior ao século XIX (servidão, escravidão), surge a *vontade* como seu elemento constitutivo basilar.

A vontade, como se sabe, é a particularização da liberdade em uma relação jurídica concreta. Na relação de emprego, essa vontade (e liberdade) apresenta, é claro, limitações inquestionáveis. Afinal, como já foi argutamente observado pela jurista *Luiza Riva Sanseverino*, não se trata tanto da vontade dirigida à *definição do conteúdo* do vínculo contratado, embora se mantenha como vontade para definir sobre a *efetiva pactuação* do referido vínculo⁽⁴⁶⁾.

Não obstante limitada a vontade — sob a perspectiva do empregado, é claro —, sua simples configuração e convergência à vontade empresarial, no que tange à constituição do vínculo, lança no mundo jurídico, como *contrato*, o instrumento de conexão do trabalhador ao sistema produtivo. Desse modo, sendo essencial a existência da vontade (e, assim, liberdade), há contrato.

O contrato surgido não é, entretanto, figura assimilável a qualquer das figuras contratuais clássicas ao universo teórico do Direito Civil. Nesse quadro, embora o gênero próximo seja o contratual, existe uma diferença específica a distanciar o contrato empregatício do conjunto das figuras contratuais civilistas.

É que se trata, no presente caso, de relação contratual específica, distinta e ímpar. Trata-se de relação contratual que tem por objeto uma obrigação de fazer (*obligatio faciendi*) prestada por uma pessoa humana com não eventualidade, onerosamente, de modo subordinado e em caráter de pessoalidade (*intuitu personae*) no que tange ao prestador de trabalho. Aqui

(46) A respeito, SANSEVERINO, Luiza Riva. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1976, p. 115. Octavio Bueno Magano assim expõe o enunciado diferenciador lançado pela autora italiana: “para o conceito de contrato, o elemento essencial reside na liberdade de consentir na constituição do vínculo e não na liberdade de consentimento para a determinação do conteúdo do vínculo”. *Manual de Direito do Trabalho*, V. II. 2. ed. São Paulo: LTr, p. 23.

reside a diferença específica da relação contratual empregatícia perante as demais relações jurídicas contratuais correlatas: não exatamente em seu objeto (prestação de trabalho), mas precisamente no *modo* de efetuação dessa prestação — em estado de subordinação (e com pessoalidade, não eventualidade e onerosidade, acrescente-se).

A circunstância de ser a subordinação, entre os elementos componentes da relação empregatícia, o nuclear e distintivo, faz com que os autores venham até mesmo a enfatizar exclusivamente o modo subordinado da consumação da prestação do trabalho como a diferença específica a distinguir a relação contratual de emprego de outras relações contratuais similares. Essa é a linha argumentativa colocada, ilustrativamente, por *Renato Corrado*, jurista que melhor chamou a atenção para a relevância do modo de realização da prestação de trabalho, na pesquisa da diferença específica da relação contratual empregatícia. De fato, tal jurista é concludente em afirmar que o *modo de realização* dessa obrigação de fazer — a circunstância de ser prestada subordinadamente — é que constitui seu elemento distintivo principal, o ponto de afirmação diferencial da relação de emprego perante todas as demais modalidades contratuais que tenham por objeto uma *obligatio faciendi*. Para ele, o “contrato de trabalho é antes um modo de ser de qualquer contrato que importe numa obrigação de fazer, quando a prestação deva realizar-se em estado de subordinação, do que, propriamente, um contrato de conteúdo específico”⁽⁴⁷⁾.

Não há, pois, conteúdo específico ao contrato empregatício: *qualquer obrigação de fazer, lícita, nele pode estar compreendida, desde que realizada por uma pessoa física sob certo modo operacional*. Segundo *Corrado*, desde que realizada simplesmente em estado de subordinação.

Contemporaneamente, mostra-se mais correto se completar o raciocínio iniciado pelo brilhante jurista italiano, aduzindo-se: *desde que realizada por uma pessoa natural em estado de subordinação e com pessoalidade, não eventualidade e onerosamente*⁽⁴⁸⁾. Esse modo de ser da prestação nuclear do contrato empregatício é, portanto, o que o distingue de outros contratos em que seja também essencial uma prestação de fazer (ilustrativamente, contratos de empreitada, de locação de serviços, de mandato, de sociedade, etc.).

3. Teorias Acontratualistas

A história da pesquisa acerca da natureza jurídica da relação empregatícia enveredou, na primeira metade do século XX, por um ramal teórico singular,

(47) Renato Corrado, cit. in MARANHÃO, Délio. Contrato de Trabalho, in SÜSSEKIND, Arnaldo et alii. *Instituições de Direito do Trabalho*. V. I, 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1981, p. 205 (grifos no original).

(48) Ou seja, a particularidade do modo operacional da relação empregatícia resulta da conjugação unitária de seus elementos fático-jurídicos.

inteiramente dissociado da matriz contratualista em que se realizava essa pesquisa desde o nascimento do Direito do Trabalho. Trata-se das vertentes acontratualistas.

Esse ramal teórico não somente enxergava um leito próprio e distintivo de caracterização da natureza jurídica da relação de emprego, como tinha a preocupação principal de negar qualquer relevância ao papel da liberdade e da vontade — e assim do contrato — na formação e desenvolvimento dessa relação jurídica especializada.

Desdobrava-se tal ramal em duas vertentes principais, estreitamente próximas entre si: a teoria da relação de trabalho e a teoria institucionalista.

A) Teoria da Relação de Trabalho — A teoria da relação de trabalho parte do princípio de que a vontade — e, desse modo, a liberdade — não cumprem papel significativo e necessário na constituição e desenvolvimento do vínculo de trabalho subordinado. A prestação material dos serviços, a prática de atos de emprego no mundo físico e social é que seriam a fonte das relações jurídicas de trabalho — e não a vontade das partes, em especial do obreiro. Em face dessa suposição — tida como comprovada pela experiência concreta das relações empregatícias —, semelhante teoria afasta a referência ao contrato (*ajuste de vontades*) como veio explicativo central da relação de emprego.

Na esteira dessa tese, a relação empregatícia seria *uma situação jurídica objetiva*, cristalizada entre trabalhador e empregador, para a prestação de serviços subordinados, independentemente do ato ou causa de sua origem e deflagração (*Mario de La Cueva*). O simples *fato* da prestação de serviços seria o elemento essencial e gerador de direitos e obrigações na ordem jurídica.

Mesmo o ato inicial de adesão do trabalhador ao círculo do trabalho — e sua continuidade na relação surgida —, nada disso configuraria *ato de vontade*. Um dos defensores dessa teoria, *George Scelle*, valendo-se da noção de *Duguit* acerca de ato-condição, admite a ocorrência de um ato primitivo, que propicia a inserção do empregado na empresa (chama-o *embauchage*). Embora esse ato possa ter natureza contratual, tal qualidade não é de sua essência. O fundamental, desse modo, a teor dessa teorização, mantém-se na ideia de *ocupação*, de *inserção do trabalhador junto à empresa* — e não no eventual pacto (acordo) existente entre as partes envolvidas.

Os teóricos principais dessa vertente explicativa são *Siebert*, *Nikisch*, *Potthoff* e *Molitor*, de origem germânica, autores de clara inspiração organicista e substrato conceitual vinculado às correntes autoritárias predominantes no contexto juspolítico da época. Também aderiram a tais concepções *George Scelle*, *Mario Deveali*, *Messineo* e, na América Latina, *Mario de La Cueva*. No Brasil, nas décadas de 1930 e 40, *Oliveira Viana*, *Cesarino Júnior* e *Rego Monteiro*.

Mario de La Cueva explicava a “...relação de trabalho como situação jurídica objetiva, estabelecida entre um trabalhador e um empregador, para a prestação de um serviço subordinado, qualquer que seja o ato ou a causa de sua origem”⁽⁴⁹⁾. Dessa concepção do jurista *Mario de La Cueva* originou-se sua tese no sentido de ser essencial à verificação do complexo de direitos e obrigações laborais entre as partes envolvidas a efetiva ocorrência de prestação de trabalho: nada existiria antes dessa efetiva realização da prestação dos serviços (*teoria do contrato realidade*), a não ser — no máximo — os efeitos indenizatórios concernentes ao período de pré-contrato. A tese, entretanto, não se harmoniza com a lei brasileira, dado considerar a CLT como “de serviço efetivo o período em que o empregado esteja à disposição do empregador aguardando ou executando ordens, salvo ...” (art. 4º, *caput*, CLT). Na mesma linha, contrária à tese de *M. de La Cueva*, os conceitos de tempo residual na jornada registrada nos cartões de ponto e tempo *in itinere* — art. 58, §§ 1º e 2º, CLT⁽⁵⁰⁾.

A teoria da relação de trabalho teve nítida influência nas legislações latino-americanas, tendo se manifestado no art. 20 da Lei Federal do Trabalho, do México, e art. 22 da Lei do Contrato de Trabalho, da Argentina⁽⁵¹⁾. No Brasil, a Consolidação das Leis do Trabalho também se viu submetida a tal influência. Na verdade, o *caput* do art. 442 celetista revela uma clara composição entre as vertentes contratualistas e acontratualistas, com inegável prejuízo à lógica formal e jurídica (“contrato individual de trabalho é o *acordo tácito ou expresso correspondente à relação de emprego*” — art. 442, *caput*, CLT: grifos acrescidos)⁽⁵²⁾.

(49) Citado por MAGANO, Octavio Bueno. *Manual de Direito do Trabalho*, V. II, 2. ed. São Paulo: LTr, 1986, p. 20.

(50) Adoutrina e jurisprudência brasileiras utilizam-se da expressão *teoria do contrato-realidade*, hoje, com acepção distinta, referindo-se à circunstância de prevalecer, no Direito do Trabalho, a evidência material e real sobre a meramente formal, particularmente no que concerne ao exame da existência ou não de contrato empregatício e até mesmo de suas cláusulas efetivas (*princípio do contrato realidade* — ver Capítulo VI, item V, alínea H, do presente Curso). Sobre o tempo *in itinere*, os §§ 2º e 3º do art. 58 da CLT, que a ele faziam referência, foram alterados (§ 2º) ou revogados (§ 3º) pela Lei de Reforma Trabalhista (n. 13.467/2017).

(51) Cf. MAGANO, O. B., ob. cit., p. 21.

(52) A ideia de que houve um compromisso entre as vertentes contratualistas e acontratualistas, estas representadas por Rego Monteiro, no momento da redação do art. 442, *caput*, da CLT, teria sido relatada por Arnaldo Süssekind, na década de 1970, segundo expõe Octavio Bueno Magano, em seu *Manual de Direito do Trabalho*, Vol. II, 2. ed. São Paulo: LTr, 1986, p. 21. A comissão de elaboração da CLT, que desenvolveu seu trabalho entre 1942 e 1943, foi composta, a propósito, pelos seguintes juristas: Luiz Augusto do Rego Monteiro, José de Segadas Vianna, Oscar Saraiva, Dorval Lacerda e Arnaldo Süssekind, este com apenas 24 anos, na época (composição descrita por SÜSSEKIND, Arnaldo, na entrevista, “Governo Vai Violar Acordo da OIT”, ao *Jornal do Brasil*, 1º Caderno, 26.11.2001, p. 12). Délio Maranhão, contudo, que fora, de certo modo, contemporâneo de tais relevantes personagens, além de futuro coautor da grande obra-prima, *Instituições de Direito do Trabalho*, liderada, tempos depois, por Arnaldo Süssekind, entendia que também Dorval Lacerda era contrário à concepção contratualista da

B) Teoria Institucionalista — A teoria institucionalista associa-se doutrinariamente à teoria anterior. Embora se utilizando de premissas e categorias teóricas distintas, alcança o mesmo objetivo no tocante à análise da estrutura e posicionamento comparativo da relação de emprego. Também para o institucionalismo, a relação empregatícia configuraria um tipo de vínculo jurídico em que as ideias de liberdade e vontade não cumpririam papel relevante, seja em seu surgimento, seja em sua reprodução ao longo do tempo.

A partir do conceito de *instituição* — uma realidade estrutural e dinâmica que teria prevalência e autonomia em face de seus próprios integrantes (conceito buscado dos autores civilistas *Maurice Hauriou* e *Georges Renard*) —, os institucionalistas do Direito do Trabalho constroem sua teorização. Nessa linha, compreendem a empresa como uma instituição, um corpo social que se impõe objetivamente a um certo conjunto de pessoas e cuja permanência e desenvolvimento não se submetem à vontade particular de seus membros componentes.

Em face do contexto institucional em que se encontra inserido, no quadro da relação de emprego, o empregado queda-se a uma situação fundamentalmente estatutária, objetiva, consumada, nada criando de iniciativa pessoal quando se insere na empresa.

Embora o institucionalismo se refira também à ideia de *colaboração*⁽⁵³⁾, a rigidez hierárquica inerente à noção de instituição acentua a assimetria de poder no âmbito empresarial interno, eclipsando a presença da liberdade e vontade na produção e desenvolvimento da relação empregatícia individualmente considerada.

São autores institucionalistas *Paul Durand* e *Jaussaud*. No Brasil, *Luiz José de Mesquita*.

C) Acontratualismo: análise crítica — As teorias da relação de trabalho e do institucionalismo, embora construindo suas formulações a partir de um dado efetivo da realidade empregatícia — a parca margem de atuação aberta, na prática, ao exercício individual da liberdade e vontade pelo obreiro —, chegam a conclusões flagrantemente equivocadas.

A restrição fática (às vezes bastante intensa) da liberdade e vontade do trabalhador, no contexto da relação empregatícia concreta, não autoriza

relação de trabalho. A este respeito, reportar-se ao Capítulo “Contrato de Trabalho”, redigido por Délio Maranhão, na referida obra coletiva de SÚSSEKIND, MARANHÃO e SEGADAS VIANNA. *Instituições de Direito do Trabalho*, V. I, 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1981, p. 209.

(53) “O moderno aspecto institucional da relação de trabalho tem por objeto não uma prestação e uma correspondente contraprestação, mas sim uma colaboração econômico-social entre os membros da comunidade da empresa.” MESQUITA, Luiz José de. *Direito Disciplinar do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1991, p. 14. Trata-se esta da mais famosa obra que a corrente institucionalista produziu no Direito do Trabalho brasileiro.

a conclusão simplista de que a existência do trabalho livre (e da liberdade, pois) e da vontade obreira não sejam da essência dessa relação jurídica. Afinal, a combinação de tais elementos (liberdade/vontade) é que exatamente permitiu a formulação da diferença específica da relação de emprego perante as demais modalidades hegemônicas de relação de produção no mundo ocidental anterior — servidão e escravidão. A presença dessa equação (liberdade/vontade) é que exatamente tem permitido à relação empregatícia dar origem a vertentes tão variadas e às vezes díspares de gestão empresarial interna, desde o antigo despotismo de fábrica, que era dominante no capitalismo industrial do século XIX e inícios do século XX, até fórmulas mais democráticas de gestão empregatícia que têm sido experimentadas no cenário empresarial contemporâneo em certas localidades e/ou empresas⁽⁵⁴⁾.

Na verdade, as duas correntes teóricas acima expostas, fiéis à inspiração autoritária que presidiu sua formulação e desenvolvimento, não conseguiam disfarçar seu intento antidemocrático, embora manifestado sob aparente argumento protecionista obreiro. Ao enfatizarem a estreiteza (real) da liberdade e vontade individuais obreiras no interior da relação de emprego, partem de um dado efetivo da realidade empírica, mas para alcançarem uma conclusão teórica equivocada e uma proposição política sumamente conservadora e autoritária.

O mesmo dado, recorde-se, foi apreendido pela teoria democrática (o dado da restrição à liberdade e vontade obreiras no contexto da relação de emprego); mas aqui foi apreendido para se chegar a conclusão distinta: apenas pela organização coletiva democrática dos trabalhadores é que estes poderiam passar a se equiparar, em termos de liberdade e vontade, em certa medida, ao ser coletivo empresarial.

Já o institucionalismo e a teoria da relação de trabalho apreendem a escassa liberdade e vontade obreiras para concluir que esses dois elementos não são relevantes à configuração da relação empregatícia, propondo, em seguida — em extensão à sua conclusão teórica —, uma concepção de gestão trabalhista sumamente autoritária, em que a liberdade e a vontade dos trabalhadores, de fato, não teriam de cumprir qualquer papel lícito ou ponderável.

(54) A respeito da questão do poder no contexto da relação empregatícia, com sua vertente clássica de “despotismo de fábrica” aos mais recentes experimentos de democratização intra-empresarial, ver DELGADO, Mauricio Godinho. *A Natureza Jurídica do Poder Empregatício*. Tese de Doutorado. Belo Horizonte: UFMG, 1994 (obra publicada sob o título *O Poder Empregatício*. 1. ed. São Paulo: LTr, 1996).

RELAÇÕES DE TRABALHO *LATO SENSU*

I. INTRODUÇÃO

A relação empregatícia e a figura do empregado surgem como resultado da combinação, em certo contexto sociojurídico, dos cinco elementos fático-jurídicos já examinados.

Há, porém, outras relações de trabalho gestadas na dinâmica social muito próximas, do ponto de vista jurídico e social, à relação empregatícia, mas que com ela não se confundem. A diferenciação entre elas, às vezes, pode ensejar pesquisa fático-teórica tormentosa.

Em um primeiro plano, há um vínculo jurídico que, apesar de contar, do ponto de vista *prático*, com os elementos configuradores da relação de emprego, recebe da ordem jurídica uma *excludente legal absoluta*, que inviabiliza o contrato empregatício — trata-se da *natureza pública* da relação jurídica formada. É o que se passa com os servidores *administrativos* das entidades estatais de Direito Público.

Em um segundo plano, há outra relação jurídica, de natureza efetivamente *privada*, que também *pode* contar com os elementos integrantes da relação de emprego, mas sem se enquadrar no tipo legal da CLT. É o que ocorre com o *estágio*, desde que regularmente celebrado e praticado. Ressalte-se, entretanto, que não se está, aqui, mais diante de excludente legal absoluta (como ocorrido acima), porém, essencialmente, apenas de uma presunção legal favorável ao estágio.

Neste plano, há outra relação jurídica que parece concorrer, do ponto de vista jurídico, com a relação de emprego — embora essa concorrência seja mais aparente do que verdadeira. Trata-se das situações envolvendo a trabalhadores prestadores de serviço de cooperativas de mão de obra (ou *cooperativas de trabalho*, segundo a terminologia seguida pela Lei n. 12.690, de 2012). Também aqui não se está, definitivamente, perante uma excludente legal de relação de emprego.

Em outro plano, há diversas outras relações sociojurídicas que se diferenciam da relação de emprego em vista da falta de um ou alguns dos elementos fático-jurídicos componentes do tipo legal especificado no *caput* dos arts. 2º e 3º da CLT. É o que acontece, ilustrativamente, com as relações trabalhistas autônomas, eventuais e avulsas, sem se falar em outros vínculos também fronteiros ao regulado pela CLT (representante comercial ou agente, motorista carreteiro proprietário de seu próprio veículo, motorista de táxi, etc.).

Todos esses casos de relação de trabalho *lato sensu* são mais ou menos próximos da relação empregatícia; todos esses *trabalhadores lato sensu* tangenciam a figura jurídica do empregado. Mas, inquestionavelmente, todos eles, para o Direito, formam figuras sociojurídicas distintas da empregatícia, com regras, institutos e princípios jurídicos diferenciados regendo sua situação concreta (desde que lhes falte, é claro, realmente, pelo menos um dos elementos do vínculo empregatício).

Cabe, portanto, ao intérprete e aplicador do Direito, reconhecendo os elementos de aproximação entre as figuras comparadas, hábeis a situá-las em um mesmo gênero conceitual (o do trabalho humano prestado a outrem, onerosamente), identificar-lhes, ao mesmo tempo, a *diferença específica*, de modo a poder situar, sem equívocos, seu correto posicionamento no universo normativo existente⁽¹⁾.

Presunção Jurídica — No Direito brasileiro existe sedimentada presunção de ser empregatício o vínculo jurídico formado — regido pela CLT, portanto —, desde que seja incontroversa a prestação de serviços por uma pessoa natural a alguém (Súmula 212, TST — editada em 1985). Essa presunção jurídica relativa (não absoluta, esclareça-se) é clássica ao Direito do Trabalho, em geral, resultando de dois fatores historicamente incontestáveis: a circunstância de ser a relação de emprego a regra geral de conexão dos trabalhadores ao sistema socioeconômico capitalista; a circunstância de a relação de emprego, desde o surgimento do Direito do Trabalho, ter se tornado a fórmula mais favorável e protegida de inserção da pessoa humana trabalhadora na competitiva e excludente economia contemporânea.

No Brasil, desponta a singularidade de esta antiga presunção jurídica ter sido incorporada, de certo modo, até mesmo pela Constituição da República de 1988, ao reconhecer, no vínculo empregatício, um dos principais e mais eficazes instrumentos de realização de notável bloco de seus princípios cardeais, tais como o da dignidade do ser humano, o da centralidade da pessoa humana na ordem jurídica e na vida socioeconômica, o da valorização do trabalho e do emprego, o da inviolabilidade física e psíquica da pessoa humana, o da igualdade em sentido substancial, o da justiça social, o do bem-estar individual e social, o da segurança e o da subordinação da propriedade à sua função socioambiental. Com sabedoria, a Constituição percebeu que não se criou, na História do Capitalismo, nessa direção inclusiva, fórmula tão eficaz, larga, abrangente e democrática quanto a estruturada na relação de emprego.

Convergingo inúmeros preceitos constitucionais para o estímulo, proteção e elogio à relação de emprego (ilustrativamente: Preâmbulo; art. 1º, III e IV; art. 3º, I, II, III e IV; art. 5º, *caput*; art. 6º; art. 7º, *caput* e seus incisos

(1) É evidente que, no plano prático, diante de alguma das situações fronteiriças acima mencionadas, o juiz, analisando a prova dos autos, pode, é claro, concluir estar configurada a relação de emprego, pela presença de seus cinco elementos componentes.

e parágrafo único; arts. 8º até 11; art. 170, *caput* e incisos III, VII e VIII; art. 193, todos do Texto Máximo de 1988), emerge clara a presunção também constitucional em favor do vínculo empregatício no contexto de existência de incontroversa prestação de trabalho na vida social e econômica.

II. EXCLUDENTE LEGAL DA FIGURA DO EMPREGADO — VINCULAÇÃO ADMINISTRATIVA

Há importante situação concreta que evidencia a presença dos cinco elementos fático-jurídicos da relação de emprego entre trabalhador e tomador de serviços, *sem que haja, juridicamente, esse tipo legal de relação* — sem que haja, portanto, a figura do *empregado*. Trata-se de situação *expressamente excepcionada pela Constituição (mais do que pela lei, portanto), que elimina a possibilidade jurídica de existência de relação de emprego, por enfatizar outro aspecto singular também presente na mesma relação — a vinculação de natureza administrativa, ao invés de trabalhista, à respectiva entidade estatal de Direito Público.*

Nesse rol, é necessário, entretanto, se diferenciar entre os servidores regulares e os servidores irregulares.

1. Servidores Administrativos

De fato, o *servidor público sob regime administrativo* — servidor do tipo *estatutário* ou sob *regime jurídico único* ou ainda sob o vínculo denominado *função pública* — não se vincula à entidade estatal de Direito Público pelo caminho da CLT, mas por intermédio de vínculo de natureza realmente administrativa. Tais trabalhadores *lato sensu* ostentam *vínculo de natureza pública*, sob padrão normativo distinto do vínculo regido pela CLT — distinto e juridicamente incomparável.

Por essa razão, em face da natureza jurídica própria de seus vínculos (que é *pública*), torna-se irrelevante, para fins justrabalhistas, que sejam também pessoas naturais, prestando serviços com pessoalidade, não eventualidade, onerosidade e subordinação — não são eles, definitivamente, empregados⁽²⁾.

É evidente que não se está falando aqui do *servidor celetista*, isto é, aquele contratado por entidade estatal por meio do sistema jurídico da CLT. Este é empregado, como qualquer outro, tendo como empregador a correspondente pessoa jurídica de Direito Público. Tal situação, aliás, era muito comum antes de 1988, quando conviviam na administração pública os regimes de natureza estatutária, celetista e, ainda, o *regime especial*. Com o

(2) Ressalte-se que há argumentos no sentido de que o servidor coloca-se perante a administração pública com relação de obediência distinta da subordinação.

surgimento do regime jurídico único, previsto pela nova Constituição (antigo art. 39, CF/88), a tendência foi de se tornar apenas administrativa a modalidade de admissão de servidores pelos entes estatais.

Curiosamente, em fins dos anos 1990, restabeleceu-se o incentivo à dualidade de regimes, viabilizando-se, outra vez, a contratação estatal de servidores por intermédio da CLT, conforme *reforma administrativa* implementada pela EC n. 19, de 1998.⁽³⁾

2. Servidores Irregulares

Na ordem jurídica brasileira o padrão jurídico celetista corresponde à regra geral de contratação de trabalhadores por qualquer tomador, a quem cabe o ônus de evidenciar distinto enquadramento para o caso concreto examinado. Relativamente às entidades estatais de Direito Público, entretanto, por longo tempo prevaleceu a singularidade de poderem, *mediante lei*, realizar a escolha do regime jurídico regente de suas relações com os servidores, seja o administrativo, seja o celetista. Tratando-se de ente público (União, Estado, Distrito Federal ou Município) da administração direta, autárquica ou fundacional, a natureza do vínculo jurídico seria definida pela respectiva lei federal, estadual, distrital ou municipal.

Com a implantação do regime jurídico único previsto no *caput* do art. 39 da Constituição de 1988, a dualidade de regimes tenderia a desaparecer na prática real do segmento público do País. Porém, tendo a EC n. 19/1998 extirpado o RJU (extirpação que, longo tempo depois, foi considerada inválida pelo STF, em 2007, no julgamento da ADI/2135-DF, relatado pela Ministra Ellen Gracie, como já visto), ressurgiu o debate acerca do enquadramento jurídico dos servidores irregularmente admitidos pela entidade pública. Nesse contexto, a partir da EC n. 45/2004, entendeu a Justiça do Trabalho ser celetista o vínculo dos servidores públicos irregularmente admitidos, desde que a vantagem singular do ente público não tenha sido por ele efetivamente exercitada, ao admitir servidores fora dos rigores do estatuto público (Orientação Jurisprudencial 205, SDI-1/TST, em sua redação de 20.4.2005).

(3) Tempos depois da vigência da EC n. 19/1998 (que restaurou a possibilidade de haver dualidade de regimes jurídicos na esfera pública), o STF deferiu, em 2007, medida cautelar para *suspender a eficácia do artigo 39, caput, da Constituição Federal, com a redação da Emenda Constitucional n. 19, de 04 de junho de 1998* (preceito constitucional reformador que eliminara o regime jurídico único). A decisão produziu efeitos apenas *ex nunc*, com isso permitindo subsistir a *legislação editada nos termos da emenda declarada suspensa* (ADI/2135-DF — Rel.: Min. Ellen Gracie. Sessão de 02.08.2007). De todo modo, abriu-se caminho para a manutenção da vigência do texto original do *caput* do art. 39 da Constituição, que regulava a instauração do RJU. Fonte: STF: Acompanhamento Processual — ADI/2135 — <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>> — Consulta em 03.11.2008. Ver também *Valor Econômico*, 3/4/5 de agosto de 2007, p. A-4 (“Decisão do Supremo Impede Governos de Contratar pela CLT”).

Não obstante, o Supremo Tribunal Federal acabou por fixar compreensão distinta sobre a matéria, reiterando o caráter administrativo do vínculo do servidor com a administração direta, suas autarquias e fundações públicas, mesmo que irregular a admissão feita, *caso o regime jurídico da respectiva entidade pública seja o administrativo*. Ou seja, para o STF, havendo lei específica firmando, no âmbito da entidade estatal de Direito Público, o regime administrativo, tornam-se também administrativas as relações irregulares formadas por essas entidades com seus servidores incorretamente admitidos. Com essa compreensão, o STF afastou a competência da Justiça do Trabalho para julgar tais litígios, conduzindo ao subsequente cancelamento da OJ 205⁽⁴⁾.

III. CONTRAPONTO ESTÁGIO VERSUS RELAÇÃO DE EMPREGO

Situação curiosa ocorre com a figura do estudante estagiário, embora não se trate de excludente com as mesmas características e força da hipótese acima analisada. É que não obstante o estagiário possa reunir, concretamente, todos os cinco pressupostos da relação empregatícia (caso o estágio seja remunerado), a relação jurídica que o prende ao tomador de serviços não é, legalmente, considerada empregatícia, em virtude dos objetivos educacionais do pacto instituído.

Esse vínculo sociojurídico foi pensado e regulado para favorecer o *aperfeiçoamento e complementação da formação acadêmico-profissional do estudante*. São seus relevantes objetivos sociais e educacionais, em prol do estudante, que justificaram o favorecimento econômico embutido na Lei do Estágio, isentando o tomador de serviços, partícipe da realização de tais objetivos, dos custos de uma relação formal de emprego. Em face, pois, da nobre causa de existência do estágio e de sua nobre destinação — e como meio de incentivar esse mecanismo de trabalho tido como educativo —, a ordem jurídica suprimiu a configuração e efeitos justralhistas a essa relação de trabalho *lato sensu*.

O incentivo ao estágio, a propósito, deriva manifestamente da Constituição, que prevê: “A educação, *direito de todos* e dever do Estado e da família, *será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade*, visando ao *pleno desenvolvimento da pessoa*, seu preparo para o *exercício da cidadania* e sua *qualificação para o trabalho*” (art. 205, CF/88; grifos acrescidos).

(4) São arestos em que o STF pacificou a natureza administrativa de tais vínculos, ainda que irregularmente constituídos: STF-RCL 5381/AM, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, Tribunal Pleno, DJ de 08.08.2008; STF-RE 573.202-9/AM, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, Sessão de 21.8.2008; STF-RCL 5171/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia Antunes Rocha, Tribunal Pleno, DJ de 03.10.2008; STF-RCL 4489/PA, Rel. Min. Cármen Lúcia Antunes Rocha, Tribunal Pleno, DJ de 21.11.2008. Em decorrência dessa pacificação jurisprudencial, a OJ 205 foi cancelada pelo TST em abril de 2009 (Res. Adm. n. 156/09).

Frustradas, entretanto, a causa e a destinação nobres do vínculo estagiário formado, transmutando-se sua prática real em simples utilização menos onerosa de força de trabalho, sem qualquer efetivo ganho educacional para o estudante, esvai-se o tratamento legal especialíssimo antes conferido, prevalecendo, em todos os seus termos, o reconhecimento do vínculo empregatício.

O estágio, portanto, tem de ser correto, harmônico ao objetivo educacional que presidiu sua criação pelo Direito: sendo incorreto, irregular, trata-se de simples relação empregatícia dissimulada.

A correção e regularidade do estágio estão dadas pela ordem jurídica através de dois tipos de *requisitos jurídicos*: os formais e os materiais.

Repita-se que o estagiário traduz-se em um dos tipos de trabalhadores que mais se aproximam da figura jurídica do empregado — sem que a legislação autorize, porém, sua tipificação como tal. De fato, no estágio remunerado, esse trabalhador intelectual reúne, no contexto concreto de sua relação com o concedente do estágio, todos os elementos fático-jurídicos da relação empregatícia (trabalho por pessoa física, com pessoalidade, não eventualidade, onerosidade e sob subordinação ao tomador dos serviços). Não obstante, a ordem jurídica, avaliando e sopesando a causa e objetivos pedagógicos e educacionais inerentes à relação de estágio — do ponto de vista do prestador de serviços —, *nega* caráter empregatício ao vínculo formado. Essa negativa legal decorre, certamente, de razões metajurídicas, ou seja, trata-se de artifício adotado com o objetivo de efetivamente alargar as perspectivas de concessão de estágio no mercado de trabalho.

Portanto, na composição do tipo legal do estágio, é essencial que compareçam *os requisitos formais e materiais específicos* ao delineamento da figura — sem os quais não se considera tipificada essa relação jurídica especial e excetiva de trabalhador intelectual não empregatício.

1. Estágio — caracterização tradicional (Lei n. 6.494/1977)

A legislação instituidora e regulamentadora desse tipo legal examinado foi, por longo tempo, a Lei n. 6.494, de 1977, que sofreu diversas alterações nas décadas seguintes, e seu regulamento normativo, Decreto n. 87.497, de 1982, com subseqüentes modificações. Tal legislação regulava o estágio em geral, ficando reservada a diplomas específicos a normatização de estágios concernentes a certas profissões legalmente regulamentadas (Advocacia, Medicina, etc.).

Serão a seguir examinados os requisitos formais e materiais do contrato de estágio, considerada a regência normativa da Lei n. 6.494/1977 e seu decreto regulamentador.

A legislação mencionada considera como *estágio curricular as atividades de aprendizagem social, profissional e cultural, proporcionadas ao estudante pela participação em situações reais de vida e trabalho de seu meio, sendo realizadas na comunidade em geral ou junto a pessoas jurídicas de direito público ou privado, sob responsabilidade e coordenação da instituição de ensino* (art. 2º, Decreto n. 87.497/82). Estipula a Lei de Estágio, por sua vez, que esta relação, *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* (art. 2º, Lei n. 6.494/77).

A) Requisitos Formais — Os diplomas mencionados (Lei n. 6.494/77 e Decreto n. 87.497/82) fixam exigências específicas à configuração do tipo legal do estágio, *sob pena de se desqualificar a relação estabelecida para simples contrato de emprego*. Desse modo, há requisitos formais e materiais a serem observados, como exigências inarredáveis à evidenciação da figura excetiva do estagiário.

São estes os *requisitos formais* do contrato de estágio.

Em primeiro lugar, a *qualificação das partes* envolvidas no estágio — estudante-trabalhador e tomador de serviços.

No tocante ao concedente do estágio (tomador de serviços), está limitado, legalmente, às pessoas jurídicas de Direito Privado, aos órgãos da Administração Pública e às Instituições de Ensino (art. 1º, *caput*, Lei n. 6.494/77, observada a Lei n. 8.859/94).

Em face desse requisito formal, estariam excluídos da concessão de estágio os profissionais que se organizem como estrita *pessoa física* (não integrando pessoa jurídica, pois). Contudo, o objetivo da lei — ao fixar tal restrição — é apenas assegurar o real cumprimento de suas metas pedagógicas (supostamente mais bem atendidas por organizações mais complexas), e não instituir discriminação. O que essencialmente importa, desse modo, é que o estágio somente se verifique *em unidades que tenham condições de proporcionar experiência prática na linha de formação do estudante* (§ 2º, *ab initio*, do art. 1º, Lei n. 6.494/77). Ora, isso poderá ocorrer, por exemplo, com profissionais liberais que sejam notoriamente competentes e dinâmicos em suas áreas de especialização.

No tocante ao favorecido pelo estágio, deve se tratar de *estudante*. Mais especificamente aluno regularmente matriculado em curso vinculado ao ensino público e particular (art. 1º, *caput, in fine*, Lei n. 6.494), que esteja, comprovadamente, frequentando curso de nível superior, profissionalizante de 2º grau, ou escolas de educação especial (§ 1º do art. 1º da Lei n. 6.494/77). O legislador presidencial, por medidas provisórias, alterou a redação do § 1º do art. 1º da Lei n. 6.494/77, autorizando o estágio também para alunos de

ensino médio, ainda que não profissionalizante (por exemplo, MP n. 2.164-41, de 24 de agosto de 2001, em seu art. 6º)⁽⁵⁾. Porém, nesse caso, será mais árduo o preenchimento dos requisitos materiais do estágio. Isso quer dizer que em qualquer situação, envolvendo qualquer estudante, o estágio somente será válido caso atenda os requisitos materiais que asseguram o cumprimento de seus objetivos de natureza educacional complementar.

É também requisito formal a celebração de um *termo de compromisso* entre o estudante e a parte concedente do estágio. A exigência, entretanto, não é absoluta, já que dispõe a Lei n. 6.494 que os estágios realizados sob a forma de *ação comunitária* estarão isentos de celebração de termo de compromisso (art. 3º, § 2º).

A *interveniência da instituição de ensino* no encaminhamento do estagiário é outro requisito formal fixado pela ordem jurídica (art. 3º, Lei n. 6.494/77).

A Lei n. 6.494 institui a concessão de *seguro de acidentes pessoais* em favor do estagiário, como requisito formal desse contrato, tratando-se de obrigação inerente ao tomador de serviços (art. 4º, *in fine*). Evidentemente que qualquer tentativa oriunda de norma infralegal visando a transferir a responsabilidade pela parcela à respectiva instituição de ensino (e não ao tomador do estágio) será, sem dúvida, ineficaz, do ponto de vista jurídico.

Finalmente, o requisito da *bolsa de complementação educacional* (que não tem, como se sabe, natureza salarial — art. 4º, Lei n. 6.494/77). Tal requisito, porém, não é absoluto, já que é viável, juridicamente, a prestação graciosa de estágio (a Lei do Estágio fala, em seu art. 4º, que o “... estagiário poderá receber bolsa, ou outra forma de contraprestação que venha ser acordada...” (grifos acrescidos).

B) Requisitos Materiais — Os requisitos materiais do estágio visam assegurar o cumprimento dos fins sociais (fins pedagógicos, quer dizer) da lei instituidora da figura, isto é, a realização, pelo estudante, de atividades de efetiva *aprendizagem social, profissional e cultural, proporcionadas pela participação do estagiário em situações reais de vida e trabalho de seu meio*.

O primeiro desses requisitos é que o estágio se verifique em unidades que tenham condições reais de proporcionar experiência prática de formação profissional ao estudante (§ 2º, *ab initio*, do art. 1º da Lei n. 6.494/77).

O segundo requisito é que haja real harmonia e compatibilização entre as funções exercidas e o estágio e a formação educativa e profissional do estudante em sua escola, observado o respectivo currículo escolar.

(5) A Medida Provisória n. 1709-4, de 27.11.1998 (em seu art. 4º), foi a primeira a introduzir mudança na redação do art. 1º, § 1º, da Lei n. 6.494/77, referindo-se a *alunos de ensino médio*.

O terceiro requisito é que o estágio mereça efetivos acompanhamento e supervisão pelo tomador de serviços, de modo a viabilizar a real transferência de conhecimentos técnico-profissionais que justifica a figura jurídica.

O quarto de tais requisitos é que o estágio proporcione ao estudante-estagiário *efetiva complementação do ensino e aprendizagem, em consonância com os currículos, programas e calendários escolares.*

2. Estágio — nova caracterização (Lei n. 11.788/2008)

A Lei n. 11.788, publicada em 26.9.2008, conferiu nova estrutura jurídica ao contrato de estágio, produzindo-lhe significativas mudanças em face do padrão normativo fixado pela antiga Lei n. 6.494/77. Essas mudanças, por sua diversidade, devem ser examinadas analiticamente (nos requisitos *formais e materiais* a seguir expostos), embora mereçam ser aqui sumariadas, pela distância que demarcam em face do anterior pacto educativo.

Em primeiro lugar, estabeleceram-se *limites temporais* à utilização do labor estudantil. De um lado, regulando-se sua jornada de trabalho, nos limites-padrão de *quatro horas diárias e 20 semanais* (para estudantes de educação especial e dos anos finais do ensino fundamental) ou de *seis horas diárias e 30 semanais* (para estudantes do ensino superior, da educação profissional de nível médio e do ensino médio regular)⁽⁶⁾. De outro lado, prevendo-se, segundo estipulado no termo de compromisso, a *redução da carga horária do estágio pelo menos à metade, se a instituição de ensino adotar verificações de aprendizagem periódicas ou finais, nos períodos de avaliação*, para garantir o bom desempenho do estudante (art. 10, § 2º). Ainda dentro desses limites, garantindo-se *recesso anual de 30 dias, ou proporcional a período de estágio menor*, inclusive com pagamento, caso se trate de estágio remunerado (art. 13 e seus parágrafos). Finalmente, *vedando-se duração do estágio acima de dois anos, na mesma parte concedente*, exceto nos casos de ser o estagiário pessoa com deficiência (art. 11).

Em segundo lugar, determinou-se a aplicação ao estagiário da *legislação relacionada à saúde e segurança do trabalho, sendo sua implementação de responsabilidade da parte concedente do estágio* (art. 14).

Em terceiro lugar, incrementaram-se as *exigências de acompanhamento do labor e desempenho do estudante tanto pela instituição de ensino, como, principalmente, pela parte concedente do estágio* (art. 2º, § 1º; art. 7º, incisos e parágrafo único; art. 9º, incisos e parágrafo único; art. 15, § 1º, todos da Lei n. 11.788/08).

(6) Lei n. 11.788, art. 10, I e II. Por exceção, a lei permitiu duração semanal até 40 horas, relativamente a cursos que alternam teoria e prática, nos períodos em que não estão programadas aulas presenciais, desde que isso esteja previsto no projeto pedagógico do curso e da instituição de ensino (§ 1º do art. 10, nova Lei do Estágio).

Em quarto lugar, estabeleceu-se critério de *cotas em benefício de estudantes que sejam pessoas com deficiência*, garantindo-lhes o percentual de *dez por cento* das vagas oferecidas pela parte concedente do estágio (art. 17, § 5º, Lei n. 11.788).

Em quinto lugar, abriu-se a possibilidade de realização de estágio, mesmo remunerado, pelos *estudantes estrangeiros* regularmente matriculados em *cursos superiores* no Brasil, autorizados ou reconhecidos, observado o prazo do visto temporário de estudante, na forma da legislação aplicável (art. 4º, Lei n. 11.788). Com isso a nova Lei do Estágio introduziu salutar ressalva à vedação genérica contida na Lei n. 6.815/1980, que veda ao estrangeiro que tenha simples visto de turista, de trânsito ou *visto temporário de estudante* o exercício de *atividade remunerada* (arts. 98 e 13, IV, da Lei do Estrangeiro).

Em agregação a essas inovações significativas trazidas pela nova Lei do Estágio, cabe se enfatizar que o diploma jurídico acentuou ainda mais o necessário *caráter educativo* desse contrato de trabalho especial não empregatício.

Nessa medida, o novo diploma normativo definiu estágio como *ato educativo escolar supervisionado, desenvolvido no ambiente de trabalho, que visa à preparação para o trabalho produtivo de educandos que estejam frequentando o ensino regular* (art. 1º, *caput*, Lei n. 11.788/08). Acrescentou que o estágio *visa ao aprendizado de competências próprias da atividade profissional e à contextualização curricular, objetivando o desenvolvimento do educando para a vida cidadã e para o trabalho* (art. 1º, § 2º). Aduziu que o estágio *faz parte do projeto pedagógico do curso, além de integrar o itinerário formativo do educando* (§ 1º do art. 1º, Lei n. 11.788). Esclareceu que mesmo o estágio não obrigatório (que existe ao lado do obrigatório) é desenvolvido como atividade opcional que se acresce *à carga horária regular e obrigatória* (§ 2º do art. 2º da nova Lei do Estágio).

Não obstante, surgiram mudanças legais de objetivos e efeitos duvidosos: é que se permitiu o estágio não somente para estudantes do ensino regular em instituições de educação superior, de educação profissional e de educação especial (critério permissivo clássico desde os anos de 1970/80), como se alargaram as permissões iniciadas no fim da década de 1990 para estágio de estudantes não profissionalizantes, ou seja, alunos de ensino médio e, agora, estudantes dos *anos finais do ensino fundamental*, na modalidade profissional da educação de jovens e adultos (art. 1º, *caput*). De todo modo, a nova lei buscou refrear a contratação desmesurada desse grupo de estagiários, fixando-lhe percentuais máximos em relação ao quadro de pessoal das entidades concedentes de estágio (ver tabelas do art. 17, incisos e parágrafos, da Lei n. 11.788/08).

Pontue-se, a propósito, que tanto a antiga como a nova Lei do Estágio não mencionam a *idade mínima* para a contratação de estagiários. Não se

trata, porém, de efetiva omissão normativa; é que a matéria tem regência constitucional direta e explícita, que não poderia, de qualquer maneira, ser elidida por dispositivo infraconstitucional. Fixa a Constituição, como se sabe, desde a EC n. 20, de dezembro de 1998, a regra de *proibição de (...) qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos* (art. 7º, XXXIII, CF/1988)⁽⁷⁾. O piso constitucional dos dezesseis anos torna-se ainda mais lógico em face do permissivo da nova Lei do Estágio para a contratação de estudantes de ensino médio e dos anos finais do ensino fundamental. É que, não se fazendo o corte etário constitucional imperativo, estar-se-ia, em diploma legal manifestamente progressista (como a Lei n. 11.788/08), restaurando permissão para trabalho infantil no País — o que seria inaceitável contrassenso lógico, jurídico e cultural⁽⁸⁾.

Finalmente cabe esclarecer que a nova Lei do Estágio regula todos os contratos celebrados e executados *a partir de sua vigência* (26.9.2008). Regula também o *período novo* dos contratos *renovados ou prorrogados* desde 26.9.2008 (art. 18, Lei n. 11.788/08). Entretanto, não atinge os pactos celebrados e executados na fase precedente à vigência da lei nova, ainda que sua execução seja concluída tempos após essa data. Esta restrição à regência normativa da nova Lei de Estágio resulta do texto explícito da própria Lei n. 11.788/08 (arts. 21 e 18), como também do princípio informador do efeito apenas imediato, mas não retroativo, das regras jurídicas novas — diretriz que tem clássico fundo *constitucional* (art. 5º, XXXVI, CF/88).

A) Requisitos Formais — A nova Lei do Estágio (n. 11.788/08) também fixa, na esteira da antiga Lei n. 6.494/77, requisitos *formais* e *materiais* para a validação do presente contrato de trabalho *lato sensu*, de natureza e fins educacionais. Entretanto seus requisitos formais são muito mais extensos e diferenciados do que os estabelecidos na legislação precedente.

São os seguintes os *requisitos formais* do contrato de estágio, segundo o novo diploma legal.

(7) Anteriormente à EC n. 20/1998, os pisos etários constitucionais eram, respectivamente, 14 anos para *qualquer trabalho*, salvo no tocante à aprendizagem, cuja idade mínima de ingresso era 12 anos.

(8) A Lei n. 11.788/08, ciente da existência no País de enorme contingente de estudantes com idade mais elevada do que o padrão ideal relativo à respectiva escolaridade, ou até mesmo *estudantes-adultos* nas fases escolares iniciais ou intermediárias, fez referência à possibilidade de estágio no *ensino médio* e nos próprios *anos finais do ensino fundamental*, de modo a abranger esses estudantes etariamente mais maduros. Não pode ser outro o sentido dos mencionados preceitos normativos da nova lei que se referem à *educação de jovens e adultos* (art. 3º, I, e art. 10, I, Lei n. 11.788/08) e à possibilidade de contrato de estágio nessas fases iniciais e intermediárias da escolaridade — sob pena de profunda regressão jurídica e sociocultural, além de manifesto desrespeito a comando constitucional inarredável. Para maior exame acerca dos limites etários para o trabalho do jovem no Brasil, consultar Capítulo XXII, item IV.5.B, *in fine*, deste Curso (“Discriminação Contra Trabalhador Menor de 18 Anos”).

Em primeiro plano, a *qualificação das partes* envolvidas no estágio — o *concedente do estágio*, o *estudante-trabalhador* e, inovadoramente, a *instituição de ensino*. Observe-se que no regime da lei anterior, esta instituição era mera *interveniente* na relação jurídica de estágio; hoje é considerada *parte integrante* de uma relação jurídico-educativa trilateral.

A parte concedente do estágio abrange *peças jurídicas de Direito Privado, órgãos da administração pública direta, autárquica e fundacional* de qualquer dos Poderes da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, bem como *profissionais liberais de nível superior* devidamente registrados em seus respectivos conselhos de fiscalização profissional (art. 9º, Lei n. 11.788/08).

Como se vê, a nova lei corrigiu omissão do diploma anterior no tocante à natural permissão para contratação de estagiários por profissionais liberais.

A Lei n. 11.788 (art. 9º, incisos I a VII) estabelece obrigações específicas para a parte concedente do estágio:

I — celebrar termo de compromisso com a instituição de ensino e o educando, zelando por seu cumprimento; II — ofertar instalações que tenham condições de proporcionar ao educando atividades de aprendizagem social, profissional e cultural; III — indicar funcionário de seu quadro de pessoal, com formação ou experiência profissional na área de conhecimento desenvolvida no curso de estagiário, para orientar e supervisionar até dez estagiários simultaneamente; IV — contratar em favor do estagiário seguro contra acidentes pessoais, cuja apólice seja compatível com valores de mercado, conforme fique estabelecido no termo de compromisso; V — por ocasião do desligamento do estagiário, entregar termo de realização do estágio com indicação resumida das atividades desenvolvidas, dos períodos e da avaliação de desempenho; VI — manter à disposição da fiscalização documentos que comprovem a relação de estágio; VII — enviar à instituição de ensino, com periodicidade mínima de seis meses, relatório de atividades, com vista obrigatória ao estagiário.

No que tange ao favorecido pelo estágio, deve se tratar, obviamente, de *estudante* — o *educando* de que fala o *caput* do art. 1º da Lei n. 11.788. Quer dizer, aluno que esteja *frequentando o ensino regular em instituições de educação superior, de educação profissional, de ensino médio, da educação especial e dos anos finais do ensino fundamental, na modalidade profissional da educação de jovens e adultos* (art. 1º, *caput*, nova Lei do Estágio). Note-se que a lei enfatiza a imperatividade da *matrícula e frequência regular* nos respectivos cursos e níveis educativos formais (art. 3º, I, Lei n. 11.788/08) — sob pena de o estágio desgarrar-se de sua natureza e objetivos de *ato educativo escolar supervisionado*, segundo conceitua o *caput, ab initio*, do art. 1º da nova Lei do Estágio.

Note-se que o novo diploma normativo ampliou a permissão para a contratação de estagiários, de modo a abranger também os alunos do *simples ensino médio* (não necessariamente profissionalizante) e, até mesmo, dos *anos finais do ensino fundamental* (a primeira dessas ampliações remonta ao final dos anos 1990). Nesse caso, duas ressalvas têm de ser observadas

na interpretação e aplicação da lei nova: evidentemente que a regra somente abrange alunos que já contem com 16 anos, em face do piso etário constitucional prevaemente (art. 7º, XXXIII, CF/1988, desde EC n. 20/1998); por outro lado, a inserção desse tipo de estudante com formação escolar ainda incipiente e não profissionalizante no ambiente laborativo pode, na prática, deixar de atender à natureza e objetivos da própria Lei do Estágio, não preenchendo os requisitos *materiais* desse contrato educativo especial⁽⁹⁾.

No que tange à terceira parte dessa relação jurídica complexa, está-se referindo à *instituição de ensino* a que se vincula o estudante-estagiário.

No império da Lei n. 6.494/77, tratava-se de simples *interveniente*. Com a Lei n. 11.788/08, assume papel muito mais pronunciado na formulação e concretização do estágio, compondo verdadeira relação jurídica tripartite na estruturação e prática da figura jurídica. Na verdade, no regime da nova lei, a instituição de ensino desponta em primeiro plano, por ser o estágio, antes de tudo, um *ato educativo escolar supervisionado* (*caput, ab initio*, do art. 1º). No presente *Curso de Direito do Trabalho*, ela é referida, entre as três partes, em terceiro lugar, apenas por razões didáticas, a fim de que fique mais clara a comparação entre os regimes jurídicos das duas leis reguladoras do contrato de estágio.

A importância da instituição de ensino se ressalta por ser o estágio um *ato educativo escolar supervisionado* que compõe o *projeto pedagógico do curso, além de integrar o itinerário formativo do educando* (art. 1º, *caput* e § 1º). Esse caráter específico e diferenciado desta figura jurídica está presente quer no estágio obrigatório (que corresponde àquele *definido como tal no projeto do curso, cuja carga horária é requisito para aprovação e obtenção do diploma* — art. 2º, § 1º), quer no estágio não obrigatório (que corresponde àquele *desenvolvido como atividade opcional, acrescida à carga horária regular e obrigatória* — art. 2º, § 2º).

A Lei n. 11.788 (art. 7º, incisos I a VII) estabelece obrigações específicas para a instituição de ensino relativamente aos estágios de seus educandos:

I — celebrar termo de compromisso com o educando ou com seu representante ou assistente legal, quando ele for absoluta ou relativamente incapaz, e com a parte concedente, indicando as condições de adequação do estágio à proposta pedagógica do curso, à etapa e modalidade da formação escolar do

(9) Portanto, jamais o contrato de estágio pode ser compreendido como mero instrumento de arrematação de mão de obra barata por entidades públicas e privadas; ele há de corresponder sempre a um *ato educativo escolar supervisionado*. Esta relação jurídica especial tem de fazer *parte do projeto pedagógico do curso, integrando o itinerário formativo do educando* (§ 1º do art. 1º da Lei n. 11.788/08); ela se deflagra e se realiza com vistas ao *aprendizado de competências próprias da atividade profissional e à contextualização curricular, objetivando o desenvolvimento do educando para a vida cidadã e para o trabalho* (art. 1º, §§ 1º e 2º, da Lei n. 11.788).

estudante e ao horário e calendário escolar; II — avaliar as instalações da parte concedente do estágio e sua adequação à formação cultural e profissional do educando; III — indicar professor orientador, da área a ser desenvolvida no estágio, como responsável pelo acompanhamento e avaliação das atividades do estagiário; IV — exigir do educando a apresentação periódica, em prazo não superior a seis meses, de relatório de atividades; V — zelar pelo cumprimento do termo de compromisso, reorientando o estagiário para outro local em caso de descumprimento de suas normas; VI — elaborar normas complementares e instrumentos de avaliação dos estágios de seus educandos; VII — comunicar à parte concedente do estágio, no início do período letivo, as datas de realização de avaliações escolares ou acadêmicas.

A acentuação das atribuições da instituição de ensino não significa, porém, de modo algum, transferência para ela dos efeitos jurídicos resultantes de eventual distorcida utilização do contrato de estágio pela parte concedente. Desnaturando-se o vínculo jurídico-educacional efetivado, pelo não atendimento de seus requisitos formais e/ou materiais, de modo a frustrar o sentido teleológico da respectiva relação jurídica e de sua lei reguladora, e estando presentes os elementos da relação de emprego, desponta o vínculo empregatício clássico entre o estudante-trabalhador e a entidade tomadora de serviços — a parte concedente do estágio (art. 9º e *caput* dos arts. 3º e 2º da CLT). É o que deriva da lógica da ordem jurídica (quer no período de regência da Lei n. 6.494/77, quer no novo império da Lei n. 11.788/08), assim como decorre do próprio texto explícito da nova Lei de Estágio (ilustrativamente, art. 3º, *caput* e § 2º; art. 12, § 1º; art. 15, *caput*). Não há que se falar, evidentemente, também em responsabilidade solidária ou subsidiária da instituição de ensino em face do contrato empregatício formado entre o estudante-trabalhador e seu tomador de serviços.

O segundo requisito formal do estágio (ultrapassado o exame da qualificação das partes envolvidas) reside no *termo de compromisso*, documento a ser celebrado, segundo a nova lei, entre o educando, a parte concedente e a instituição de ensino (art. 3º, II, e art. 16, Lei n. 11.788).

Neste importante documento serão fixadas as condições de adequação do estágio à proposta pedagógica do curso, à etapa e modalidade da formação escolar do estudante e ao horário e calendário escolar (art. 7º, I). Será incorporado ao termo de compromisso o *plano de atividades do estagiário*, por meio de *aditivos à medida que for avaliado, progressivamente, o desempenho do estudante* (parágrafo único do art. 7º).

Registre-se que não obstante possam as instituições de ensino (art. 8º) celebrar com entes públicos e privados *convênios de concessão de estágio* (nos quais se explicitem o processo educativo compreendido nas atividades programadas para seus educandos e as condições formais e materiais estabelecidas na Lei n. 11.788), tais convênios não dispensam a celebração específica do *termo de compromisso tripartite* (parágrafo único do mesmo art. 8º).

O terceiro requisito formal do estágio diz respeito à existência de efetivo acompanhamento por *professor orientador da instituição de ensino e por supervisor da parte concedente do estágio*, comprovado por vistos em relatórios de atividades do estagiário (apresentados em prazos não superiores a seis meses) e por menção de aprovação final (art. 3º, § 1º, e art. 7º, IV, Lei n. 11.788). Este elemento, embora se confunda com um dos requisitos materiais do estágio, ganhou contornos também formais na matriz da nova lei regulamentadora, em face da necessária designação específica tanto de professor orientador pela instituição de ensino, como de supervisor de estágio pela parte concedente.

O quarto requisito formal refere-se à observância de importante rol de regras contratuais e direitos do trabalhador-estagiário instituídos pelo novo diploma normativo. Este rol pode ser dividido em dois grupos, segundo a imperatividade ou não da correspondente norma legal instituidora: regras e vantagens imperativas, ao lado de regras e vantagens meramente facultativas.

São regras e vantagens imperativas do novo contrato de estágio: a) *jornada de trabalho delimitada e reduzida*, nos parâmetros de *quatro horas diárias e 20 semanais* (para estudantes de educação especial e dos anos finais do ensino fundamental) ou de *seis horas diárias e 30 semanais* (para estudantes do ensino superior, da educação profissional de nível médio e do ensino médio regular)⁽¹⁰⁾; b) *diminuição episódica da carga horária do estágio pelo menos à metade, se a instituição de ensino adotar verificações de aprendizagem periódicas ou finais, nos períodos de avaliação* (art. 10, § 2º); c) *recesso anual de 30 dias, ou proporcional a período de estágio menor*, inclusive com pagamento, caso se trate de estágio remunerado (art. 13 e seus parágrafos); d) *proibição de duração do estágio acima de dois anos, na mesma parte concedente*, exceto tratando-se de estagiário portador de deficiência (art. 11). Todas essas quatro regras e/ou direitos têm relação, como percebido, com a maior ou menor disponibilidade temporal do estagiário perante a parte concedente do estágio.

Integram ainda o rol de regras e vantagens imperativas: e) *seguro contra acidentes pessoais*, cuja apólice seja compatível com valores de mercado, conforme fique estabelecido no termo de compromisso (art. 9º, IV). Esta obrigação é própria à *parte concedente do estágio*, podendo, entretanto, *alternativamente, no caso de estágio obrigatório, ser assumida pela instituição de ensino* (parágrafo único do art. 9º). Havendo silêncio do termo de compromisso ou do convênio de estágio, preserva-se com a parte

(10) A jornada especial e reduzida do estagiário está prevista no art. 10, I e II, da Lei n. 11.788. Por exceção, esta lei permitiu duração semanal até 40 horas, relativamente a cursos que alternam teoria e prática, nos períodos em que não estão programadas aulas presenciais, desde que isso esteja previsto no projeto pedagógico do curso e da instituição de ensino (§ 1º do art. 10, nova Lei do Estágio).

concedente a referida obrigação (arts. 8º, *caput*, e 7º, I, combinados com art. 9º e parágrafo único, Lei n. 11.788); f) *aplicação da legislação relacionada à saúde e segurança do trabalho* — cuja implementação será também de *responsabilidade da parte concedente do estágio* (art. 14).

Registre-se ademais que, no caso de *estágio não obrigatório*, será imperativa a concessão de duas outras vantagens: g) *bolsa ou outra forma de contraprestação*; h) *auxílio-transporte*.

São regras e vantagens meramente facultativas do novo contrato de estágio: a) *bolsa ou outra forma de contraprestação, no caso de estágio obrigatório*; b) *auxílio-transporte, no caso de estágio obrigatório*. Ressalte-se que estas duas vantagens, como já visto, são imperativas tratando-se de estágio não obrigatório.

Outras vantagens podem ser dadas pela parte concedente do estágio, sem que se desnature, necessariamente, este contrato especial de natureza e fins educativos: transporte (se não escolhido o auxílio-transporte já mencionado); alimentação; saúde (art. 12, § 1º). Note-se que a lista de vantagens facultativas arroladas pela Lei do Estágio é meramente exemplificativa (“*entre outros*” é a expressão da regra legal do § 1º do art. 12 da Lei n. 11.788, ao se referir aos eventuais benefícios voluntariamente concedidos pela parte concedente do estágio)⁽¹¹⁾.

B) Requisitos Materiais — Estes requisitos visam a assegurar, como visto, o efetivo cumprimento dos fins sociais (de natureza educacional, enfatize-se) do contrato de estágio, ou seja, a realização pelo estudante de atividades de verdadeira aprendizagem social, profissional e cultural, proporcionadas pela sua participação em situações concretas de vida e trabalho de seu meio.

A nova lei acentua o caráter pedagógico dessa figura jurídica, definindo-a como *ato educativo escolar supervisionado*, desenvolvido no ambiente do trabalho, que visa à preparação para o trabalho produtivo de educandos regularmente inscritos nas instituições de ensino que menciona (*caput, ab initio*, do art. 1º da Lei n. 11.788). Insiste a lei que o estágio *faz parte do projeto pedagógico do curso, além de integrar o itinerário formativo do educando* (§ 1º do art. 1º do novo diploma legal). Para ela, o estágio *visa ao aprendizado de competências próprias da atividade profissional e à contextualização curricular, objetivando o desenvolvimento do educando para a vida cidadã e para o trabalho* (§ 2º do art. 1º da nova Lei do Estágio).

(11) A Lei n. 11.788 (art. 12) classifica ainda o estudante-estagiário como *contribuinte facultativo* da Previdência Oficial (diz o preceito que o educando poderá *inscrever-se e contribuir como segurado facultativo do Regime Geral de Previdência Social*). Na verdade, porém, os estudantes, ao lado de *quaisquer outras pessoas físicas maiores de 14 anos*, já muito anteriormente se enquadravam como *contribuintes facultativos*, segundo a própria Lei Previdenciária n. 8.213, de 1991, em seu art. 13.

Os requisitos materiais têm de expressar exatamente essa efetiva integração do estágio na formação escolar do estudante, na qualidade de complemento específico e distinto, mas logicamente participante de sua formação educacional.

Os requisitos materiais da Lei n. 11.788, embora não discrepem daqueles estabelecidos pela legislação precedente, são regulados de maneira mais precisa e minuciosa, objetivando propiciar seu melhor cumprimento. Note-se que abrangem os dois tipos de estágio, seja o obrigatório (*aquele definido como tal no projeto do curso, cuja carga horária é requisito para aprovação e obtenção do diploma* — art. 2º, § 1º), seja o não obrigatório (*aquele desenvolvido como atividade opcional, acrescida à carga horária regular e obrigatória* — art. 2º, § 2º).

Eis os requisitos materiais desse contrato diferenciado.

Em primeiro lugar, que o estágio se verifique em unidades que tenham aptidão efetiva para disponibilizar experiência prática de formação profissional ao estudante. Nesta linha, cabe à parte concedente *ofertar instalações que tenham condições de proporcionar ao educando atividades de aprendizagem social, profissional e cultural* (art. 9º, II).

Em segundo plano, que haja real harmonia e compatibilização entre as funções exercidas no estágio e a formação educativa e profissional do estudante em sua escola, observado o respectivo currículo escolar.

Em terceiro lugar, que o estágio mereça efetivos acompanhamento e supervisão pelo tomador de serviços, de modo a viabilizar a real transferência de conhecimentos técnico-profissionais que justifica a figura jurídica.

Nesta direção, determina a nova lei alguns procedimentos imperativos à parte concedente do estágio, harmônicos a este terceiro requisito material. De um lado, que indique *funcionário de seu quadro de pessoal, com formação ou experiência profissional na área de conhecimento desenvolvida no curso do estagiário, para orientar e supervisionar até dez estagiários simultaneamente* (art. 9º, III; a respeito, também art. 3º, § 1º). De outro lado, que envie à *instituição de ensino, com periodicidade mínima de seis meses, relatório de atividades, com vista obrigatória ao estagiário* (art. 9º, VII). Ademais, por ocasião do desligamento do estagiário, que lhe entregue *termo de realização do estágio com indicação resumida das atividades desenvolvidas, dos períodos e da avaliação de desempenho* (art. 9º, V).

Note-se, a propósito, que também o estudante deverá encaminhar à instituição de ensino (e esta dele exigir), em prazo não superior a seis meses, *relatório de atividades* (art. 7º, IV), com vistos do supervisor da parte concedente e do respectivo professor orientador (art. 3º, § 1º).

O quarto requisito material é que o estágio proporcione ao estudante *efetiva complementação do ensino e aprendizagem, em consonância com os currículos, programas e calendários escolares.*

3. Estágio: avaliação crítica

O contrato de estágio tem formalidades especiais, imperativas à sua configuração. Caso não atendidas tais formalidades (*requisitos formais*), descaracteriza-se a relação jurídica de estágio.

A par disso, cabe ainda ao intérprete conclusivo do Direito verificar a realização da efetiva pertinência e efetividade do núcleo substantivo do estágio (*requisitos materiais*), consistente na *compatibilidade e harmonia entre o trabalho prestado e a escolaridade regular do estudante-estagiário.*

Note-se que, aqui, o mais importante não é se saber se o tomador de serviços está auferindo (ou não) ganhos econômicos com o estágio — já que tais ganhos sempre existirão em qualquer situação de prestação laborativa de alguém a outrem (mesmo prestação laborativa não onerosa, insista-se). Tais ganhos são inevitáveis a qualquer prestação de trabalho, sendo que esse fato não descaracteriza a regularidade do estágio. *O fundamental, portanto, é aferir-se se o estágio está, efetivamente, cumprindo seus objetivos legais de permitir ganhos educacionais e profissionais para o estudante-obreiro. Ou seja, aferir-se o papel agregador real do estágio para a escolaridade e a formação educacional e profissional do estagiário.*

Não percebida, concretamente, essa função educativa e formadora do estágio, desenquadra-se o vínculo praticado do modelo excetivo previsto na Lei n. 6.494/77 e, posteriormente, Lei n. 11.788/08, despontando a figura genérica da relação de emprego (o reconhecimento do vínculo empregatício com o tomador de serviços não ocorrerá, porém, relativamente às *entidades estatais*, por força de vedação também constitucional: art. 37, II e § 2º, CF/88; nesses casos incidirá o disposto na Súmula 363 do TST).

A figura do estágio remete o analista à oportuna reflexão sobre a distribuição do ônus probatório no processo do trabalho. Admitida a prestação do trabalho pelo tomador de serviços (no caso, *parte concedente do estágio*), será deste o ônus de provar a existência de fato modificativo da relação jurídica existente. É que incide, no caso, a presunção de contrato empregatício, por constituir esse tipo de vínculo o padrão genérico e dominante de contratação de trabalho no mundo contemporâneo (Súmula 212, TST).

Contudo, efetuando o réu prova documental dos requisitos formais do estágio, passa ao autor da ação o ônus de evidenciar que tais documentos não espelham a modalidade de relação jurídica neles informada. É que,

no caso, recai sobre a parte que alega a não veracidade do conteúdo de documentos o ônus de comprovar suas alegações (art. 389, I, CPC/1973; art. 429, I, CPC/2015).⁽¹²⁾

Em conclusão, desde que evidenciados, processualmente, os requisitos formais do estágio (prova documental, sob ônus da defesa) — e ressalvada a possibilidade de inversão do ônus da prova referida na nota precedente —, caberá ao autor demonstrar que os requisitos materiais, contudo, não emergem na relação jurídica trazida a exame judicial (prova não necessariamente documental)⁽¹³⁾.

IV. A QUESTÃO DAS COOPERATIVAS

A partir dos anos de 1990, com a dinâmica de desprestígio oficial da relação de emprego e de desregulamentação e flexibilização da ordem jurídica trabalhista que tanto caracterizou aquela década, o tema das cooperativas, como fórmula alternativa de arregimentação e organização da força de trabalho no sistema socioeconômico capitalista no Brasil, ganhou forte presença na vida trabalhista. Inicialmente, por meio de singela — porém impactante — regra lançada no parágrafo único do art. 442 da CLT, pela Lei n. 8.949, de 9.12.1994; quase 18 anos depois, por meio de diploma legal mais complexo, a Lei n. 12.690, publicada no Diário Oficial de 20.7.2012⁽¹⁴⁾.

(12) No regime do CPC 1973, a jurisprudência procedia, em situações peculiares, à inversão do ônus da prova, quando pertinente a aplicação da *teoria da aptidão para a prova*, que recomenda a incidência sobre a parte que detém o controle sobre a situação fática envolvida o ônus de provar as suas alegações, ainda que essencialmente defensivas. Tal teoria encontra suporte no Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/1990, art. 6º, VIII), diploma normativo construído sob o império humanista, social e técnico da Constituição de 1988, sendo manifestamente aplicável, em tais situações, ao Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho (art. 8º c./c. art. 769, ambos da CLT). O novo CPC, a seu turno, também permite essa inversão probatória, em seu art. 373, § 1º: “Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do *caput* ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído”. Esclarece o § 2º que a distribuição diversa do ônus da prova “não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil”. É o que também passou a enfatizar, expressamente, a CLT, por meio dos novos §§ 1º, 2º e 3º de seu art. 818, conforme redação inserida pela Lei n. 13.467/2017.

(13) Claro está que a própria prova documental colacionada pode já evidenciar a utilização simulatória da presente figura. Ilustrativamente, quando o estudante é rematriculado, no mesmo curso em que se graduou, porém noutra instituição de ensino, para fins de renovação do estágio. A propósito, com a Lei n. 11.788/08 alargaram-se, significativamente, os requisitos formais e se criaram novas exigências relacionadas aos requisitos materiais, do que resultou uma acentuação do encargo probatório da parte concedente do estágio.

(14) A respeito da fase de desprestígio oficial da relação de emprego e do Direito do Trabalho na década de 1990 no País, consultar, neste Curso, no Capítulo I, o item IX (“Temas Recor-

1. A Lei n. 8.949, de 1994

A Lei n. 8.949, de dezembro de 1994, acrescentando parágrafo único ao art. 442 da CLT, parecia ter vindo introduzir hipótese de inviabilização jurídica de vínculo empregatício (e, portanto, da presença da figura do empregado) no contexto de uma relação de prestação de trabalho no sentido amplo. Tratava-se das chamadas *cooperativas de mão de obra*.

Disponha a regra então inserida: “*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 serviços daquela*”.

Está-se diante de uma excludente legal da relação de emprego, ou não?

Na verdade, não se trata de uma excludente legal absoluta, mas de simples presunção relativa de ausência de vínculo de emprego, caso exista efetiva relação cooperativista envolvendo o trabalhador *lato sensu*.

O objetivo da lei foi retirar do rol empregatício relações próprias às cooperativas — desde que não comprovada a roupagem ou utilização meramente simulatória de tal figura jurídica.

Ou seja: a lei favoreceu o cooperativismo, ofertando-lhe a presunção de ausência de vínculo empregatício; *mas não lhe conferiu um instrumental para obrar fraudes trabalhistas*. Por isso, comprovado que o envoltório cooperativista não atende às finalidades e princípios inerentes ao cooperativismo (princípio da *dupla qualidade* e princípio da *retribuição pessoal diferenciada*, por exemplo), *fixando, ao revés, vínculo caracterizado por todos os elementos fático-jurídicos da relação de emprego, esta deverá ser reconhecida, afastando-se a simulação perpetrada*.

Para se avaliar a respeito da efetiva existência de uma relação de natureza cooperativista é necessário que o operador justtrabalhista realize duas operações: de um lado, verifique a observância dos princípios que justificam e explicam as peculiaridades do cooperativismo no plano jurídico e social. Por isso é necessário conhecer e lidar, consistentemente, com as diretrizes da dupla qualidade e da retribuição pessoal diferenciada.

De outro lado, é também necessário examinar-se a presença (ou não) dos elementos componentes da relação de emprego: *configurados estes,*

rentes: flexibilização e desregulamentação trabalhistas”). Consultar também no Capítulo IV deste Curso o item II.3.B (“Crise Cultural: desregulamentação e flexibilização”). Sobre a retomada dessa fase de desprestígio oficial da relação de emprego, do Direito do Trabalho e das próprias políticas públicas sociais, a partir de 2016/17, consultar, neste Curso, no Capítulo I, o mesmo item IX, já citado; no Capítulo III, o subitem VI.5 (“A Reforma Trabalhista Brasileira de 2017: sentido jurídico”); por fim, no Capítulo IV o item VI (“A Reforma Trabalhista de 2017: Lei n. 13.467/2017).

*há, efetivamente, o tipo legal regulado pela CLT. É que não permite a ordem jurídica civilizada a contratação do trabalho humano, com os intensos elementos formadores da relação de emprego, sem a incidência do manto normativo mínimo assecuratório da dignidade básica do ser humano nessa seara da vida individual e socioeconômica. Os princípios constitucionais da valorização do trabalho e emprego, da centralidade do ser humano na ordem jurídica e na vida socioeconômica, da igualdade em sentido substancial, da justiça social, da subordinação da propriedade à sua função socioambiental, a par do próprio princípio da dignidade da pessoa humana — todos separadamente ou de maneira conjugada — não absorvem fórmulas regentes da relação de emprego que retirem tal vínculo do patamar civilizatório mínimo afirmado pela ordem jurídica contemporânea. A propósito, o próprio art. 7º da Constituição, em seu *caput* e incisos, estabelece o envoltório protetivo trabalhista para toda relação de emprego configurada na sociedade⁽¹⁵⁾.*

A) Princípio da Dupla Qualidade — *O princípio da dupla qualidade⁽¹⁶⁾ informa que a pessoa filiada tem de ser, ao mesmo tempo, em sua cooperativa, cooperado e cliente, auferindo as vantagens dessa duplicidade de situações.*

Isso significa que, para tal princípio, é necessário haver efetiva prestação de serviços pela Cooperativa *diretamente ao associado* — e não somente a terceiros. Essa prestação direta de serviços aos associados/cooperados é, aliás, conduta que resulta imperativamente da própria Lei de Cooperativas (art. 6º, I, Lei n. 5.764/70).

De fato, segundo a lei, as *cooperativas singulares* (que não se confundem com as “cooperativas centrais” ou “federações de cooperativas” ou, ainda, “confederações de cooperativas” — art. 6º, II e III, Lei das Cooperativas) “... se caracterizam pela prestação direta de serviços aos associados” (art. 7º, Lei n. 5.764/70). Na mesma linha, enfatiza o art. 4º deste diploma que as cooperativas singulares são “constituídas para prestar serviços aos associados”.

Objetiva, desse modo, o *princípio da dupla qualidade* que as cooperativas destaquem-se por uma peculiaridade em face de outras associações: *o próprio associado é um dos beneficiários centrais dos serviços por ela prestados.*

De fato, é o que ocorre, regra geral, com as tradicionais cooperativas de prestação de serviços, clássicas no mercado de trabalho (ilustrativamente,

(15) A exceção do *estágio* harmoniza-se com a Constituição em face do potenciamento que a *educação* tem no avanço humanístico, cultural, social e econômico do indivíduo, realizando o próprio preceito constitucional que vê na educação um “*direito de todos e dever do Estado e da família*” a ser “*promovida e incentivada com a colaboração da sociedade*” (art. 205, CF/88, grifos acrescidos).

(16) O princípio da *dupla qualidade*, inerente ao cooperativismo, está mencionado por Walmor Franke, conforme referência efetuada, em 1996, pela jurista Iara Alves Cordeiro Pacheco. Porto Alegre: Síntese, *Revista Síntese Trabalhista*, ano VII, n. 85, julho-96, p. 16-19.

cooperativas de operadores *autônomos* de serviços de táxi, de operadores *autônomos* de serviços médicos, etc.). É o que se passa também com as tradicionais cooperativas de produtores *autônomos* (por exemplo, cooperativas de artesãos, de artistas, de produtores, etc.). Nesses casos, a cooperativa existe para prestar serviços a seus associados, *que são profissionais autônomos*, sendo a oferta de serviços a terceiros mero instrumento para viabilizar seu objetivo primário e mais notável (prestação de serviços a seus próprios integrantes).

B) Princípio da Retribuição Pessoal Diferenciada — Há, ainda, no cooperativismo, princípio que pode ser denominado como *retribuição pessoal diferenciada*.

De fato, o que justifica a existência da cooperativa — e as vantagens que essa figura recebe da ordem jurídica — é a circunstância de que ela *potencia* as atividades humanas e das organizações cooperadas. As cooperativas são protegidas pelo Direito porque potenciam o trabalho humano.

Efetivamente, a *cooperativa permite que o cooperado obtenha uma retribuição pessoal, em virtude de sua atividade autônoma, superior àquilo que obteria caso não estivesse associado*. A retribuição pessoal de cada cooperado é, necessariamente (ainda que em potencial), superior àquela alcançada caso atuando isoladamente.

O princípio da retribuição pessoal diferenciada é a *diretriz jurídica que assegura ao cooperado um complexo de vantagens comparativas de natureza diversa muito superior ao patamar que obteria caso atuando destituído da proteção cooperativista*. A ausência desse complexo faz malograrem tanto a noção como os objetivos do cooperativismo, eliminando os fundamentos sociais que justificaram o tratamento mais vantajoso que tais entidades sempre mereceram da ordem jurídica.

Observe-se, ilustrativamente, como atua o *princípio da retribuição pessoal diferenciada* na prática do mercado econômico. Tome-se o caso de uma cooperativa de condutores autônomos de táxis. A ação da cooperativa tende a conferir ao cooperado, que já atua como profissional autônomo, um amplo e diferenciado complexo de vantagens de natureza diversa: ela amplia o mercado do cooperado, fazendo convênios com empresas, instituindo ferramentas de teletáxi ou de aplicativos digitais de transporte, etc.; ela captura no sistema institucional linhas de financiamento favorecido para seus associados; ela subsidia o combustível e peças de reposição para os taxistas filiados; ela subscreve convênios diversos para os taxistas e seus dependentes, etc. O mesmo pode ocorrer com cooperativas de serviços de médicos autônomos: o cooperado médico, que já labora como profissional autônomo, aufere, em função do cooperativismo, clientela específica, certa

e larga — clientela inimaginável caso ele estivesse atuando sozinho, isolado em seu consultório; além disso, a cooperativa presta-lhe diversos outros serviços, ampliando seu potencial.

O pressuposto da regular vinculação cooperativista é, como se vê, a atuação autônoma *isolada*. Estabelecido esse correto pressuposto, desponta o notável diferencial enfatizado pelo princípio da retribuição pessoal diferenciada.

O presente princípio jurídico é de recente revelação no campo jurídico, reconheça-se⁽¹⁷⁾. Seu caráter inovador não diminui, contudo, sua força diretiva própria.

Este princípio ainda não havia sido *percebido* em virtude de o *fato* do cooperativismo, em sua modalidade de *cooperativas de mão de obra*, não se ter tornado, até períodos recentes, fenômeno de grande importância e recorrência, não ensejando até então o aprofundamento da pesquisa teórica e prática a respeito do assunto. O novo fenômeno (cooperativas de mão de obra) somente surgiu a partir de certa leitura interpretativa feita sobre o novo texto da CLT (parágrafo único do art. 442, introduzido apenas no final do ano de 1994).

No período anterior a dezembro de 1994, de maneira geral, era tão evidente o cumprimento desse princípio nos demais exemplos correntes de cooperativas (cooperativas de prestação de serviços autônomos, de produtores autônomos, de produção, etc.) que a doutrina jurídica ainda não se havia voltado a uma pesquisa nessa direção. Afinal, a ciência informa que as próprias perguntas somente podem ser propostas (e, conseqüentemente, as respostas, investigadas e encontradas) quando os problemas apresentam-se no plano concreto das relações sociais. E é o que se passou, no presente caso, relativamente às chamadas *cooperativas de mão de obra* e o princípio da retribuição pessoal diferenciada.

A nova interpretação sobre o cooperativismo surgiu, como fenômeno social genérico, essencialmente apenas no último lustro do século XX, no Brasil, provocando, desse modo, novas pesquisas e reflexões sobre o tema. Afinal, tratava-se de interpretação acerca de modelo muito distinto de entidade cooperativista, formada não por profissionais autônomos, mas obreiros claramente subordinados. O modelo parecia pretender se ajustar, como classicamente sempre fez a fórmula cooperativista, à atuação isolada dos profissionais autônomos; ao reverso, buscava açambarcar a atuação maciça e plural de trabalhadores tradicionalmente vinculados a seu tomador por vínculo empregatício.

(17) As primeiras referências surgiram em sentenças judiciais prolatadas em setembro de 1996, pela antiga 1ª JCY de Belo Horizonte, sob nossa Presidência (Processo n. 01876/95, referente à ação trabalhista proposta por Luciene Lazarino contra Cooperativa Mineira de Vigilância e Segurança e Serviços Gerais Ltda. — COOPSEGSERVS — e Município de Belo Horizonte e Processo n. 01090/96, referente à ação trabalhista proposta por Vilma Aparecida Camara Souza Jardim contra a mesma COOPSEGSERVS).

A propagação desse fato novo provocou, em consequência, a necessidade de novas pesquisas e análises jurídicas sobre o cooperativismo. Daí a revelação do recente princípio da retribuição pessoal diferenciada.

Em setembro de 1996, no Processo Trabalhista n. 01876/95-1^a JCJ/BH, consumou-se a análise da situação concreta à luz dos dois mencionados princípios específicos do cooperativismo:

“No caso em exame, o princípio da dupla qualidade não é atendido já que não se encontra, nestes autos, qualquer mínima evidência de que a Cooperativa Reclamada trate a Autora como sua beneficiária, sua cliente, a razão de ser de sua existência. Não. Ao contrário, o que se percebe, simplesmente, é a oferta de força de trabalho a terceiros, em moldes estritamente individuais sob a ótica da Autora, sem qualquer atividade, função ou programa de serviços ou vantagens entregues diretamente pela Cooperativa à obreira. Excetuado o pagamento pelos serviços, não há qualquer retribuição material ou de outra natureza que demonstre que a trabalhadora seja destinatária dos serviços da Cooperativa.

Já o princípio da retribuição material diferenciada também claramente não é atendido pela cooperativa em análise. A Cooperativa Reclamada não potencia o trabalho da Reclamante: apenas lhe defere um lugar padrão de prestação de serviços. Não se enxerga qualquer traço, nestes autos, de que a cooperativa permita que o cooperado obtenha uma retribuição pessoal em virtude de seu trabalho potencialmente superior àquilo que obteria caso não estivesse associado. Nada demonstra que a retribuição pessoal da Reclamante seja (ainda que potencialmente) superior àquela alcançada caso atuando isoladamente. Ao revés, emerge claro um aritmético rebaixamento do preço da força de trabalho, se comparado com o padrão mínimo autorizado pelo Direito brasileiro (há confissão, no sentido de que, o salário obreiro é levemente superior ao mínimo da categoria equivalente — fls. 133 —, sabendo-se que nenhum outro direito laboral clássico é assegurado à trabalhadora...).

Evidenciada a desarmonia da Cooperativa Reclamada aos dois princípios indissociáveis e obrigatórios do cooperativismo — não se ajustando, pois, à previsão normativa (tipo-legal) das Leis ns. 5.764/70 e 8.949/94 —, passa-se ao exame dos elementos fático-jurídicos da relação de emprego.” (Sentença Judicial, Processo n. 01876/95-1^a JCJ de Belo Horizonte. Juiz Presidente e Relator: Mauricio Godinho Delgado).⁽¹⁸⁾

À medida que se sabe que princípios são *mandamentos de otimização* (Robert Alexy),⁽¹⁹⁾ são diretrizes gerais que conformam a compreensão e aplicação do Direito, são *comandos jurídicos instigadores*, conclui-se que

(18) As JCJs (Juntas de Conciliação e Julgamento) foram extintas pela EC n. 24/1999, sendo substituídas pelas Varas do Trabalho, com igual numeração. Leia-se, portanto, hoje, 1^a VT de Belo Horizonte-MG.

(19) ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 86 e seguintes (tradução efetuada).

eles são o principal elemento que tem o Direito para assegurar vínculos fortes e harmônicos entre seus diversos componentes, *garantindo coerência ao conjunto normativo geral*.

Nessa qualidade, os dois princípios mencionados atuam de modo intenso na compreensão do conteúdo e sentido da regra inserida no parágrafo único do art. 442 da CLT, conferindo a ela significado apto a se ajustar, harmoniosamente, ao universo do ordenamento jurídico do País.

2. A Lei n. 12.690, de 2012

O diploma legal de 2012 regula a denominada Cooperativa de Trabalho (art. 1º, *caput*, e art. 10, § 1º, Lei n. 12.690), assim considerada “*a sociedade constituída por trabalhadores para o exercício de suas atividades laborativas ou profissionais em proveito comum, autonomia e autogestão para obterem melhor qualificação, renda, situação socioeconômica e condições gerais de trabalho*” (art. 2º, *caput*).

A regra do *caput* do art. 2º do novo diploma jurídico deixa evidente a absorção das duas diretrizes do cooperativismo anteriormente examinadas, quais sejam o princípio da dupla qualidade e o princípio da retribuição pessoal diferenciada.

Conforme se sabe, o *princípio da dupla qualidade* esclarece que o cooperado assume, ao mesmo tempo, a posição tanto de sócio, como de cliente da entidade cooperativista. De fato, conforme diz a nova regra citada (art. 2º, *caput*), o indivíduo integra-se à entidade cooperativista para o exercício de atividades laborativas ou profissionais *em proveito comum*, ou seja, tanto em seu próprio proveito como em proveito do grupo de cooperados e da respectiva entidade.

De outro lado, também se afirma o *princípio da retribuição pessoal diferenciada*, segundo o qual a entidade cooperativista permite que o cooperado obtenha uma retribuição pessoal, em virtude do exercício de sua atividade autônoma mas congregada, *superior àquilo que obteria caso não estivesse associado*. Efetivamente, diz a lei nova que os indivíduos congregam-se na cooperativa para *obterem melhor qualificação, renda, situação socioeconômica e condições gerais de trabalho* (*caput* do art. 2º da Lei n. 12.960).

Nos termos da Lei n. 12.960, a Cooperativa de Trabalho pode ser de dois tipos: I — *de produção, quando constituída por sócios que contribuem com trabalho para a produção em comum de bens e a cooperativa detém, a qualquer título, os meios de produção*; II — *de serviço, quando constituída por sócios para a prestação de serviços especializados a terceiros, sem a presença dos pressupostos da relação de emprego*” (art. 4º, I e II).

Registre-se, contudo, que não estão reguladas pelo novel diploma normativo (art. 1º, parágrafo único, incisos I a IV da Lei n. 12.690) as seguintes entidades: I — as cooperativas de assistência à saúde na forma da legislação de saúde complementar; II — as cooperativas que atuam no setor de transporte regulamentado pelo poder público e que detenham, por si ou por seus sócios, a qualquer título, os meios de trabalho; III — as cooperativas de profissionais liberais cujos sócios exerçam as atividades em seus próprios estabelecimentos; IV — as cooperativas de médicos cujos honorários sejam pagos por procedimento.

A) Restrições ao Veículo Cooperativista — O novo diploma legal procura enumerar certas restrições à utilização da fórmula cooperativista como veículo de aviltamento do trabalho humano na realidade concreta.

A primeira dessas restrições reside na incorporação das diretrizes da dupla qualidade e da retribuição pessoal diferenciada. Tais princípios visam, entre outros aspectos, a impedir a utilização meramente simulatória do cooperativismo, como ardiloso veículo de rebaixamento do valor trabalho na economia e na sociedade. Sua absorção pelo *caput* do art. 2º da Lei n. 12.960 já antepõe obstáculo à automática repetição do vendaval precarizante que se seguiu à edição da Lei n. 8.949/2004.⁽²⁰⁾

A Lei n. 12.690/2012, entretanto, procurou fixar novas travas à mercantilização e precarização do trabalho por meio da fórmula cooperativista que regula. Assim é que estipulou que a Cooperativa de Trabalho deve se reger, entre outros princípios e valores, pela *preservação dos direitos sociais, do valor social do trabalho* e da livre iniciativa (art. 3º, VIII) e pela *não precarização do trabalho* (art. 3º, IV). Determinou ainda o novo diploma jurídico que a *Cooperativa de Trabalho não pode ser utilizada para intermediação de mão de obra subordinada* (art. 5º). Esclareceu, ademais, o diploma normativo que as

(20) O efeito da Lei n. 8.949, de 9.12.1994, foi tão avassalador, no contexto de desregulamentação e flexibilização extremadas vivido na década de 1990 no Brasil, que o País, logo em seguida à nova lei, por alguns anos, verdadeiro processo de congelamento nas estatísticas de formalização do mercado de trabalho, não obstante o crescimento físico da população economicamente ativa durante o período. Segundo dados do Ministério do Trabalho, com base nos números do CAGED e RAIS, existiam, em dezembro de 1994 (data de surgimento da lei), 23,66 milhões de trabalhadores formalizados no País; um ano após, em 12/1995, este número pouco se alterou, fixando-se em somente 23,75 milhões; dois anos depois, em 12/1996, a alteração manteve-se desprezível, atingindo apenas 23,83 milhões de trabalhadores formalizados; três anos após o advento da lei, em dezembro de 1997, este número continuou a crescer irrisoriamente, atingindo apenas 24,10 milhões de trabalhadores. Na exacerbação desse quadro, centenas de Cooperativas de Trabalho (englobando os seguintes setores: educacional; trabalho; saúde; outros: produção, turismo, etc) foram instituídas precisamente no mesmo período, a contar de dezembro de 2004. A respeito, consultar DELGADO, M. G., “As Funções do Direito do Trabalho no Capitalismo e na Democracia”, in DELGADO, M. G. e DELGADO, G. N., *Constituição da República e Direitos Fundamentais* — dignidade da pessoa humana, justiça social e Direito do Trabalho. 4. ed. São Paulo: LTr, 2017, p. 87.

cooperativas de serviço têm de se estruturar, relativamente a seus sócios cooperativados, *sem a presença dos pressupostos da relação de emprego* (art. 4º, II).

No contexto dessas travas à mercantilização e precarização do trabalho, fixou também o diploma jurídico penalidade elevada (art. 17, § 1º), a ser aplicada pela Auditoria Fiscal Trabalhista do Ministério do Trabalho (art. 17, § 3º): “*A Cooperativa de Trabalho que intermediar mão de obra subordinada e os contratantes de seus serviços estarão sujeitos à multa de R\$500,00 (quinhentos reais) por trabalhador prejudicado, dobrada na reincidência, a ser revertida em favor do Fundo de Amparo ao Trabalhador — FAT*” (§ 1º do art. 17). Acrescentou o diploma normativo ainda, severamente: “*A constituição ou utilização de Cooperativa de Trabalho para fraudar deliberadamente a legislação trabalhista, previdenciária e o disposto nesta Lei acarretará aos responsáveis as sanções penais, cíveis e administrativas cabíveis, sem prejuízo da ação judicial visando à dissolução da Cooperativa*” (art. 18).⁽²¹⁾

B) Direitos Sociais dos Cooperados — A Lei das Cooperativas de Trabalho (art. 7º, I a VII) estatui dever a entidade garantir aos sócios os seguintes direitos, além de outros que a Assembleia Geral venha a instituir: I — retiradas não inferiores ao piso da categoria profissional e, na ausência deste, não inferiores ao salário mínimo, calculadas de forma proporcional às horas trabalhadas ou às atividades desenvolvidas; II — duração do trabalho não superior a 8 (oito) horas diárias e 44 (quarenta e quatro) horas semanais, exceto quando a atividade, por sua natureza, demandar a prestação de trabalho por meio de plantões ou escalas, facultada a compensação de horários; III — repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos; IV — repouso anual remunerado; V — retirada para o trabalho noturno superior à do diurno; VI — adicional sobre a retirada para as atividades insalubres ou perigosas; VII — seguro de acidente de trabalho. Ressalva a lei que, em se tratando dos “casos em que as operações entre o sócio e a cooperativa sejam eventuais”, não se aplica o disposto nos incisos III e IV citados (§ 1º do art. 7º), “salvo decisão assemblear em contrário” (art. 7º, § 1º).

O cooperado, mesmo sendo um trabalhador autônomo (se configurados os elementos da relação de emprego, está-se diante de figura simulatória, lembre-se), tem ainda direito a um ambiente hígido de trabalho, uma vez que deve a Cooperativa “observar as normas de saúde e segurança do trabalho previstas na legislação em vigor e em atos normativos expedidos pelas autoridades competentes” (art. 8º, Lei n. 12.960). Nesse quadro, tratando-se da modalidade de *cooperativa de serviço*, conforme enquadramento feito no art. 4º, I, da Lei n. 12.960, o contratante de tal

(21) Acrescenta ainda o § 2º do art. 18 da Lei n. 12.960/2012: “*Fica inelegível para qualquer cargo em Cooperativa de Trabalho, pelo período de até 5 (cinco) anos, contado a partir da sentença transitada em julgado, o sócio, dirigente ou o administrador condenado pela prática das fraudes elencadas no caput deste artigo*”.

cooperativa responde solidariamente pelo cumprimento das normas de saúde e segurança do trabalho quando os serviços forem prestados no seu estabelecimento ou em local por ele determinado (art. 9º, Lei n. 12.960/2012).

C) Relação de Emprego versus Relação Cooperativista — No contraponto fático entre essas duas relações jurídicas, prevalece evidentemente a relação de emprego, caso estejam presentes seus cinco elementos integrantes (labor por pessoa natural, com personalidade, não eventualidade, onerosidade e subordinação).

Conforme já exposto, não permite a ordem jurídica, inclusive constitucional, a contratação do trabalho por pessoa física, com os intensos elementos da relação de emprego, sem a incidência do manto normativo mínimo assecuratório da dignidade básica do ser humano nessa seara da vida individual e socioeconômica. Os princípios constitucionais da valorização do trabalho e especialmente do emprego, da centralidade do ser humano na ordem jurídica, da dignidade da pessoa humana, da igualdade em sentido substancial, da justiça social, da garantia da segurança e do bem-estar aos seres humanos, da subordinação da propriedade à sua função socioambiental, atuando de modo isolado e principalmente de maneira conjugada, não absorvem fórmulas regentes da relação de emprego que retirem tal vínculo do patamar civilizatório mínimo afirmado pela ordem jurídica contemporânea. Salvo a exceção peculiar do contrato de estágio (Lei n. 6.494/1977 e Lei n. 11.788/2008), em que o princípio e o valor também constitucionais de incremento da educação atuam organicamente nesse vínculo jurídico excepcional (art. 205, CF/88), torna-se imperativo o reconhecimento da relação de emprego se estiveram reunidos, em certa relação fática concreta, os cinco elementos estruturantes fixados no *caput* dos arts. 3º e 2º da CLT.

Desponta, inclusive, presunção sedimentada há várias décadas no Direito do Trabalho nessa linha (Súmula 212/TST, de 1985). Tal presunção recebeu, a propósito, reforço notável da própria Constituição da República, em vista da convergência de inúmeros de seus princípios e regras cardeais (ilustrativamente: art. 7º, *caput* e seus incisos e parágrafo; art. 6º; arts. 8º até 11; art. 170, *caput* e incisos III, VII e VIII; art. 193; Preâmbulo; art. 1º, III e IV; art. 3º, I, II, III e IV; art. 5º, *caput*, todos da CF/88).

As relações cooperativistas reguladas pela antiga Lei n. 8.949/1994, e atualmente pela Lei n. 12.690/2012 — além daqueles vínculos cooperativistas regidos pela 5.764/1971 e pela Lei n. 10.406/2002 (CCB) — correspondem, em síntese, basicamente, a *relações autônomas de trabalho*, a par de vínculos eventuais de trabalho, se for o caso. Não se trata, pois, a Cooperativa de Trabalho de figura concorrente da relação empregatícia, porém de fórmula de estruturação e atuação coletiva do trabalho autônomo.⁽²²⁾

(22) Naturalmente que não há como se desconhecer o elevado risco de as relações cooperativistas de trabalho transformarem-se em audacioso veículo de informalização,

V. TRABALHO AUTÔNOMO

O trabalhador autônomo consiste, entre todas as figuras próximas à do empregado, naquela que tem maior generalidade, extensão e importância sociojurídica no mundo contemporâneo. Na verdade, as relações autônomas de trabalho consubstanciam leque bastante diversificado, guardando até mesmo razoável distinção entre si.

Os diversificados vínculos de trabalho autônomo existentes afastam-se da figura técnico-jurídica da relação de emprego *essencialmente* pela ausência do elemento fático-jurídico da *subordinação*.

Contudo, podem se afastar ainda mais do tipo legal celetista, em decorrência da falta de um segundo elemento fático-jurídico, a *personalidade*. Noutras palavras, o trabalhador autônomo distingue-se do empregado, quer em face da ausência da *subordinação* ao tomador dos serviços no contexto da prestação do trabalho, quer em face de também, em acréscimo, poder faltar em seu vínculo com o tomador o elemento da *personalidade*.

A diferenciação central entre as figuras situa-se, porém, repita-se, na *subordinação*. Fundamentalmente, trabalho autônomo é aquele que se realiza sem subordinação do trabalhador ao tomador dos serviços. Autonomia é conceito antitético ao de subordinação. Enquanto esta traduz a circunstância juridicamente assentada de que o trabalhador acolhe a direção empresarial no tocante ao modo de concretização cotidiana de seus serviços, *a autonomia traduz a noção de que o próprio prestador é que estabelece e concretiza, cotidianamente, a forma de realização dos serviços que pactuou prestar*. Na subordinação, a direção central do modo cotidiano de prestação de serviços transfere-se ao tomador; *na autonomia, a direção central do modo cotidiano de prestação de serviços preserva-se com o prestador de trabalho*.

A subordinação, em sua dimensão clássica, é aferida *na atividade exercida, no modo de concretização do trabalho pactuado*. Ela ocorre quando o poder de direção empresarial exerce-se com respeito à atividade desempenhada pelo trabalhador, no *modus faciendi* da prestação de trabalho. *A intensidade de ordens no tocante à prestação de serviços é que tenderá a determinar, no caso concreto, qual sujeito da relação jurídica detém a direção da prestação dos serviços: sendo o próprio profissional, desponta como autônomo o vínculo concretizado; sendo o tomador de serviços, surge como subordinado o referido vínculo*.

mercantilização e precarização do trabalho humano, mesmo com as cautelas tomadas pela Lei n. 12.690/2012. Porém, o que se está insistindo é que essa fórmula de organização, arregimentação e gestão de mão de obra não é própria para lidar com efetivas relações de emprego, mas somente com reais trabalhadores autônomos.

Claro que, com a adequação e a renovação do Direito do Trabalho em decorrência das mudanças sociais e econômicas, foram apreendidas pela doutrina e jurisprudência duas outras dimensões da subordinação, além da clássica (ou tradicional): a dimensão objetiva e a dimensão estrutural. A subordinação objetiva ocorre pela harmonização entre a atividade do trabalhador e os fins do empreendimento a que se vincula; a subordinação estrutural desponta da inserção do obreiro na organização e no *modus operandi* de seu tomador de serviços, incorporando sua cultura e diretrizes, independentemente das funções específicas que exerça.⁽²³⁾

Ainda que o operador jurídico não sobrevalorize as dimensões objetiva e estrutural do fenômeno, de modo a não perder vista da dimensão tradicional da subordinação, o fato é que, contemporaneamente, não parece adequado restringir-se o foco estritamente nas manifestações tradicionais do fenômeno subordinativo.

Afirmada a autonomia na relação de trabalho existente, não se apreende um dos elementos constitutivos da relação de emprego (a subordinação), afastando-se a figura sociojurídica examinada do âmbito das regras celetistas.

O trabalho autônomo concretiza-se sob roupagens bastante diversificadas no cenário socioeconômico contemporâneo.

Examine-se, em primeiro plano, o trabalho autônomo executado também *sem personalidade* — além da falta da subordinação, é claro. A fungibilidade da pessoa física do prestador permite que essa modalidade de prestação de serviços possa até mesmo ser contratada a pessoas jurídicas (e não apenas pessoas naturais). Não obstante, concretamente, sempre venha a existir uma ou várias pessoas físicas realizando o efetivo trabalho, é característica da relação jurídica ajustada a substituição e alteração do profissional que efetivamente produz o serviço pactuado. É o que ocorre, por exemplo, na prestação de serviços de consultoria, contabilidade, etc., desde que não se considere relevante o específico profissional concretizador dos serviços⁽²⁴⁾.

Esclareça-se que, sem dúvida, pode haver contratação de infungibilidade da *empresa* ou *escritório*, isto é, infungibilidade da pessoa jurídica, na forma da legislação civil (o que inviabilizaria a subcontratação interempresarial, por exemplo). Mas isso não se confunde com a infungibilidade da pessoa física, naturalmente.

(23) Para exame mais aprofundado das três dimensões da subordinação jurídica, consultar, neste Curso, o Capítulo IX (“Relação de Emprego — Caracterização”), em seu item II.2.E.c) *Dimensões da Subordinação: clássica, objetiva, estrutural*.

(24) A prestação de *trabalho*, como se sabe, é inerente à pessoa natural, ao passo que a prestação de *serviços* corresponde a conceito mais amplo, apto a abranger como prestadores quer a pessoa física, quer a jurídica. Na ideia de *serviço* engloba-se o *trabalho*, é claro (serviço realizado por pessoa natural), mas não necessariamente o inverso. A este respeito, retornar ao Capítulo IX, itens I e II, deste Curso.

Mesmo em se tratando de serviço pactuado com pessoa natural, é muito comum o trabalho autônomo sem infungibilidade quanto ao prestador. Um serviço cotidiano de transporte escolar, por exemplo, pode ser contratado ao motorista do veículo, que se compromete a cumprir os roteiros e horários prefixados, ainda que se fazendo substituir eventualmente por outro(s) motorista(s). A falta de pessoalidade, aqui, soma-se à ausência de subordinação, para distanciar essa relação jurídica de trabalho da figura empregatícia da CLT, mantendo-a no âmbito civil (art. 1.216, CCB/1916; art. 594, CCB/2002).

O trabalho autônomo *pode*, contudo, ser pactuado com cláusula de rígida pessoalidade — sem prejuízo da absoluta ausência de subordinação. É o que tende a ocorrer com a prestação de serviços contratada a profissionais de nível mais sofisticado de conhecimento ou habilidade, como médicos, advogados, artistas, etc.

Agregue-se, por fim, que a Lei n. 13.467/2017, em sua lógica jurídica direcionada a desregular e reduzir o valor trabalho no sistema socioeconômico, buscou conferir ênfase aos contratos laborais autônomos, inserindo referência a eles no interior da CLT. Assim, no novo art. 442-B está dito: “*A contratação do autônomo, cumpridas por este todas as formalidades legais, com ou sem exclusividade, de forma contínua ou não, afasta a qualidade de empregado prevista no art. 3º da Consolidação*”. Não obstante, é indubitável que, estando reunidos, no caso concreto, os cinco elementos da relação de emprego — inclusive a subordinação jurídica, é claro — o vínculo empregatício deve ser reconhecido (art. 9º, CLT: fraude).

Afinal, conforme já enfatizado neste Curso, não permite a ordem jurídica, inclusive constitucional, a contratação do trabalho por pessoa física, com os intensos elementos da relação de emprego, sem a incidência do manto normativo mínimo assecuratório da dignidade básica do ser humano nessa seara da vida individual e socioeconômica. Os princípios constitucionais da valorização do trabalho e especialmente do emprego, da centralidade do ser humano na ordem jurídica, da dignidade da pessoa humana, da igualdade em sentido substancial, da justiça social, da garantia da segurança e do bem-estar aos seres humanos, da subordinação da propriedade à sua função socioambiental, atuando de modo isolado e, *principalmente, de maneira conjugada*, não absorvem fórmulas regentes da relação de emprego que retirem tal vínculo do patamar civilizatório mínimo afirmado pela ordem jurídica contemporânea. Salvo a exceção peculiar do contrato de estágio (Lei n. 6.494/1977 e Lei n. 11.788/2008), em que o princípio e o valor também constitucionais de incremento da educação atuam organicamente nesse vínculo jurídico excepcional (art. 205, CF/88), torna-se imperativo o reconhecimento da relação de emprego se estiveram reunidos, em certa relação fática concreta, os cinco elementos estruturantes fixados no *caput* dos arts. 3º e 2º da CLT.

Desponta, inclusive, presunção sedimentada há várias décadas no Direito do Trabalho nessa linha (Súmula n. 212/TST, de 1985). Tal presunção recebeu, a propósito, reforço notável da própria Constituição da República, em vista da convergência de inúmeros de seus princípios e regras cardeais (ilustrativamente: art. 7º, *caput* e seus incisos e parágrafo; art. 6º; arts. 8º até 11; art. 170, *caput* e incisos III, VII e VIII; art. 193; Preâmbulo Constitucional; art. 1º, III e IV; art. 3º, I, II, III e IV; art. 5º, *caput*, todos da CF/88).

Em síntese: se se tratar, *na vida real*, de mera roupagem simulatória de contrato de trabalho autônomo, uma vez que configurados os elementos da relação de emprego, esta relação empregatícia criteriosamente regulada pela Constituição da República, por dezenas de Convenções Internacionais da OIT ratificadas pelo País, por notáveis Declarações Internacionais subscritas pelo Brasil (ilustrativamente, *Declaração Universal dos Direitos do Homem*, da ONU, de 1948, e *Declaração de Filadélfia*, anexa à Constituição da OIT, de 1944), a par da Consolidação das Leis do Trabalho e diversas outras leis trabalhistas conexas, deve, sim, ser reconhecida, com todos os correspondentes efeitos jurídicos.

1. Prestação de Serviços e Empreitada

A legislação não trabalhista tipifica, expressamente, alguns contratos de trabalho autônomos: por exemplo, *prestação de serviços* (arts. 1.216 a 1.236, CCB/1916; arts. 593 a 609, CCB/2002); *empreitada* (arts. 1.237 a 1.247, CCB/1916; arts. 610 a 626, CCB/2002); contrato de *representação comercial* (Lei n. 4.886/1965) e/ou *de agência e distribuição* (arts. 710 a 721, CCB/2002). Todos esses pactos, aliás, podem contar ou não com cláusula de pessoalidade. Há, ainda, a figura do *colaborador jornalístico* (Dec.-Lei n. 972/69, combinado com Lei n. 6.612/78 e Decreto n. 83.284/79).

Entre essas modalidades de pactuação autônoma de trabalho, destacam-se na ordem jurídica do País os contratos de *prestação de serviços* e de *empreitada*.

O primeiro desses contratos (*locação de serviços*, como falava o velho Código Civil — art. 1.216 e seguintes) tem raízes remotas na *locatio operarum* do Direito Romano. Seu objeto é uma prestação de fazer (do mesmo modo que o objeto do contrato empregatício), porém encarada tal prestação como resultado e não como processo (ao passo que o contrato de emprego, em geral, vislumbra a prestação de fazer como um processo, um *vir-a-ser* constante e relativamente indeterminado). Não se pactua, contudo, na prestação de serviços, uma obra, materialmente, porém trabalho.

Todos os exemplos acima mencionados (serviços de transporte, de auditoria, de atividade contábil, etc.) podem ensejar, evidentemente, contratos

de prestação de serviços — desde que realizados com autonomia por parte do prestador. Desse modo, é fundamental que, *na concretização do serviço pactuado, não se preveja ou se consubstancie a subordinação, em qualquer de suas dimensões, isto é, a tradicional, a objetiva ou a estrutural.*

O segundo desses pactos é o de *empreitada*.

Por esse contrato, também de natureza civil — reportável, historicamente, à *locatio operis* romana —, as partes pactuam a elaboração de determinada obra, pelo prestador, em benefício do tomador, mediante remuneração. O objeto do contrato é um resultado específico e delimitado, uma obra (*opus*).

Sendo pacto autônomo, civil, a empreitada preserva com o próprio profissional prestador de serviços a direção do cotidiano da prestação laborativa, no cumprimento da obra pactuada. Não se transfere tal direção para o tomador de serviços. Não há, pois, subordinação nessa prestação de trabalho.

A personalidade não é inerente ao contrato de empreitada (assim como não é inerente à locação de serviços): ela pode ou não surgir da pactuação ou da prática desse contrato. Desse modo, não é incompatível que o prestador de serviços seja até mesmo pessoa jurídica — ou, sendo uma pessoa natural, não tenha esta caráter infungível no cumprimento do pacto.

2. Pacto Autônomo e Risco Contratual

De maneira geral, no contrato autônomo, o *risco* da prestação em desenvolvimento é do próprio prestador (no trabalho assalariado, ao contrário, o risco é exclusivo do empregador — art. 2º, CLT). Ou seja, o prestador tende a assumir os riscos da própria prestação laborativa.

Esse dado não surge, porém, como pressuposto ou elemento constitutivo da relação jurídica: é simples consequência jurídica a ela inerente (consequência, a propósito, que pode, validamente, ser afastada pelas partes, ainda que preservado o caráter autônomo do contrato, registre-se).

Sendo mero *efeito contratual*, e não elemento constitutivo da relação, a cláusula concernente ao risco não é, por isso, decisiva para a definição da *natureza jurídica* do pacto celebrado entre as partes. Isto é: a aferição da distribuição do risco não contribui, de modo *decisivo*, para que o intérprete identifique, no caso concreto, a natureza da relação jurídica estabelecida entre as partes. É que pode o prestador de serviços estar assumindo os riscos, em uma determinada relação sociojurídica, até o instante em que, juridicamente, é-lhe reconhecida a natureza de empregado, invalidando a cláusula de risco anteriormente pactuada.⁽²⁵⁾

(25) A Lei n. 13.467/2017, dentro de sua lógica de reduzir custos para o poder econômico e diminuir direitos e garantias para o empregado, criou distintas regras de atenuação do risco

3. Pequena Empreitada: especificidade

Ao autônomo, por não ser empregado, regendo-se por normas de origem civil, não se aplica a legislação trabalhista. Nesse quadro, tradicionalmente (antes da EC n. 45, de dezembro de 2004), *não se submetiam à esfera jurisdicional da Justiça do Trabalho lides entre trabalhadores autônomos (prestadores de serviços, empreiteiros, representantes comerciais ou agentes, etc.) e respectivos tomadores de serviço. Lides civis, portanto (cuidando de temas como preço, prazo, inadimplemento, etc.).*

Isso não quer dizer, porém, que não se possa discutir em uma ação trabalhista a tese da existência efetiva de relação de emprego, em contexto fático de pactuação formal de outro tipo de relação de trabalho. A competência para fixar a natureza empregatícia (ou não) da relação jurídica examinada há décadas é, seguramente, da própria Justiça do Trabalho (art. 114, CF/88).

A lei tradicionalmente já estabelecia uma exceção ao critério processual acima: trata-se da situação do pequeno empreiteiro. Efetivamente, fixa o art. 652, “a”, III, da CLT, que é competente a Justiça do Trabalho para conhecer e julgar lides *resultantes de contratos de empreitadas em que o empreiteiro seja operário ou artífice.*

Nesse caso, a Justiça Trabalhista estará examinando tema de Direito Civil e não tema juslaboral, autorizada também pela Constituição da República, que tradicionalmente tem colocado sob seu manto *outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho*, desde que prefixadas *na forma da lei* (art. 114, IX, CF/88). Com a EC n. 45/2004 esta competência judicial ainda mais se ampliou (novo art. 114, I e IX, CF/88: *relação de trabalho* e não mais somente *relação de emprego*).

Trata o art. 652, “a”, III da CLT, do empreiteiro pessoa física que, como profissional autônomo, executa, só e pessoalmente (ou, no máximo, com algum auxiliar), a empreitada, de valor econômico não elevado. Não se insere nessa excetiva regra legal o empreiteiro pessoa jurídica, ou aquele que, sendo pessoa física, realize a obra mediante concurso de distintos auxiliares ou empregados — agindo como se empresário fosse. A intenção legal foi manifestamente protetiva, à luz de uma peculiar (embora recorrente) situação verificada com o trabalhador autônomo mais humilde.

empresarial na relação de emprego, seja diretamente, seja transferindo parte relevante desse risco para o próprio trabalhador. Tais regras novas serão examinadas ao longo do presente *Curso*, dentro de cada tema e capítulo específicos. Para uma visão sumarizada desses novos preceitos, consultar DELGADO, M. G.; DELGADO, G. N. *A Reforma Trabalhista no Brasil* — com os comentários à Lei n. 13.467/2017. São Paulo: LTr, 2017, especialmente a síntese apresentada na Primeira Parte do livro (“A Constituição da República e a Lei da Reforma Trabalhista no Brasil”), em particular em seu Capítulo II (“O Sentido da Reforma Trabalhista de 2017 em Comparação com a Matriz Constitucional de 1988”). Registre-se que a 2ª edição do livro é de abril de 2018.

Há certa discussão doutrinária sobre a abrangência material da exceção contida no art. 652, “a”, III da CLT. Existem entendimentos de que o propósito da lei teria sido o de “equiparar as situações do empregado ou artífice e do empregado, atribuindo-lhes os direitos materiais estabelecidos na legislação trabalhista”⁽²⁶⁾.

Não tem sido essa, contudo, a visão jurisprudencial hegemônica acerca do assunto: configurada a pequena empreitada, atribuem-se ao trabalhador empregado, na Justiça Laboral, os direitos inerentes ao contrato civil firmado (preço, épocas de pagamento, etc.), sem extensão de direitos e normas trabalhistas. É que o art. 652 da CLT é norma típica e estrita de Direito Processual do Trabalho, fixando *competência* (no caso, a anteriormente chamada competência *imprópria* da Justiça do Trabalho), não se referindo a aspectos de Direito Material Trabalhista. Ora, sempre que a lei quis estender *regras e vantagens empregatícias* (como as contidas na CLT) a *trabalhador não empregado* (como o portuário avulso, por exemplo), ela o fez expressamente.

Mesmo com a ampliação de competência feita pela EC 45/2004 (a competência própria passou a atingir as *relações de trabalho* e não apenas as relações empregatícias), tem-se compreendido que o texto constitucional comanda efeitos *processuais*, mas não, automaticamente, de Direito Material (art. 114, I e IX, CF/88).

A hipótese concreta da pequena empreitada, contudo, é fértil na veiculação da *falsa empreitada*, em que o referido contrato civil emerge como simples instrumento de elisão de preceitos trabalhistas. Configurada a simulação, reconhece-se a relação de emprego, por simples incidência dos arts. 2º e 3º da CLT — sem ampliação material da norma do art. 652, “a”, III, da Consolidação, e do novo art. 114, I, da CF/88.

VI. TRABALHO EVENTUAL

Uma das figuras de prestadores de trabalho que mais se aproximam do empregado é a do trabalhador eventual. Nessa figura tendem a se reunir os demais pressupostos da relação empregatícia; seguramente, entretanto, não se apresenta o elemento *permanência* (ou melhor, *não eventualidade*).

De maneira geral, trata-se de trabalhador que presta serviços ao tomador, subordinadamente e onerosamente; em regra, também com pessoalidade. De fato, usualmente, a subordinação e seu assimétrico referencial, *poder de direção*, estão insertos na relação de trabalho eventual: esse trabalhador

(26) NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao Direito do Trabalho*. 14. ed. São Paulo: LTr, 1989, p. 96.

despontaria, assim, como um “*subordinado de curta duração*”⁽²⁷⁾. Registre-se, porém, ser viável, do ponto de vista teórico e prático, trabalho eventual prestado também com autonomia.

O conceito de eventualidade, definitivamente, não resulta de um único ponto constitutivo. Controvertido, encontra distintas propostas de explicação, todas buscando firmar um critério básico à nítida identificação da natureza eventual da relação de trabalho enfocada. Na verdade, a possibilidade de aglutinação de, pelo menos, dois desses critérios no exame da relação jurídica concreta, é que irá permitir o mais firme enquadramento da situação fática examinada.

As quatro principais teorias existentes a respeito da temática, procurando fixar critérios objetivos de identificação do elemento eventualidade, são, como visto, a *teoria do evento*, a *teoria da descontinuidade*, a *teoria dos fins do empreendimento* (ou fins da empresa) e a *teoria da fixação jurídica ao tomador dos serviços*.

A primeira dessas teorias (teoria do evento) considera que eventual será o trabalhador contratado para atender a um serviço esporádico, decorrente de um evento episódico verificado na empresa.

A teoria da descontinuidade considera que eventual será o trabalhador que se vincula, do ponto de vista temporal, de modo fracionado ao tomador, em períodos entrecortados, de curta duração. A ideia de segmentação na prestação de serviços ao longo do tempo é que se torna relevante para tal enfoque teórico.

A teoria dos fins da empresa identifica no eventual o trabalhador contratado para realizar tarefas estranhas aos fins do empreendimento, as quais, por isso mesmo, tenderiam a ser episódicas e curtas.

A teoria da fixação jurídica, enfim, enxerga no eventual aquele obreiro que, pela dinâmica de relacionamento com o mercado de trabalho, não se fixa especificamente a um ou outro tomador de serviços, ofertando-se indistintamente no mercado e se relacionando, de modo simultâneo e indistinto, com diversos tomadores⁽²⁸⁾.

A partir das teorias acima e da circunstância metodológica de que não se deve perquirir pela figura do trabalhador eventual tomando-se um exclusivo critério entre os apresentados, mas se combinando os elementos deles resultantes, pode-se formular a seguinte caracterização do trabalho de natureza eventual: a) descontinuidade da prestação do trabalho, entendida como a não permanência em uma organização com ânimo definitivo; b) não

(27) A expressão é do jurista Amauri Mascaro NASCIMENTO. *In: Iniciação ao Direito...*, cit., p. 106.

(28) Para exame mais analítico das teorias relativas ao conceito de eventualidade, retornar ao Capítulo IX, componente deste Curso.

fixação jurídica a uma única fonte de trabalho, com pluralidade variável de tomadores de serviços; c) curta duração do trabalho prestado; d) natureza do trabalho vinculada a evento certo, determinado e episódico quanto à regular dinâmica do empreendimento do tomador dos serviços; e) ademais, a natureza do trabalho também não seria afinada aos fins normais do empreendimento.

Registre-se, mais uma vez, porém, que jurisprudência e doutrina dominantes tendem a considerar que a CLT (art. 3º, *caput*) rejeitou, entre essas teorias, a da *continuidade/descontinuidade*, no que tange à pesquisa sobre a dualidade “trabalho eventual *versus* trabalho não eventual”, considerando irrelevante, para o enquadramento como eventual, ser o trabalho prestado de modo descontínuo. Em contrapartida, as Leis do Trabalho Doméstico (n. 5.859/72 e n. 150/15) claramente adotaram essa específica teoria (*continuidade/descontinuidade*) para aferir esse elemento fático-jurídico no plano de sua realidade específica, com o fito de separar, segundo esse critério, o trabalho eventual doméstico do trabalho não-eventual doméstico.⁽²⁹⁾

Reitere-se, por fim, que o novo tipo de contrato criado, Lei n. 13.467/2017 (Lei da Reforma Trabalhista), intitulado *contrato de trabalho intermitente* (art. 443, *caput*, em sua nova redação, e seu novo § 3º; novo art. 452-A, *caput* e §§ 1º até 9º, todos da CLT), trata de trabalho *não eventual*, embora este seja fracionado no tempo de duração do vínculo.⁽³⁰⁾

VII. TRABALHO AVULSO

O obreiro chamado *avulso* corresponde à modalidade de trabalhador eventual, que oferta sua força de trabalho, por curtos períodos de tempo entrecortados, a distintos tomadores, sem se fixar especificamente a qualquer deles.

A principal distinção percebida entre o trabalhador *avulso* e o trabalhador *eventual*, entretanto, é a circunstância de sua força de trabalho ser ofertada, no mercado específico em que atua, por meio de uma *entidade intermediária*. Esse ente intermediador é que realiza a interposição da força de trabalho avulsa em face dos distintos tomadores de serviço; essa entidade intermediária é que arrecada dos tomadores o montante correspondente à prestação de serviços e perfaz o respectivo pagamento ao trabalhador envolvido.

Na tradição histórica brasileira, esse tipo de contratação e intermediação de trabalho existia, essencialmente, no setor portuário, sendo que o sindicato

(29) Se necessário, deve o leitor recorrer ao estudo feito sobre esse debate quer no capítulo anterior deste Curso, quer no capítulo seguinte, no tópico dirigido à análise da *relação doméstica de emprego*.

(30) O contrato de trabalho intermitente, introduzido pela Lei n. 13.467/2017 na CLT, será examinado, neste Curso, em seu Capítulo XVI, item VI (“O Contrato de Trabalho Intermitente”).

de trabalhadores portuários é que realizava a intermediação de tal mão de obra perante os empresários operadores portuários (empresas exportadoras, empresas importadoras, armazéns portuários em geral, empresas de logística portuária, etc.).

Embora despontassem alguns experimentos similares fora do setor portuário (em geral, em torno de centros atacadistas ou congêneres), o fato é que tais exemplos não eram comuns, nem havia explícita regulação a respeito dessa dinâmica e vínculo jurídicos.

Em 2009, porém, surgiu a Lei n. 12.023, regulando o *trabalho avulso não portuário*. Por essa razão, havendo contextos fáticos significativamente distintos e regulação jurídica diversa, será subdividido, para fins pedagógicos, o estudo dos dois padrões de trabalho avulso hoje existentes na ordem jurídica brasileira: o que abrange o *trabalho avulso portuário* e o que abrange o *trabalho avulso não portuário*.

1. Trabalho Avulso Portuário

Dois aspectos devem ser ressaltados no que tange à diferenciação entre o trabalho avulso portuário e o trabalho eventual: a) de um lado, a circunstância de sua força de trabalho ser ofertada em um segmento bastante específico do mercado econômico — no caso do trabalho avulso tradicional, o *setor portuário*; b) de outro lado (e este é o ponto mais relevante), a circunstância de a força de trabalho do profissional ser intermediada perante os tomadores de serviços por de uma *entidade intermediária* — no caso do trabalho avulso tradicional, o sindicato dos trabalhadores portuários (ou outro sindicato de trabalhadores atuante nos portos brasileiros e representativo de certo segmento da categoria profissional portuária).

A entidade intermediária sindical é que, tradicionalmente, sempre realizou a interposição da força de trabalho avulsa em face dos distintos tomadores de serviço: armazéns de portos, navios em carregamento ou descarregamento, importadores e exportadores e outros operadores portuários. Essa entidade intermediária é que sempre arrecadou o valor correspondente à prestação de serviços, perfazendo o respectivo pagamento ao trabalhador envolvido.

Dessa maneira, no transcorrer de tradição jurídica de longas décadas no País, essa interposição sempre foi exercida pelo *sindicato profissional da categoria*. A essa fase clássica corresponde a seguinte definição lançada pela Portaria n. 3.107, de 7.4.1971, do então Ministério do Trabalho e Previdência Social:

“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.”

Desde os anos de 1990, a contar da Lei do Trabalho Portuário daquela época (Lei n. 8.630, de 1993), a interposição dessa força de trabalho passou a ser feita por um *órgão de gestão de mão de obra* (art. 18, Lei n. 8.630/93), considerado de *utilidade pública* (art. 25, Lei n. 8.630/93). Essa nova sistemática foi mantida pela Lei n. 12.815, de 5.6.2013 (conversão da Medida Provisória n. 595, de 6.12.2012), que revogou a Lei n. 8.630/90 (art. 32, *caput* e incisos I até VII, e art. 39, Lei n. 12.815).

O *órgão gestor* (OGMO) é caracterizado por uma composição diversificada entre os segmentos que atuam no setor portuário. Seu Conselho de Supervisão, por exemplo, é composto por três membros titulares (e seus suplentes), que são indicados, respectivamente, pelo *bloco dos operadores portuários*, pelo *bloco da classe dos trabalhadores portuários* e pelo *bloco dos usuários dos serviços portuários e afins* (arts. 24 e 31, Lei n. 8.630/93).⁽³¹⁾ Já a Diretoria Executiva do órgão é formada por membros designados e destituíveis, a qualquer tempo, pelo *bloco dos prestadores de serviços portuários* (ou *operadores portuários*), a teor dos arts. 24, § 2º e 31, II, da Lei n. 8.630/93 (a Lei n. 12.815/13 estabeleceu que a diretoria executiva será composta por 1 ou mais diretores, designados e destituíveis na forma do regulamento, cujo prazo de gestão será de 3 anos, permitida a redesignação — art. 38, § 2º).

Há situações fáticas, entretanto, em que o OGMO não se estruturou no respectivo porto marítimo, preservando-se com o sindicato de trabalhadores a representação e a intermediação da mão de obra avulsa no local.

O posicionamento mais favorável dos obreiros avulsos portuários na ordem justralhista — se comparados com seus congêneres, os trabalhadores eventuais — decorreu, certamente, da forte capacidade de organização e pressão dessa categoria profissional portuária, ao longo do tempo. Ainda que não se confundindo com a figura do empregado, os trabalhadores avulsos sempre se destacaram por sólida organização coletiva, consubstanciada em atuante entidade sindical⁽³²⁾. Nesse quadro, alcançaram direitos trabalhistas (e previdenciários) típicos, quer em função de negociação coletiva efetuada no âmbito dos respectivos portos, quer em função de extensão legislativa alcançada em décadas de evolução do Direito do Trabalho no País.

No âmbito da legislação heterônoma estatal, inúmeros diplomas foram expedidos ao longo da história da República para fixar direitos empregatícios

(31) A Lei n. 12.815/2013 fixou a seguinte regra: “O conselho de supervisão será composto por 3 (três) membros titulares e seus suplentes, indicados na forma do regulamento ...”

(32) Já na República Velha (1889-1930), esse segmento portuário destacava-se por sua capacidade de organização e pressão e pela conquista de direitos empregatícios. Tratando do Estado de São Paulo, assim expõe, por exemplo, o historiador *Bóris Fausto*: “As docas de Santos reuniram o primeiro grupo importante de trabalhadores em todo o Estado, cujas lutas se iniciaram em fins do século e permaneceram constantes no correr dos anos”. *In Trabalho Urbano e Conflito Social (1890-1920)*. São Paulo: Difel, 1976. p. 13.

a essa categoria de trabalhadores não empregados inseridos nos portos do País. Citem-se, ilustrativamente, o Decreto n. 61.851, de 1957, que lhes garantiu férias, o Decreto n. 53.153, de 1963, que lhes assegurou o salário-família, a Lei n. 5.480, de 1968, que lhes conferiu a extensão do 13º salário (regulado pela Lei n. 4.090/62) e do FGTS (então criado pela Lei n. 5.107/66). Desse modo, a Constituição de 1988 apenas ratificou situação jurídica já sedimentada, ao determinar a *igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício e o trabalhador avulso* (art. 7º, XXXIV, CF/88).

A jurisprudência também sempre se inclinou quanto à extensão dos direitos trabalhistas à categoria avulsa e, até mesmo, no tocante à definição da competência da Justiça do Trabalho para conhecer e julgar suas lides laborais *lato sensu*.

Nessa linha, antiga decisão do Supremo Tribunal Federal, de 1981, enfatizava — antes de haver lei especial a respeito — ser *da competência da Justiça do Trabalho o processo e julgamento de ação proposta por trabalhadores avulsos para a obtenção de vantagem de natureza trabalhista*⁽³³⁾. Posteriormente, a Lei n. 7.494, de 1986, reformulando o art. 643 da CLT, eliminou qualquer dúvida quanto à competência da Justiça Especializada para conhecer e julgar dissídios entre *trabalhadores avulsos e seus tomadores de serviços*. A propósito, nesta mesma tradição, é óbvia a competência do Judiciário Trabalhista para conhecer, hoje, lides entre trabalhadores avulsos e os operadores portuários ou o Órgão Gestor de Mão de Obra — apesar do silêncio da Lei n. 8.630/93. De qualquer maneira, a partir da Medida Provisória n. 1.952/99, com reedições (por exemplo, MPr. n. 2.164-41/2001), foram acrescentados dispositivos aos arts. 643 (§ 3º) e 652 (a. V) da CLT, esclarecendo a competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar ações entre *trabalhadores portuários e os operadores portuários ou o Órgão Gestor de Mão de Obra — OGMO — decorrentes da relação de trabalho*. Com a EC n. 45/2004 (art. 114, I, CF/88), esta competência se confirmou.

A categoria avulsa portuária abrange, fundamentalmente, os trabalhadores da orla marítima e portuária, tais como, entre outros, operadores de carga e descarga, conferentes e conservadores de carga e descarga, arrumadores, ensacadores de mercadorias e amarradores.

A Lei n. 8.630/93 revogou inúmeros preceitos relativos ao trabalho em portos e serviços portuários, abrangendo quer os *empregados portuários*, quer os *trabalhadores portuários avulsos* (arts. 75 e 76, Lei n. 8.630/93). Ao mesmo tempo, procurou remeter aos instrumentos de negociação coletiva (convenção coletiva, acordo coletivo ou contrato coletivo de trabalho) a fixação de regras juslaborais de gestão da força de trabalho nesse segmento

(33) Cit. in RUSSOMANO, Mozart Victor. *Comentários...* . V. II, *ob. cit.*, p. 732.

(art. 22, Lei n. 8.630/93). A subsequente Lei n. 12.815/13 também estabelece que a “gestão da mão de obra do trabalho portuário avulso deve observar as normas do contrato, convenção ou acordo coletivo de trabalho” (art. 36).

Obviamente que a falta desse instrumento de negociação coletiva produzirá a automática incidência do art. 7º, XXXIV, CF/88, com a aplicação dos direitos trabalhistas assegurados pela legislação heterônoma federal. Ou seja, o preceito magno que, ao surgir, não cumpriu efetivo papel sociojurídico (uma vez que os avulsos já tinham asseguradas todas as vantagens juslaborais, em decorrência da tradicional legislação pré-1988), passou a ter crucial relevância para a categoria avulsa: é que a regra constitucional veio lhe assegurar, mesmo com a Lei n. 8.630/93, um patamar claro de direitos trabalhistas, independentemente da presença de textos legais expressos nessa direção.

Com a revogação da Lei n. 8.630/93 pela MPr. n. 595, de 6.12.2012 (convertida na Lei n. 12.815, de 5.6.2013), que reestruturou a exploração direta e indireta da União de portos e instalações portuárias e as atividades desempenhadas pelos operadores portuários no País, abriu-se nova fase de transição nesse setor econômico, social e jurídico. Nesse período transitório, destaca-se ainda mais o império da Constituição da República, fazendo prevalecer, independentemente das vicissitudes e fórmulas de contratação eleitas, a norma da *igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso* (art. 7º, XXXIV, CF/88).

A propósito, a Lei n. 12.815/2013 trouxe importante inovação quanto à regência desse peculiar segmento de trabalhadores. É que ela determinou ao operador portuário que tenha decidido, ao invés de proceder à requisição de avulsos, realizar a contratação de trabalhadores por tempo indeterminado, via CLT (os chamados *trabalhadores vinculados*, isto é, empregados próprios), que ele concretize essa contratação de empregados *necessariamente dentro do grupo existente de avulsos*. Tal regra de obrigatoriedade (e não simples preferência) abrange também os obreiros da *capatazia*, os quais tinham sido omitidos na redação do art. 26, parágrafo único, da anterior Lei n. 8.630/93.

Eis o novo texto do art. 40, *caput* e § 2º, da Lei n. 12.815/2013: “Art. 40. O trabalho portuário de *capatazia*, estiva, conferência de carga, conserto de carga, bloco e vigilância de embarcações, nos portos organizados, será realizada por trabalhadores portuários com vínculo empregatício por prazo indeterminado e por trabalhadores portuários avulsos” (...) “§ 2º. A contratação de trabalhadores portuários de *capatazia*, bloco, estiva, conferência de carga, conserto de carga e vigilância de embarcações com vínculo empregatício por prazo indeterminado será feita *exclusivamente dentre trabalhadores portuários avulsos registrados*” (grifos acrescentados).

2. Trabalho Avulso Não Portuário

O trabalhador avulso portuário é figura tradicionalíssima na história brasileira, compondo uma das primeiras categorias a se organizar, com solidez, em sindicatos ainda na fase de manifestações incipientes e esparsas do Direito do Trabalho, na Primeira República (1889-1930). A posição estratégica que esses obreiros ocupavam no mundo do trabalho (situados em portos marítimos, local de acesso físico relativamente restrito, mas com pioneira e constante receptividade a ideias novas de organização e atuação coletivas vindas do exterior), somada à posição estratégica que o respectivo segmento empresarial detinha na dinâmica da economia (exportação/importação), tudo favorecia a que os avulsos construíssem um dos núcleos mais bem estruturados do sindicalismo brasileiro, com forte poder negocial coletivo e incisiva influência política e institucional.

Tais circunstâncias estratégicas favoráveis naturalmente não existiam nas áreas interioranas da economia capitalista, seja no campo ou na cidade. A profunda diferenciação de situações fáticas entre o específico setor dos portos marítimos e os demais segmentos da economia, a circunstância de a intermediação de trabalhadores via sindicatos traduzir, inevitavelmente, modalidade adicional de terceirização trabalhista, além do comprometimento da função sindical precípua — que é a representação dos interesses da correspondente categoria perante seus tomadores de serviços —, tudo conduzia à profunda cautela e restrição no tocante à extensão de tal tipo de experiência por além dos clássicos portos marítimos. Com o advento da Constituição de 1988, incorporando regra explícita acerca da função representativa inerente aos sindicatos (art. 8º, II e III, CF/88), parecia inadequado, sob o enfoque estritamente interpretativo, acolher-se a viabilidade jurídica de se permitir a formação de experimentos de relações socioeconômicas avulsas no campo e nas cidades brasileiras, fora do âmbito consagrado nos portos marítimos.

Entretanto, o legislador de 2009 decidiu viabilizar, explicitamente, essa possibilidade, ao mesmo tempo em que costurou amarras jurídicas dirigidas a atenuar o eventual comprometimento da função representativa dos sindicatos nos casos de intermediação sindical de trabalhadores avulsos em *atividades de movimentação de mercadorias em geral*. Trata-se da Lei n. 12.023, de 27.08.2009 (Diário Oficial de 28.8.09 — *vacatio legis* de 30 dias: art. 12).

O novo diploma dispõe que as *atividades de movimentação de mercadorias em geral exercidas por trabalhadores avulsos, para os fins desta lei, são aquelas desenvolvidas em áreas urbanas ou rurais sem vínculo empregatício, mediante intermediação obrigatória do sindicato da categoria, por meio de Acordo ou Convenção Coletiva de Trabalho para a execução das atividades* (art. 1º, *caput*).

A Lei n. 12.023/09 (art. 2º, I, II e III) arrola aquilo que considera atividades de movimentação de mercadorias em geral: *I — cargas e descargas de mercadorias a granel e ensacados, costura, pesagem, embalagem, enlonamento, ensaque, arrasto, posicionamento, acomodação, reordenamento, reparação da carga, amostragem, arrumação, remoção, classificação, empilhamento, transporte com empilhadeiras, paletização, ova e desova de vagões, carga e descarga em feiras livres e abastecimento de lenha em secadores e caldeiras; II — operações de equipamentos de carga e descarga; III — pré-limpeza e limpeza em locais necessários à viabilidade das operações ou à sua continuidade.*

Estabelece o novo diploma (*caput* do art. 4º) que o *sindicato elaborará a escala de trabalho e as folhas de pagamento dos trabalhadores avulsos, com a indicação do tomador do serviço e dos trabalhadores que participaram da operação.* Completa a lei que o sindicato deverá prestar, com relação a estes trabalhadores, as seguintes informações: *I — os respectivos números de registros ou cadastro no sindicato; II — o serviço prestado e os turnos trabalhados; III — as remunerações pagas, devidas ou creditadas a cada um dos trabalhadores* (art. 4º). Aqui devem se registrar, especificamente, as parcelas referentes a repouso remunerado, FGTS, 13º salário, férias remuneradas com 1/3, adicional noturno, adicional de horas extras (art. 4º). Naturalmente que outras parcelas trabalhistas pertinentes ao caso concreto devem ser especificadas no documento mencionado.

A propósito, o novel diploma normativo (§ 2º do art. 5º) determina que a identidade de cadastro para a escalação do obreiro avulso *não será a carteira do sindicato e não assumirá nenhuma outra forma que possa dar ensejo à distinção entre trabalhadores sindicalizados e não sindicalizados para efeito de acesso ao trabalho.*

A Lei n. 12.023/09 (art. 5º) considera deveres do sindicato intermediador: *I — divulgar amplamente as escalas de trabalho dos avulsos, com a observância do rodízio entre os trabalhadores; II — proporcionar equilíbrio na distribuição das equipes e funções, visando à remuneração em igualdade de condições de trabalho para todos e a efetiva participação dos trabalhadores não sindicalizados; III — repassar aos respectivos beneficiários, no prazo máximo de 72 (setenta e duas) horas úteis, contadas a partir do seu arrecadamento, os valores devidos e pagos pelos tomadores do serviço, relativos à remuneração do trabalhador avulso; IV — exhibir para os tomadores da mão de obra avulsa e para as fiscalizações competentes os documentos que comprovem o efetivo pagamento das remunerações devidas aos trabalhadores avulsos; V — zelar pela observância das normas de segurança, higiene e saúde no trabalho; VI — firmar Acordo ou Convenção Coletiva de Trabalho para normatização das condições de trabalho.*

Considera a Lei n. 12.023/09 (art. 6º) deveres do tomador de serviços: *I — pagar ao sindicato os valores devidos pelos serviços prestados ou dias*

trabalhados, acrescidos dos percentuais relativos a repouso remunerado, 13º salário e férias acrescidas de 1/3 (um terço), para viabilizar o pagamento do trabalhador avulso, bem como os percentuais referentes aos adicionais extraordinários e noturnos; II — efetuar o pagamento a que se refere o inciso I, no prazo máximo de 72 (setenta e duas) horas úteis, contadas a partir do encerramento do trabalho requisitado; III — recolher os valores devidos ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, acrescido dos percentuais relativos ao 13º salário, férias, encargos fiscais.

O diploma legal publicado em agosto de 2009 é bastante enfático no que tange à responsabilidade das entidades e pessoas envolvidas. De um lado, estabelece que os dirigentes do sindicato serão responsáveis, *pessoal e solidariamente*, em caso de descumprimento da regra constante do inciso III do art. 5º (ou seja, repassar aos respectivos beneficiários, no prazo máximo de 72 horas úteis, contadas a partir do seu arrecadamento, os valores devidos e pagos pelos tomadores de serviços, relativos à remuneração do trabalhador avulso). Também fixa a lei (art. 10) que a inobservância dos deveres arrolados no art. 5º sujeita os infratores à multa administrativa no valor de R\$ 500,00 (quinhentos reais) por trabalhador avulso prejudicado.

De outro lado, estipula a lei (art. 8º) que as empresas tomadoras do trabalho avulso respondem solidariamente pela efetiva remuneração do trabalho contratado e são responsáveis pelo recolhimento dos encargos fiscais e sociais, bem como das contribuições ou de outras importâncias devidas à Seguridade Social, no limite do uso que fizerem do trabalho avulso intermediado pelo sindicato. Fixa a lei também (art. 10) que a inobservância dos deveres arrolados no art. 5º sujeita os infratores à multa administrativa no valor de R\$ 500,00 (quinhentos reais) por trabalhador avulso prejudicado. Acrescenta, por fim (art. 9º), que tais empresas tomadoras do trabalho avulso são responsáveis pelo fornecimento dos EPIs (equipamentos de proteção individual) e por zelar pelo cumprimento das normas de segurança no trabalho.

As regras da Lei n. 12.023/2009 não se aplicam ao trabalho avulso portuário, que é regulado, conforme exposto, especificamente por legislação própria (desde 1993, pela Lei n. 8.630/93; desde 6.12.2012, pela MPr. n. 595, depois convertida na Lei n. 12.815, de 2013). Contudo, o mesmo critério isonômico entre *trabalhadores com vínculo empregatício* (empregados, portanto) e *trabalhadores com vínculo avulso*, estabelecido pela Constituição (art. 7º, XXXIV), certamente incide nas relações jurídicas regidas pelo novel diploma normativo, no que for compatível.

VIII. TRABALHO VOLUNTÁRIO

Trabalho voluntário é aquele *prestado com ânimo e causa benevolentes*.

A benemerência do trabalho voluntário conjuga duas grandes dimensões constitutivas: de caráter subjetivo, centrada no ânimo, e de caráter objetivo, centrada na causa do labor ofertado.

A *dimensão subjetiva do trabalho voluntário* traduz-se, pois, na índole, na intenção, no ânimo de a pessoa cumprir a prestação laborativa em condições de benevolência. Essencialmente tal ideia importa na *graciosidade da oferta do labor*, em anteposição às distintas formas de trabalho oneroso que caracterizam o funcionamento da comunidade que cerca o prestador de serviços.

A *graciosidade* é elemento contraposto à onerosidade que, como se sabe, integra a relação de emprego. O caráter oneroso (ou gratuito) do vínculo de trabalho, lembre-se, deve ser focado *sob a perspectiva do prestador de serviços*, uma vez que todo trabalho, por simples que seja, transfere certo valor econômico para seu tomador, para quem recebe o serviço prestado.

A pesquisa acerca da *onerosidade* ou *graciosidade* no contexto de uma relação sociojurídica concreta pode ser extremamente simples: se houver pagamento, pelo tomador, de parcelas economicamente mensuráveis dirigidas a remunerar o trabalhador, a relação existente enquadra-se como onerosa, não podendo ser confundida com trabalho voluntário. O dado concreto de pagamento de *contraprestações* habituais pelo tomador de serviços afasta o elemento constitutivo essencial do chamado trabalho voluntário, a *graciosidade*.

Há situações em que a pesquisa sobre a onerosidade ou *graciosidade* da prestação laborativa pode se tornar mais árida: trata-se daquelas em que não desponta, em princípio, efetivo pagamento. Cabe, em consequência, ao operador jurídico investigar a real índole, intenção, vontade com que o trabalhador ingressou na relação laborativa: se o fez com inquestionável intenção onerosa, não havendo qualquer consistente justificativa para se inferir ânimo benevolente nessa vinculação, conclui-se pela presença do elemento oneroso no vínculo formado. É o que se passa com as denominadas *escravidões e/ou servidões disfarçadas*, (também denominadas de “trabalho análogo à condição de escravo”), infelizmente ainda percebidas em certas regiões do território brasileiro.

Entretanto, se, ao invés, a pessoa física ingressou no vínculo laborativo com real vontade, intenção, índole graciosa, emergindo dos dados da situação concreta consistente justificativa para se inferir o ânimo benevolente que presidiu a vinculação estabelecida, não há como deixar-se de concluir pela presença do elemento de gratuidade na relação sociojurídica, configurando o clássico trabalho voluntário. É o que comumente se nota em exemplos de trabalho efetivamente voluntário, de natureza cívica, política, comunitária, filantrópica, religiosa e congêneres.

É claro que o pagamento que descaracteriza a gratuidade será aquele que, por sua natureza, sua essência, tenha caráter basicamente *contra-prestativo*. Isso significa que o verdadeiro ressarcimento de reais despesas necessárias ou funcionais ao efetivo cumprimento do serviço não desnatura o caráter gratuito do labor ofertado. Ilustrativamente, o hospital filantrópico oferta vaga de estacionamento ao advogado que lhe presta serviço voluntário, nos dias em que compareça para prestar assessoria ou atividade correlata: ora, a oferta não terá sido contraprestativa, mas meramente instrumental. Portanto, será nestes limites e nesta qualidade de *ressarcimento*, de verbas *indenizatórias*, de despesas ligadas ao efetivo cumprimento dos serviços, é que deve ser compreendida a regra do art. 3º da Lei n. 9.608/98: o “prestador do serviço voluntário poderá ser ressarcido pelas despesas que comprovadamente realizar no desempenho das atividades voluntárias”.

A *dimensão objetiva do trabalho voluntário* vincula-se à causa propiciadora e instigadora do labor ofertado. Deve ser também benevolente a causa da existência de tal tipo de prestação de serviços.

Em suma: o que justifica o Direito subtrair, praticamente, qualquer proteção jurídica ao trabalhador nas relações de voluntariado é, sem dúvida, de um lado, a vontade, o ânimo gracioso do prestador, mas também, em igual medida e intensidade, a *causa benevolente dos serviços realizados*. O serviço voluntário não pode ser instrumento para o sistema econômico potencializar seus ganhos e aprofundar a concentração de renda e riquezas no plano social. Nesse quadro, é fundamental que a causa benevolente de tais serviços esteja presente, quer no tocante à figura do tomador, quer no tocante aos objetivos e natureza dos próprios serviços.

No que concerne ao tomador, deverá ser *entidade pública de qualquer natureza* ou *instituição privada de fins não lucrativos* (art. 1º, Lei n. 9.608, de 18.2.98). Evidentemente, que o tomador pode ser também a própria comunidade, embora tal não esteja explícito no diploma regulador do serviço voluntário (Lei n. 9.608/1998).

No que tange à causa benevolente desses serviços, a lei menciona atividade não remunerada *que tenha objetivos cívicos, culturais, educacionais, científicos, recreativos ou de assistência social, inclusive mutualidade* (art. 1º, Lei n. 9.608/98). Trata-se, porém, de rol legal meramente exemplificativo. De fato, há inúmeras outras ações que as pessoas físicas concretizam na comunidade, em caráter habitual, sem qualquer intenção ou traço de onerosidade: ilustre-se com a atividade de militância política, própria à Democracia, grande parte das vezes realizada como simples trabalho voluntário; ou se fale ainda das atividades religiosas, em especial cumpridas por leigos, que comumente atuam nos moldes do labor voluntário.

O trabalho voluntário está, obviamente, excluído do Direito do Trabalho (não há o elemento onerosidade, que compõe a relação de emprego);

pelo mesmo fundamento, está excluído também do Direito Previdenciário (parágrafo único do art. 1º da Lei n. 9.608/98). É labor de afirmação de boa índole do ser humano, de boa índole comunitária, de boa índole da vida social — nessa justa medida é que está incorporado e incentivado pelo Direito. Em consequência, qualquer tentativa de transformá-lo em veículo de mera exploração do indivíduo, de potenciamento de ganhos na vida econômica, deve ser francamente rejeitada.

Note-se que o contraponto entre o trabalho oneroso (que pode ser empregatício) e o voluntário submete-se, no exame prático da situação sociojurídica concreta, aos mesmos instrumentos analíticos já tradicionais ao ramo trabalhista. Aqui sobreleva-se, mais uma vez, o princípio da *primazia da realidade sobre a forma*.

Nessa linha, deve-se ressaltar que o pacto de prestação de serviços voluntários não é, definitivamente, formal (solene), embora a Lei n. 9.608 refira-se à presença de um termo de adesão entre as partes envolvidas (art. 2º). O trabalho voluntário pode estar, sem dúvida, configurado, mesmo que tal formalidade escrita não se evidencie. Também não tem valor absoluto a comprovação da formalidade escrita para o ressarcimento de despesas efetivas para o simples cumprimento dos serviços gratuitos (parágrafo único do art. 3º da Lei n. 9.608/98).

Por outro lado, mesmo que tais formalidades estejam atendidas, o princípio da primazia da realidade sobre a forma poderá atestar, na prática, tratar-se certo vínculo de voluntariado de simples simulação de relação de emprego, em conformidade com os efetivos dados emergentes da situação real vivenciada pelas partes.

Esclareça-se, por fim, que a Lei n. 10.748, de 22.10.2003, acrescentando o art. 3º-A ao texto da Lei n. 9.608/98, autorizou à *União* conceder *auxílio financeiro* de até R\$ 150,00 ao prestador de serviço voluntário entre 16 e 24 anos, que fosse integrante de família com renda mensal *per capita* até meio salário mínimo (art. 3º-A, *caput* e § 1º). Tal *auxílio financeiro* seria “pago pelo órgão ou entidade pública ou instituição privada sem fins lucrativos previamente cadastrados no Ministério do Trabalho e Emprego, utilizando recursos da União, mediante convênio, ou com recursos próprios” (art. 3º-A, § 2º, Lei n. 9.608/98, conforme Lei n. 10.748/2003)⁽³⁴⁾.

Com a Lei n. 11.692, de 10.6.2008 (resultado da conversão da MPr. n. 411-07)⁽³⁵⁾, instituindo o Programa Nacional de Inclusão de Jovens — Projovem —, houve revogação do art. 3º-A da Lei n. 9.608/98. Entretanto, o

(34) Semelhante *auxílio financeiro* era passível de majoração, conforme critérios dos artigos 12 e 14 da Lei n. 10.748/2003.

(35) A primeira das MPrs. instituidoras do Projovem (Programa Nacional de Inclusão de Jovens), é a Medida Provisória de n. 411, de 28.12.2007.

novo diploma legal não trouxe modificação de substância no tema tratado, já que também autorizou o pagamento de um auxílio financeiro, no valor de R\$ 100,00 mensais, às pessoas englobadas na hipótese do diploma jurídico. É o que dispõe o art. 6º da Lei n. 11.692/08, combinado com o art. 2º do mesmo diploma normativo.⁽³⁶⁾

Ora, tais parcelas de *auxílio financeiro* (e outras, eventualmente, similares em programas sociais oficiais congêneres) ostentam natureza de seguridade social (tal como o seguro-desemprego e o *abono* do PIS, por exemplo). Neste quadro, não podem descaracterizar os demais fundamentos já expostos acerca do trabalho voluntário e nem se tornar veículo de pura e simples espoliação do trabalho humano no Brasil. Conforme exposto, o serviço voluntário não pode ser mecanismo para o sistema econômico potencializar seus ganhos e aprofundar a concentração de renda e riqueza no contexto econômico-social.⁽³⁷⁾

IX. MÃE SOCIAL

Trata-se de figura social e jurídica surgida no âmbito das políticas sociais brasileiras anteriores à Constituição de 1988, por meio das quais instituições públicas ou privadas de caráter assistencial instituíam casas-lares para recebimento e convivência de crianças e adolescentes, em aproximação ao ambiente familiar, sob regência direta de uma mulher considerada apta para o exercício dessa função social.

A figura recebeu diversos epítetos similares, como mãe crecheira, mãe atendente, mãe vicinal, mãe substituta, além de *mãe social* (ou mãe social substituta), designação adotada expressamente pelo diploma legal que regula o instituto, a Lei n. 7.644, de 1987.⁽³⁸⁾

Segundo o diploma normativo, considera-se mãe social “aquela que, dedicando-se à assistência ao menor abandonado, exerça o encargo em

(36) A partir da instituição do Programa Nacional de Acesso ao Ensino Técnico e Emprego (PRONATEC), pela Lei n. 12.513/2011, com as alterações subsequentes, especialmente providas da Lei n. 12.816/2013, o PROJOVEM passou a se articular com o PRONATEC, fato que pode, nessa medida, no caso concreto, produzir mudanças na regência normativa da respectiva bolsa (art. 4º, X, Lei n. 12.513/2011). Contudo, tais mudanças não afetam a natureza não remuneratória da respectiva bolsa ou “auxílio financeiro”.

(37) Sobre as diversas dimensões da relação de emprego e as mais destacadas relações de trabalho concorrentes, consultar ALVES, Amauri Cesar. *Direito do Trabalho Essencial* — doutrina, legislação, jurisprudência, exercícios (São Paulo: LTr, 2013), especialmente: “Parte II — Relação de Emprego: essência do Direito do Trabalho” (p. 69-224)

(38) A respeito, consultar BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2005, p. 282-284; CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho*. 7. ed. São Paulo: GEN/Método, 2013, p. 319-323; GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Curso de Direito do Trabalho*. 6. ed. Rio de Janeiro: GEN/Forense, 2012, p. 257-259.

nível social, dentro do sistema de casas-lares” (art. 2º). As casas-lares são unidades residenciais “sob responsabilidade de mãe social”, abrangendo até 10 menores (art. 3º, *caput*). Essas casas-lares, quando agrupadas, formarão uma “aldeia assistencial ou vila de menores” (art. 3º, § 1º). Tratando-se de jovens com mais de 13 anos, serão abrigados e organizados nas Casas de Juventude, em moldes semelhantes, porém com o objetivo adicional de encaminhar os adolescentes ao ensino profissionalizante (art. 11, *caput*, Lei n. 7.644/87). Note-se que os menores residentes serão considerados, para os fins previdenciários, “dependentes da mãe social a que foram confiados pela instituição empregadora” (art. 3º, § 3º, Lei n. 7.644/87).

São atribuições da mãe social (art. 4º e incisos, Lei n. 7.644/87): “I — propiciar o surgimento de condições próprias de uma família, orientando e assistindo os menores colocados sob seus cuidados; II — administrar o lar, realizando e organizando as tarefas a ele pertinentes; III — dedicar-se, com exclusividade, aos menores e à casa-lar que lhes forem confiados”. Agrega o parágrafo único desse art. 4º que a “mãe social, enquanto no desempenho de suas atribuições, deverá residir, juntamente com os menores que lhe forem confiados, na casa-lar que lhe for destinada”.

As entidades que estruturam e dirigem esse sistema de casas-lares, aldeias assistenciais ou vilas de menores devem ser instituições sem finalidade lucrativa, ou de utilidade pública de assistência ao menor abandonado (art. 1º, Lei n. 7.644/87).

A relação socioeconômica e jurídica que vincula a mãe social e a mãe substituta à instituição assistencial empregadora é do tipo *relação de trabalho lato sensu*, à qual a Lei n. 7.644, de 1987, enquadra, para os fins jurídicos, como *relação de emprego especial*. Em consequência, a mãe social e a mãe social substituta são consideradas *empregadas*, sendo seu *empregador* a respectiva instituição assistencial que organiza o sistema de casas-lares, aldeia assistencial ou vila de menores.

Especifica a Lei da Mãe Social que a esta ficam assegurados os seguintes direitos (art. 5º e incisos): I — anotação na CTPS; II — remuneração, em valor não inferior ao salário mínimo; III — repouso semanal remunerado de 24 horas consecutivas; IV — apoio técnico, administrativo e financeiro no desempenho de suas funções; V — 30 dias de férias anuais remuneradas nos termos do que dispõe o Capítulo IV da CLT (verba acrescida, naturalmente, do terço constitucional de 1988); VI — benefícios previdenciários, inclusive, em caso de acidente do trabalho, na qualidade de segurada obrigatória; VII — gratificação de Natal (13º salário); VIII — FGTS ou indenização, nos termos da legislação pertinente. Além dessas parcelas listadas, cabem a essa trabalhadora especial os direitos à *habitação* (na própria casa-lar) e à *alimentação* (neste caso, embora o diploma legal fale em autorização para o empregador realizar o respectivo desconto — art. 7º, Lei n. 7.644/87 —, o

fato é que se trata de utilidade essencial *para* a prestação dos serviços). Na verdade, as duas utilidades (habitação e alimentação) ostentam óbvia natureza não salarial, por serem fundamentais à própria prestação dos serviços contratuais.

A Lei n. 7.644/87 determina ainda a aplicação a essa relação de trabalho especial de alguns dispositivos da CLT: Capítulo I (“Da Identificação Profissional”) e Capítulo IV (“Das Férias Anuais”) do Título II da CLT (“Das Normas Gerais de Tutela do Trabalho”); Seções IV, V e VI (“Dos Deveres dos Responsáveis Legais de Menores e dos Empregadores — Da Aprendizagem”; “Das Penalidades”; “Disposições Finais”) do Capítulo IV (“Da Proteção do Trabalho do Menor”) do Título III da CLT (“Das Normas Especiais de Tutela do Trabalho”); todo o Título IV da CLT (“Do Contrato Individual do Trabalho”) e todo o Título VII (“Das Multas Administrativas”) do diploma consolidado.

Não há referência na Lei n. 7.644/87 à aplicação do Capítulo II (“Da Duração do Trabalho”) do Título II da CLT (“Das Normas Gerais de Tutela do Trabalho”).

Tratando-se de relação de emprego especial (ou de relação de emprego *por enquadramento legal*), considera-se que à mãe social e à mãe social substituta não se estendem outros direitos trabalhistas por além daqueles principais e seus respectivos conexos (por exemplo, o conexo terço de férias, uma vez que a parcela principal lhe foi estendida; ou ainda: o conexo percentual rescisório de 40% do FGTS, nas hipóteses pertinentes, uma vez que o Fundo de Garantia lhe foi estendido) explicitamente fixados pela lei especial instituidora e regente da figura jurídica. Nessa linha é que compreendem Alice Monteiro de Barros⁽³⁹⁾ e Gustavo Filipe Barbosa Garcia⁽⁴⁰⁾. Já Vólia Bomfim Cassar abre espaço para interpretação relativa à extensão das regras concernentes à jornada de trabalho, por inferência de dispositivos da própria lei regente da figura jurídica.⁽⁴¹⁾

Com o advento da nova Constituição da República, a figura jurídica regulada pela Lei n. 7.644/1987 foi recepcionada, por se mostrar compatível com a CF/88. Porém, a admissão da trabalhadora mãe social no emprego estatal — se a instituição assistencial consistir em entidade da União, Estados, DF ou Municípios — não pode mais prescindir da prévia aprovação em concurso público, em face do requisito imperativo lançado pelo art. 37, *caput*, II e § 2º, da Constituição de 1988.

(39) BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2005, p. 282-284.

(40) GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Curso de Direito do Trabalho*. 6. ed. Rio de Janeiro: GEN/Forense, 2012, p. 258-259.

(41) CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho*. 7. ed. São Paulo: GEN/Método, 2013, p. 320. Expõe a autora que “... tem a mãe social, assim como a substituta (mãe substituta), direito à jornada, habitação e alimentação (que pode ser descontada pelo patrão), conclusão que se extrai da interpretação do art. 8º, § 3º, arts. 7º e 10 da Lei”.

O EMPREGADO

I. INTRODUÇÃO

Empregado é toda pessoa natural que contrate, tácita ou expressamente, a prestação de seus serviços a um tomador, a este efetuados com pessoalidade, onerosidade, não eventualidade e subordinação.

A noção de contrato é importante, uma vez que acentua a dimensão do *animus contrahendi* que subjaz à relação jurídica formada. Essa intenção de se vincular empregaticamente, como visto (*animus contrahendi*), é que confere (ou não), do ponto de vista subjetivo, onerosidade empregaticia ao vínculo instituído entre as partes.

Por outro lado, à medida que esse contrato pode ser tácito (*caput* dos artigos 442 e 443 da CLT), a simples prestação de serviços, sem qualquer formalização, não é óbice a que se considere pactuado um vínculo empregaticio entre tomador e prestador de trabalho (desde que presentes os elementos fático-jurídicos da relação de emprego, obviamente).

No conceito acima encontram-se os cinco elementos fático-jurídicos da relação de emprego (trabalho por pessoa física, com pessoalidade, onerosidade, não eventualidade e sob subordinação ao tomador). Reunidos, portanto, esses cinco elementos, será empregado o prestador de serviços.

O conceito legal de empregado está lançado no art. 3º, *caput*, da CLT: *toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário*. O preceito celetista, entretanto, é incompleto, tendo de ser lido em conjunto com o *caput* do art. 2º da mesma Consolidação, que esclarece que a prestação pelo obreiro há de ser *pessoal*. Harmonizados os dois preceitos (*caput* do art. 3º e *caput* do art. 2º, ambos da CLT), encontram-se reunidos os cinco elementos componentes da figura sociojurídica de empregado.

Empregado e Conteúdo de sua Prestação Principal — O empregado não se distingue de outros trabalhadores em virtude do *conteúdo* da prestação realizada, conforme já enfatizado.

O conteúdo da prestação (tipo de trabalho) consubstancia, em geral, dado relativamente irrelevante à configuração do vínculo de emprego, uma vez que, em princípio, qualquer obrigação de fazer, *física e juridicamente possível*, pode emergir como objeto de um contrato de emprego.

O que distingue a relação de emprego, o contrato de emprego, o empregado, de outras figuras sociojurídicas próximas, repita-se, é o *modo de concretização dessa obrigação de fazer*. A prestação laborativa há de se realizar, pela pessoa física, pessoalmente, subordinadamente, com não eventualidade e sob intuito oneroso. Excetuado, portanto, o elemento fático-jurídico *pessoa física*, todos os demais pressupostos referem-se ao *processo (modus operandi) de realização da prestação laborativa*. Essa específica circunstância é de notável relevo para a precisa identificação da figura do empregado (e, portanto, da existência de relação de emprego), no universo comparativo com outras figuras próximas e assemelhadas de trabalhadores.

II. EMPREGADOS DE FORMAÇÃO INTELLECTUAL: TRATAMENTO JUSTRABALHISTA

A distinção entre trabalho manual e trabalho intelectual constitui uma das mais antigas existentes ao longo da História; na verdade, ela é inevitável na dinâmica de funcionamento da economia e da sociedade. Entretanto, a ordem jurídica contemporânea, em especial a partir do *Constitucionalismo Social* — deflagrado na segunda década do século XX, conforme se sabe —, passou a ostentar preocupação no que tange ao combate à discriminação em face da diversidade entre esses dois tipos de trabalho.

O tema, nas últimas décadas, é enfrentado quer no âmbito constitucional, quer no âmbito da normatividade internacional sobre Direitos Humanos Econômicos, Sociais e Culturais, quer no âmbito da legislação ordinária interna da grande maioria dos Estados ocidentais.

Ele envolve, em particular, dois aspectos de destaque: de um lado, como referido, o sentido cardeal do princípio antidiscriminatório clássico, deflagrado pelo Constitucionalismo Social e aperfeiçoado pelo Constitucionalismo Humanista e Social europeu de após a Segunda Grande Guerra. É o que será examinado no item 1, infra.

De outro lado, o tratamento jurídico conferido à regulação de profissões, inclusive as de natureza intelectual. Esse aspecto tem de ser melhor estudado a fim de que não se faça uma interpretação fragmentada da matriz normativa constitucional, colocando-a, exoticamente, contra a regulação trabalhista de inúmeras atividades profissionais de natureza intelectual. É o que será analisado no item 2, logo a seguir.

1. Princípio Constitucional Antidiscriminatório

A Constituição da República proíbe distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos, em norma específica

fixada no Capítulo II (“Dos Direitos Sociais”) de seu Título II (“Dos Direitos e Garantias Fundamentais”): efetivamente, ela está expressa no art. 7º, XXXII, da CF/88.

Tais princípios, garantia e regra constitucionais enfatizados no art. 7º, XXXII, se harmonizam ao princípio geral antidiscriminatório brandido, firmemente, pela Constituição de 1988, quer em seu Título I — “Dos Princípios Fundamentais” (art. 1º, III, e art. 3º, IV), quer em seu Título II — “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, inclusive também no Capítulo I — “Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos” (art. 5º, *caput*).

O princípio antidiscriminatório especificado no art. 7º, XXXII, da Constituição de 1988, na verdade, é clássico na tradição constitucional do País, estando presente desde a Constituição de 1934 (art. 12, § 2º). Em seguida, compareceu na Constituição de 1946 (art. 157, parágrafo único) e até mesmo nos textos constitucionais do período autoritário (1967 e 1969). Insculpe-se também no art. 3º, parágrafo único, da Consolidação das Leis do Trabalho.

A partir dessa vedação constitucional expressa, o tema referente a trabalhadores intelectuais perderia maior relevância, por não se encontrar, no Direito do Trabalho, até então, contraponto normativo a essa explícita proibição. Porém, a Lei de Reforma Trabalhista de 2017 abriu severa exceção na tradição de respeito ao clássico princípio e garantia constitucionais: de fato, por intermédio da inserção de novo parágrafo único no art. 444 da CLT, a Lei n. 13.467/2017 autorizou a segregação jurídica dos *empregados portadores de diploma de nível superior* (e que também percebam salário igual ou superior à dobra do teto dos benefícios pagos pelo INSS) — tais empregados poderão se submeter, mediante “livre estipulação”, à profunda diminuição de direitos especificada no art. 611-A da CLT, “com a mesma eficácia legal e preponderância sobre os instrumentos coletivos” (parágrafo único do art. 444, CLT).

Por sua relevância, a nova (e censurável) regra será examinada mais à frente, no item III (“Altos Empregados: Situações Específicas e Tratamento Justrabalhista”), no novo subitem III.5 (“Empregados Portadores de Diploma de Nível Superior e que Percebam Salário Igual ou Superior à Dobra do Teto de Benefícios do INSS: segregação jurídica”).

Torna-se necessário, porém, esclarecer que não contrariam o princípio constitucional antidiscriminatório acima destacado a presença de inúmeras regulamentações legais acerca de *profissões intelectuais* distintas: médicos e cirurgiões-dentistas (Leis ns. 3.999/61, 6.932/81 e 7.217/84); professores (CLT, arts. 317 a 324); químicos (CLT, art. 325, e Lei n. 5.530/68); engenheiros, arquitetos, agrônomos e veterinários (Lei n. 4.950-A/66); artistas (Lei n. 6.533/78); economistas (Leis ns. 1.411/57, 6.021/74 e 6.537/78); técnicos

de administração (Leis ns. 4.769/65 e 6.642/79); advogados (antigas Leis ns. 4.215/63 e 6.889/80; hoje, Lei n. 8.906/94); psicólogos (Lei n. 4.119/62 e Decreto n. 53.464/64), etc.⁽¹⁾

No tocante à profissão de *jornalista* (CLT, art. 302; Dec.-Lei n. 972/69; Leis ns. 5.696/71, 6.612/78 e 6.727/79), houve decisão peculiar do STF, prolatada em 2009. A Corte Suprema, pela maioria do Tribunal Pleno, decidiu serem incabíveis exigências de diploma de jornalismo e de registro profissional no Ministério do Trabalho como condições para o exercício da profissão de jornalista. Para o STF, o Decreto-Lei n. 972/1969 não foi recepcionado pela Constituição de 1988, uma vez que as exigências ali contidas ferem a liberdade de imprensa, contrariando também a livre manifestação do pensamento, em desacordo com o Pacto de San Jose da Costa Rica, subscrito pelo Brasil (RE 511961/SP, Plenário, Rel. Min. Gilmar Mendes. Sessão de 17.6.2009).

Já no tocante à profissão de músicos (Lei n. 3.857/60), a decisão plenária do STF, prolatada em 2011, se circunscreveu à antiga exigência legal de tais artistas estarem jungidos à inscrição obrigatória na Ordem dos Músicos. De fato, examinando exigências contidas na Lei n. 3.857, de 1960, em contraponto com o disposto no art. 5º, IX e XIII da Constituição de 1988, a Corte Suprema decidiu, no RE 414.426-SC, relatado pela Ministra Ellen Gracie, que “*a atividade de músico prescinde de controle*”, não tendo sido recebida pelo Texto Máximo a obrigatoriedade de inscrição na Ordem dos Músicos do Brasil “*para os profissionais da música que se apresentem profissionalmente*”.

Esse tema da regulação de profissões será retomado no subitem 2, a seguir.

2. Constituição de 1988 e Regulação de Profissões: compatibilização

O Texto Máximo, ao tratar dos Direitos e Garantias Fundamentais (Título II), desdobra-os em *direitos e deveres individuais e coletivos* (Capítulo I do Título II), ao lado dos *direitos sociais* (Capítulo II do Título II). O exercício de atividade profissional pela pessoa humana pode abranger essas duas dimensões, que implicam graus diferenciados de intervenção da norma jurídica.

A Constituição assegura ser “livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, *atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer* (art. 5º, XIII, CF/88; grifos acrescidos). A regra constitucional, na verdade, abrange três situações diferenciadas, fática e juridicamente: os tipos de trabalho, ofício ou de profissão não regulados especificamente por regra jurídica (em geral, labores mais simples, ou ofícios essencialmente artesanais ou pessoais, ou ainda ofícios significativamente novos, por exemplo); os tipos

(1) In NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Direito do Trabalho na Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 202.

laborativos regulados por regras legais, quer por necessidade profissional ou social, quer por conveniência de idêntica natureza; finalmente, os tipos laborativos regulados por regras legais ainda mais intensas, por corresponderem também a tipo jurídico trabalhista específico, inerente à relação de emprego.

As três situações são inteiramente harmônicas à Constituição, traduzindo graus diferenciados de integração civilizatória do indivíduo que trabalha no conjunto social e econômico circundante. Na verdade, a regulação tende a traduzir patamar superior de inserção civilizatória, uma vez que afirma não somente a regra do art. 5º, XIII, do Capítulo I do Título II da Constituição (ou seja: “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, *atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer*”), como também enfatiza condições superiores de exercício profissional, conferidas pelo patamar civilizatório mais elevado garantido pelo Direito do Trabalho (arts. 6º e 7º do Capítulo II do Título II da Constituição).

O Direito do Trabalho, portanto, configura muitas vezes regulação de atividades profissionais, porém em nível usualmente superior ao verificado na dinâmica do mercado capitalista, traduzindo manifesta elevação nas condições de pactuação do labor humano na vida econômico-social. Nessa medida, consagra a garantia do art. 5º, XIII, da Constituição em dimensão potencializada, mediante notável rol de proteções e vantagens impostas ao tomador de serviços — que se enquadra, juridicamente, como empregador. Por isso é que o Direito do Trabalho constitui ramo jurídico que concretiza, no plano da vida real, diversos decisivos princípios constitucionais, tais como da dignidade da pessoa humana, da centralidade do ser humano na ordem jurídica, da valorização do trabalho e do emprego, da igualdade em sentido substancial, da justiça social, da segurança e do bem-estar social, da subordinação da propriedade à sua função socioambiental.

Não se pode, dessa maneira, realizar uma *interpretação fragmentada* da regra do art. 5º, XIII, da Constituição para se alcançar resultado interpretativo contrário ao conjunto da Lei Magna da República, especialmente seus princípios, institutos e regras humanísticos e sociais.⁽²⁾

III. ALTOS EMPREGADOS: SITUAÇÕES ESPECÍFICAS E TRATAMENTO JUSTRABALHISTA

A organização interna do sistema de trabalho na empresa leva à elaboração de minuciosa e abrangente hierarquia entre setores e, particularmente, cargos e funções. Nesse universo interno de distribuição assimétrica

(2) Sobre a *interpretação fragmentada* e outras disfunções na realização do processo interpretativo do Direito, consultar, neste Curso, no Capítulo VII, o seu item II.4, intitulado “Disfunções no Processo Interpretativo”.

de poderes e prerrogativas, surgem determinadas diferenciações entre empregados, com fulcro na concentração em alguns deles de prerrogativas de direção e gestão próprias ao empregador.

Tais empregados, ocupantes de posições internas de chefias, funções de gestão ou outros cargos de elevada fidúcia, recebem da legislação obreira um tratamento relativamente diferenciado perante o parâmetro genérico dos demais trabalhadores da organização empresarial.

A temática dos chamados *altos empregados* envolve, regra geral, quatro situações diferenciadas. Recentemente, tornou-se necessário agregar uma quinta situação, para analisar o preceito de segregação jurídica imposto, pela Lei n. 13.467/2017, aos empregados portadores de diploma de nível superior e que percebam salário igual ou maior do que o teto dos benefícios previdenciários do INSS.

Dessa maneira, em primeiro lugar, cabe se por em destaque a situação jurídica dos *empregados ocupantes de cargos ou funções de gestão ou de confiança*, objeto de tratamento pelo art. 62 da CLT (cargo/função de alta confiança). Essa situação abrange todo o mercado de trabalho e respectivas categorias profissionais.

Em segundo lugar, surge a situação jurídica especial dos *empregados ocupantes de cargos ou funções de confiança do segmento bancário*, objeto de tratamento pelo art. 224 da CLT.

Em terceiro lugar, no polo mais elevado da estrutura de poder nas empresas, desponta ainda a temática da qualificação jurídica da *figura do diretor*. Esta hipótese analítica abrange quer o diretor recrutado externamente, quer o empregado alçado à posição de diretor na mesma entidade em que tinha *status* jurídico precedente de simples empregado.

Em quarto lugar, vem a debate a *posição jurídica do sócio* da entidade societária, e sua compatibilização (ou não) com a figura de empregado da mesma entidade societária.

Finalmente, em quinto lugar, desponta peculiaridade recente introduzida pela Lei da Reforma Trabalhista: a possibilidade de segregação jurídica, dentro da mesma empresa e de seus estabelecimentos, dos empregados portadores de diploma de nível superior e que percebam salário igual ou superior à dobra do valor do teto de benefícios do INSS. É o que autoriza o novo parágrafo único do art. 444 da CLT, inserido pela Lei n. 13.467/2017.

1. Cargos ou Funções de Confiança ou Gestão: regra geral

O tema relativo aos cargos ou funções de confiança ou gestão, no Direito do Trabalho brasileiro mais recente, tem de ser examinado se distinguindo dois períodos principais: *antes* e *depois* da alteração lançada no art. 62 da CLT, pela Lei n. 8.966, de 27.12.1994.

A) Art. 62 da CLT (Antes da Lei n. 8.966/94) — Com respeito ao período anterior a dezembro de 1994, a jurisprudência trabalhista já havia pacificado interpretação claramente restritiva sobre as hipóteses de incidência do tipo legal do antigo art. 62, “b” da CLT: “os gerentes, assim considerados os que, *investidos de mandato, em forma legal, exerçam encargos de gestão, e, pelo padrão mais elevado de vencimentos*, se diferenciem dos demais empregados, ficando-lhes, entretanto, assegurado o descanso semanal” (grifos acrescidos).

Nessa linha, considerava-se cargo ou função de confiança aquele existente na alta hierarquia administrativa da empresa, hábil a conferir a seu ocupante amplos poderes de decisão acerca da dinâmica e interesses empresariais, além de poderes de sua representação. A jurisprudência e a doutrina assimilavam, por inteiro, clássica noção construída pelo jurista *Mario de La Cueva* sobre o tema: seriam funções de confiança aquelas cujo exercício colocasse em jogo a *própria existência da empresa, seus interesses fundamentais, sua segurança e a ordem essencial ao desenvolvimento de sua atividade*⁽³⁾.

Considerava-se firme a intenção da lei de restringir a noção de cargo/função de confiança àqueles postos que deferissem a seus ocupantes uma tríade de requisitos: a) *função e poderes elevados de gestão com respeito à dinâmica da empresa*; b) *função e poderes de representação*; c) *inequívoca distinção remuneratória a seus detentores, em face dos demais empregados da mesma organização*.

Compreendia-se, hegemonicamente, que a alínea “b” do art. 62 da CLT aproximava-se, portanto, da força conferida ao cargo/função pela diretriz exposta por *Mario de La Cueva*.

Era claramente justificável essa restrição conferida ao tipo-legal: é que o cargo de confiança, não obstante conferindo a seu detentor maior nível remuneratório, suprimia-lhe a incidência de alguns direitos e garantias trabalhistas. Em função dessa consequência desfavorável, é que se produziu a lúcida e ilustrativa (a par de irônica) afirmação de *Amauri Mascaro Nascimento*:

“o empregado exercente de cargo de confiança só pode ser considerado um tipo especial de empregado num ponto: a restrição de direitos trabalhistas que sofre. No mais, em nada difere do empregado comum, a não ser também pelas vantagens econômicas maiores do cargo”⁽⁴⁾.

Dentro dessa perspectiva legal, doutrinária e jurisprudencial dominante, consideravam-se não enquadrados no conceito de cargo de confiança, para os

(3) Cit. in SÜSSEKIND, Arnaldo *et al.* *Instituições de Direito do Trabalho*. V. 1, 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1981, p. 270.

(4) NASCIMENTO, A. M., *ob. cit.*, p. 120.

efeitos restritivos da legislação laboral, aqueles cargos elevados de carreira, a cujo acesso o empregado tivesse se habilitado segundo regras objetivas, quer em virtude de lei, contrato ou regulamento empresarial interno. Em tais casos, por mais amplos fossem os poderes derivados do cargo, este não seria, tecnicamente, *de confiança*, por estar lhe faltando um pressuposto essencial: a exclusiva vontade do empregador na indicação e afastamento de seu ocupante.

Considerada a mesma perspectiva jurídica então prevalecente, também não se adequariam ao tipo legal específico do velho artigo 62 da CLT aqueles cargos que, embora chamados de *gerência, diretoria, diretoria-adjunta*, etc., não reunissem os poderes de *elevado mando e representação* exigidos por lei.

Pelos mesmos motivos, excluía-se cargos meramente técnicos, porém de nível elevado na escala hierárquica da empresa. Por muito mais razão, excluía-se ainda os “*simples chefes de serviço encarregados de função de rotina permanente*”⁽⁵⁾.

Registre-se, por fim, que, embora a lei falasse em “mandato, em forma legal”, sempre se considerou que ela queria se reportar, na verdade, à ideia básica de *representação*. É que os poderes de representação podem derivar do contrato conexo de mandato ou de simples ato unilateral de outorga de poderes (delegação ou ato congênere). Como lembrava *Pontes de Miranda*, citado por *Maranhão*, o “mandato é contrato; a outorga de poder, negócio jurídico unilateral”⁽⁶⁾.

B) Art. 62 da CLT (Após a Lei n. 8.966/94) — A Lei n. 8.966/1994 alterou o art. 62 da CLT, lançando-lhe novo texto normativo. Assim dispôs:

“Art. 62. Não são abrangidos pelo regime previsto neste capítulo:

(...)

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

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

(5) CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 107.

(6) MARANHÃO, Délio, Sujeitos do Contrato de Trabalho, in SÜSSEKIND, A., MARANHÃO, D., et alii. *Instituições de Direito do Trabalho*. V. I, 8. ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1981, p. 274. Délio MARANHÃO chegou a considerar inviável a coexistência do contrato de mandato com o de emprego, em face do contraponto autonomia *versus* subordinação. Entretanto, tal inviabilidade desaparece desde que se considere, no caso — conforme pertinente — o mandato como mero pacto acessório ao de emprego (a exemplo de inúmeros outros pactos adjetos que podem acompanhar, com adequações, o de emprego).

A nova lei produziu algumas alterações no tipo legal do cargo de confiança aventado pelo antigo art. 62, CLT.

De um lado, veio definir, com clara objetividade, os contornos do requisito concernente ao *padrão salarial mais elevado*, característico do referido cargo. Ou seja, a nova lei manteve o antigo requisito, porém objetivou o critério para sua aferição. A partir de dezembro/1994, a *diferença salarial em favor do cargo de confiança não poderá ser inferior a 40% do salário cabível ao respectivo cargo efetivo*. Note-se que o preceito vislumbra duas maneiras de incremento desse padrão salarial mais elevado: pelo próprio alto nível do salário do cargo de confiança ou por meio de gratificação de função, *se houver* (parágrafo único do art. 62, II, CLT).

De outro lado, a nova lei manteve também o requisito de exercício de *elevadas funções e atribuições de gestão* (o novo texto legal fala em *exercentes de cargos de gestão*). Aduziu, contudo, que, no conceito de tais funções, enquadram-se os cargos de diretores (o que não traduz novidade) e *chefes de departamento* ou filial.

A referência a *chefes de departamento* é, de fato, inovatória, em contraponto à interpretação que anteriormente se fazia sobre o *status* desse cargo de confiança. Não há dúvida de que chefe de departamento não tende a deter poderes tão elevados quanto aqueles exigidos pela leitura inspirada, por exemplo, em *Mario de La Cueva* (que falava em *alter ego do empregador*). Porém, de qualquer modo, os poderes desse *chefe departamental* têm de ser significativos no contexto da divisão interna da empresa. É que se não o forem, tal chefe quedar-se-á submetido a um tipo de fiscalização e controle empresariais tão intensos que não irá se diferenciar dos demais empregados a ele submetidos, *para os fins do art. 62 da CLT*. Ora, o preceito celetista quer excluir as regras relativas à jornada de trabalho quanto aos detentores de cargo de confiança, por considerar tais regras incompatíveis, em face dos amplos poderes desses altos empregados. Houve, pois, uma atenuação no requisito, mas não tão extremada como inicialmente pareceria.

Por fim, a lei nova silenciou a respeito do anterior requisito da *função de representação*. Em consequência da omissão, a nova regra ampliou, em mais um aspecto, as possibilidades de incidência do tipo legal do *cargo de confiança*. Não há mais, desse modo, o requisito da concessão de poderes de representação, seja por outorga unilateral, seja por mandato. Contudo, é claro que a presença da representação, em si, será indício de reforço nos poderes detidos pelo obreiro.

Em síntese, pode-se considerar que ocorreu clara redução dos antigos requisitos do cargo/função de confiança do art. 62 da CLT, para apenas *dois*: *elevadas atribuições e poderes de gestão* (até o nível de chefe de departamento ou filial); *distinção remuneratória*, à base de, no mínimo, 40% a mais do salário do cargo efetivo (considerada a gratificação de função, *se houver*).

C) Efeitos do Cargo de Confiança — Os efeitos restritivos do exercício do cargo ou função de confiança sobre os direitos laborais do empregado chegam a formar um grupo relevante.

Em primeiro lugar, não se considera rebaixamento ou irregularidade o retorno do empregado ao antigo posto ocupado, destituído do cargo de confiança (art. 468, parágrafo único, CLT; desde a reforma feita pela Lei n. 13.467/2017, leia-se art. 468, § 1º, CLT). Em síntese, a reversão ao cargo efetivo prévio é, portanto, autorizada.

A jurisprudência tem buscado, porém, reduzir os efeitos danosos da reversão. Assim, o antigo Enunciado 209 dispunha que o retorno ao cargo original não implicaria perda das vantagens salariais inerentes ao cargo de confiança caso sua ocupação tivesse se estendido por dez anos ininterruptos. Entretanto, a referida súmula teve vida curta, sendo cancelada pela Res. 81/1985, do TST, logo após sua publicação. Em seguida, após vários anos de franca oscilação jurisprudencial a respeito do assunto, o anterior critério sumular foi recuperado, em 1996, pela OJ 45 da SBDI-1 do TST: “*gratificação de função percebida por 10 ou mais anos. Afastamento do cargo de confiança sem justo motivo. Estabilidade financeira. Manutenção do pagamento*”. Este critério repetiu-se, por fim, na Súmula 372, I, do TST: “*Percebida a gratificação de função por dez ou mais anos pelo empregado, se o empregador, sem justo motivo, revertê-lo a seu cargo efetivo, não poderá retirar-lhe a gratificação tendo em vista o princípio da estabilidade financeira. (ex-OJ n. 45 da SBDI-1 — inserida em 25.11.1996).*” Essa incorporação, a propósito, se realiza pela média dos valores gratificatórios percebidos ao longo dos dez anos precedentes do contrato (salvo cláusula contratual ou regulamentar mais favorável, evidentemente).

A esse respeito, porém, a Lei n. 13.467/2017, em sua lógica de diminuição dos direitos e garantias trabalhistas, proibiu a manutenção ou incorporação da gratificação de função, “independentemente do tempo de exercício da respectiva função” (novo § 2º do art. 468 da CLT).

Em segundo lugar, não incidem horas extras a favor do empregado enquadrado em tal circunstância funcional (hoje, art. 62, inciso II, CLT; anteriormente, alínea “b” do mesmo artigo). É que a lei considera que a natureza e prerrogativas do cargo de confiança o tornam incompatível com a sistemática de controle de jornada de trabalho aplicável ao conjunto dos empregados de uma organização empresarial.

Note-se que a lei, aqui, apenas estabelece uma *presunção* — ela não autoriza discriminação (que seria inconstitucional, a propósito — ver art. 7º, XIII e XVI, CF/88). Comprovado, inequivocamente, que o obreiro, ainda que exercente de cargo ou função de confiança ou gestão, vê-se submetido a *rigoroso controle de horários ao longo de seu cotidiano de trabalho*, não há que se falar em exclusão de tal empregado do regime de jornada delimitada e,

por consequência, da possibilidade de aferição de sobrejornada. A atenuação dos rigores do antigo art. 62, “b” da CLT, pela Lei n. 8.966/94, torna ainda mais correta e pertinente essa compreensão interpretativa acerca do problema.

Finalmente, esse empregado é passível de transferência de localidade de serviço, independentemente de sua anuência (art. 469, § 1º, CLT). A jurisprudência, porém, vem atenuando o rigor do texto original celetista. Assim, considera abusiva a transferência, mesmo de tais empregados, se não se fundar em *real necessidade do serviço* (Súmula 43, TST).

No tocante ao adicional de transferência (§ 3º do art. 469, CLT), parte significativa da jurisprudência considerava não ser ele aplicável aos detentores de cargo de confiança removidos por efetiva necessidade de serviço — isso por interpretação do § 1º do art. 469 da Consolidação. Contudo, mais recentemente, firmou-se nos tribunais orientação distinta, que condiciona a percepção do adicional essencialmente ao fato de ser *provisória* (e não definitiva) a remoção, independentemente de se tratar do cargo aventado pelo art. 62 da CLT⁽⁷⁾.

2. Cargos ou Funções de Confiança: especificidade bancária

A categoria bancária tem regra especial no tocante à caracterização do tipo legal do cargo de confiança nesse segmento do mercado de trabalho. De fato, reporta-se o art. 224, § 2º, da CLT aos bancários que “...exercem funções de *direção, gerência, fiscalização, chefia e equivalentes, ou que desempenhem outros cargos de confiança*, desde que o valor da gratificação não seja inferior a um terço do salário do cargo efetivo” (grifos acrescidos).

A caracterização do cargo de confiança bancária é, sem dúvida, específica, derivando do texto diferenciado do art. 224, § 2º, da CLT. Nesta medida, não se confunde com a caracterização tipificada no art. 62 consolidado. Os poderes de *mando* que lhe são exigidos (a lei fala em funções de direção, gerência, chefia e equivalentes) não são, inegavelmente, tão extensos e acentuados, uma vez que o exercício de *chefia* atende ao requisito legal (não se exige, necessariamente, chefia de departamento ou filial). A par disso, o dispositivo especial considera ocupante deste cargo também o exercente de funções de *fiscalização* — embora não se tratando de chefe, tem de ter inquestionáveis poderes fiscalizatórios.

Em face dessa tipificação mais atenuada do cargo de confiança bancária (em contraponto com o cargo de confiança geral, do art. 62, CLT), enquadram-se, *regra geral*, no modelo da lei os gerentes bancários, os tesoureiros de

(7) Trata-se da OJ 113, SDI-1/TST, editada em 1997. A respeito das possibilidades, limites e efeitos das remoções do empregado, consultar, neste Curso, o Capítulo XXVI, item X.

agência, os reais chefes de setor ou serviço. Nestes casos, evidentemente, deve estar evidenciado o exercício de poderes de direção ou chefia, embora não tão amplos quanto os exigidos pelo modelo geral celetista (art. 62). Também de maneira geral os inspetores de agência, embora não sejam necessariamente chefes, tendem a se enquadrar na função de confiança bancária, uma vez que exercem notáveis atribuições de fiscalização.

Registre-se, entretanto, que a presença de tais atribuições e poderes é *matéria de fato*, a ser aferida nos autos processuais (Súmula 102, I, TST).

Ao lado desse elástico conceito de *cargo de confiança*, o art. 224, § 2º, exige o pagamento a seu ocupante de gratificação *não inferior a um terço do salário do cargo efetivo*.

Atendida a dualidade de requisitos, incidem os efeitos restritivos normativamente aventados para o empregado submetido a essa circunstância funcional de caráter especial.

Entre esses efeitos, o art. 224 prevê a não observância *da jornada especial de seis horas* (própria ao comum dos bancários), prevalecendo como jornada normal desse empregado o parâmetro genérico de *oito horas diárias* (TST: antigo En. 232; hoje, Sum. 102, IV). No tocante à transferibilidade de local de labor (art. 469, CLT) e à reversibilidade ao cargo de origem (art. 468, parágrafo único, CLT), o bancário situado em cargo ou função de confiança (nos parâmetros do art. 224) sujeita-se às mesmas consequências aplicáveis aos demais exercentes desse tipo de cargo.

Evidentemente que se o gerente geral da agência ou o superintendente regional ou o detentor de cargo ainda mais elevado enquadrarem-se nos requisitos do art. 62 da CLT (suplantando o enquadramento menor, típico do art. 224), submeter-se-ão aos efeitos mais largos daquele dispositivo geral da CLT⁽⁸⁾. Em consequência, serão excluídos das regras legais relativas a jornada e cômputo de horas extras (tudo isso, é claro, desde que não haja efetivo controle minucioso de horários, que afaste a presunção estipulada pela ordem jurídica).

3. Diretores Empregados

A compatibilidade ou não entre a figura do diretor e a do empregado tem sido objeto de razoável controvérsia no contexto do Direito do Trabalho. O tema ganha relevância em virtude de dois distintos fatores socioeconômicos. De um lado, a ampliação e modernização do setor empresarial do País, que tem conduzido a uma crescente *profissionalização* das direções empresariais. De outro lado, a larga interferência do Estado na economia, gerando um

(8) Nesta linha, é o que esclarece a Súmula 287 do TST.

complexo de empresas e entidades estruturadas sob forma privatística, com direções obviamente afastadas da noção originária de copropriedade (embora este segundo fator tenha reduzido sua importância prática na década de 1990, em face das inúmeras privatizações ocorridas no período).

Nesse quadro contextual, a ideia de *direção* tem-se afastado cada vez mais da ideia de *propriedade* (e, portanto, da noção de sócio), descolando-se do padrão clássico característico dos primórdios do processo industrial e organizacional do sistema econômico capitalista. Surge, assim, o claro interesse em se discutir a incidência ou não sobre os *diretores não proprietários* das normas próprias à relação de emprego.

O debate, contudo, há de observar uma diferenciação de figuras sociojurídicas. Em um plano, o diretor recrutado externamente à entidade empresarial, contratado como profissional de alta qualificação em oferta no mercado de trabalho de dirigentes organizacionais (no caso do Estado, a tradição brasileira mostra que o recrutamento não se faz tanto em função da qualificação técnico-profissional do dirigente da estatal, mas também em atendimento a critérios político-eleitorais, corporativos e de outra natureza). Ao lado desse dirigente recrutado fora dos quadros funcionais da empresa envolvida, surge a importante situação do empregado que é alçado ao cargo de diretor da mesma organização a que sempre se vinculou empregaticamente.

Enfatize-se que, em qualquer das duas situações, está-se considerando apenas o *efetivo diretor*, com inquestionável (e estatutária) soma de poderes de mando, gestão, representação, concentrando em sua pessoa o núcleo básico e central do processo decisório cotidiano da organização empresarial envolvida. Epítetos meramente honoríficos a típicos cargos de elevada confiança do empregador (diretor-adjunto, diretor setorial, diretor regional, etc.) configuram situações que se excluem, obviamente, do presente exame.

A) Diretor Recrutado Externamente — A teoria juslaboral tem se pautado por duas grandes vertentes orientativas a respeito do enquadramento trabalhista do diretor recrutado externamente: a vertente *clássica* (ou *tradicional*) e a vertente *moderna* (ou *intervencionista*).

A vertente clássica, de forte tendência negativista, percebe uma incompatibilidade de situações entre a posição societária do diretor e a posição organizacional do empregado. As situações jurídicas, de natureza diretiva e de natureza subordinada, seriam reciprocamente excludentes, conduzindo à inviabilidade de se acatar a presença de relação empregatícia para tais diretores.

Há dois veios explicativos na corrente clássica: para o primeiro desses veios, o diretor seria mandatário da sociedade que dirige (e que representa), razão pela qual não poderia, ao mesmo tempo, dirigir, representar e subordinar-se a si mesmo.

O segundo veio da corrente negativista sustenta que o diretor é *órgão da sociedade* — e não simples mandatário —, sendo inassimilável sua posição à do empregado. Como órgão estruturante, definidor e comandante do destino do empreendimento societário, não poderia se posicionar como mero subordinado. Além disso, se fosse subordinado, o seria a si mesmo — o que constituiria um contrassenso. Nesta linha, *Délio Maranhão* expõe:

“O diretor ou administrador de sociedade anônima, representante legal da pessoa jurídica não como mandatário (o mandato pressupõe dois sujeitos), mas como uma pessoa física, da qual depende o funcionamento da própria pessoa jurídica, não pode ser, conseguintemente, empregado da sociedade, um de cujos órgãos integra” (observação destacada e grifos no original)⁽⁹⁾.

A corrente clássica tem a seu favor forte inclinação jurisprudencial, assentada no texto da Súmula 269, TST, que se funda na clara noção de incompatibilidade de situações (exceto se comprovada a ocorrência de efetiva subordinação jurídica na relação de trabalho pactuada).

A vertente moderna (ou intervencionista) busca perceber a especificidade da relação jurídica estabelecida entre o diretor contratado e a sociedade, sem, contudo, deixar de vislumbrar a real ocorrência de contrato de emprego entre o executivo escolhido (ou mesmo eleito) para compor a diretoria de uma sociedade e essa mesma sociedade. *Octavio Bueno Magano* expõe a defesa desse entendimento, sustentando que, como *“homens de trabalho, subordinados ao conselho de administração que os pode destituir a qualquer tempo, não de ser necessariamente os diretores classificados como empregados, já que a subordinação é o traço característico do contrato de trabalho”*⁽¹⁰⁾.

Na linha de reforço à tese moderna, a Lei das Sociedades Anônimas (Lei n. 6.404/1976) teria se utilizado de expressão conducente à classificação empregatícia dos diretores das SAs. De fato, o art. 157, § 1º, “d” daquele diploma refere-se a “(...) condições dos *contratos de trabalho* que tenham sido firmados pela companhia com os diretores e empregados de alto nível” (grifos acrescidos ao original)⁽¹¹⁾.

Na mesma esteira argumentativa, a Lei n. 8.966, de 1994, também teria se referido a diretores na qualidade de empregados, ao mencionar os “gerentes, assim considerados os exercentes de cargos de gestão, aos quais se equiparam, para efeito do disposto neste artigo, os *diretores* e chefes de departamento ou filial” (art. 62, CLT, com redação da Lei n. 8.966/94; grifos acrescidos).

(9) MARANHÃO, D., ob. cit., p. 58.

(10) MAGANO, Octavio Bueno. *Manual de direito do trabalho*. V. II, 2. ed. São Paulo: LTr, 1986, p. 117.

(11) A Lei n. 10.303, de 31.10.2001, que alterou diversos dispositivos da Lei n. 6.404, de 1976, não afetou o debate sobre o enquadramento jurídico de diretores.

A propósito, o antigo texto da CLT já teria também efetuado a assimilação de figuras, segundo essa tese, na redação de seu artigo 499, *caput* (“Não haverá estabilidade no exercício dos cargos de *diretoria*, gerência ou outros de confiança imediata do empregador...” — grifo acrescido).

Há, contudo, uma importante ressalva a ser enfatizada. Ainda que venham a ser considerados empregados (acolhendo-se a moderna tese intervencionista), os diretores seriam regidos por algumas normas jurídicas *especiais* — que não podem ser desconsideradas pelo operador jurídico.

Em primeiro lugar, seus contratos seriam *pactos a prazo*, já que a legislação societária impõe a observância de mandato preestabelecido (o art. 143, III, da Lei n. 6.404/76 estabelece mandato de até três anos).

Em segundo lugar, tais diretores seriam *sempre demissíveis “ad nutum”*, em face da *peculiaridade de seus contratos e de expressa previsão legal* (art. 143, *caput*, Lei n. 6.404/76). Tais circunstâncias colocariam em seus pactos a termo, automaticamente, para todos os efeitos, *cláusula assecuratória do direito recíproco de rescisão antecipada*, referida no art. 481, da CLT. Na verdade, não se está perante uma simples cláusula, mas diante de regra jurídica aventando a possibilidade de antecipação da rescisão (Lei n. 6.404, art. 143). Neste quadro normativo, acionada a cláusula de ruptura antecipada, incidiria o disposto no art. 481 da CLT, regendo-se o término contratual pelos critérios pertinentes a pactos de duração indeterminada: aviso-prévio e demais verbas da dispensa injusta, se a iniciativa tiver cabido ao empregador; dação do aviso e demais consequências do pedido de demissão, se a iniciativa tiver sido do empregado. Noutras palavras, não caberiam, em tais casos, as indenizações dos arts. 479 e 480 da CLT.

Contraponto de Vertentes — O cotejo entre as duas orientações interpretativas não permite, contudo, a singela opção pela prevalência absoluta de qualquer das duas vertentes. Apenas o percuciente exame do caso concreto é que autorizará, topicamente, a definição da situação sociojurídica examinada.

O que parece essencial é se incorporar, nesse exame, o critério sugerido pela Súmula 269, isto é, *a objetiva e sensata verificação da existência (ou não) de subordinação no caso concreto (se tidos como presentes os demais elementos fático-jurídicos da relação de emprego)*. Nesse processo analítico, não parece razoável, entretanto, inferir-se apenas da presença de decisões e orientações do conselho de administração sobre a diretoria a real ocorrência do fenômeno clássico da subordinação. As relações fático-jurídicas entre esses órgãos, em princípio, são claramente distintas da relação comando/obediência afinada à ideia de subordinação. Nesse quadro, é necessário à configuração da relação empregatícia que se comprove uma intensidade especial de ordens sobre o diretor recrutado, de modo a assimilar essa figura jurídica ao trabalhador subordinado a que se reporta a Consolidação das Leis do Trabalho.

B) Empregado Eleito Diretor — O exame dessa hipótese sociojurídica (empregado antigo que é alçado a diretor da empresa) conduziu a que a doutrina trabalhista brasileira se dividisse em quatro principais posições diferenciadas. Não obstante existam pontos de identificação entre essas quatro posições hermenêuticas e as teses características das duas vertentes interpretativas acima expostas, há algumas variações específicas percebidas pelos juristas no presente caso.

A primeira posição interpretativa está bem enfatizada pelo autor *Mozart Victor Russomano*. Este entende que a elevação do empregado ao patamar de efetivo diretor provoca a *extinção* de seu antigo contrato empregatício, dada a incompatibilidade dos cargos e funções⁽¹²⁾.

Délio Maranhão adere à segunda posição interpretativa. Nesse quadro, o autor percebe que semelhante alteração qualitativa no *status* da pessoa física do antigo empregado na empresa (que passa a diretor) não chega a provocar a extinção do vínculo precedente. Contudo, a incompatibilidade de situações jurídicas provocaria a *suspensão* do contrato de emprego⁽¹³⁾. A favor desta tese hermenêutica, existe o texto expresso da Súmula 269, TST:

“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.”

Uma terceira vertente interpretativa compreende se verificar, no caso em referência, mera *interrupção da prestação de serviços*, de modo que o período despendido na diretoria é computado no tempo de serviço do empregado. Trata-se de uma exegese construída a partir do art. 499 da CLT. Contra si, essa tese faz despontar o argumento de que o referido preceito celetista reporta-se, na verdade, ao empregado ocupante de cargo de confiança — não se aplicando caso a situação fático-jurídica concreta diga respeito a efetivo diretor (isto é, profissional não subordinado). De par com isso, a tese não é equânime, pois autoriza o somatório puro e simples das vantagens *trabalhistas* do empregado (interrupção contratual, relembre-se) às vantagens *civis* do diretor.

A quarta posição, defendida por *Antero de Carvalho* e *Octavio Bueno Magano*, sustenta que “a eleição não altera a situação jurídica do empregado que continua, como empregado, a desfrutar dos direitos inerentes a essa condição”⁽¹⁴⁾.

(12) Cit. in MAGANO, O. B., ob. cit., p. 117.

(13) MARANHÃO, Délio. *Direito do Trabalho*. 14. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1987, p. 58. Evidentemente que a suspensão contratual somente ocorre com a efetiva “posse” no cargo e não desde a simples eleição.

(14) Cf. MAGANO, O. B., ob. cit., p. 117-118.

A tese defendida por *Antero de Carvalho* e *Octavio Bueno Magano* é mais perfeita, juridicamente, do que a da simples *interrupção da prestação de serviços empregatícios*: afinal, ela evita o artificial acúmulo de vantagens de situações contratuais de natureza diversa, envolvendo o mesmo período de labor. Desse modo, se se entende que o diretor mantém-se como empregado, cabe enquadrá-lo como ocupante de elevado cargo de confiança, com as consequências jurídicas daí advindas (art. 62, CLT).

4. Socioempregado: hipóteses jurídicas

A entidade societária constitui, obviamente, por sua natureza, ente distinto daquele consubstanciado por seus membros. Desse modo, *não há, em princípio, qualquer incompatibilidade entre as figuras do sócio e do empregado, que podem se encontrar sintetizadas na mesma pessoa física*. É o que se passa em sociedades anônimas, sociedades limitadas (ou por cotas de responsabilidade limitada) ou sociedades em comandita por ações⁽¹⁵⁾. A regra geral é, pois, a plena compatibilidade entre as duas figuras jurídicas (sócio/empregado; empregado/sócio).

Em determinados casos concretos, entretanto, envolvendo relações fático-jurídicas fronteiriças, há que se aferir a intensidade de afirmação de uma figura sobre a outra. É o que argumenta o jurista *Messias Pereira Donato*: “Tudo depende da intensidade de sua participação. Perderá a qualidade de empregado no momento em que, pela sua interferência nos interesses da sociedade, nele sobrepujar o sócio, animado pela *affectio societatis*”⁽¹⁶⁾.

Completa essa mesma linha de argumentação o jurista *Octavio Bueno Magano*:

“Numa sociedade por ações, possuindo ele participação acionária majoritária, ou mesmo sem a possuir, apresentando se como acionista controlador, fica, automaticamente excluída a sua condição de empregado. *Mutatis mutandis*, o mesmo se diga da sociedade por cotas de responsabilidade limitada. Na sociedade em comandita simples, o envolvimento do sócio comanditado na vida social, sendo geralmente intenso, já que

(15) BARRETTO, Roberto Prado. *Tratado de Direito do Trabalho*. V. I, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971, p. 88. Na mesma linha, MORAES FILHO, Evaristo. *Tratado Elementar de Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960, p. 478; MARANHÃO, D., ob. cit., p. 57. A respeito, reportar-se ao Livro II do Código Civil de 2002, que trata “Do Direito de Empresa” (o prazo de adaptação das entidades associativas e fundacionais, além dos empresários, às disposições do Livro II do Código Civil foi estendido até *janeiro de 2007* pela MPr. n. 234/2005, convertida na Lei n. 11.127/2005).

(16) DONATO, Messias Pereira. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 1981, p. 25.

responde ilimitadamente pelas obrigações sociais, tolhe também a possibilidade de que se identifique com a posição do empregado. Quanto ao comanditário está legalmente proibido de se colocar em tal posição⁽¹⁷⁾.

Nessa comparação, percebe-se a clara presença de situações fático-jurídicas polares. Algumas, inviabilizando a caracterização empregatícia da figura do sócio. Outras, praticamente qualificando como empregado a pessoa física formalmente arrolada como sócio. No segmento intermediário entre esses dois polos, há uma larga zona turva, em que apenas o exame detido dos elementos fático-jurídicos da relação de emprego é que concretamente permitirá alcançar-se o correto posicionamento jurídico da pessoa física envolvida.

A) Incompatibilidade de Figuras — São distintas as situações jurídicas que automaticamente inviabilizam a caracterização do sócio como empregado.

Em um primeiro plano, o sócio componente de *sociedade em nome coletivo*, unguído, juridicamente, de responsabilidade solidária e ilimitada pelas obrigações sociais (arts. 315/316, Código Comercial; arts. 1.039 a 1.044, CCB/2002)⁽¹⁸⁾.

Em um segundo plano, o sócio componente das *entidades associativas informais*, a *sociedade em comum* do CCB/2002 (arts. 986 a 990). Esta figura pode ocorrer, do ponto de vista prático, quer se trate de *sociedade de fato* (verbal ou tacitamente contratada), quer se trate de *sociedade irregular* (aquela que, embora contratada por escrito, não teve observados os demais procedimentos formais imperativos à sua plena regularização). A informalidade na estruturação jurídica das sociedades conduz, como se sabe, à responsabilização ilimitada e solidária de todos os sócios (ou *comunheiros*) pelas obrigações derivadas do empreendimento, em virtude de se aplicarem, tradicionalmente, a tais entes informais as regras da sociedade em nome coletivo e, desde 2003 (CCB/2002), da sociedade em comum.

Em um terceiro plano, a já referida posição do sócio comanditado nas sociedades em comandita simples, que se encontra legalmente proibido de se colocar na posição de empregado⁽¹⁹⁾. Tais sócios são responsáveis solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais (art. 1.045, CCB/2002).

B) Assimilação de Figuras — Há, contudo, como afirmado, situações jurídicas que, ao revés das anteriores, praticamente assimilam a figura do

(17) MAGANO, O. B., ob. cit., p. 122.

(18) De acordo com a incompatibilidade: MAGANO, O. B., ob. cit., p. 122; MARANHÃO, D., ob. cit., p. 57; MORAES FILHO, E., ob. cit., p. 478-479.

(19) MAGANO, O. B., ob. cit., p. 122.

sócio à figura do empregado, desfigurando a relação societária autônoma e fazendo incidir sobre a relação estabelecida entre a pessoa física e a sociedade toda a legislação trabalhista.

É o que se passa com a antiga figura da sociedade de capital e indústria (arts. 317/324, Código Comercial), onde “o sócio de indústria possui apenas a aparência de sócio, sendo na verdade empregado”⁽²⁰⁾.

O anacronismo desse tipo de sociedade, já banida de Códigos europeus de finais do século XIX⁽²¹⁾, é flagrante. De maneira geral, tem emergido, na prática, no Brasil, como mero instrumento de elisão à eficácia de normas trabalhistas imperativas. Finalmente foi eliminada do Direito brasileiro pelo CCB de 2002 (arts. 981 a 1.195).

C) Regra Geral: compatibilidade de figuras jurídicas — Entre essas duas situações polares analisadas é que surge a zona cinzenta em que atua a regra geral de efetiva compatibilidade entre as figuras do sócio e do empregado. Como critério amplo de análise — e *na maioria dos casos* —, sabe-se que as duas figuras podem estar presentes na mesma pessoa física, não havendo contradição entre elas.

Contudo, em situações concretas postas a exame, pode-se perceber uma real prevalência da *affectio societatis* — que não se realiza sem autonomia —, comprometendo a relação de emprego entre o sócio e a pessoa jurídica. Desse modo, em tais situações, apenas da análise concreta desses elementos (*affectio societatis*, com autonomia, *versus* subordinação) é que surgirá o preciso enquadramento classificatório do prestador de trabalho no contexto dos padrões normativos díspares existentes (padrão societário ou padrão justralhista).

D) Sociedade como Simulação (“pejotização”) — A dinâmica judicial trabalhista também registra a ocorrência de uma situação fático-jurídica curiosa: trata-se da utilização do contrato de sociedade (por cotas de responsabilidade limitada ou outra modalidade societária existente) como instrumento simulatório, voltado a transparecer, formalmente, uma situação fático-jurídica de natureza civil/comercial, embora ocultando uma efetiva relação empregatícia. Em tais situações simulatórias (denominadas pela prática trabalhista de *pejotização*, neologismo que se reporta à expressão *pessoa jurídica*, identificada pelas iniciais P.J.), há que prevalecer o contrato que efetivamente rege a relação jurídica real entre as partes, desconsiderando-se a simulação evidenciada.⁽²²⁾

(20) MAGANO, O. B., ob. cit., p. 122.

(21) Cf. Carvalho Mendonça, cit. in BORGES, João Eunápio. *Curso de Direito Comercial Terrestre*. Rio de Janeiro: Forense, 1971, p. 313.

(22) Figura curiosa de formalização de pessoa jurídica, embora em torno de uma única pessoa natural, surgiu com a Lei de Direito Tributário n. 11.196, de 21.11.2005, em seu art. 129. Ali se permite que a pessoa física se estruture como entidade jurídica formal, de maneira a assim prestar seus serviços ao mercado socioeconômico, nos moldes de uma pessoa jurídica

O Direito dispõe, regra geral, que as partes que praticam simulação (art. 104, CCB/1916) ou ato doloso (art. 150, CCB/2002) não podem alegar tal fato, processualmente, em seu favor, em busca de anulação do ato. Tal diretriz não se aplica inteiramente ao plano juslaboral, entretanto.

É que o Direito do Trabalho tem norma específica (art. 9º, CLT) e, principalmente, *diversos princípios especiais que colidem com a regra civilista tradicional*, tornando-a de rara assimilação neste campo jurídico especializado (art. 8º, parágrafo único, CLT; desde a Lei n. 13.467/2017, art. 8º, § 1º, CLT). De fato, o ramo justralhista compreende existir, no plano da relação empregatícia, uma limitação fática à autonomia da vontade do prestador de serviços, reduzindo sua possibilidade de se opor à celebração de tais instrumentos de supressão de relações e direitos trabalhistas. A par disso, os princípios da imperatividade das normas laborativas e da indisponibilidade de direitos trabalhistas tornam inválida semelhante supressão.

A esse respeito, aduz *Délio Maranhão* que o preceito do art. 104, Código Civil de 1916,

“(…) supõe o intuito doloso de ambas as partes em benefício próprio e a plena autonomia contratual. Daí ser, apenas, anulável no direito civil o ato simulado. No Direito do Trabalho, o ato é nulo (art. 9º da Consolidação), presumindo se tenha sido o empregado, que se prejudica com a simulação, coagido a praticá-lo”⁽²³⁾.

Nesse quadro jurídico diferenciado, a nulidade clausular pode ser alegada pelo trabalhador, no plano das relações empregatícias, uma vez que o fundamento jurídico central para seu exame é a existência (ou não) de afronta a norma trabalhista imperativa, com o prejuízo daí advindo.⁽²⁴⁾

5. Empregados Portadores de Diploma de Nível Superior e que Percebam Salário Igual ou Superior à Dobra do Teto de Benefícios do INSS: segregação jurídica

A Lei da Reforma Trabalhista, por fim, reservou para os empregados portadores de diploma de nível superior e que percebam salário igual ou

explicitamente assim identificada. Naturalmente que o artifício legal tributário se harmoniza aos verdadeiros profissionais autônomos, que se relacionam com os tomadores de serviços sem os elementos da relação de emprego. Ao invés, caso estejam presentes os elementos do vínculo empregatício, inclusive a subordinação, esvai-se o manto aparente da pessoa jurídica, prevalecendo a clássica relação empregatícia entre as partes (princípio da primazia da realidade sobre a forma; princípio da valorização do trabalho e do emprego; incidência do art. 9º da CLT).

(23) MARANHÃO, D., ob. cit., p. 57. Grifos e destaques no original.

(24) A utilização da figura societária como simulação, encobrendo efetiva relação empregatícia, tem sido denominada, como visto, no cotidiano justralhista, pelo neologismo *pejotização*, referindo-se ao artificioso véu da pessoa jurídica (P.J.). A expressão tornou-se mais comum desde o advento da figura tributária criada pelo art. 129 da Lei n. 11.196, de 2005.

superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social uma alternativa contratual simplesmente draconiana: por “livre estipulação” serem regidos pelas mesmas “hipóteses previstas no art. 611-A desta Consolidação, com a mesma eficácia legal e preponderância sobre os instrumentos coletivos” (novo parágrafo único do art. 444 da CLT). Ou seja, “por livre estipulação”, podem ser submetidos à profunda diminuição de direitos especificada no art. 611-A da CLT, “com a mesma eficácia legal e preponderância sobre os instrumentos coletivos”.

Ora, como o contrato de trabalho se trata, manifestamente, de um *contrato de adesão*, pode se estimar o caráter leonino de tal cláusula de inserção desse grupo de empregados em condições contratuais abaixo das fixadas em lei e, até mesmo, abaixo das fixadas na negociação coletiva concernente à respectiva categoria profissional.

Note-se que a Lei da Reforma Trabalhista não está se referindo aos altos executivos de grandes empresas, com poderes estatutários e/ou contratuais impressionantes, além de ganhos contratuais diferenciados e estratosféricos (entre salários, verbas não salariais, a par de utilidades e benefícios diversos). Não: a nova regra legal está se reportando simplesmente aos empregados que sejam portadores de diploma de curso superior⁽²⁵⁾ e que percebam salário mensal igual ou superior ao dobro do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.⁽²⁶⁾

O caráter discriminatório da regra legal é simplesmente manifesto; ela institui algo inimaginável na ordem constitucional e legal brasileiras contemporâneas: a pura e simples segregação de empregados perante o mesmo empregador.

Conforme já adiantado neste Capítulo XI, a afronta a normas constitucionais é palmar, direta e literal. É que a Constituição da República proíbe distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos, em preceito específico (art. 7º, XXXII) fixado no Capítulo II (“Dos Direitos Sociais”) de seu Título II (“Dos Direitos e Garantias Fundamentais”). Ora, esse princípio, garantia e regra constitucionais enfatizados no art. 7º, XXXII, se harmonizam ao princípio geral antidiscriminatório brandido, firmemente, pela Constituição de 1988, quer em seu Título I — “Dos Princípios

(25) São profissionais portadores de diploma de curso superior, por exemplo: Administradores, Agrônomos, Arquitetos, Bacharéis em Direito, Bacharéis e/ou Licenciados em Letras, Biólogos, Cirurgiões-Dentistas, Economistas, Engenheiros, Estatísticos, Farmacêuticos, Filósofos, Físicos, Geógrafos, Graduados em Ciência da Informação, em Ciência Política e em outras Ciências, Historiadores, Matemáticos, Médicos, Pedagogos, Professores, Psicólogos, Químicos, Sociólogos, Veterinários e dezenas de outros profissionais que tenham obtido “diploma de curso superior”.

(26) Na data de vigência da Lei n. 13.467/2017 (11 de novembro de 2017), esse dobro do teto dos benefícios do INSS alcançava o montante de R\$ 11.062,62.

Fundamentais” (art. 1º, III, e art. 3º, IV), quer em seu Título II — “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, inclusive também no Capítulo I — “Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos” (art. 5º, *caput*).

Todos sabem que o princípio antidiscriminatório especificado no art. 7º, XXXII, da Constituição de 1988, no fundo, já existe na tradição constitucional do País há mais de 80 anos, tendo sido introduzido pela Constituição de 1934 (art. 12, § 2º). Em seguida, compareceu na Constituição de 1946 (art. 157, parágrafo único), permanecendo presente até mesmo nos textos constitucionais do período autoritário iniciado em 1964 (cartas constitucionais de 1967 e 1969). O mesmo princípio se insculpe, também, no art. 3º, parágrafo único, da Consolidação das Leis do Trabalho.

A discriminação, no caso, evidencia-se não apenas em face de ser erigida a partir da qualificação intelectual e científica do empregado (introduzindo-se, na ordem jurídica, critério bastante exdrúxulo: quanto mais qualificado for o empregado, mais discriminado será). A discriminação evidencia-se, também, a partir de parâmetro econômico modesto, desarrazoado, desproporcional (ganho salarial mensal correspondente apenas ao dobro do teto de benefícios do INSS).

Ora, a diferenciação jurídica é tolerada no Direito — deixando de ser discriminatória — apenas caso ocorra por motivo realmente consistente, legítimo, essencial, imprescindível. Na regra enfocada, os dois fatores pinçados para respaldar a diferenciação jurídica (diferenciação jurídica profunda, radical, enfatize-se) não afastam e nem diminuem o poder empregatício devido pelo empregador, não afetando a situação de vulnerabilidade e hipossuficiência jurídicas, sociais e econômicas do empregado. Se não bastasse, esses dois fatores não justificam o tratamento jurídico espartano e segregador conferido a esse profissional relativamente mais qualificado e relativamente melhor remunerado no contexto da relação empregatícia.⁽²⁷⁾

IV. EMPREGADO DOMÉSTICO

1. Definição

Empregado doméstico é uma modalidade especial da figura jurídica de empregado. Seu tipo legal compõe-se dos mesmos cinco elementos fático-jurídicos característicos de qualquer empregado — embora um desses elementos receba, no tocante à relação empregatícia doméstica, conformação jurídica algo distintiva em face do padrão celetista imperante.

(27) A respeito do princípio constitucional da não discriminação, consultar DELGADO, Mauricio Godinho. *Princípios Constitucionais do Trabalho e Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2017, especialmente em seu Capítulo II (“Princípios Constitucionais do Trabalho”).

Ao lado desses *elementos fático-jurídicos gerais* (um recebendo *conformação especial, repita-se*), apresentam-se, na relação de emprego doméstica, também *alguns elementos fático-jurídicos especiais*, nitidamente próprios a esta relação empregatícia específica.

Tecnicamente, empregado doméstico é a *pessoa física* que presta, com *pessoalidade, onerosidade e subordinadamente, serviços de natureza contínua e de finalidade não lucrativa à pessoa ou à família, em função do âmbito residencial destas*.

Na definição jurídica aqui exposta encontram-se os cinco elementos fático-jurídicos próprios a qualquer relação empregatícia (pessoa física; pessoalidade; onerosidade; subordinação; não eventualidade). Nela se encontram discriminados os quatro elementos fático-jurídicos comuns a qualquer empregado, e que não têm qualquer especificidade na relação empregatícia doméstica: pessoa física do prestador; pessoalidade; onerosidade; subordinação.

Encontra-se nela, também, um elemento fático-jurídico comum aos demais empregados, mas que recebe, no caso do doméstico, conformação jurídica relativamente distinta — trata-se da *continuidade*.

Por fim, encontram-se ainda na mesma definição os elementos fático-jurídicos específicos apenas à relação de emprego doméstica: finalidade não lucrativa dos serviços; apropriação dos serviços apenas por pessoa física ou por família; efetuação dos serviços em função do âmbito residencial dos tomadores.

A Lei n. 5.859/72 define empregado doméstico como *“aquele que presta serviços de natureza contínua e de finalidade não lucrativa à pessoa ou à família, no âmbito residencial destas”* (art. 1º).

Nessa definição legal, o diploma omite três dos cinco elementos fático-jurídicos genéricos à figura do empregado (pessoalidade, subordinação e onerosidade) — desde que se considere suficientemente englobada na expressão *aquele que presta serviços* a figura da pessoa física.

A omissão, contudo, é absolutamente justificável. É que a Lei n. 5.859 quis destacar em seu texto apenas o elemento genérico objeto de conformação sociojurídica especial (continuidade) e os elementos específicos à relação empregatícia. Inexistia, assim, para a lógica da lei especial, qualquer necessidade de se repetirem elementos fático-jurídicos óbvios à existência da figura do empregado doméstico e que comparecem a essa categoria sem qualquer especificidade perante o padrão empregatício genérico celetista.

A Lei Complementar n. 150/15 preferiu aperfeiçoar a definição, fazendo referência expressa também aos elementos da *subordinação*, da *onerosidade* e da *pessoalidade*. Eis o novo texto legal: *“Art. 1º Ao empregado doméstico, assim considerado aquele que presta serviços de forma contínua,*

subordinada, onerosa e pessoal e de finalidade não lucrativa à pessoa ou à família, no âmbito residencial destas, por mais de 2 (dois) dias por semana, aplica-se o disposto nesta Lei” (grifos acrescentados).

2. Estrutura da Relação Empregatícia Doméstica

O vínculo de emprego doméstico, conforme já exposto, concretiza-se a partir de oito elementos fático-jurídicos: os cinco genéricos a qualquer relação empregatícia (sendo um deles submetido a conformação jurídica diferenciadora) e três elementos fático-jurídicos especialmente estipulados apenas no tocante a essa específica relação de emprego.

É interessante destacar que os elementos gerais (inclusive o de conformação especial) são todos construídos tendo como perspectiva a posição do *prestador de serviços* na conformação da relação sociojurídica consumada. Na relação empregatícia doméstica esse critério geral também se mostra presente.

Contudo, os elementos específicos à relação de emprego doméstica tendem a escapar, ainda que em parte, a esse critério básico. É que alguns desses elementos constroem-se, de fato, enfocando a perspectiva do tomador de serviços, como será examinado.

A) Elementos Fático-jurídicos Gerais — Quatro componentes da relação empregatícia doméstica comparecem a essa figura sociojurídica sem merecer qualquer especificidade significativa, em contraponto ao padrão genérico celetista de relação de emprego. São eles: *pessoa física, pessoalidade, onerosidade e subordinação*. Trata-se, portanto, de elementos que se compreendem, no trabalho doméstico, a partir dos mesmos dados empíricos e conceituais verificados em outros segmentos da realidade socioeconômica.

A *pessoa física do prestador*, conforme já examinado, surge como a própria razão histórica de existência do Direito do Trabalho. Ela também comparece, é claro, na relação de emprego doméstica — aqui, porém, com uma peculiaridade recente: desde 2008, com a aprovação da *Lista TIP (Lista das Piores Formas de Trabalho Infantil)*, por meio do Decreto n. 6.481, de 12.6.2008, que entrou em vigor a partir de setembro de 2008 (*vacatio legis* prevista no art. 6º do Decreto), em cumprimento ao disposto na Convenção n. 182 da OIT (“*Proibição das Piores Formas de Trabalho Infantil e a Ação Imediata para sua Eliminação*”), tornou-se vedada a realização de *qualquer trabalho*, seja empregatício ou não, no âmbito doméstico por pessoa humana na faixa etária abaixo de 18 anos (item 76 da Lista TIP). Esta restrição foi explicitamente reconhecida, a propósito, pela LC n. 150/2015 (parágrafo único do art. 1º).⁽²⁸⁾

(28) A Convenção n. 182 da OIT, aprovada pela Conferência Internacional do Trabalho de 17.6.1999, foi ratificada pelo Decreto Legislativo n. 178, de 14.12.1999, com promulgação

A *personalidade*, por sua vez, desponta como a circunstância de ser a prestação de trabalho infungível no que tange à figura jurídica do trabalhador. A *subordinação*, a seu turno, caracteriza-se como o liame distintivo da relação de emprego em face das modalidades mais verticalizantes de submetimento que foram características de relações sociais dominantes em outras épocas (servidão e escravidão, particularmente). Também na relação doméstica, a subordinação tem de ser compreendida, evidentemente, sob uma ótica objetiva e não subjetiva. Finalmente, a *onerosidade* — objetiva e subjetivamente examinada — demarca-se como o elemento que lança o matiz sinalagmático próprio ao contrato bilateral empregatício.

Esses quatro elementos fático-jurídicos já foram exaustivamente analisados no presente capítulo e no de n. IX (que trata de relação de trabalho e relação de emprego). É desnecessário repisarem-se os mesmos temas e argumentos.

Não obstante, é oportuno aduzirem-se algumas observações sobre o elemento fático-jurídico da *personalidade*.

Na relação empregatícia doméstica, a personalidade ganha destacada *intensidade*, colocando a função doméstica no rol das que têm elevada *fidúcia com respeito à figura do trabalhador*. Não se trata, é claro, de uma fidúcia que envolva poderes de gestão ou representação, obviamente. Porém, trata-se de fidúcia mais acentuada do que o padrão empregatício normal, principalmente em função da natureza dos serviços prestados — *estritamente pessoais* — e do *local específico de sua prestação*, o âmbito familiar doméstico.

Cabe também acrescerem-se algumas observações sobre o elemento fático-jurídico da *onerosidade*.

Como já se repisou, por onerosidade compreende-se a circunstância de os trabalhos prestados desenvolverem-se visando — sob a perspectiva do prestador — uma contraprestação econômico-financeira, consubstanciada nas verbas salariais. Cabe se perceber, assim, a existência (ou não) de intenção onerosa empregatícia no que tange à prestação de serviços, ainda que, do ponto de vista objetivo, não se tenha verificado pagamento de parcelas remuneratórias ao prestador de serviços. Na relação de trabalho doméstico, essa pesquisa é sumamente importante.

Relação de Emprego entre Cônjuges ou Companheiros — A jurisprudência tem rejeitado a possibilidade jurídica de se reconhecer relação de emprego *doméstico* nos casos de *vínculos de matriz conjugal*, quer no que concerne a relações matrimoniais formais, quer no que concerne a relações de união estável.

pelo Decreto do Presidente da República n. 3.597, de 12.9.2000, passando a ter vigência interna no Brasil em 2.2.2001. O Decreto que aprovou a *Lista TIP*, porém, surgiu apenas sete anos depois, em 2008.

É evidente que é cabível — e pacífico — o reconhecimento de *sociedade de fato* entre a mulher e o homem em situação de união estável (Súmula 380, STF). Entretanto, não se considera viável, juridicamente, definir-se como relação doméstica de emprego o vínculo firmado entre as partes. É que a própria noção de sociedade *informal* (sociedade de fato) estaria repelindo, do ponto de vista lógico, a noção de relação assimétrica e hierárquica de emprego. Menos ainda será possível, hoje, semelhante tese no que tange aos casamentos regularmente celebrados. Em ambas as hipóteses, compreende a jurisprudência que a ordem jurídica não admite *animus contrahendi* empregatício pelas partes envolvidas (ou intenção onerosa *empregatícia*, porém societária).

Mais: admitir-se relação de emprego em tais situações será acatar-se a existência de subordinação de um dos cônjuges ou companheiros perante o outro — o que é incompatível com a noção de sociedade de fato ou em comum.

Em outras situações familiares, é evidente que o inquestionável ânimo benevolente do trabalho prestado pode também descaracterizar a relação empregatícia doméstica. Na lei trabalhista da Argentina tem-se por configurado esse ânimo benevolente verificando-se relação de parentesco entre as partes, razão pela qual não se considera, naquele sistema jurídico, *empregados no serviço doméstico as pessoas aparentadas com o dono da casa*⁽²⁹⁾. À luz da lei brasileira, semelhante presunção excludente é incabível, já que é viável relação de emprego (inclusive doméstica) entre meros parentes. Entretanto, é necessário ao aplicador do Direito verificar, detidamente, se a prestação de trabalho doméstico configurou-se com intuito oneroso empregatício, ou se, ao contrário, consolidou-se em decorrência de outro tipo de ânimo, preponderantemente de caráter familiar.

B) Elemento Fático-jurídico da Não Eventualidade — O quinto elemento fático-jurídico geral (*não eventualidade*) foi importado pela Lei do Trabalho Doméstico com uma conformação jurídica específica. A Lei n. 5.859/72, que vigorou por cerca de 40 anos, preferiu não repetir a expressão do art. 3º, CLT (“serviços de *natureza não eventual*”), substituindo-a pela expressão “serviços de natureza contínua”. A LC n. 150/2015 fez referência à frase “aquele que presta serviços de *forma contínua*”. Qual a razão da escolha diferenciada de expressões pelos dois diplomas legais, em contraponto à tradicional expressão celetista?

Duas interpretações emergem a respeito desse ponto.

A primeira, insistindo que a diferenciação de expressões é absolutamente irrelevante. O que importa é o conceito acolhido pela legislação. Nessa linha, o conceito de não eventualidade incorporado pela Lei do Trabalho Doméstico

(29) MAGANO, O. B., ob. cit., p. 102.

(através da expressão *natureza contínua*) seria idêntico ao conceito já clássico ao ramo trabalhista brasileiro e lançado com clareza pelo art. 3º, CLT (*natureza não eventual*). Em consequência, também a Lei n. 5.859/72 — a exemplo da CLT — teria rejeitado a *teoria da descontinuidade* para conceituar o trabalhador eventual doméstico, com o que teria definido como empregado a tradicional figura do *diarista doméstico*⁽³⁰⁾.

A segunda vertente interpretativa parte do suposto de que o processo de interpretação do Direito sempre há de combinar o método linguístico — este como instrumento inicial de abordagem da norma — com os métodos lógico-sistemático e teleológico. Somente assim descobrir-se-á o *necessário nexos lógico entre as expressões normativas existentes e a unidade complexa do Direito como um sistema, um todo integrado e coerente*. Nesse contexto, tal vertente procura conferir validade e eficácia às expressões normativas, integrando-as, porém, ao conjunto do sistema e aos objetivos que regem a dinâmica deste. Evidentemente que, havendo um choque frontal entre a expressão examinada e o sistema — com sua estrutura, dinâmica e objetivos teleológicos —, prevalecerá este, em função da hegemonia da perspectiva lógico-sistemática e finalística no desenvolver do processo interpretativo. *Havendo meios, contudo, de compatibilização, não há como se considerar irrelevante ou meramente equívoca a expressão normativa distintiva*.

Postos estes critérios científicos, reflita-se sobre o caso focado. Quando a CLT quis excluir todo tipo de trabalhador doméstico (quer o empregado, quer o trabalhador eventual doméstico) do âmbito de incidência de suas normas — através do art. 7º, “a” — não necessitou diferenciar entre o trabalhador eventual e o não eventual, *já que iria excluir ambos*. Por isso o mencionado art. 7º, “a”, sequer se refere a serviços de natureza não eventual ou a serviços de natureza contínua — já que os dois tipos de trabalhadores foram excluídos pelo referido artigo (quer o empregado, quer o eventual doméstico).

Entretanto, no instante em que a ordem jurídica quis colocar sob regência de algumas normas trabalhistas a categoria doméstica (por meio da Lei n. 5.859, de 1972), veio, expressamente, efetuar a distinção omitida no texto celetista anterior — referindo-se a *serviços de natureza contínua*.

Ora, ao não adotar a expressão celetista consagrada (*natureza não eventual*) — que importava o afastamento da teoria da descontinuidade no tocante à caracterização do trabalhador eventual —, elegendo, ao revés, exatamente a expressão rejeitada pela CLT (*natureza contínua*), a Lei Especial dos Domésticos (n. 5.859/72) fez claramente uma opção doutrinária, *firmando o conceito de trabalhador eventual doméstico em*

(30) Expõe Octavio Bueno Magano, ilustrativamente nesta vertente, que “(...) a lavadeira que presta serviços uma vez por semana, não sendo trabalhadora eventual, deve ser tida como empregada doméstica”. In ob. cit., p. 102.

conformidade com a teoria da descontinuidade. Essa opção doutrinária não se chocaria com o sistema, não seria com ele incompatível: apenas daria tratamento diferenciado a um elemento fático-jurídico geral, no contexto de uma relação jurídica empregatícia particular (tratamento diferenciado, aliás, que a ordem jurídica confere ao doméstico em quase tudo: jornada, adicionais legais, FGTS, etc.). Ou seja: *o elemento da não eventualidade na relação de emprego doméstica deve ser compreendido como efetiva continuidade, por força da ordem jurídica especial regente da categoria.*

À luz, portanto, desta vertente interpretativa, configuraria trabalhador eventual doméstico — por incidência da teoria da descontinuidade, adotada expressamente pelo art. 1º, Lei n. 5.859/72 — a chamada *diarista doméstica*, que labora em distintas residências, vinculando-se a cada uma delas apenas *uma ou duas vezes por semana.*

Se a trabalhadora (ou trabalhador) laborar, entretanto, com habitualidade, *três ou mais vezes* por semana para a mesma pessoa física ou família tomadora, naturalmente já cumprirá a metade (ou mais) da duração semanal do trabalho (metade ou mais dos dias de trabalho existentes na semana, excluído o dia de repouso obrigatório). Por isso, considerado esse parâmetro temporal *habitual* (três ou mais dias por semana), não deve ser considerada descontinua sua prestação de labor, *porém juridicamente contínua.* Afinal, constitui critério jurídico prevacente no Direito do Trabalho, no tratamento de situações congêneres, adotar-se a *metade* de certo tempo tipificado como parâmetro para a produção de efeitos jurídicos próprios à unidade correspondente (15 dias computando-se como um mês, por exemplo). Não há razão consistente para não se adotar semelhante critério jurídico geral trabalhista para a presente situação similar.⁽³¹⁾

Evidentemente que a evolução jurisprudencial deveria ter alcançado a pacificação em torno de uma das duas vertentes interpretativas ao longo desses 40 anos de vigência da antiga Lei n. 5.859/1972.⁽³²⁾ Essa paci-

(31) De fato é recorrente, no Direito do Trabalho brasileiro, adotar-se a fração da *metade* (50%) como parâmetro para a produção dos efeitos jurídicos relativos ao *inteiro* (o que não ocorre com as frações abaixo da metade, inferiores a 50%). É o que se passa, por exemplo, com o 13º salário, em que o período igual ou maior do que 15 dias é computado como uma unidade mensal inteira (art. 1º, § 2º, Lei n. 4.090/1962: “A fração igual ou superior a 15 (quinze) dias de trabalho será havida como mês integral para os efeitos do parágrafo anterior”, diz o preceito). Também é o que ocorre com as férias proporcionais, em que o período igual ou maior do que 15 dias é computado como uma parcela mensal inteira (diz o final do parágrafo único do art. 146 da CLT: “... na proporção de 1/12 (um doze avos) por mês ou fração superior a 14 dias (quatorze) dias”). Mesmo no cômputo da antiga indenização por tempo de serviço, regulada pelos velhos artigos 477, *caput*, e 478 da CLT (hoje revogados, como se sabe), a metade do ano (“fração igual ou superior a seis meses” — dizia o art. 478, *caput*) era tomada como critério para incidência de um ano de indenização.

(32) A escolha interpretativa (trabalho contínuo *versus* trabalho descontínuo), do ponto de vista econômico, social, cultural e jurídico, produz efeitos radicalmente díspares (efeitos

ficação, entretanto, somente surgiu com o advento da Lei Complementar n. 150/2015, que incorporou claramente a tese sufragada pela doutrina e jurisprudência dominantes: trabalho doméstico até dois dias por semana considera-se *descontínuo*; trabalho doméstico por mais de dois dias na semana considera-se *contínuo* (art. 1º, *caput*, LC n. 150/15).⁽³³⁾

C) Elementos Fático-jurídicos Especiais — Os elementos fático-jurídicos específicos à relação empregatícia doméstica dizem respeito à finalidade não lucrativa dos serviços prestados, à circunstância de serem esses serviços prestados à pessoa ou à família e, finalmente, ao fato de essa prestação desenvolver-se em função do âmbito residencial do tomador dos serviços.

a) Finalidade Não Lucrativa dos Serviços — No que toca ao primeiro desses elementos fático-jurídicos especiais (*finalidade não lucrativa dos serviços*), quer a lei que o trabalho exercido não tenha objetivos e resultados comerciais ou industriais, restringindo-se ao exclusivo interesse pessoal do tomador ou sua família. Trata-se, pois, de serviços sem potencial de repercussão direta fora do âmbito pessoal e familiar, não produzindo benefícios para terceiros.

A noção de finalidade ou efeito econômico do trabalho prestado constrói-se *sob a perspectiva do tomador dos serviços* (e não de seu prestador). O enfoque desse elemento especial é, desse modo, distinto daquele inerente aos elementos fático-jurídicos gerais.

O critério objetivo privilegiado pela lei elabora-se a partir do prisma do empregador, uma vez que — sabe-se — para o empregado todo trabalho efetuado tem evidente conteúdo econômico (a onerosidade, como visto, é elemento fático-jurídico inarredável também da relação empregatícia doméstica). *Os serviços prestados não podem constituir fator de produção para aquele (pessoa ou família) que deles se utiliza, embora tenham qualidade econômica para o obreiro.* Portanto, se na residência há regular

inclusivos versus efeitos excludentes) quanto a essa importante categoria de trabalhadores brasileiros (mais de cinco milhões de pessoas essencialmente simples em todo o País, como se conhece). Caso se considere *contínuo* o labor prestado habitualmente a partir de três dias na semana (mantendo-se como típica *diarista doméstica* somente a trabalhadora que labore, habitualmente, não mais do que dois dias na semana), estar-se-á incluindo no Direito do Trabalho e no Direito Previdenciário do Brasil milhões de trabalhadores; caso se considere *descontínuo* o labor *habitual* por três ou até quatro dias na semana, manter-se-ão na informalidade e na exclusão jurídica e social provavelmente quase os mesmos milhões de trabalhadores. A Constituição da República e o Direito do Trabalho apontam, contudo, de maneira geral — conforme se sabe —, na direção inclusiva, ao invés da excludente.

(33) Eis o texto do art. 1º, *caput*, da LC n. 150/15: “Ao empregado doméstico, assim considerado *aquele que presta serviços de forma contínua*, subordinada, onerosa e pessoal e de finalidade não lucrativa à pessoa ou à família, no âmbito residencial destas, *por mais de 2 (dois) dias por semana*, aplica-se o disposto nesta Lei.” (grifos acrescentados).

pensionato para não familiares ou sistema de fornecimento de alimentação para terceiros, a faxineira, no primeiro caso, e a cozinheira, no segundo caso, já não mais serão domésticas, mas empregadas comuns.

Do ponto de vista econômico, pode-se afirmar que o doméstico produz, exclusivamente, valor de uso, jamais valor de troca: “*trata-se de uma atividade de mero consumo, não produtiva*”⁽³⁴⁾, por isso sem intuito ou conteúdo econômicos para o tomador de serviços. Nessa linha será doméstico o caseiro de sítio de lazer do empregador, desde que não se realize produção, na propriedade, com o concurso do caseiro, para fins de colocação no mercado. Existindo sistema de produção para venda habitual de bens a terceiros, descaracteriza-se a natureza doméstica do vínculo estabelecido com o trabalhador no local.

No tocante, ainda, à *natureza do serviço prestado*, há que se ressaltar que a legislação não diferencia, especifica ou restringe o *tipo* de serviço a caracterizar o trabalho doméstico. A única limitação existente é de exclusivo caráter cultural, que tende a circunscrever tais serviços ao trabalho manual. Essa fronteira culturalmente estabelecida não tem, contudo, qualquer suporte ou relevância no âmbito da normatividade jurídica existente.

O tipo de serviço prestado (manual ou intelectual; especializado ou não especializado) não é, desse modo, elemento fático-jurídico da relação empregatícia doméstica. Qualquer tipo de trabalho realizado por pessoa natural em favor de pessoa física ou família, com os elementos fático-jurídicos desta relação de emprego diferenciada, rege-se pela ordem jurídica específica composta pela Lei n. 5.859/72, parágrafo único do art. 7º da Constituição da República, Lei n. 11.324/2006 e demais regras jurídicas próprias. A esse respeito a doutrina tem produzido esclarecedoras reflexões. *Magano*, por exemplo, afirma:

“Outra nota, que tampouco pode ser tida como incompatível com o trabalho doméstico, é a do trabalho intelectual. A questão vem a pelo em virtude da filiação da locação de serviços à antiga *locatio operarum* dos romanos, que recaía geralmente sobre serviços manuais”⁽³⁵⁾.

Orlando Gomes e *Elson Gottschalk* também são taxativos quanto a essa compreensão do mesmo tema:

“a natureza da função do empregado é imprestável para definir a qualidade de doméstico. Um cozinheiro pode servir tanto a uma residência particular como a uma casa de pasto. Um professor pode ensinar num

(34) GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. *Curso de Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro: Forense, 1972, p. 101.

(35) MAGANO, O. B., ob. cit., p. 102.

estabelecimento público ou privado ou no âmbito residencial da família. Portanto, a natureza intelectual ou manual da atividade não exclui a qualidade do doméstico⁽³⁶⁾.

Em face de o tipo do serviço ser irrelevante à caracterização do empregado doméstico, poderão se enquadrar no tipo legal da Lei n. 5.859/72 distintos trabalhadores especializados: motoristas particulares, professores (ou “preceptores”) particulares, secretárias particulares, enfermeiras particulares e outros trabalhadores, desde que, insista-se, estejam presentes, na situação sociojurídica examinada, todos os elementos fático-jurídicos gerais e especiais da relação de emprego da Lei n. 5.859/72.

b) Prestação Laboral à Pessoa ou Família — É ainda elemento fático-jurídico específico da relação empregatícia doméstica a circunstância de serem os *serviços prestados à pessoa ou à família*.

Não há possibilidade de pessoa jurídica ser tomadora de serviço doméstico. Apenas a pessoa física, individualmente ou em grupo unitário, pode ocupar o polo passivo dessa relação jurídica especial.

A lei refere-se à pessoa *ou família*. Contudo, evidentemente que certo grupo unitário de pessoas físicas, atuando estritamente em função de interesses individuais de consumo pessoal, pode também tomar trabalho doméstico, nos moldes da Lei n. 5.859/72. É o que se passa, por exemplo, com uma informal *república estudantil* e sua faxineira/cozinheira (caso que não se confunde, por óbvio, com o pensionato, em que alguém explora a oferta ao mercado de serviços de moradia e alimentação).

O vínculo previsto na Lei n. 5.859/72 (e na LC n. 150/2015) emerge como notável exceção ao princípio justrabalhista concernente à *despersonalização do empregador*. Na relação doméstica, essa despersonalização é afastada ou, pelo menos, significativamente atenuada uma vez que não podem ocupar o polo passivo de tal vínculo empregatício pessoas jurídicas, mas apenas pessoas naturais. Entes jurídicos especiais, aptos a contrair direitos e obrigações, embora sem personalidade formal — como massa falida e condomínios, por exemplo —, também não podem ser empregadores domésticos. Mesmo o espólio do falecido empregador doméstico tende a não ser, em si, um empregador, mas mero responsável pela antiga relação de emprego, que se findou com a morte de seu sujeito ativo (caso o contrato não tenha se mantido vigente em face do mesmo núcleo familiar).

O afastamento — ou atenuação importante — da despersonalização do empregador nesta relação sociojurídica especial faz com que vicissitudes *pessoais* do empregador doméstico possam afetar diretamente a relação trabalhista pactuada. Nesta linha, a morte do empregador tende a extinguir,

(36) In MAGANO, O. B., ob. cit., p. 102.

automaticamente, a relação empregatícia — a menos que a prestação laborativa mantenha-se, nos exatos mesmos moldes, perante a mesma família e unidade familiar.

Há, pois, certa pessoalidade no tocante à figura do empregador doméstico, em contraponto à regra da impessoalidade vigente quanto aos demais empregadores. Pessoalidade apenas relativa, é claro, sem dúvida menor do que a inerente à figura do próprio empregado; porém não deixa de ser aspecto dotado de certa relevância jurídica.

Essa relativa pessoalidade que imanta a figura do empregador, no âmbito da relação empregatícia doméstica, é que torna difícil a extensão à categoria dos princípios e regras da chamada *alteração subjetiva do contrato* (ou *sucessão trabalhista* — arts. 10, 448 e 448-A, CLT).

De fato, em primeiro lugar, há o próprio óbice normativo encontrado no art. 7º, “a”, CLT (que inibe a aplicação da CLT aos domésticos). Além disso, existe, em segundo lugar, certa incompatibilidade teórica de institutos jurídicos, já que a sucessão trabalhista tem como um de seus fundamentos centrais o princípio da despersonalização da figura do empregador — que é inaplicável à relação de emprego doméstica. A terceira incompatibilidade, lembre-se, estaria na ideia de *empresa*: esta é relevante à despersonalização intentada pelos arts. 10, 448 e 448-A, CLT (que regulam a *sucessão*), ao passo que é incompatível com a noção de relação empregatícia doméstica.⁽³⁷⁾

c) *Âmbito Residencial de Prestação Laborativa* — O último dos elementos fático-jurídicos especiais da relação empregatícia doméstica diz respeito à circunstância de terem de ser os *serviços prestados no âmbito residencial do empregador*.

A expressão utilizada pela Lei n. 5.859/72 (e LC n. 150/2015) designa, na verdade, todo ambiente que esteja vinculado à vida pessoal do indivíduo ou da família, onde não se produza valor de troca, mas essencialmente atividade de consumo. Desse modo, a expressão deve ser apreendida no seguinte sentido: *com respeito ao âmbito residencial destas ou para o âmbito residencial destas, ou, ainda, em função do âmbito residencial da pessoa ou família*.

Isso significa que a noção de *âmbito residencial* abrange não somente a específica moradia do empregador, como, também, unidades estritamente familiares que estejam distantes da residência principal da pessoa ou família

(37) Com o advento da Lei Complementar n. 150, de 1º de junho de 2015, a CLT passou a ter aplicação *subsidiária* às relações empregatícias domésticas (art. 19, *caput*, *in fine*, LC n. 150/15). Tal caráter tecnicamente *subsidiário* da fonte normativa celetista exige o manejo de um *juízo de compatibilidade* versus *incompatibilidade* com a estrutura e a lógica jurídicas da regulação do trabalho doméstico — operação que afasta a aplicação do instituto da sucessão trabalhista, regido pelos arts. 10, 448 e 448-A da CLT, no âmbito das relações de emprego domésticas.

que toma o serviço doméstico. É o que ocorre com a casa de campo, a casa de praia, além de outras extensões da residência, como barracão para uso próprio, se houver. No caso do motorista, enfermeiro, etc., o deslocamento para fora da residência, no exercício das funções domésticas (viagens, etc.), não descaracteriza, por óbvio, a relação. O que se considera essencial é que *o espaço de trabalho se refira ao interesse pessoal ou familiar, apresentando-se aos sujeitos da relação de emprego em função da dinâmica estritamente pessoal ou familiar do empregador.*

Conforme já exposto, é viável, juridicamente, a contratação de trabalho doméstico no contexto de ambiente residencial ocupado por pessoas não vinculadas por laços de parentesco (caso típico das tradicionais *repúblicas*). As pessoas envolvidas estarão contratando diretamente prestação de trabalho doméstico, sem fins econômicos, a ser desenvolvido no âmbito de sua residência atual. A hipótese não se confunde, como analisado, com a do pensionato, em que o proprietário contrata empregados (arrumadeiras, cozinheiras, etc.) para viabilizar o objeto econômico do empreendimento (locação de quartos, com ou sem prestação de alimentação).

3. Direitos Trabalhistas Estendidos aos Domésticos

A) Fase de Exclusão Jurídica — A categoria doméstica não recebeu qualquer proteção jurídica do Direito do Trabalho na fase clássica de institucionalização desse campo jurídico (1930, em diante). Por décadas permaneceu excluída de qualquer cidadania trabalhista, previdenciária e institucional.

De fato, a CLT excluiu, expressamente, os empregados domésticos do âmbito de suas normas protetivas (art. 7º, “a”). A categoria permaneceu, assim, por extenso período, em constrangedor limbo jurídico, sem direito sequer a salário mínimo e reconhecimento previdenciário do tempo de serviço.

Um antigo diploma fez referência a esses trabalhadores (Decreto-lei n. 3.078, de 1941), com o fito de lhes atribuir certos direitos. Porém impôs, expressamente, para sua efetiva vigência, a necessidade de regulamentação inferior — a qual jamais foi procedida.

B) Fase de Inclusão Jurídica — A fase de inclusão jurídica da categoria também tem sido longa, durando mais de 40 anos: inicia-se pela esquálida Lei n. 5.859, de 1972, com apenas três direitos, sendo seguida pelas regras concessoras do Vale Transporte, na segunda metade dos anos de 1980; passa por um momento de grande relevância, a Constituição de 1988 e seu art. 7º, parágrafo único, que acrescentaram oito novos direitos à categoria doméstica; porém retoma o ritmo de avanço somente 18 anos depois de 1988, por meio da Lei n. 11.324, de 2006 (quatro direitos acrescidos); consagra-se por

intermédio da Emenda Constitucional n. 72, promulgada em 2013, que estende 16 novos direitos aos trabalhadores domésticos (alguns, tendo ainda caráter multidimensional); atinge o seu ápice, por fim, com a LC n. 150, de 2015.

a) *Lei n. 5.859/1972 e Regras do Vale-Transporte* — Conforme visto, apenas no início da década de 1970, com a Lei n. 5.859, de 11.12.1972, é que a categoria adquiriu um mínimo de cidadania jurídica. Cidadania mínima, entretanto, uma vez que a Lei n. 5.859 não mais do que, praticamente, apenas *formalizava* a exclusão, ao não estender inúmeros direitos trabalhistas clássicos à categoria doméstica (o diploma legal fixou a pertinência da assinatura de CTPS, inserção na Previdência Social e férias anuais remuneradas de 20 dias úteis, silenciando-se, por exemplo, sobre salário mínimo, irredutibilidade salarial, 13º salário, aviso-prévio, descanso semanal remunerado, garantia à gestante, etc.).

A Lei n. 5.859/72 concedeu à categoria três únicos direitos: férias anuais remuneradas de *20 dias úteis*, após cada 12 meses de trabalho (desde a Lei n. 11.324, arts. 4º e 5º — Diário Oficial de 20.7.2006 —, o prazo destas férias passou para 30 dias corridos); anotação de CTPS; inscrição do empregado como segurado obrigatório na Previdência Oficial. O decreto regulamentador da Lei n. 5.859/72 determinou ainda que se aplicasse ao empregado doméstico o capítulo celetista referente a férias (art. 2º, *caput*, Decreto n. 71.885/73).

A legislação do Vale-Transporte, surgida na segunda metade da década de 1980, também contemplou o empregado doméstico com a parcela que instituiu (Leis ns. 7.418/85 e 7.619/87 e Decreto n. 95.247/87). Cabe notar-se que apenas o Decreto n. 95.247, de 17.11.87, ao regulamentar os diplomas mencionados, é que explicitou efetivamente a extensão do Vale-Transporte à categoria doméstica (art. 1º, II, Decreto n. 95.247/87).

b) *CF/88: oito novos direitos* — A Constituição de 1988 garantiu à categoria doméstica um leque muito mais extenso de direitos do que as conquistas anteriormente alcançadas (até então, somente quatro direitos). O rol constitucional compreende as seguintes oito parcelas: salário mínimo; irredutibilidade de salário; 13º salário; repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos; gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal; licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com duração de cento e vinte dias; licença-paternidade, nos termos fixados em lei; aviso-prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo trinta dias, nos termos da lei; aposentadoria (art. 7º, parágrafo único, CF/88). O mesmo dispositivo refere-se, ainda, à *integração à previdência social* — o que já constava da legislação anterior.⁽³⁸⁾

(38) A extensão do direito ao aviso-prévio (que foi efetivada com a vigência da CF/88, no tocante ao prazo de 30 dias), somente iria se completar, tempos depois de 1988, com a regulação da *proporcionalidade* da parcela, ocorrida com a Lei n. 12.506, publicada em

c) *A Peculiar Lei n. 10.208/2001* — A partir de março de 2000, permitiu-se ao empregador, por ato voluntário, estender o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço a seu empregado doméstico⁽³⁹⁾. Trata-se, porém, de norma *dispositiva*, até então rara no Direito do Trabalho, e com parca efetividade (MPr n. 1.986, de 13.12.1999, e subsequentes reedições, com conversão na Lei n. 10.208, de 23.3.2001).

Com sua inserção no sistema do Fundo de Garantia, o empregado doméstico passou também a ser contemplado com o seguro desemprego, em situação de dispensa injusta. A verba de seguridade social foi estendida com restrições, seja quanto ao valor (salário mínimo), seja quanto ao número de parcelas (três)⁽⁴⁰⁾.

Observe-se que, mesmo inserido no FGTS e no sistema de seguro desemprego por ato voluntário do empregador doméstico, este obreiro não se sujeita à homologação administrativa ou sindical relativamente à sua rescisão de contrato do trabalho. É que à categoria doméstica não se aplicam as regras e os ritos formalísticos rescisórios mais rigorosos da Consolidação, previstos em seu art. 477, §§ 1º a 3º, e art. 500, em obediência à expressa exclusão feita pelo art. 7º, “a”, da mesma CLT.

d) *Lei n. 11.324/2006: quatro novos direitos* — A Lei n. 11.324/2006 (DOU de 20.7.06) fez nova extensão de direitos trabalhistas para a categoria doméstica: *descanso remunerado em feriados* (art. 9º da Lei n. 11.324/06, revogando exclusão constante no art. 5º da Lei n. 605/1949); *30 dias corridos de férias, para períodos aquisitivos iniciados após a data de sua publicação* — 20.7.2006 (arts. 4º e 5º, Lei n. 11.324/06); *garantia de emprego à gestante desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto* (art. 4º-A, Lei n. 5.859/72, conforme Lei n. 11.324/06).

O novo diploma também ratificou antiga interpretação jurídica no sentido de ser vedado “... ao empregador doméstico efetuar descontos no salário do empregado por fornecimento de alimentação, vestuário, higiene ou moradia” (art. 2º-A, Lei n. 5.859/72, conforme Lei n. 11.324/06). É que a oferta de tais bens, neste tipo de relação sociojurídica, tem evidente caráter *instrumental*, viabilizando a melhor prestação de serviços; não tendo fins retributivos

13.10.2011. A respeito, consultar, mais à frente, o item IV.4.D (“Aviso-Prévio Proporcional”). Antes da Lei n. 12.506/2011, a jurisprudência não assegurava efetividade à proporcionalidade do aviso (OJ 84, SDI-I/TST; Súmula 441, TST).

(39) A inscrição do empregado doméstico no FGTS, embora prevista, facultativamente, por MPr. ainda de 1999, somente fez-se possível a contar de 03/2000, após regulamentação feita pelo Decreto n. 3.361, de 10.2.2000 (condicionamento previsto pelo próprio texto normativo posteriormente regulamentado).

(40) MPr. n. 1.986/1999 e subsequentes MPrs. renovatórias; Decreto n. 3.361/2000; Lei de Conversão n. 10.208/2001. Os diplomas legais alteraram o texto da Lei n. 5.859/72, acrescentando-lhe dispositivos.

porém instrumentais, tais bens não poderiam mesmo ser descontados e nem somados ao montante salarial, para qualquer efeito (novo art. 2º-A, § 2º, Lei n. 5.859/72). Ressalva, contudo, a nova lei que poderão ser descontadas as despesas com moradia quando esta referir-se a local diverso da residência em que ocorra a prestação de serviço, e desde que tal possibilidade tenha sido expressamente acordada entre as partes (art. 2º-A, § 1º, Lei n. 5.859/72, conforme Lei n. 11.324/06).

O mesmo diploma também criou *incentivo fiscal* para o empregador doméstico, permitindo-lhe deduzir do imposto de renda, desde o ano fiscal de 2006 (exercício 2007) e até o ano fiscal de 2011 (exercício 2012), as contribuições previdenciárias patronais mensais (inclusive sobre 13º salário e terço de férias), respeitados o teto de um salário mínimo como salário de contribuição e o lançamento de um único empregado (arts. 1º e 8º da Lei n. 11.324/06). Finalmente promoveu certa desburocratização, autorizando o recolhimento em guia única, até 20 de dezembro, das contribuições previdenciárias relativas ao mês de novembro e ao 13º salário (art. 2º, Lei n. 11.324/06).⁽⁴¹⁾

e) *EC n. 72/2013: 16 novos direitos* — A Emenda Constitucional n. 72, publicada em 3.4.2013, levou à maturidade a fase de inclusão jurídica da categoria doméstica, estendendo-lhe *16 novos direitos*, alguns deles com impressionante caráter multidimensional (por exemplo: duração do trabalho; tutela à saúde e segurança no trabalho; seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização; negociação coletiva trabalhista). Alguns desses direitos ostentam efeito jurídico imediato, desde 3.4.2013, ao passo que outros ficaram na dependência de regulação legal (nova redação do parágrafo único do art. 7º da CF/88).

Dentro do rol de parcelas inovadoramente estendidas aos empregados domésticos, *com efeito imediato e imperativo*, constam as seguintes (sem computar os 16 direitos já assegurados nos anos anteriores à categoria): garantia de salário, nunca inferior ao mínimo, para os que percebem remuneração variável; proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa; duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e 44 horas semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva; remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em 50% à do normal; redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança; reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho;

(41) O incentivo fiscal tem sido reiteradamente prorrogado. Nesse quadro, está ora previsto para vigorar até o exercício de 2019, ano-calendário de 2018 (art. 12, VII da Lei n. 9.250/95, conforme redação conferida pela MPr. n. 656, de 7.10.2014, e subsequente Lei n. 13.097/2015).

proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil; proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência.

Conforme se percebe, são oito novos direitos, consideradas as referências às regras antidiscriminatórias dos incisos XXX, XXXI e XXXII do art. 7º da Constituição. Entre esses oito novos direitos, destacam-se a normatividade concernente à duração do trabalho (art. 7º, XIII e XVI) e o reconhecimento de CCTs e ACTs, que envolvem, como se sabe, diversas facetas, regras e parcelas.

No rol de parcelas dependentes de regulamentação legal, destacam-se: relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, entre outros direitos (o dispositivo remete-se ao art. 10, I, do ADCT: 40% sobre FGTS, em caso de dispensa arbitrária, salvo regulação legal distinta); seguro desemprego, em caso de desemprego involuntário; fundo de garantia do tempo de serviço; remuneração do trabalho noturno superior à do diurno; salário-família pago em razão do dependente do trabalhador de baixa renda nos termos da lei; assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até cinco anos de idade em creches e pré-escolas; seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa.

Conforme se vê, consistem em mais oito parcelas novas, considerada como um direito específico a garantia constante do inciso I do art. 7º, e, como outro direito específico o percentual de 40% sobre o FGTS referido pelo art. 10, I, do ADCT.

Trata-se, portanto, de 16 garantias ou direitos novos que foram estendidos à categoria doméstica, observadas as parcelas de efeito imediato e as dependentes de regulamentação legal. Considerado o conjunto de verbas e garantias hoje distinguidas, atinge-se o montante de 32 proteções e direitos trabalhistas ou de seguridade social incidentes em favor dos empregados domésticos.

f) LC n. 150/2015: regulação de novo patamar jurídico — A Lei Complementar n. 150, composta de 47 artigos, publicada em 2.6.2015, regulou amplamente o contrato de trabalho doméstico, estruturando-se em torno de cinco grandes capítulos: I — “Do Contrato de Trabalho Doméstico”; II — “Do Simples Doméstico”; III — “Da Legislação Previdenciária e Tributária”; IV — “Do Programa de Recuperação Previdenciária dos Empregadores Domésticos (REDOM)”; V — “Das Disposições Gerais”.

Na regulação do contrato de trabalho doméstico (Capítulo I), a nova lei definiu os elementos fático-jurídicos integrantes da relação de emprego doméstico (art. 1º), pacificando antiga controvérsia sobre o elemento especial da

continuidade (trabalho por mais de dois dias na semana); ratificou a proibição de trabalho doméstico por pessoa humana abaixo de 18 anos (parágrafo único do art. 1º); explicitou a possibilidade de celebração de contrato de experiência e de contrato a termo nessa relação jurídica especial (arts. 4º até 9º).

Regulou de maneira minuciosa e específica a duração do trabalho nos contratos domésticos, tratando da jornada (art. 2º, *caput* e §§ 1º até 8º; art. 3º, §§ e incisos; arts. 10, 11 e 12), dos intervalos intrajornadas (art. 13) e interjornadas (art. 15) e também do trabalho noturno (art. 14). Regulou o dia de descanso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos, e o descanso em feriados (art. 16). Regulou ainda o instituto das férias anuais remuneradas (art. 17).

Tratou a LC n. 150/2015 do critério relativo aos descontos nos salários do empregado, com as vedações e permissões cabíveis (art. 18, *caput* e §§ 1º até 4º, e art. 19, parágrafo único).

Explicitou regras sobre a terminação do contrato de trabalho, com o instituto do aviso-prévio de 30 dias e o aviso proporcional (art. 23, *caput* e §§ 1º até o 5º, e art. 24), especificando também as hipóteses de dispensa por justa causa (art. 27, *caput* e incisos I até XII) e as hipóteses de rescisão indireta do contrato de trabalho (art. 27, parágrafo único, incisos I até VII).

Regulou a inserção obrigatória do empregado doméstico no FGTS (arts. 21 e 22) — direito que passou a vigorar, plenamente, a partir de 1º de outubro de 2015. Neste tema, a LC n. 150 criou depósito especial compensatório dos 40% rescisórios do FGTS, à base de recolhimento de 3,2% ao mês (art. 22, *caput*), que se somam aos 8% aplicáveis aos demais empregados. Regulou também a concessão do seguro desemprego para o empregado doméstico, com duração e valor específicos (art. 26, *caput*, § 1º e § 2º, incisos I até IV; arts. 28, *caput* e incisos I até IV, 29 e 30).

Reafirmou a licença-maternidade de 120 dias à empregada doméstica e a estabilidade provisória de até cinco meses após o parto (art. 25, *caput* e parágrafo único).

Na regulação do *Simplex Doméstico* (Capítulo II), a nova lei determinou a estruturação de um programa oficial computadorizado e de informática para receber os dados contratuais iniciais e também os periódicos, relativamente ao empregador, ao empregado e ao contrato doméstico de trabalho, em sua celebração e seu desenvolvimento, para fins trabalhistas, previdenciários, fiscais e administrativos (arts. 31 até 35). Por meio do *Simplex Doméstico*, deve ser fornecido mensalmente o *documento único de arrecadação*, para unificar os recolhimentos diversos concernentes ao contrato de trabalho doméstico (art. 34, *caput* e § 7º), sejam os trabalhistas (como o FGTS), sejam os previdenciários (como as contribuições do empregador e do empregado, além da nova contribuição patronal para o financiamento do seguro contra acidentes do trabalho), seja a retenção do imposto de renda — se o valor

salarial mensal do empregado estiver acima do limite de isenção, é claro. Do ponto de vista prático, o *Simples Doméstico* passou a funcionar a partir de outubro de 2015, mediante o programa de informática oficial denominado *eSocial Doméstico*, hospedado em sítio próprio na internet (o programa virtual denomina o documento único de arrecadação de *Documento de Arrecadação do eSocial — DAe*).

No tocante à legislação previdenciária e tributária (Capítulo III), o novo diploma normativo complementar efetivou diversas adequações nas Leis Previdenciárias n. 8.212 e 8.213, ambas de 1991, de maneira a conferir inserção mais ampla e uniforme ao empregado doméstico nos direitos de natureza previdenciária e de seguridade social (art. 20 e arts. 36/37 da LC n. 150/2015). Realizou também adequação na Lei Tributária n. 11.196/2005, passando os recolhimentos previdenciários, de FGTS e tributários — estes, se houver — para o dia 7 (sete) do mês subsequente ao da ocorrência dos fatos geradores (ou seja, dia sete do mês subsequente ao trabalhado).

Relativamente às mudanças previdenciárias, foi estendido o salário-família ao empregado doméstico, nas hipóteses legais de incidência, tendo sido estendidas também as regras relativas ao benefício do auxílio-acidente.

No tocante ao REDOM (Capítulo IV), constitui programa de parcelamento dos débitos dos empregadores com o INSS relativos às contribuições previdenciárias com vencimento até 30.4.2013.

No que diz respeito ao último capítulo (V: “Disposições Gerais”), trata da prescrição e da responsabilidade do empregador pela guarda dos documentos fiscais, trabalhistas e previdenciários concernentes aos contratos de trabalho doméstico, regulando ainda a fiscalização a ser realizada pela Auditoria-Fiscal do Trabalho. Menciona ademais os preceitos revogados pela LC n. 150/2015.

Como se nota, é diploma normativo de grande amplitude e minúcia, instaurando novo patamar de regência legal sobre os contratos de trabalho doméstico no País. O exame mais detalhado dos direitos e obrigações especificados na Lei Complementar n. 150 será feito ainda neste capítulo, dentro do presente item IV (“*Empregado Doméstico*”), em seu subitem 5. *A Nova Regência Normativa da LC n. 150/2015*.⁽⁴²⁾

4. Parcelas Trabalhistas Controvertidas Antes da LC n. 150/2015

Na antiga regência normativa da categoria doméstica, antes do advento da EC n. 72/2013 e da LC n. 150/2015, destacaram-se algumas divergências

(42) Para estudo mais minucioso sobre o contrato de trabalho doméstico no Brasil, antes e depois da EC n. 72/2013 e da Lei Complementar n. 150/2015, consultar também: DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *O Novo Manual do Trabalho Doméstico*. São Paulo: LTr, 2016.

doutrinárias e jurisprudenciais acerca da dimensão e extensão dos direitos conferidos aos empregados domésticos. Algumas dessas divergências se pacificaram já com a Lei n. 11.324, de 2006; outras foram superadas apenas no novo contexto jurídico aberto pela LC n. 150/2015. Pela sua relevância jurídica e em vista de sua proximidade temporal, tais aspectos serão em seguida examinados.

A) Férias Anuais Remuneradas — O primeiro debate importante surge em torno da figura das *férias*.

A partir de 20.7.2006 (vigência da Lei n. 11.324/06) o prazo dos *novos períodos de férias* estendeu-se, indubitavelmente, para *30 dias* (arts. 4º e 5º, Lei n. 11.324). Contudo, qual o prazo pertinente para as férias adquiridas *antes* da vigência da Lei n. 11.324/06?

No que toca ao período precedente à Lei n. 11.324/06, é bastante clara a preservação do lapso de *vinte dias úteis*, criado pela Lei n. 5.859/72. Este prazo não foi alterado quanto à categoria doméstica, quer pelo Decreto-lei n. 1.535/77, que deu nova redação ao Capítulo IV da CLT (o capítulo das férias celetistas), quer pela Constituição de 1988. É que tal capítulo celetista aplica-se aos domésticos, mas nos limites e especificidades da Lei n. 5.859/72. Não se tendo expressamente alterado, também para os domésticos, o limite de vinte dias úteis de férias, elevando-o para 30 dias corridos, como feito para os demais trabalhadores, não se pode considerar revogada a Lei n. 5.859/72 pelo Decreto-lei n. 1.535/77, dado ter aquela lei doméstica natureza especial. Ora, sabe-se que a norma especial não se altera em decorrência de modificação de norma geral (art. 2º, § 2º, Lei de Introdução ao CCB).

Ainda no tocante à questão do prazo, também não tem consistente suporte jurídico (embora possa ter fundamentação de outra natureza) considerar-se revogado, pela Constituição de 88, o lapso temporal fixado pela Lei n. 5.859/72, ampliando-se, assim, o período de férias para 30 dias. Nada há, no art. 7º, item XVII e parágrafo único, da Constituição, a autorizar semelhante leitura, quer do ponto de vista gramatical, quer do ponto de vista lógico-sistemático. Não há no texto constitucional qualquer referência a *prazo de férias*.

Por outro lado, é comum não se considerarem aplicáveis aos domésticos preceitos como *férias proporcionais e dobra da parcela não quitada de férias*, ao fundamento de não existir previsão específica na Lei n. 5.859/72. Entretanto, o argumento é falho. Em primeiro lugar, o Decreto n. 71.885/73, ao regulamentar a lei especial a que se reportava (Lei do Trabalho Doméstico, 5.859/72), *determinou* a aplicação do capítulo celetista referente a férias à categoria dos domésticos (arts. 2º e 6º, Decreto n. 71.885/73). Em segundo lugar, mesmo que não se aceite a extensão feita pelo Regulamento da Lei do Doméstico, este diploma legal conferiu à categoria o direito ao *instituto de férias anuais remuneradas*, apenas com a particularidade do prazo

de 20 dias úteis. Ora, *a estrutura e dinâmica do instituto é dada pela CLT*, que passou, desse modo, no compatível, a ser necessariamente aplicada à categoria doméstica. Por esta razão, cabem aos empregados domésticos as parcelas de férias proporcionais e a dobra celetista incidente sobre as verbas pagas a destempo. Em contraponto a isso, perde direito a férias o trabalhador doméstico que faltar injustificadamente ao serviço, no montante proporcional ao estabelecido na CLT; também ficará privado de suas férias aquele doméstico que tiver gozado mais de 30 dias de licença remunerada concedida pelo empregador (arts. 130 e 133, CLT).

Em síntese, independentemente do disposto no decreto regulamentador, deve-se entender que a lei especial (n. 5.859/72, em seu texto primitivo) estendeu ao doméstico o *instituto das férias*, respeitadas as especificidades expressas em seu texto (o prazo de 20 dias úteis). Tal instituto aplica-se ao empregado doméstico *naquilo que lhe for favorável* e também *naquilo que lhe for desfavorável*, segundo as regras jurídicas próprias à sua estrutura e dinâmica operativa (regras que estão na CLT).

No tocante aos períodos aquisitivos desenrolados a partir da publicação da Lei n. 11.324 (20.7.2006), o prazo de tais férias passou, efetivamente, para *30 dias corridos* (arts. 4º e 5º da Lei n. 11.324/06).

B) Licença-paternidade e Licença-gestante — No que tange à *licença-paternidade* (5 dias: art. 10, § 1º, ADCT-CF/88) e diferença de prazo de *licença-gestante* em face da elevação concedida pelo art. 7º, XVIII, CF/88 (120 dias), surgiu polêmica, logo após 5.10.88, sobre o efeito imediato dos dispositivos instituidores de tais parcelas. Contudo, sempre nos pareceu inquestionável que as normas respectivas ingressaram com imediata vigência na ordem jurídica, tão logo promulgada a nova Constituição. Assim, caberia ao empregador o ônus de garantir tais parcelas, até que regra previdenciária específica transferisse ao INSS a responsabilidade pelas verbas constitucionalmente instituídas.

A vigência imediata dos preceitos do art. 7º constitucional era determinação da mesma Constituição (art. 5º, § 1º, CF/88), que excetuava somente as hipóteses normativas em que a própria norma instituidora condicionasse sua incidência e eficácia à publicação de diploma infraconstitucional regulamentador. No caso da licença-paternidade, isso claramente não ocorreu, à luz do próprio preceito transitório do art. 10, § 1º, ADCT (que fixava, provisoriamente, em cinco dias, o prazo da licença-paternidade).

Também não se verificou hipótese constitucional excetiva no tocante ao acréscimo de prazo da licença-maternidade. À medida que determinava a Constituição que *“nenhum benefício ou serviço de seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio social”* (art. 195, § 5º, CF/88), não podia a Previdência Oficial, sem lei específica, assumir a responsabilidade pelo pagamento do acréscimo

relativo ao afastamento da parturiente. Tal responsabilidade preservava-se, desse modo, com o próprio empregador: é que o direito ao afastamento remunerado, instituído com vigência imediata, derivava da relação de emprego. Esse lapso de afastamento constituía-se, assim, em simples interrupção da prestação de serviços — figura clássica na lei trabalhista —, até que norma distinta lhe conferisse outra qualidade jurídica, transferindo os ônus à Previdência Social. A partir de 27.7.91, mediante a Lei n. 8.213/91 (Lei dos Planos de Benefícios da Previdência Social), o salário-maternidade passou a ser *pago diretamente pela Previdência Social à empregada doméstica, em valor correspondente ao do seu último salário de contribuição* (art. 73, Lei n. 8.213/91). A regulamentação legal, exigida pela Constituição da República, veio suprimir, portanto, o ônus até então suportado pelo próprio empregador.

C) Garantia de Emprego à Gestante — Outra polêmica jurisprudencial acirrada diz respeito à extensão à empregada doméstica da *garantia de emprego de até cinco meses após o parto*, instituída pelo art. 10, II, “b”, do ADCT. O texto original da Constituição teria estendido à gestante doméstica esta garantia de emprego?

Duas posições principais digladiam-se — considerado o período anterior à Lei n. 11.324, publicada em 20.7.2006.⁽⁴³⁾ A primeira posição interpretativa argumenta que a Constituição não poderia ter pretendido excluir a doméstica dessa garantia, não só por ter-lhe estendido a licença-maternidade mais ampla do art. 7º, XVIII, CF/88, como também por consistir o fato da gravidez em um evento biológico, pessoal e social idêntico na obreira, qualquer que seja seu segmento socioprofissional de inserção.

A segunda posição, dominante na jurisprudência, sustenta que o segundo argumento (acerca da identidade do fato da gravidez) não tem substância jurídica, embora construído sobre inequívoca evidência fática. É que pode o Direito conferir certos efeitos a um determinado evento, em um certo segmento social, omitindo ou negando os mesmos efeitos em outro segmento social. A própria legislação doméstica seria um retrato dessa dinâmica jurídica diferenciada: não obstante o empregado doméstico seja tão empregado quanto qualquer outro existente no mercado de trabalho, a lei nega a ele inúmeros direitos justralhistas, sem que se considere factível produzir-se interpretação extensiva favorável quanto às parcelas negadas (ilustrativamente, jornada de trabalho, FGTS, etc.). Seria necessária a existência de norma jurídica, para que os efeitos jurídicos objetivados incidissem sobre o caso concreto.

(43) A Lei n. 11.324/2006 estendeu, explicitamente, a garantia de emprego à obreira doméstica, desde sua publicação (20.7.2006). Não teve, porém, efeito retroativo, conforme princípio constitucional do efeito estritamente imediato, ao invés de retroativo, das leis no País (art. 5º, XXXVI, CF/88).

Aduz a posição hermenêutica hoje dominante que no instante em que a Constituição de 1988 pretendeu se referir e englobar em suas normas a categoria doméstica, fê-lo expressa e topicamente (parágrafo único do art. 7º, CF/88). Assim, descaberia produzir-se interpretação extensiva onde a Constituição conferiu tratamento restrito e excetivo.

A par disso, o art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (que cria a garantia de emprego à gestante) reporta-se e vincula-se expressamente ao art. 7º, inciso I do mesmo Texto Magno — inciso esse que não foi estendido à categoria doméstica (ver parágrafo único do art. 7º constitucional, em seu texto original). Nesse quadro não seria viável, tecnicamente, considerar-se aplicável a certa categoria de obreiros preceito jurídico conexo quando o preceito jurídico principal, em função do qual o conexo existe, não se considera aplicável inequivocamente à mesma categoria.

Completa, por fim, a vertente interpretativa hegemônica que a omissão constitucional não teria sido fruto de mero equívoco ou inadvertência do legislador. A omissão percebida teria derivado, ao contrário, da compreensão de que não deve a ordem jurídica conferir garantia extensa de emprego em segmento em que a fidúcia sobreleva-se ao primeiro plano da relação de emprego. Tal compreensão já seria clássica ao Direito brasileiro, constando, inclusive, do sistema estabilitário revogado da CLT, que sempre denegou a estabilidade genérica do conjunto dos empregados brasileiros ao segmento empregatício de ocupantes de cargos de confiança (art. 499, *caput*, CLT). Reconhecendo a fidúcia especial da relação empregatícia doméstica, não teria querido a nova Constituição estender uma fixação jurídica ampla a esse segmento do mercado de trabalho⁽⁴⁴⁾.

É bem verdade que, com a vigência da Lei n. 11.324, ocorrida desde 20.7.2006, ficou efetivamente estendida esta garantia jurídica à empregada gestante doméstica (novo art. 4º-A da Lei n. 5.859/72).

D) Aviso-Prévio Proporcional — O art. 7º, *caput* e XXI, da Constituição estabelece como direito dos trabalhadores urbanos e rurais “*aviso-prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei*”, estendendo tal direito à categoria dos trabalhadores domésticos (parágrafo único do art. 7º).

A regra do pré-aviso com prazo mínimo de trinta dias teve efetividade desde 5.10.1988, segundo a jurisprudência, revogando (ou não recebendo),

(44) No tocante ao FGTS, permitiu-se que o empregador, por ato voluntário, estendesse, a contar de março/2000 (ou data posterior que definir) a vantagem ao trabalhador doméstico. Mas não se tratava de norma jurídica imperativa (MP n. 1.986, de 13.12.1999 e subsequentes reedições; conversão em Lei n. 10.208, de 23.3.2001). Com a EC n. 72, de 2013, o FGTS foi estendido, imperativamente, à categoria doméstica, após a regulamentação legal prevista pelo novo texto do parágrafo único do art. 7º da CF.

neste aspecto, as restrições temporais lançadas nos incisos I e II do art. 487 da CLT (aviso-prévio de 8 dias, por exemplo). Entretanto, a mesma jurisprudência, considerando inviável definir-se, mediante simples esforço hermenêutico, inúmeros aspectos relativos à proporcionalidade (critério temporal a ser utilizado, montante de dias de acréscimo por módulo temporal, extensão da proporcionalidade no tempo do contrato, etc.), entendeu depender esse específico aspecto — a proporcionalidade — de regulamentação pelo Parlamento (antiga OJ 84, SDI-I, TST).

Em 2011, contudo, o Supremo Tribunal Federal, no curso do julgamento de vários Mandados de Injunção reunidos (MI n. 943, 1011, 1074 e 1090), sinalizou na direção de que iria reconhecer a omissão legislativa (art. 102, I, “q”, CF/88) e *regular imediatamente a proporcionalidade*, iniciando debate nessa linha. Embora o julgamento fosse, em seguida, suspenso, teve o condão de instigar o Parlamento a realizar a regulação legal da proporcionalidade do aviso-prévio, por meio de diploma jurídico específico. Nesse quadro foi promulgada a Lei n. 12.506, de 11 de outubro de 2011, entrando em vigor na data de sua publicação (Diário Oficial de 13.10.11).

A Lei n. 12.506, reportando-se ao pré-aviso regido pelos arts. 487 a 491 da CLT, determina que o aviso-prévio “*será concedido na proporção de 30 (trinta) dias aos empregados que contem até 1 (um) ano de serviço na mesma empresa*” (art. 1º).

Estipula o parágrafo único da mesma lei que: “*Ao aviso-prévio previsto neste artigo serão acrescidos 3 (três) dias por ano de serviço prestado na mesma empresa, até o máximo de 60 (sessenta) dias, perfazendo um total de até 90 (noventa) dias*”.

Algumas conclusões já se podem extrair do singelo diploma legal: o instituto do aviso-prévio, não inferior a 30 dias, continua regulado pelos arts. 487 a 491 da CLT, com as alterações trazidas pelo art. 7º, XXI, da Constituição e pela Lei n. 12.506/2011. Apenas a *proporcionalidade* é que foi inovação trazida pela recente Lei.

Evidentemente que o pré-aviso, inclusive quanto à proporcionalidade, aplica-se a todo e qualquer empregado, em princípio, seja urbano, rural ou doméstico (art. 7º, *caput*, XXI e parágrafo único, CF/88). Entretanto, é instituto típico dos contratos de duração indeterminada, aplicando-se aos contratos a termo apenas em restritas hipóteses legais (antecipação rescisória em contratos a termo que tenham cláusula assecuratória de direito recíproco de rescisão antecipada, por exemplo — art. 481, CLT).

No tocante à proporcionalidade (que é a única novidade a ser aqui tratada), ela tem, naturalmente, *efeito estritamente imediato*, a contar de 13 de outubro de 2011, em respeito ao princípio e regra do *efeito jurídico meramente imediato das leis* no Brasil, segundo direito e garantias fundamentais estabelecidos

na própria Constituição (art. 5º, XXXVI, CF/88). O efeito imediato captura as situações posteriores a 13.10.2011 (avisos dados depois da publicação da lei) e também as situações em andamento, não inteiramente concluídas (ou seja, avisos-prévios em fluência no dia 13.10.2011); porém a proporcionalidade jamais abrangerá avisos prévios já inteiramente consumados na data de publicação da lei nova, pois não há efeito retroativo de regra jurídica ou de lei de direito material no País (art. 5º, XXXVI, CF/88).

O prazo mínimo de trinta dias do aviso-prévio atinge os trabalhadores que contem *até um ano de serviço* na mesma entidade empregadora, mantendo-se, naturalmente, esse piso temporal do aviso para os períodos contratuais maiores (art. 7º, XXI, CF/88, combinado com art. 1º, *caput*, Lei n. 12.506/11). A proporcionalidade inovadora é regulada pelo parágrafo único da Lei n. 12.506: por ano de serviço prestado à mesma entidade empregadora serão acrescidos três dias, até o máximo de 60 dias de acréscimo em face da proporcionalidade (mais os trinta dias originais, aplicáveis independentemente do tempo contratual).

Quer isso dizer que o trabalhador que complete um ano de serviço na entidade empregadora terá direito ao aviso de 30 dias, *mais três dias em face da proporcionalidade*. A cada ano subsequente, desponta o acréscimo de mais três dias. Desse modo, completado o segundo ano de serviço, terá 30 dias de aviso-prévio, mais seis dias, a título de proporcionalidade da figura jurídica, e assim sucessivamente. No 20º ano de serviço na mesma entidade empregadora, terá direito a 30 dias de aviso-prévio normal, mais 60 dias a título de proporcionalidade do instituto.

A lei não prevê modulação na contagem da proporcionalidade, razão pela qual não cabe agregar mais essa vantagem, mediante simples esforço interpretativo. Nessa linha, se o empregado tiver 1 ano e 9 meses de serviço perante seu empregador, terá direito a 30 dias mais três (33 dias, no total) por aviso-prévio. Contudo, à medida que o pré-aviso integra-se ao tempo contratual para os efeitos jurídicos pertinentes (art. 487, § 1º, *in fine*, CLT), o empregado com 1 ano e 11 meses de serviço terá, sim, direito à segunda cota da proporcionalidade, caso dispensado sem justa causa (isto é, 30 dias mais 6 dias de proporcionalidade), uma vez que, com a projeção do próprio aviso-prévio, seu tempo contratual de serviço atingirá 2 anos (na verdade, um pouco mais).

A Lei n. 12.506/2011 é clara em considerar a proporcionalidade uma vantagem estendida *aos empregados* (*caput* do art. 1º do diploma legal), sem a bilateralidade que caracteriza o instituto original, fixado em 30 dias desde 5.10.1988. Tal clareza torna-se hialina no texto do art. 23, § 2º, da LC n. 150/2015: “§ 2º Ao aviso-prévio previsto neste artigo, *devido ao empregado*, serão acrescidos 3 (três) dias por ano de serviço prestado para o mesmo empregador, até o máximo de 60 (sessenta) dias, perfazendo um total de

até 90 (noventa) dias” (grifos acrescentados). *A bilateralidade restringe-se ao aviso-prévio de 30 dias*, que tem de ser concedido também pelo empregado a seu empregador, caso queira pedir demissão (*caput* do art. 487 da CLT), sob pena de poder sofrer o desconto correspondente ao prazo descumprido (art. 487, § 2º, CLT). Esse prazo de 30 dias também modula a forma de cumprimento físico do aviso-prévio (*aviso trabalhado*): redução de duas horas de trabalho ao dia, durante 30 dias (*caput* do art. 488, CLT) ou cumprimento do horário normal de trabalho durante o pré-aviso, salvo os últimos sete dias (parágrafo único do art. 488 da CLT).

A escolha jurídica feita pela Lei n. 12.506/2011 (e, em seguida, pela LC n. 150/2015), mantendo os trinta dias como módulo que abrange todos os aspectos do instituto, inclusive os desfavoráveis ao empregado, ao passo que a proporcionalidade favorece apenas ao trabalhador, é sensata, proporcional e razoável, caso considerados a lógica e o direcionamento jurídicos da Constituição e de todo o Direito do Trabalho. Trata-se da única maneira de se evitar que o avanço normativo da proporcionalidade converta-se em uma contrafação, antinomia, como seria impor-se ao trabalhador com vários anos de serviço gravíssima restrição a seu direito de se desvincular do contrato de emprego. Essa restrição nunca existiu no Direito do Trabalho e nem na Constituição, que jamais exigiram até mesmo do trabalhador estável ou com garantia de emprego (que tem — ou tinha — vantagem enorme em seu benefício) qualquer óbice ao exercício de seu pedido de demissão. Ora, o cumprimento de um aviso de 60, 80 ou 90 dias ou o desconto salarial nessa mesma proporção fariam a ordem jurídica retornar a períodos selvagens da civilização ocidental, antes do advento do próprio Direito do Trabalho — situação normativa incompatível com o espírito da Constituição e do Direito do Trabalho brasileiros.

Esclareça-se, finalmente, que os períodos de interrupção da prestação de serviços (interrupção contratual), que sejam aplicáveis ao empregado doméstico (art. 7º, “a”, CLT), computam-se no cálculo do módulo temporal relevante para a aquisição desse direito (ilustrativamente, descanso semanal remunerado; descanso em feriados; férias anuais remuneradas; licença médico-previdenciária até 15 dias). Tais períodos integram o tempo contratual, de maneira geral, para todos os fins.

Entretanto, os períodos de suspensão do contrato de trabalho *não* se computam no cálculo do módulo temporal pertinente para a aquisição da proporcionalidade (por exemplo, licença previdenciária acima de 15 dias). Esses períodos, regra geral, não produzem efeitos jurídicos significativos no contrato e suas verbas.

E) O Sentido do Novo Parágrafo Único do Art. 7º da CF/88 (EC n. 72/2013)

— A EC n. 72/2013 conduziu à maturidade a fase de inclusão jurídica do empregado doméstico, iniciada cerca de quatro décadas atrás. Depois de

consumada sua regulamentação normativa (determinada pelo próprio novo texto do parágrafo único do art. 7º e efetivada pela LC n. 150/2015), a EC n. 72 terá estendido 16 novos direitos à categoria doméstica, vários deles com caráter e potencialidade jurídica multidimensionais. Desde 3.4.2013, de todo modo, assegurou, claramente, oito novos direitos, inclusive no tocante à duração do trabalho normal e consequentes horas extras (art. 7º, XIII e XVI).

Preferiu a reforma constitucional, entretanto, manter como *especial* a categoria profissional doméstica, submetida a normatização jurídica específica, conforme evidenciado pelo novo texto constitucional do art. 7º, parágrafo único. A escolha se deveu, seguramente, à compreensão de que se trata de segmento do mundo do trabalho em que não vigora a lógica empresarial de custos, benefícios e preços, por se tratar o empregador doméstico de pessoa física ou a própria família, que se valem do trabalho humano como simples valor de uso, ao invés de valor de troca.

O sentido da EC n. 72/13 foi o de promover, ao máximo, a cidadania trabalhista, previdenciária e institucional em favor dos empregados domésticos, porém sem perda da especificidade normativa que deve presidir a regência jurídica das relações de emprego nesse segmento especializado do mundo laboral. Nesse quadro, a aplicação da CLT e demais diplomas jurídico-trabalhistas aos trabalhadores domésticos realiza-se em harmonia e respeito à determinação do novo parágrafo único do art. 7º da Constituição, na medida da compatibilidade de regras e de institutos jurídicos.

É o que se confirmou, inequivocamente, pelo texto normativo e pela lógica jurídica da LC n. 150/2015, em diversos de seus dispositivos e, particularmente, em seu art. 19, *caput*. Diz o preceito que, “*Observadas as peculiaridades do trabalho doméstico, a ele também se aplicam*” (...) os seguintes diplomas jurídicos: Lei n. 605/1949 (relativa aos dias de descanso); Leis n. 4.090/1962 e n. 4.749/1965 (relativas aos 13º salário) e Lei n. 7.418/1985 (concernente ao vale-transporte). Completa o *caput* do art. 19 da LC n. 150/2015 que se aplica, “*subsidiariamente, a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) ...*” (grifos acrescidos).

A aplicação subsidiária da CLT se faz, naturalmente, *na medida da compatibilidade de institutos e regras jurídicos*.

5. A Nova Regência Normativa da LC n. 150/2015

A Lei Complementar n. 150, publicada em 2.6.2015, conferiu nova estrutura normativa ao contrato de trabalho doméstico.

Embora não tenha tornado, tecnicamente, esse contrato um tipo *formalístico*, o fato é que criou vários procedimentos e institutos que somente se concretizam de maneira formal.

De um lado, a clássica assinatura da CTPS, com os dados básicos da relação de emprego (empregador; empregado; função; local; salário; data de admissão), agora acrescida, se for o caso, da referência, nas “Anotações Gerais”, à presença de um contrato de experiência ou de um contrato a termo, com seus dados próprios (art. 9º, LC n. 150).⁽⁴⁵⁾ Também a assinatura de um contrato de trabalho escrito, com o horário de trabalho a ser cumprido pelo empregado, além da pactuação escrita do regime de compensação clássico e, se for o caso, do banco de horas doméstico, sem contar a cláusula do contrato de experiência ou do contrato a termo (art. 2º, §§ 4º e 5º; arts. 4º e 5º, LC n. 150).

Igualmente, o cadastramento das partes contratuais (o empregador, se já estiver inserido no sistema, não precisa realizar novo cadastro a cada novo empregado, porém efetivar a simples inserção de sua referência) e o cadastramento do contrato de trabalho no programa computadorizado do *Simples Doméstico*, localizado no sítio da internet denominado *eSocial Doméstico* — programa este que deverá ser continuamente municiado de dados, pelo empregador, desde então (arts. 31 a 35, LC n. 150). Agregue-se que, a cada mês, deverá ocorrer o preenchimento dos dados salariais relativos à cada empregado para emissão de *documento único de arrecadação* (também denominado de *Documento de Arrecadação do eSocial — DAe*), relativamente às seguintes verbas: cotas do empregador e do empregado de contribuição previdenciária; parcela do seguro acidentário, a cargo do empregador; FGTS (os 8% de recolhimento padrão e os 3,2% especiais compensatórios dos eventuais futuros 40% sobre o Fundo, em caso de dispensa sem justa causa); a retenção do imposto de renda na fonte, caso o salário, somado às horas extras e seus adicionais e reflexos, ao adicional noturno e reflexos, etc., tudo, no conjunto, alcance valor superior ao limite de isenção (naturalmente, o empregador lança no *eSocial Doméstico* o salário mensal bruto de seu empregado e o sistema informatizado do *eSocial* é que calcula todos os recolhimentos a serem feitos em guia única). Como formalidade, deverá, ainda, o empregador fornecer ao empregado cópia desse documento único de arrecadação mensal, após o seu pagamento no sistema bancário. O pagamento bancário da guia do *eSocial* doméstico (guia *DAe*) deverá ocorrer até o dia sete do mês seguinte ao da competência das verbas (art. 35, *caput*, LC n. 150).

De outro lado, deverá o empregador realizar, formalmente, o “registro do horário de trabalho do empregado doméstico por qualquer meio manual, mecânico ou eletrônico, desde que idôneo” (art. 12, LC n. 150). O intervalo padrão abrange de uma hora até duas horas ao dia, podendo ser reduzido, *por acordo escrito*, para trinta minutos (art. 13). Tal intervalo poderá ser prenotado ou lançado especificamente a cada dia, salvo no caso de desmembramento

(45) A LC n. 150/2015 (art. 9º) preferiu manter o prazo de 48 horas para a anotação, pelo empregador, da CTPS de seu novo empregado.

em dois períodos para empregado que resida no local de trabalho, em que se torna obrigatória a anotação diária do intervalo (arts. 12 e 13).

O contrato de experiência será de, no máximo, 90 dias. Poderá sofrer uma única prorrogação, desde que o somatório dos dois períodos não ultrapasse 90 dias. Ultrapassado este prazo, considera-se por tempo indeterminado o contrato de trabalho (art. 4º, I, e art. 5º, LC n. 150).

O contrato a termo será possível “para atender necessidades familiares de natureza transitória e para substituição temporária de empregado doméstico com contrato de trabalho interrompido ou suspenso” (art. 4º, II, LC n. 150). A duração do contrato a prazo “é limitada ao término do evento que motivou a contratação”, porém obedecido o limite máximo de dois anos de duração (parágrafo único do art. 4º).

Aduração do trabalho doméstico segue, desde a EC n. 72/2013, o padrão constitucional de 8 horas ao dia e 44 horas na semana — abandonando-se o largo período histórico de não tipificação de jornada que caracterizava essa categoria especial de empregados. Contudo, desde a EC n. 72 pode ser pactuado *por escrito o regime de compensação clássico*, ou seja, compensação de horas dentro do mês trabalhado, ou compensação de dias trabalhados. Conforme se sabe, havendo jornada tipificada, automaticamente pode haver pactuação de regime clássico de compensação, desde que por escrito (art. 7º, XIII, CF/88). A LC n. 150 também reconhece esse regime clássico de compensação, deixando claro que ele abrange o respectivo mês, ao invés de simplesmente a semana prévia ou posterior à que tenha ocorrido excesso de trabalho (§ 4º do art. 2º, c./c. § 5º, II, do art. 2º); esclarece, de todo modo, a Lei Complementar que o regime compensatório clássico deve abranger as primeiras 40 horas de sobretrabalho no mês (art. 2º, § 5º, I e II). Inova a LC n. 150, contudo, ao instituir também o *banco de horas doméstico*, igualmente por escrito (art. 2º, § 4º); este banco de horas pode abranger o saldo de horas que excederem às 40 horas extras trabalhadas no mês, promovendo a compensação no período máximo de um ano. Naturalmente que não concretizada a compensação, será devido o pagamento das horas extras, conforme cálculo a ser feito na data do respectivo pagamento ou da rescisão.

A regência normativa da jornada de trabalho dos empregados domésticos que moram no local de trabalho (ou seja, no âmbito residencial do empregador) ostenta algumas peculiaridades, conforme fixado pela LC n. 150/2015. Nesses casos, é permitido o desmembramento do intervalo interjornada em dois períodos até o máximo de quatro horas, sendo que cada intervalo não poderá ser menor do que uma hora (art. 13, § 1º). Note-se que a LC n. 150 refere-se a conceito algo impreciso de “horas não trabalhadas” (art. 2º, § 7º); menciona também a possibilidade de domingos e feriados livres em que o empregado permaneça no local de moradia, sem cômputo como horário de trabalho (§ 7º do art. 2º); refere-se, por fim, à possibilidade de gozo das férias no próprio local de moradia (§ 5º do art. 17).

Igualmente a regência normativa da jornada de trabalho dos empregados em acompanhamento do empregador prestando serviços em viagem (*caput* do art. 11) ostenta peculiaridades. É que a Lei Complementar refere-se à figura das “horas efetivamente trabalhadas” (art. 11, *caput*), o que faz excluir da jornada, em consequência, aquilo que a lei considera “horas não trabalhadas” (art. 2º, § 7º, LC n. 150/15).

A LC n. 150/2015 sufraga a jornada de trabalho de plantão, inerente especialmente aos acompanhantes e/ou cuidadores domésticos (também denominados *atendentes pessoais*); essa jornada é fixada à base de 12 horas de trabalho seguidas por 36 horas de descanso (regime 12 X 36). Pelo art. 10, *caput* e parágrafo único da LC n. 150, a remuneração mensal desses *plantonistas domésticos* abrange não somente o descanso semanal remunerado como também o descanso em feriados, além das “prorrogações de trabalho noturno” (parágrafo único do art. 10).

O intervalo intrajornada padrão dos empregados domésticos é de uma a duas horas ao dia; este intervalo poderá ser reduzido a 30 minutos, por acordo escrito (art. 13). Caso o empregado resida no local de trabalho, seu intervalo intrajornada poderá ser desmembrado em dois períodos, desde que cada um deles tenha, no mínimo, uma hora, até o limite máximo de quatro horas ao dia (§ 1º do art. 13). O intervalo interjornadas é de 11 horas (art. 15).

O trabalho noturno estende-se de 22h00 às 5h00 horas da manhã, considerada a hora ficta noturna de 52'30” e o adicional noturno de 20% (art. 14, *caput* e §§ 1º e 2º).

Os dias de descanso remunerado são de dois tipos: o repouso semanal remunerado, preferencialmente nos domingos, e o repouso em feriados (art. 16).

As férias anuais remuneradas, adquiridas após cada período de 12 meses de trabalho, são de trinta dias, podendo ser parceladas, a critério do empregador, em até dois períodos, sendo um deles de, no mínimo, 14 dias corridos (art. 17, *caput* e § 2º). É facultado ao empregado doméstico converter um terço de seu período de férias em *abono pecuniário*, no valor da remuneração correspondente a esses dias de férias (art. 17, § 3º); essa conversão deverá ser requerida até 30 dias antes do término do período aquisitivo (art. 17, § 4º). Sobre os distintos pagamentos das férias (o principal e o abono pecuniário) incide o valor do terço constitucional sobre o salário normal (art. 17, *caput*). Deverá o empregador conceder as férias impreterivelmente durante os doze meses seguintes ao período aquisitivo, sob pena de dobra do valor dos dias de atraso (Súmula 81, TST). Deverá também realizar o pagamento antecipado das parcelas de férias (isto é, da antecipação salarial dos dias de férias, com o terço constitucional; do abono pecuniário, se houver, com o terço constitucional; e da metade do 13º, se tiver sido requerida, tempestivamente, a antecipação dessa verba pelo

empregado); este pagamento deverá ocorrer até *dois dias antes do início do respectivo gozo das férias* (art. 145, CLT). Se houver atraso nesse pagamento, incidirá a correspondente dobra (Súmula 450, TST).⁽⁴⁶⁾

No regime de tempo parcial de trabalho, com salário proporcional à jornada — regime considerado aplicável aos empregados domésticos pela LC n. 150/2015 (art. 3º) —, os períodos de férias são significativamente menores, conforme tabela fixada pelo § 3º do art. 3º da Lei Complementar.

A LC n. 150/2015 proíbe a realização de descontos, pelo empregador, no salário do empregado por fornecimento de alimentação, vestuário, higiene ou moradia, bem como por despesas com transporte, hospedagem e alimentação em caso de acompanhamento em viagem (art. 18, *caput*). Ressalva que poderão ser descontadas as despesas com moradia desde que esta se refira a “local diverso da residência em que ocorrer a prestação de serviços, desde que essa possibilidade tenha sido expressamente acordada entre as partes” (§ 2º do art. 18). Esclarece a lei que tais despesas não ostentam natureza salarial, não se incorporando à remuneração para quaisquer efeitos (art. 18, § 3º).

Permite a nova lei que, mediante acordo escrito entre as partes, possa o empregador efetuar descontos no salário do empregado para a sua inclusão “em planos de assistência médico-hospitalar e odontológica, de seguro e de previdência privada”, não podendo essa dedução ultrapassar 20% do salário (art. 18, § 1º). Naturalmente que não é vedada, nem supõe prévio acordo, a dedução de efetivo *adiantamento de salário* no correspondente recibo salarial mensal do trabalhador (§ 2º, *ab initio*, do art. 18).

Esclarece a lei que o “fornecimento de moradia ao empregado doméstico na própria residência ou em morada anexa, de qualquer natureza, não gera ao empregado qualquer direito de posse ou de propriedade sobre a referida morada” (§ 4º do art. 18). Extinto o contrato de trabalho, deverá, evidentemente, o trabalhador desocupar o referido imóvel, uma vez que desaparece o título jurídico autorizador da ocupação.

Deve o empregador fornecer ao empregado que não resida no próprio local de trabalho a vantagem do vale-transporte, autorizada a dedução do importe de 6% do respectivo *salário básico* (art. 4º, parágrafo único, Lei n. 7.418/1985). O fornecimento do vale-transporte pode ser substituído pelo pagamento do valor monetário “para a aquisição das passagens necessárias ao custeio das despesas decorrentes do deslocamento residência-trabalho-residência e vice-versa” (parágrafo único do art. 19 da LC n. 150) — respeitada a mesma dedução de 6% sobre o *salário básico*.

(46) O requerimento, pelo empregado, de antecipação da metade do 13º salário deverá ser feito até o final do mês de janeiro do ano do respectivo período de gozo das férias, conforme art. 2º, § 2º, da Lei n. 4.749, de 1965. Normalmente os empregados (mesmo os não domésticos) não mostram interesse nessa antecipação, pois ela compromete os objetivos da gratificação natalina no período de festas de fim de ano.

A LC n. 150 conferiu efetividade à inclusão obrigatória do empregado doméstico no sistema do FGTS. A contar de 1º de outubro de 2015, com a concretização do *Simples Doméstico*, por meio do *eSocial Doméstico*, tornaram-se obrigatórios dois recolhimentos mensais a esse título: 8% do salário, inclusive agregado este das verbas salariais recebidas (horas extras, com adicional e reflexos; adicional noturno, com reflexos; pagamento dobrado por feriado trabalhado, etc.) e mais 3,2% de recolhimento, considerada a mesma base mensal de cálculo, a título de antecipação preventiva e substitutiva dos potenciais 40% rescisórios devidos caso haja a dispensa sem justa causa do empregado doméstico (arts. 21, 22 e 34, IV e V, LC n. 150/2015).

A largou-se também a inclusão previdenciária do empregado doméstico, inclusive com direito ao *salário-família* e ao *auxílio-acidente*, respeitados os requisitos legais previdenciários de incidência dessas verbas. Esse alargamento da inclusão previdenciária efetivou-se a partir de outubro de 2015, com a concretização do *Simples Doméstico*, que permitiu o começo do recolhimento, pelo empregador doméstico, da contribuição social para o financiamento do seguro contra acidentes do trabalho (art. 34, III, LC n. 150). Esta mudança deflagrou ainda o início da possibilidade de responsabilização do empregador doméstico pelos danos materiais, morais, inclusive estéticos, decorrentes da infortunística do trabalho, caso fiquem configurados o fato deflagrador do dano (e a respectiva lesão), o nexos causal e a culpa do empregador doméstico (art. 7º, XVIII, CF/88).

O alargamento dessa inclusão no sistema oficial de seguridade social implicou a extensão ao empregado doméstico que tenha sofrido *desemprego involuntário* (dispensa sem justa causa ou rescisão indireta, por exemplo) da possibilidade de saque do seguro desemprego, no valor de um salário-mínimo, por período máximo de três meses, de forma contínua ou alternada (art. 26, LC n. 150).

A Lei Complementar n. 150 decidiu ainda especificar os fatores de *justa causa para a dispensa motivada do empregado doméstico* (art. 27, incisos I a XII): I — submissão a maus tratos de idoso, de enfermo, de pessoa com deficiência ou de criança sob cuidado direto ou indireto do empregado; II — prática de ato de improbidade; III — incontinência de conduta ou mau procedimento; IV — condenação criminal do empregado transitada em julgado, caso não tenha havido suspensão da execução da pena; V — desídia no desempenho das respectivas funções; VI — embriaguez habitual ou em serviço; VIII — ato de indisciplina ou de insubordinação; IX — abandono de emprego, assim considerada a ausência injustificada ao serviço por, pelo menos, 30 dias corridos; X — ato lesivo à honra ou à boa fama ou ofensas físicas praticadas em serviço contra qualquer pessoa, salvo em legítima defesa, própria ou de outrem; XI — ato lesivo à honra ou à boa

fama ou ofensas físicas praticadas contra o empregador doméstico ou sua família, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem; XII — prática constante de jogos de azar.⁽⁴⁷⁾

Configurada a dispensa por justa causa, o empregado não terá direito às verbas rescisórias próprias da dispensa injusta. Em síntese, não terá direito a: aviso-prévio de 30 dias, inclusive a proporcionalidade do aviso, se for o caso de contrato que tenha completado, pelo menos, um ano de serviço; férias proporcionais com 1/3; 13º salário proporcional; saque do FGTS, inclusive do saldo do depósito especial compensatório dos 40%, feito à base de 3,2% mensais, além dos 8% padronizados; saque das parcelas do seguro desemprego.

Naturalmente que o empregador deverá dar “baixa” na CTPS do empregado (apenas a data de saída, sem qualquer referência ao fator de dispensa); deverá lhe fornecer o termo de rescisão do contrato de trabalho, com a indicação da “dispensa por justa causa”, devendo ainda inserir a “baixa” no sistema virtual do *Simples Doméstico* (*eSocial Doméstico*).

Se existirem verbas vencidas, naturalmente que deverão ser pagas no TRCT: ilustrativamente, saldo salarial; férias simples com 1/3; férias vencidas com 1/3.

A Lei Complementar n. 150 decidiu também especificar os fatores de *rescisão indireta do contrato de trabalho* — ou seja, ruptura em face de infração grave do empregador. Tais fatores estão indicados em sete incisos componentes do parágrafo único do art. 27 do diploma legal. São eles: I — o empregador exigir serviços superiores às forças do empregado doméstico, defesos por lei, contrários aos bons costumes ou alheios ao contrato; II — o empregado doméstico for tratado pelo empregador ou por sua família com rigor excessivo ou de forma degradante; III — o empregado doméstico correr perigo manifesto de mal considerável; IV — o empregador não cumprir as obrigações do contrato; V — o empregador ou sua família praticar, contra o empregado doméstico ou pessoas de sua família, ato lesivo à honra ou à boa fama; VI — o empregador ou sua família ofender o empregado doméstico ou sua família fisicamente, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem; VII — o empregador praticar qualquer das formas de violência doméstica ou familiar contra mulheres de que trata o art. 5º da Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha).

Comprovada a grave infração do empregador, em processo judicial aberto pelo respectivo empregado, a sentença deverá declarar a rescisão indireta do contrato de trabalho, fixando a data de seu término. Caberá, em con-

(47) O inciso VII do art. 27, com tipo jurídico específico de justa causa, foi vetado pela Presidente da República.

seqüência, ao empregador o pagamento de todas as parcelas inerentes à dispensa injusta, ou seja: aviso-prévio de 30 dias, inclusive a proporcionalidade do aviso, se for o caso de contrato que tenha completado, pelo menos, um ano de serviço; férias proporcionais com 1/3; 13º salário proporcional; saque do FGTS, inclusive do saldo dos depósitos especiais compensatórios dos 40%, feito à base de 3,2% mensais, além dos 8% padronizados; saque das parcelas do seguro desemprego. Se se tratar de empregada grávida, terá direito ainda à indenização pela garantia de emprego até cinco meses após o parto.

Conforme já exposto, o empregador deverá providenciar sua inscrição no *Simples Doméstico (eSocial Doméstico)*, com a inserção do respectivo contrato de trabalho e os dados do empregado. Ao municiar, mensalmente, o sistema com os dados salariais, obterá o *documento único de arrecadação (DAe — Documento de Arrecadação do eSocial)*, com o valor das parcelas abaixo indicadas, a fim de providenciar o seu pagamento na rede bancária credenciada até o dia sete do mês seguinte ao de referência das verbas (art. 34 c./c. caput do art. 35, LC n. 150): I — 8% a 11% de contribuição previdenciária a cargo do empregado doméstico, conforme tabela oficial do INSS periodicamente divulgada (valor a ser descontado do respectivo recibo salarial mensal); II — 8% de contribuição patronal previdenciária para a seguridade social, a cargo do empregador doméstico; III — 0,8% de contribuição social para o financiamento do seguro contra acidentes do trabalho, a cargo do empregador doméstico (“*Contrib. Prev. Risco Ambiental/Aposent. Esp. 09 CP Patronal*”, conforme *eSocial Doméstico*) ; IV — 8% de recolhimento para o FGTS, a cargo do empregador doméstico; V — 3,2%, a título de recolhimento antecipatório preventivo e compensatório dos 40% do FGTS, se for o caso de futura dispensa sem justa causa, a cargo do empregador doméstico; VI — imposto de renda retido na fonte, relativamente ao salário do empregado, em conformidade com o art. 7º, I, da Lei n. 7.713/1998, caso o salário mensal obreiro ultrapasse o limite de isenção do IR.

A propósito, o pagamento das verbas contratuais mensais devidas ao empregado, especialmente a remuneração, faz-se, nos contratos domésticos, até o quinto dia útil do mês seguinte ao de referência da parcela, em vista de aplicação analógica do art. 457, § 1º, da CLT (“... até o quinto dia útil do mês subsequente ao vencido”). Tal analogia era realizada excepcionalmente, mas de modo necessário, sob pena de não haver qualquer prazo para o pagamento salarial ao empregado doméstico. De toda maneira, com o advento da LC n. 150/2015, despontou regra específica expressa dilatando o prazo até “o dia 7 do mês seguinte ao da competência” (art. 35, *caput, in fine*). Não obstante, no que concerne aos antigos contratos de trabalho, anteriores à LC n. 150/2015, preserva-se a data máxima do quinto dia útil do mês seguinte ao trabalhado, já consolidada no pacto entre as partes.

O empregador doméstico deverá arquivar os documentos comprobatórios do cumprimento das obrigações fiscais, trabalhistas e previdenciárias, “enquanto estas não prescreverem” (art. 42, LC n. 150/2015). Embora o prazo de prescrição seja de cinco anos (art. 43, LC n. 150), quer quanto aos créditos previdenciários e tributários, quer quanto aos trabalhistas (estes contando ainda com o prazo bienal extintivo, relativamente ao próprio empregado, após o encerramento do contrato), o fato é que essa guarda documental deve se fazer por lapso temporal mais amplo, por prudência e segurança. É que o sistema jurídico do País caracteriza-se por forte incerteza e imprecisão no tocante ao instituto da prescrição, não apenas em face dos diversificados fatores suspensivos e interruptivos existentes, como também pela circunstância de haver grave divergência interpretativa acerca do próprio fluxo desses prazos. Por tais razões estritamente prudenciais, é recomendável que essa guarda documental se faça por prazo superior a dez anos.⁽⁴⁸⁾

6. Peculiaridades Rescisórias: rito e multa

A Consolidação das Leis do Trabalho (antes da Lei n. 13.467/2017) estabelecia certo rito formal para o pagamento das rescisões contratuais relativamente a pactos com duração de *mais de um ano de serviço*: o pedido de demissão ou o recibo de quitação rescisória somente seria válido “*quando feito com a assistência do respectivo Sindicato ou perante a autoridade do Ministério do Trabalho*” (art. 477, § 1º, CLT). Não havendo na localidade tais órgãos homologadores, “*a assistência será prestada pelo Representante do Ministério Público ou, onde houver, pelo Defensor Público e, na falta ou impedimento destes, pelo Juiz de Paz*” (art. 477, § 3º, CLT). O art. 500 da Consolidação, por sua vez, estende similar rito homologatório aos empregados estáveis (preceito este sem revogação expressa pela Lei n. 13.467/2017).

Esse rito formal fixado pela CLT jamais se aplicou aos empregados domésticos, independentemente da duração de seus contratos (3 meses, 2 anos, 5 anos, 20 ou mais anos de duração). É que, de maneira geral, antes da Lei Complementar n. 150/2015, as regras da Consolidação das Leis do Trabalho não incidiam sobre a relação de emprego doméstica, conforme dispõe o art. 7º, “a”, da mesma CLT — dispositivo que não foi revogado pela Constituição da República, tendo sido por ela recepcionado (art. 7º, *caput* e parágrafo único, CF/88, inclusive após a EC n. 72/2013). Desse modo, regendo-se por lei especialíssima que não previa semelhante formalidade

(48) Para estudo mais detalhado sobre o contrato de trabalho doméstico no Brasil, antes e depois da EC n. 72/2013 e da Lei Complementar n. 150/2015, consultar a seguinte obra: DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *O Novo Manual do Trabalho Doméstico*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2016.

(vide silêncio relevante da Lei n. 5.859, de 1972, mesmo depois das mudanças inseridas pelas Leis n. 10.208/2001 e n. 11.324/2006) e estando expressamente excluído das regras procedimentais e formais mais rigorosas da Consolidação das Leis do Trabalho (art. 7º, “a”, CLT), o empregado doméstico não passava, em sua rescisão, pelo rito administrativo, sindical e congênere previsto para os demais empregados.

Esse quadro não se alterou com a Lei Complementar n. 150, publicada em 2 de junho de 2015, que determinou a aplicação *subsidiária* da CLT às relações empregatícias domésticas, respeitada, naturalmente, a compatibilidade de institutos, regras e procedimentos (art. 19, LC n. 150). E o procedimento rescisório da CLT mostrava-se extremamente burocrático e de difícil acesso para um mero empregador doméstico, preservando sua incompatibilidade com respeito a essa relação sócio-jurídica especial.

Desse modo, ainda que se tratasse de casos em que o empregador, por ato voluntário seu, tenha estendido a vantagem do FGTS a seu empregado doméstico (possibilidade aberta pela MPr n. 1.986/1999, com subseqüentes reedições, até conversão na Lei n. 10.208, de 23.3.2001; regra que se tornou imperativa, desde 1º.10.2015, em face da LC n. 150/15), ou de casos já regidos pela nova Lei Complementar de 2015, não havia incidência do art. 477, §§ 1º e 3º, ou do art. 500 da CLT, preservando-se, sempre, quanto ao doméstico, a não aplicação da homologação sindical ou administrativa formal.

Esclareça-se que o rito homologatório formal pela autoridade administrativa ou pelo respectivo sindicato obreiro tornou-se solenidade expungida do art. 477 da CLT pela Lei n. 13.467/2017 mesmo para as rescisões dos demais empregados abrangidos por esse preceito celetista.

Entretanto, a Lei Complementar n. 150 produziu mudança importante quanto à *multa rescisória* do § 8º do art. 477 da CLT. É que as regras celetistas que regulam essa penalidade (§§ 6º e 8º do art. 477) mostram-se manifestamente compatíveis com o contrato de trabalho doméstico (art. 19, *caput*, LC n. 150). A aplicação dos prazos de acerto rescisório fixados pelo art. 477, § 6º, da CLT e a incidência da multa rescisória no importe de um salário contratual obreiro se houver atraso no acerto de rescisão (§ 8º do art. 477 da CLT) — que eram considerados preceitos não aplicáveis às rescisões de contratos domésticos pela jurisprudência firmemente dominante, em vista da vedação expressa do art. 7º, “a”, da CLT — agora se tornam efetivamente obrigatórios, desde 2 de junho de 2015 (data de vigência da LC n. 150/2015), em vista de sua singeleza e objetividade, quer quanto à sua compreensão, quer quanto a seu cumprimento.

Agregue-se, a propósito, que os prazos rescisórios fixados pelo antigo § 6º do art. 477 eram os seguintes: a) até o primeiro dia útil imediato ao término do contrato; b) até o décimo dia, contado da data da notificação da demissão,

quando da ausência do aviso-prévio, indenização do mesmo ou dispensa de seu cumprimento. Porém, com a Lei n. 13.467/2017 (vigência desde 11.11.17), o prazo unificou-se para *dez dias*, contando-se, simplesmente, “a partir do término do contrato” (nova redação do § 6º do art. 477 da CLT).⁽⁴⁹⁾

7. Fiscalização Trabalhista e Multa Administrativa

No quadro do avanço normativo propiciado pela EC n. 72 de 2013, promulgou-se a Lei n. 12.964, publicada em 9.4.2014, para vigorar 120 dias após (art. 3º). Em decorrência do novo diploma legal, inserindo novo art. 6-E ao texto da Lei n. 5.859/73, a atuação fiscalizadora do Ministério do Trabalho tornou-se aplicável às relações de emprego domésticas, ainda que respeitadas certas peculiaridades inerentes à categoria.

A Lei n. 12.964/2014 prevê que *as multas e os valores* para as infrações previstas na CLT aplicam-se, *no que couber*, às infrações ao disposto na Lei do Trabalho Doméstico (novo art. 6º-E, *caput*, da Lei n. 5.859/73). Esclarece a norma jurídica que a gravidade da infração “será aferida considerando-se o tempo de serviço do empregado, a idade, o número de empregados e o tipo de infração” (novo art. 6º-E, § 1º, Lei n. 5.859/73). Aduz o § 2º do mesmo art. 6º-E que a multa pela *falta de anotação da data de admissão e da remuneração do empregado doméstico na CTPS* será elevada em *pelo menos 100%*. Atenua o § 3º do art. 6º-E que o percentual de elevação da multa referido no § 2º “poderá ser reduzido se o tempo de serviço for reconhecido voluntariamente pelo empregador, com a efetivação das anotações pertinentes e o recolhimento das contribuições previdenciárias devidas”.

A fiscalização promovida pela Auditoria Fiscal Trabalhista, do então Ministério do Trabalho e Emprego, no caso das relações trabalhistas domésticas, entretanto, deveria ser do tipo *indireto* (fiscalização indireta), em virtude da garantia expressa no art. 5º, XI, da Constituição da República: “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”. Dessa maneira, em princípio, regra geral, a fiscalização deveria ocorrer mediante a notificação do residente a comparecer à respectiva Superintendência Regional do Trabalho para apresentar documentos relacionados aos vínculos trabalhistas ocorrentes em sua residência.

A LC n. 150/2015 permitiu, entretanto, também a *fiscalização direta* na própria residência do empregador doméstico. Para compatibilizá-la com a

(49) Para melhor análise dessa multa rescisória, que se tornou aplicável às rescisões domésticas apenas a partir da vigência da LC n. 150/2015 (ou seja, desde 2.6.2015), consultar, neste Curso, o Capítulo XXVIII, item VI.3 (“Penalidades Relativas ao Pagamento Rescisório”), em sua alínea “a”, Pena do Art. 477 da CLT”.

garantia do art. 5º, XI, da Constituição, esclareceu que ela “dependerá de agendamento e de entendimento prévios entre a fiscalização e o empregador” (art. 11-A, *caput*, da Lei n. 10.593/2002, segundo redação inserida pela LC n. 150). Aduziu ainda que durante “a inspeção do trabalho referida no *caput*, o Auditor-Fiscal do Trabalho far-se-á acompanhar pelo empregador ou por alguém de sua família por este designado” (§ 3º do art. 11-A). Agregou ademais que a “fiscalização deverá ter natureza prioritariamente orientadora” (§ 1º do art. 11-A). Estipulou também o § 2º do mesmo art. 11-A da Lei n. 10.593/2002, em sua atual redação, que será “observado o critério da dupla visita para lavratura de auto de infração”. Contudo tal critério deixará de ser observado “quando for constatada infração por falta de anotação na Carteira de Trabalho e Previdência Social ou, ainda, na ocorrência de reincidência, fraude, resistência ou embaraço à fiscalização” (art. 11-A, § 2º).

8. Contrato de Trabalho Doméstico e Lei de Reforma Trabalhista

A Lei n. 13.467/2017, vigente a contar de 11.11.17, modificou, significativamente, a Consolidação das Leis do Trabalho, no sentido de desregulamentar, flexibilizar e diminuir direitos, garantias e regras trabalhistas. As mudanças impostas ao clássico diploma normativo brasileiro (CLT) se aplicam aos contratos de trabalho domésticos?

A resposta, em princípio, é negativa.

Conforme exaustivamente exposto neste item IV do Capítulo XI deste Curso, a Constituição da República, desde o seu texto original de 1988 até o texto reformado pela EC n. 72/2013, sempre manteve a relação de emprego doméstica como uma relação sociojurídica especial, regulada por legislação especial. Todos os avanços normativos efetivados com respeito a essa categoria específica de trabalhadores foram realizados por diplomas e regras especiais — todos, agregando direitos, paulatinamente, aos trabalhadores domésticos, até o ápice da LC n. 150/2015.

Não há sentido em passar a se aplicar à categoria regras novas restritivas de direitos, oriundas da legislação trabalhista geral (a CLT reformada), com o claro intuito de diminuir, ainda mais, os direitos da categoria doméstica (ilustrativamente: contrato de trabalho intermitente; divisão em três parcelas das férias domésticas; etc.).

A par disso, prevalece na Teoria Geral do Direito o critério da não aplicação da regra geral no campo jurídico especial, e vice-versa (a propósito, este é o critério disposto no art. 2º, § 2º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).

De outra parte, a Constituição da República, quer em seu texto original de 1988 (parágrafo único do art. 7º), quer em seu texto introduzido pela

Emenda Constitucional n. 72/2013 (nova redação do parágrafo único do art. 7º), igualmente preserva a natureza especial da normatização do contrato de trabalho doméstico no País.

Se não bastasse, o art. 19 da LC n. 150/2015 determina a aplicação meramente *subsidiária* da CLT aos contratos de trabalho domésticos. A aplicação subsidiária, conforme se sabe, realiza-se na medida da existência da compatibilidade de regras jurídicas, critério enfatizado pelo próprio art. 19 da LC n. 150, que se reporta à expressão “Observadas as peculiaridades do trabalho doméstico...” (art. 19, *caput*, *ab initio*). Não é cabível, desse modo, no campo jurídico trabalhista, realizar-se aplicação subsidiária para diminuir o leque normativo de proteção trabalhista sobre certa categoria profissional.

9. Convenção n. 189 da OIT e Recomendação n. 201 da OIT

A categoria doméstica recebe, neste início de 2019, a incidência de mais um diploma normativo. Trata-se da *Convenção Relativa ao Trabalho Digno para as Trabalhadoras e Trabalhadores do Serviço Doméstico*, da Organização Internacional do Trabalho, conhecida, sinteticamente, como *Convenção n. 189 da OIT*. O diploma internacional entra em vigor no País no dia 31 de janeiro de 2019.

A seu lado, no mesmo dia, também entra em vigor a *Recomendação sobre o Trabalho Decente para as Trabalhadoras e Trabalhadores Domésticos — a Recomendação n. 201 da OIT*.

De fato, mediante o Decreto Legislativo n. 172, de 4.12.2017 (Diário Oficial de 5.12.17), o Congresso Nacional ratificou os textos da Convenção sobre o Trabalho Decente para as Trabalhadoras e os Trabalhadores Domésticos (Convenção n. 189 da OIT) e da Recomendação sobre o Trabalho Decente para as Trabalhadoras e os Trabalhadores Domésticos (Recomendação n. 201 da OIT). Como o governo brasileiro realizou o depósito formal dos instrumentos ratificados na OIT, em Genebra, no dia 31.1.2018, os dois diplomas passaram a vigorar no País um ano após, isto é, em 31.1.2019, em conformidade com o critério previsto no art. 21.3 da Convenção n. 189 da OIT.

Entre os dois diplomas, a Convenção n. 189 da OIT é que pode gerar direitos e obrigações entre os sujeitos da relação empregatícia doméstica, por ter a natureza de real fonte normativa. A Recomendação n. 201, por sua vez, não ostenta a natureza jurídica de fonte de normas jurídicas. Contudo, sendo importante documento vinculante do Estado brasileiro, pode, nessa medida, instigá-lo à realização de condutas e políticas concernentes ao trabalho doméstico.

O aperfeiçoamento recente da ordem jurídica brasileira no que tange a essa temática, com a aprovação da Emenda Constitucional n. 72/2013 e da

Lei Complementar n. 150/2015, faz com que o novo documento normativo internacional não mais encontre, no País, um cenário jurídico descampado no que concerne à categoria doméstica, em face das dezenas de direitos que lhe foram estendidos pelos dois diplomas normativos internos aprovados entre 2013 e 2015. Porém, de todo modo, a Convenção n. 189 toca em dimensão não aventada por esses diplomas internos, como, por exemplo, o estabelecimento de garantias e proteções aos trabalhadores domésticos migrantes (arts. 8º e 15º).

V. EMPREGADO RURAL

A situação do trabalhador rural no Direito do Trabalho brasileiro conhece duas grandes fases, distintas sob qualquer ponto de vista: antes e após o Estatuto do Trabalhador Rural, diploma oriundo do ano de 1963.

1. *Evolução Jurídica*

O campo não foi incluído no processo de organização do mercado de trabalho e do próprio modelo justralhista inaugurado, no País, entre 1930 e 1945. O tipo de pacto político que respondia pelo novo bloco de poder instituído com a chamada *Revolução de 1930* assegurou, pelo menos durante uma longa fase (que remonta à abolição da escravatura, em 1888, estendendo-se ao início da década de 1960), a permanência do império quase absoluto do poder rural na regência das relações de trabalho pactuadas no setor agrário: relações teoricamente livres; porém sem direitos e garantias.

No início dos anos 1960, com o Estatuto do Trabalhador Rural (1963), inaugurou-se efetiva nova fase, caracterizada por mais extensa regulação legal das relações laborativas no campo do País.

A) Fase de Restrição de Direitos — A exclusão dos rurícolas das normas heterônomas do Direito Individual do Trabalho ocorreu por meio do art. 7º, “b”, da CLT (“Os preceitos constantes da presente Consolidação, salvo quando for, em cada caso, expressamente determinado em contrário, *não se aplicam (...) aos trabalhadores rurais*” — grifos acrescidos).

A mesma CLT estendia somente alguns poucos dispositivos aos empregados rurais, como os preceitos referentes a salário mínimo, férias, aviso-prévio e remuneração.

Curiosamente, no conservadorismo da época, nem mesmo a Constituição de 1946 conseguia alargar os direitos dos rurícolas. Embora seu art. 157, XII, garantisse a *estabilidade* “na empresa e na exploração rural”, prevaleceu por

longo tempo a tese de não ser o dispositivo *autoaplicável*, até pelo menos, basicamente, o advento do Estatuto do Trabalhador Rural, em 1963.⁽⁵⁰⁾

Nesse quadro, a restrição de preceitos legais aplicáveis aos rurícolas, associada a uma sistemática omissão administrativa do Ministério do Trabalho no tocante às relações sociojurídicas do campo, a par da então modestíssima estrutura do ramo judicial especializado na aplicação das leis trabalhistas (a Justiça do Trabalho) — sem falar na ausência das funções do Ministério Público do Trabalho como órgão agente, que passaram a existir apenas com a Constituição de 1988 —, em suma, tudo contribuía para manter a zona rural como verdadeiro limbo justrabalhista no contexto do mercado de trabalho do País.

B) Fase de Aproximação de Situações Jurídicas — Décadas após, no início dos anos de 1960, é que se passou a conferir extensão efetiva da legislação trabalhista heterônoma ao campo (*Estatuto do Trabalhador Rural* — ETR —, implantado pela Lei n. 4.214, diploma que entrou em vigor em 2.6.1963).

Curiosamente, além de estender parte importante da legislação trabalhista ao campo, com certas adequações, a Lei n. 4.214, de 1963, ainda criou vantagem jurídica exponencial para os rurícolas: a imprescritibilidade de suas pretensões durante o período de vigência do respectivo contrato de trabalho.

Posteriormente, a Lei n. 5.889/73 passaria a reger as relações empregatícias rurais, também em patamar de grande aproximação com o estuário de direitos inerentes ao empregado urbano, resguardadas adequações e peculiaridades tópicas.

Por fim, a Constituição de 1988 veio fixar, em seu art. 7º, *caput*, uma quase plena paridade jurídica entre os dois segmentos empregatícios do país (*São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social...*).

C) Fase Contemporânea: acentuação da igualdade — A fase contemporânea vivenciada pelos empregados rurais é de plena aproximação jurídica com os empregados urbanos. Resguardam-se, contudo, algumas poucas especificidades normativas tópicas em torno dessa categoria especial de obreiros.

Os aspectos especiais à normatização do trabalho rural estão aventados, ilustrativamente, pela Lei n. 5.889/73. Trata-se, por exemplo, de parâmetros ligeiramente distintos de *trabalho noturno*, respeitada a sobre remuneração constitucional mais elevada (art. 7º, Lei n. 5.889/73; art. 7º, IX, CF/88). Ou, ainda, certa flexibilidade na duração do intervalo intrajornada, *observados*

(50) A respeito, CATHARINO, José Martins. *Compêndio de Direito do Trabalho*. V. 2. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 216. Também, SÜSSEKIND, Arnaldo *et alii*. *Instituições de Direito do Trabalho*. V. I, 8. ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1981, p. 594-95. Sobre essa *interpretação por inércia*, muito comum ao constitucionalismo anterior a 1988, consultar, neste Curso, em seu Capítulo VII, o tópico II.4, intitulado “Disfunções no Processo Interpretativo”.

os usos e costumes da região (art. 5º, Lei n. 5.889/73). Tais pequenas particularidades preservam-se na ordem jurídica, dado que a Constituição revogou tacitamente apenas os preceitos infraconstitucionais que lhe fossem antagônicos (fenômeno da *não recepção*).⁽⁵¹⁾

A diferenciação mais substantiva que se manteve, após 1988, foi concernente à *prescrição* (imprescritibilidade de parcelas durante o período contratual rurícola). Nesse caso, porém, tratava-se de diferenciação claramente favorável — e não discriminatória — aos trabalhadores do campo. Tal diferenciação favorável desapareceu em maio de 2000, com a Emenda Constitucional n. 28, que unificou os prazos urbanos e rurais de prescrição.

Antes da Emenda Constitucional 28, a Constituição, de fato, estabelecia, no caso do rurícola, prazo prescricional de até dois anos após a extinção do contrato (alínea “b” do art. 7º, XXIX, CF/88), *sem fluência de prescrição no curso do contrato de trabalho*. A regra já estava contida na Lei do Trabalho Rural (art. 10, Lei n. 5.889/73), que importou o critério do antigo Estatuto do Trabalhador Rural (Lei n. 4.214/63).

Isso significava que, enquanto a prescrição urbana estendia-se a um período máximo de cinco anos dentro do contrato, a prescrição rural não corria no desenvolver do contrato de trabalho.

Mas atenção: *a regra da imprescritibilidade rurícola nunca foi absoluta: ela estendia-se apenas à fronteira temporal máxima do dia 2 de junho de 1961 (2.6.61), isto é, dois anos antes da imprescritibilidade instituída pela Lei n. 4.214/63*. É que no período anterior ao antigo Estatuto do Trabalhador Rural vigorava o antigo preceito celetista regente do critério prescricional, fixando em dois anos o prazo de prescrição de qualquer parcela pleiteada com suporte em suas regras (antigo art. 11, CLT). À medida que a prescrição é instituto de Direito material e, assim, não produz efeito retroativo (conclusão assentada na jurisprudência — ver, a propósito, Súmula 308, de 1992, do TST), o critério da imprescritibilidade não poderia, sem dúvida, retroagir anteriormente aos dois anos que precederam o início de vigência da Lei n. 4.214/63.

Unificação do Prazo Prescricional — A EC 28, como visto, unificou os prazos prescricionais dos segmentos trabalhistas campestres e urbanos, extinguindo a vantagem rurícola. O prazo prescricional uniforme é o mesmo estabelecido para os trabalhadores da cidade já em 1988: *cinco anos, até o limite de dois anos após a extinção do contrato*.

(51) Mesmo com respeito aos intervalos *mínimos* na área rural, a jurisprudência tem acentuado o processo de aproximação de esferas jurídicas, já que, muitas vezes, tem considerado aplicável ao campo o intervalo mínimo de 1 (uma) hora, em jornadas superiores a seis horas diárias, ao fundamento de se tratar de regra de saúde laborativa, reservando aos usos e costumes da região a fixação do intervalo máximo *intrajornada* rural. A respeito, ver ex-OJ 381, SDI-I/TST e Súmula 437, I, TST; também consultar, nesta linha, art. 5º do Decreto n. 73.626, de 1974, que aprovou o Regulamento da Lei n. 5.889/73.

Há corrente interpretativa que tem sustentado o efeito retroativo da nova regra constitucional. Para ela, estariam prescritas parcelas anteriores a cinco anos da propositura da ação, ainda que o contrato rural tenha mais de 10 ou 15 anos de duração ininterrupta antes da Emenda Constitucional unificadora. Isso significa que a nova regra prescricional extinguiria a exigibilidade de parcelas já protegidas pela imprescritibilidade na data de vigência da EC 28 (29.5.2000); portanto, parcelas que já se haviam consolidado como imprescritíveis muitos anos antes da entrada em vigor da nova regra constitucional.⁽⁵²⁾

A segunda vertente de interpretação respeita o efeito meramente imediato da nova regra da CF e as situações jurídicas plenamente consolidadas antes de 29 de maio de 2000. É que no Brasil, por determinação da própria Constituição (art. 5º, XXXVI, CF/88), a norma jurídica somente pode ter efeitos imediatos, não retroativos, regendo apenas situações fático-jurídicas vivenciadas a partir de sua vigência. A retroatividade é admitida, como rara exceção, exclusivamente para as próprias regras constitucionais, *desde que elas assim determinem* (o que não aconteceu com a EC 28/2000).

Nessa linha, os contratos rurais, no que diz respeito à prescrição, estavam regulados até 29.5.2000 pelo critério da imprescritibilidade. Somente os períodos contratuais subsequentes a essa data (ou iniciados em seguida a ela ou, pelo menos, desde 29.5.1995) é que, de fato, submetem-se ao império da regra nova quinquenal.

Conforme já se expôs nesta obra, o parâmetro da *irretroação* de efeitos de regra prescricional já prevaleceu, no País, na década de 1960, quando se iniciou a imprescritibilidade rurícola. Naquela época, as parcelas anteriores a 2.6.1961 (dois anos antes da vigência do Estatuto do Trabalhador Rural) encontravam-se, sim, prescritas, porque regidas pelo antigo art. 11 da CLT (que falava em prazo prescricional de dois anos). Da mesma maneira, o novo prazo de cinco anos, criado em 5.10.1988 pela nova Constituição, para os contratos urbanos, não retroagiu ao período precedente a 5.10.1986, por respeito ao efeito meramente imediato da regra nova e ao direito adquirido do titular anteriormente favorecido pela vigência do critério antigo (Súmula 308, II, TST). Não há razão técnico-jurídica para, neste contexto (EC 28/2000), seguir-se orientação distinta.

Hoje pode-se afirmar que a jurisprudência, sopesando a gravidade da mudança reformadora do art. 7º, XXIX, da Constituição pela EC n. 28 — publicada, em retificação, em 29.5.2000 (a primeira publicação, depois

(52) A EC 28, promulgada em 25.5.2000, foi publicada no Diário Oficial, originalmente, em 26.5.2000; contudo foi *retificada*, com nova publicação, em 29.5.2000. Em vista dessa dualidade de datas, há decisões judiciais que fixam o marco de vigência da EC 28 em 26 de maio, ao lado de outras que consideram o dia 29 de maio. No presente Curso, de maneira geral, será utilizada a data de 29.5.2000.

corrigida, foi em 26.05) —, decidiu sufragar a interpretação mais benéfica a respeito da alteração normativa, seguindo a dimensão interpretativa do princípio da norma mais favorável inserido no próprio *caput* do art. 7º da Constituição. Nessa linha, tem considerado que o prazo quinquenal estabelecido em 2000 também para as relações trabalhistas rurais somente se aplica depois de passados cinco anos de vigência da mudança normativa, isto é, depois de 29.5.2005, data em que se esgotaram todos os efeitos possíveis da regra constitucional mais benéfica anterior. Nesta vertente, por exemplo, o acórdão relatado pela Ministra Rosa Maria Weber, então no TST:

RECURSO DE REVISTA. TRABALHADOR RURAL. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. EMENDA CONSTITUCIONAL N. 28/2000. Esta Corte firmou entendimento no sentido de que a prescrição quinquenal, prevista na EC 28/00 para os trabalhadores rurais, se aplica às ações ajuizadas cinco anos após sua vigência, ou seja, após 29.5.2005. Proposta a reclamatória em 12.2.2008, aplicável a prescrição quinquenal. Processo: RR-23800-53.2008.5.15.0125. Data do Julgamento: 28.9.2011. Relatora: Ministra Rosa Maria Weber, 3ª Turma. Data de Publicação: DEJT 7.10.2011.⁽⁵³⁾

2. Caracterização do Empregado Rural

A caracterização do empregado rural tem ensejado certa controvérsia no Direito do País. Não há dúvida de que em sua composição essa figura sociojurídica apresenta os mesmos elementos fático-jurídicos integrantes da relação de emprego, isto é, pessoa física, pessoalidade, não eventualidade, onerosidade e subordinação.

Contudo, os elementos diferenciadores do rurícola perante o obreiro urbano — ou seja, os elementos fático-jurídicos *especiais* do empregado rural — é que têm sido algo controvertidos.

Tal dúvida surge notadamente em face do contraponto entre o texto celetista definidor de empregado rural (art. 7º, “b”, CLT) e o texto da Lei de Trabalho Rural (art. 2º, Lei n. 5.889/73): é que não se ajustam, inteiramente, os critérios seguidos pelos dois diplomas legais.

A) Antigo Critério Celetista — A CLT formulou critério de caracterização do rurícola fundado no *método de trabalho* observado pelo obreiro no desenrolar da prestação laborativa, ou na *finalidade das atividades* em que estivesse envolvido. Sendo rurícolas tais métodos ou fins, rurícola seria o trabalhador.

De fato, para a Consolidação seriam trabalhadores rurais: “... aqueles que, exercendo funções diretamente ligadas à agricultura e à pecuária, não sejam empregados em atividades que, *pelos métodos de execução dos*

(53) Na mesma direção está a OJ 417 da SDI-I do TST.

respectivos trabalhos ou pela finalidade de suas operações, se classifiquem como industriais ou comerciais” (art. 7º, “b”, CLT; grifos acrescidos).

O critério celetista de diferenciação, baseado nos métodos e fins da atividade laboral e operativa, sempre mereceu acerbadadas críticas. De um lado, por não se harmonizar — sem justificativa e necessidade consistentes — ao critério dominante no Direito do País de enquadramento de qualquer empregado. É que, como se sabe, a sistemática básica de determinação de categorias profissionais no Brasil funda-se no *segmento de atividade do empregador* (por exemplo, segmento bancário, metalúrgico, comercial, etc.); ela não se baseia, em princípio, no método de labor ou nos fins da atividade laborativa.

O outro polo da crítica censurava a CLT por permitir excessiva diferenciação entre trabalhadores vinculados a um mesmo empregador, criando problemas práticos de difícil solução. Assim, o mesmo empregador rural poderia ter sob sua regência, em tese, simultaneamente, empregados rurais e urbanos, em face da diferenciação de métodos de trabalho e de fins da atividade laboral e operativa envolvidos em seu empreendimento.

B) Critério da Lei n. 5.889/1973 — O critério de identificação do trabalhador rural brasileiro hoje vigente é distinto do tradicional oriundo da CLT. Lançado pelo antigo ETR (Lei n. 4.214/63 — art. 2º) e também insculpido na Lei de Trabalho Rural (n. 5.889/73 — art. 2º), o critério hoje prevalecente busca se ajustar ao modelo geral de enquadramento obreiro clássico ao Direito do Trabalho do País: o segmento de atividade do empregador.

A partir desse critério, *rustícola será o empregado vinculado a um empregador rural*. O que importa à sua classificação como rustícola ou urbano é o próprio posicionamento de seu empregador: sendo rural este, rustícola será considerado o obreiro, independentemente de seus métodos de trabalho e dos fins da atividade em que se envolve.

Noutras palavras: o enquadramento rural (ou não) do obreiro perfila-se, como regra geral, pelo enquadramento de seu empregador, conforme estabelecido pela Lei n. 4.214/63 e também pela Lei n. 5.889/73 (revogando, neste aspecto, tacitamente, o antigo critério metodológico do art. 7º, “b”, CLT). Desse modo, sendo rural a empresa, rustícolas serão seus empregados que laborem no campo, ainda que não exercendo atividades tipicamente rurais; não sendo rustícola a empresa, também não serão tidos como trabalhadores do campo seus empregados.⁽⁵⁴⁾

A jurisprudência tem estabelecido uma exceção em vista desse critério geral: é a que envolve empresas de florestamento e reflorestamento. Embora tais entidades sejam enquadradas, jurídica e administrativamente, como

(54) Para examinar o enquadramento do empregador como rural ou como urbano, consultar, a seguir, neste item V, o subitem “3. Caracterização do Empregador Rural”.

empresas urbanas, serão tidos como rurícolas seus empregados que exerçam, no campo, atividades efetivamente rurais. Nesta linha, a OJ 38, SDI-I/TST⁽⁵⁵⁾.

A ordem jurídica fixa um segundo critério relevante, a ser aferido combinadamente ao primeiro já exposto (enquadramento do empregado em conformidade com o enquadramento do empregador): trata-se do *local de prestação laborativa*. É o que dispõe a Lei de Trabalho Rural, quando se refere a labor em *imóvel rural* ou *prédio rústico* (art. 2º, *caput*, Lei n. 5.889/73).

Este debate será retomado logo a seguir.

C) Elementos Fático-jurídicos Especiais — Nesse quadro normativo dominante, *trabalhador rural* é a pessoa física que presta serviços a tomador rural, realizando tais serviços em imóvel rural ou prédio rústico. Por sua vez, *empregado rural* será a pessoa física que acrescenta a esses dois elementos fático-jurídicos especiais os demais característicos a qualquer relação de emprego.

Insista-se: são dois os *elementos fático-jurídicos especiais* da categoria agropastoril: o primeiro, consistente na *vinculação a um tomador de serviços de caráter rural*; o segundo, consistente na *circunstância de o trabalho ser prestado em imóvel rural ou prédio rústico*. A esses dois elementos rurícolas especiais somam-se os *elementos fático-jurídicos gerais* de qualquer relação de emprego, para formar a figura do empregado rural.

a) Enquadramento Rurícola do Empregador — Não importa, pois, o tipo de trabalho prestado pelo obreiro e muito menos os métodos e fins de seu trabalho (como queria o antigo texto do art. 7º, “b”, da CLT). O que importa são as circunstâncias de o trabalhador vincular-se a um empregador rural (uma fazenda de café, por exemplo), laborando no respectivo espaço rural (ou em prédio rústico).

Desse modo, o administrador da fazenda, o datilógrafo ou o almoxarife ali existentes, todos esses trabalhadores serão considerados rurícolas, pois vinculados a um empregador rural, trabalhando na respectiva fazenda (embora o método de seu labor não seja exatamente agropastoril). Excetuadas as categorias diferenciadas, os demais trabalhadores sujeitam-se, em princípio, a esse critério geral de fixação de seu posicionamento no quadro das categorias profissionais⁽⁵⁶⁾.

(55) Na verdade, o enquadramento administrativo das fazendas de florestamento e reflorestamento como *empresas industriais* (e não rurícolas) é que desponta como sumamente artificial. Daí a correção feita pela interpretação da OJ 38.

(56) Obviamente que o empregado doméstico também forma uma categoria especial (Lei n. 5.859/72 e LC n. 150/15). Assim, não será rurícola, porém empregada doméstica, a cozinheira/arrumadeira da fazenda que preste, onerosamente, com continuidade, pessoalidade e sob subordinação, serviços estritamente domésticos, sem destinação econômica, na sede da fazenda, à família ali residente.

Conforme já visto, a jurisprudência vem construindo uma exceção ao critério geral ora examinado — *trata-se dos obreiros que realizam labor tipicamente rural, em imóvel rural, mas para empregador enquadrado como urbano*. Em tais casos (construídos a partir de empresas de florestamento e reflorestamento, que são tidas como industriárias), tem-se decidido que, embora não se enquadrando o empregador como rural, serão rurícolas seus empregados que laborem, de fato, no campo, exercendo atividades nitidamente agrárias ou pastoris (OJ 38, SDI-I/TST). Como se percebe, a jurisprudência resgatou, em parte, o velho critério celetista (art. 7º, “b”), para manter como rurais trabalhadores exercentes de funções claramente rurais (capinadores, matadores de pragas e outros assemelhados) em áreas claramente rurais — não obstante o empregador seja tido, do ponto de vista administrativo e jurídico, como urbano-industrial⁽⁵⁷⁾.

b) Imóvel Rural ou Prédio Rústico — O segundo elemento fático-jurídico especial do empregado rural é o local de sua prestação de serviços: trata-se do fato de seu labor ser cumprido *em imóvel rural ou prédio rústico*.

A definição de imóvel rural não enseja controvérsia, atada ao próprio senso comum. Refere-se à zona geográfica situada no campo, exterior às áreas de urbanização.

Já prédio rústico é conceito utilizado pela ordem jurídica para permitir o enquadramento como rurícola daqueles trabalhadores que efetivamente exercem atividade agropastoril, para empregadores economicamente atados a tais atividades campestres, porém situados em localidades que, por exceção, ficam incrustadas no espaço urbano. Trata-se, pois, do imóvel geograficamente classificado como urbano, porém envolvido, do ponto de vista econômico e laborativo, com atividades nitidamente agropastoris. Como bem exposto pelo jurista *Márcio Túlio Viana*, neste conceito “... o que importa mesmo é a natureza da atividade empresarial. Assim, será rurícola o lavrador que cultiva uma horta em pleno centro de São Paulo”⁽⁵⁸⁾.

3. Caracterização do Empregador Rural

A precisa definição (e enquadramento prático) da figura do empregador rural é de grande importância no sistema jurídico brasileiro, já que sua existência é que viabiliza o enquadramento do empregado rural.

Este enquadramento rurícola do empregador não foi realizado, naturalmente, pelo texto original da CLT (de 1943), uma vez que este diploma

(57) A jurisprudência trabalhista, neste caso, conforme visto, apenas corrigiu o artificialismo presente no enquadramento urbano-industrial das fazendas de florestamento e reflorestamento promovido pelo Decreto n. 73.626, de 1974.

(58) VIANA, Márcio Túlio. *O Trabalhador Rural*. In BARROS, A. M. (Coord.) *Curso de Direito do Trabalho* — estudos em memória de Célio Goyatá. V. I. São Paulo: LTr, 1993, p. 293-94.

não visava se aplicar às relações empregatícias rurais (art. 7º, “b”, CLT). Apenas a partir da Lei n. 4.214, de 1963 (ETR), é que se passou a definir e enquadrar, com apuro técnico-jurídico, a figura do empregador rural. Foi este considerado “... a pessoa física ou jurídica, proprietário ou não, que explore atividades agrícolas, pastoris ou na indústria rural, em caráter temporário ou permanente, diretamente ou através de prepostos” (art. 3º, Lei n. 4.214/63). Para esta antiga lei equiparava-se ao empregador rural “... toda pessoa física ou jurídica que, por conta de terceiro, execute qualquer serviço ligado às atividades rurais, mediante utilização do trabalho, de outrem” (art. 4º, Lei n. 4.214/63). Esclarecia o ETR que, para seus fins, *indústria rural* seria “... a atividade industrial exercida em qualquer estabelecimento rural...” não compreendido na CLT (art. 3º, § 1º).

A subsequente Lei n. 5.889/73 incorporou, no essencial, os critérios de definição e enquadramento do anterior ETR (que revogara), regendo a matéria pelas décadas posteriores. Para a Lei n. 5.889/73 é empregador rural “a pessoa física ou jurídica, proprietária ou não, que explore *atividade agroeconômica*, em caráter permanente ou temporário, diretamente ou através de prepostos e com auxílio de empregados” (art. 3º; *caput*; grifos acrescidos). Esclarece a lei que equipara-se “ao empregador rural, a pessoa física ou jurídica que, habitualmente, em caráter profissional, e por conta de terceiros, execute serviços de natureza agrária, mediante utilização do trabalho de outrem” (art. 4º, *caput*; grifos acrescidos).

Como se percebe, é decisivo à caracterização do empregador rural a *exploração de atividade agroeconômica* por pessoa física, jurídica ou ente despersonalizado, seja por conta própria, seja por conta de terceiros, com o concurso de empregados. Na ampla e crucial expressão *atividade agroeconômica* englobam-se dinâmicas agrícolas, pecuárias e agroindustriais, que tenham destinação ao mercado.

Determina, coerentemente, a ordem jurídica que se inclua na atividade agroeconômica, para fins justralhistas, a *exploração industrial em estabelecimento agrário* não compreendido na CLT (art. 3º, § 1º, Lei n. 5.889/73). Ou seja, o Direito do Trabalho mantém como rurícola o empregador do campo que realize também processo de industrialização em seu estabelecimento. O essencial é que *sua atividade seja agroeconômica*, ainda que se valha, no conjunto de seu empreendimento, de instalações e métodos industriais (ou, até mesmo, de instalações e métodos comerciais). Noutras palavras, a exploração industrial (e também comercial, é claro) realizada dentro de estabelecimento agroeconômico rege-se, para fins justralhistas, de maneira geral, pelo manto jurídico rurícola, nos moldes estipulados pela Lei de Trabalho Rural (art. 3º, *caput* e § 1º, Lei n. 5.889/73). Aliás, nessa mesma linha é que despontou recente alteração no texto do § 1º do art. 3º no sentido de incluir, no enquadramento rural, o

“turismo rural ancilar à exploração agroeconômica” (novo texto do § 1º do art. 3º da Lei n. 5.889/73, conforme Lei n. 13.171, publicada em 22.10.2015).⁽⁵⁹⁾

Note-se que a perspectiva jurídica da Lei n. 4.214/63 e mesmo da Lei n. 5.889/73 (esta, hoje vigorante) é *inclusiva* da atividade agroeconômica, e não restritiva, excludente. Ainda assim surgem dificuldades de enquadramento no exame de casos concretos, em virtude da multiplicidade de combinações despontadas no segmento agroeconômico (ilustrativamente, fazendas que também elaboram, com técnicas industriais, quer produtos derivados de leite — queijos, manteiga, etc. —, quer doces a partir de sua matéria-prima agrária, e/ou fazendas que também comercializam, internamente, para o grande público, sua diversidade de produtos — além de várias outras combinações existentes).

Tais dificuldades práticas recomendam o uso, pelo profissional do Direito, de instrumental metodológico já consagrado, avaliador das *circunstâncias* envolvidas no caso concreto, em auxílio à sua operação de subsunção do fato ao modelo jurídico previsto pela Lei n. 5.889/73. Por exemplo, o critério enfatizador da *localização* do estabelecimento (imóvel rural ou prédio rústico, em contraponto a imóvel nitidamente urbano); a seu lado, o critério que afere a *intensidade* ou *preponderância* da atividade (agroeconômica *versus* industrial/comercial); também o critério aferidor da *principalidade* em contraponto à *acessoriedade* da dinâmica examinada; até mesmo o critério que examina o *caráter do procedimento* industrial/comercial utilizado pelo estabelecimento, mantendo como agroeconômico certo tipo de operação rudimentar, rústica, que não agregue, de modo significativo, a sofisticação tecnológica da indústria ou do comércio (sem prejuízo de operações industriais ou comerciais sofisticadas também se enquadrarem no conjunto agroeconômico, em virtude da presença dos demais elementos conducentes a tal enquadramento)⁽⁶⁰⁾.

Tratando-se, portanto, de exploração agroeconômica, em imóvel rural ou prédio rústico, com a concorrência de uma ou, preferencialmente, algumas das circunstâncias analíticas ora expostas, enquadra-se o respectivo empregador como rurícola, sendo, desse modo, também rurícolas seus empregados.

Curiosamente, o decreto regulamentador da Lei n. 5.889/73, elaborado nas sombras e silêncios do regime autoritário (1974), buscou alterar, de modo substantivo, o conceito de *indústria rural*.

Escapando à competência constitucional estrita do *poder regulamentar* do Presidente da República (isto é, *servir à aplicação da lei*, mas não

(59) Eis o novo texto do § 1º do art. 3º da Lei n. 5.889/73, segundo redação conferida pela Lei n. 13.171/15: “§ 1º Inclui-se na atividade econômica referida no *caput* deste artigo, além da exploração industrial em estabelecimento agrário não compreendido na Consolidação das Leis do Trabalho — CLT, aprovada pelo Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943, a exploração do turismo rural ancilar à exploração agroeconômica” (grifos acrescentados).

(60) É claro que nenhum destes critérios tem valor absoluto, sendo apenas instrumentos auxiliares às funções de interpretação e aplicação do tipo jurídico da Lei de Trabalho Rural (n. 5.889/73).

alterá-la, diminuindo, significativamente, seu âmbito de abrangência), o Decreto n. 73.626/74 estipulou que a noção de *indústria rural* deveria se restringir “às atividades que compreendem o primeiro tratamento dos produtos agrários *in natura* sem transformá-los em sua natureza” (art. 2º, § 4º, Decreto n. 73.626/74). Intentou, desse modo, o regulamento normativo excluir de tal grupo aquela indústria que, “operando a primeira transformação do produto agrário, *altere a sua natureza*, retirando-lhe a condição de matéria-prima” (art. 2º, § 5º, Decreto n. 73.626/74; grifos acrescidos). O próprio decreto exemplifica tipos de indústria rural, segundo seu enfoque restritivo: de um lado, aponta “o beneficiamento, a primeira modificação e o preparo dos produtos agropecuários e hortigranjeiros e das matérias-primas de origem animal ou vegetal para posterior venda ou industrialização”; de outro lado, indica “o aproveitamento dos subprodutos oriundos das operações de preparo e modificação dos produtos *in natura*, referidas no item anterior” (Decreto n. 73.626/74, art. 2º, § 4º, incisos I e II)⁽⁶¹⁾.

A par de seu viés manifestamente inconstitucional, à época, o tipo jurídico de indústria rural tentado pelo Decreto n. 73.626/74 tem o grave defeito de fracionar o enquadramento do empregador agroeconômico, fazendo conviver no mesmo estabelecimento dois grandes segmentos jurídicos, o rurícola e o industrial (além do comercial, se for o caso). Nessa medida, o intento do diploma meramente regulamentar faria renascer, de certo modo, o critério fracionário do antigo art. 7º, “b”, da CLT (revogado, por incompatibilidade, desde o antigo ETR, de 1963), que diferenciava como rurais, industriais e comerciais os trabalhadores do campo, todos dentro do mesmo estabelecimento, em conformidade com os “... métodos de execução dos respectivos trabalhos ou pela *finalidade de suas operações...*” (art. 7º, “b”, CLT; grifos acrescidos). Por todas estas razões, deve-se preservar a maior precisão e amplitude do conceito de empregador rural (*rectius*: empregador agroeconômico) da Lei de Trabalho Rural hoje vigente, sem restrições significativas ao conceito de indústria rural.

A jurisprudência trabalhista perseverou na interpretação harmônica ao sentido da Lei n. 5.889/73, ao invés de repercutir o censurável intento do Decreto n. 73.626/74. É o que evidenciava a OJ 419 da SDI-I do TST, ao privilegiar, para o enquadramento, a atividade preponderante do empregador, ao invés da atividade específica realizada pelo trabalhador: “*Considera-se rurícola empregado que, a despeito da atividade exercida, presta serviços a empregador agroindustrial (art. 3º, § 1º, da Lei n. 5.889, de 8.6.1973), visto que, neste caso, é a atividade preponderante da empresa que determina o enquadramento*”.⁽⁶²⁾

(61) Os estritos limites do poder *regulamentar* do Presidente da República estavam fixados no art. 81, III, da Constituição de 1967 (conforme EC n. 1/1969), vigente à época; atualmente encontram-se no art. 84, IV, da Constituição de 1988. No que tange a este aspecto, não houve mudança de substância entre os dois textos constitucionais.

(62) A OJ 38 da SDI-I, por exceção, adota, quanto ao enquadramento rural ou industrial do empregado que labora para empresa de reflorestamento, o parâmetro da atividade específica

Entretanto, em outubro de 2015, decidiu o TST reabrir o debate sobre o tema jurídico, cancelando a OJ 419 da SDI-I.⁽⁶³⁾

VI. O ÍNDIO COMO EMPREGADO

As peculiaridades da população indígena conduziram o Direito brasileiro a conferir tratamento diferenciado à sua inserção nas relações humanas, sociais e econômicas da sociedade brasileira, inclusive relações de trabalho. Esse tratamento diferenciado expressou-se em diploma legal dos anos de 1970 (Estatuto do Índio, Lei n. 6.001/73). Também foi enfatizado pela Constituição de 1988, que assegura relevante proteção em favor das comunidades indígenas (Capítulo VIII do Título VIII, arts. 231 e 232, CF/88).

O tratamento diferenciado construído pelo *Estatuto do Índio* (Lei n. 6.001, de 1973: art. 4º) desdobra-se desde uma proteção severa e integral, de modo a preservar o habitat e o isolamento dos integrantes da comunidade indígena (os chamados *índios isolados*), passando por uma proteção ainda intensa nos casos de indígena(s) vivenciando processo contínuo de integração (os denominados *índios em vias de integração*), até atingir os grupos tidos como plenamente aculturados aos hábitos, costumes e estruturação da comunidade nacional (os ditos *índios integrados*) — estes últimos submetendo-se, com plenitude, à legislação nacional padrão aplicável a todos os indivíduos.

Os índios e as comunidades indígenas ainda “não integrados à comunhão nacional” ficam sujeitos ao “regime tutelar” previsto na Lei n. 6.001/73 (art. 7º, *caput*), sob exercício da União (§ 2º do art. 7º). Nesse quadro, a Lei n. 6.001/73 considera “nulos os atos praticados entre o índio não integrado e qualquer pessoa estranha à comunidade indígena quando não tenha havido assistência do órgão tutelar competente” (art. 8º). Esclarece o preceito que não se aplica a

do obreiro: sendo esta “ligada ao manuseio da terra e de matéria-prima”, considera-se rurícola o trabalhador; os demais empregados serão tidos como industriários, pois o Decreto n. 73.626, de 1974 (diploma administrativo também elaborado no período autoritário), enquadra como industrial o segmento desse tipo de empresa. Entretanto, a exceção jurisprudencial se justifica, em virtude de se tratar, neste caso, da adoção de critério mais favorável de maneira a diminuir os efeitos trabalhistas prejudiciais provocados pelo artificialismo do Decreto n. 73.626, no instante em que caracterizou como *industrial* essa atividade empresária realizada na área rural, no manejo da terra, com o plantio e cultura de árvores. O enquadramento industrial do empregador é que, por força de ato administrativo, mostrou-se artificial, provocando a necessidade de atenuação interpretativa pela jurisprudência trabalhista.

(63) Na mesma sessão de outubro de 2015 (Resolução 200, de 27.10.2015), foram canceladas duas OJs da SDI-I relativas ao enquadramento de trabalhadores do campo: a OJ 419, já comentada, e a OJ 315, que abrange empregados tratoristas, operadores de ceifadeiras e outras máquinas e veículos inerentes ao agronegócio. Eis o texto da antiga OJ n. 315: “É considerado trabalhador rural o motorista que trabalha no âmbito de empresa cuja atividade é preponderantemente rural, considerando que, de modo geral, não enfrenta o trânsito das estradas e cidades”.

regra da nulidade “no caso em que o índio revele consciência e conhecimento do ato praticado, desde que não lhe seja prejudicial, e da extensão dos seus efeitos” (parágrafo único do art. 8º).⁽⁶⁴⁾

No tocante às relações laborativas, a Lei n. 6.001/73 considera *nulo* o contrato de trabalho (ou de “locação de serviços” — *sic!*) realizado com os índios isolados (art. 15 combinado com art. 4º, I, Estatuto do Índio). Pela lógica da regra jurídica e do próprio conjunto do Estatuto do Índio, pode-se afirmar que se trata de nulidade absoluta.

Com respeito aos contratos de trabalho (ou de “locação de serviços”, conforme escreve o diploma legal dos anos 1970) realizados com indígenas em processo de integração ou habitantes de parques e colônias agrícolas, “dependerão de prévia aprovação do órgão de proteção ao índio, obedecendo, quando necessário, a normas próprias” (art. 16, *caput*, Lei n. 6.001/73). Note-se que o órgão tutelar oficial, mesmo que concedendo a aprovação, deverá exercer “permanente fiscalização das condições de trabalho” (art. 16, § 2º). Pondere-se que o desrespeito a essa prévia aprovação do órgão tutelar deve ensejar nulidade relativa do contrato.

Independentemente das infrações e nulidades verificadas, é importante concluir que, ocorrendo prestação de labor com os elementos do vínculo empregatício, este deverá ser reconhecido, *com a incidência de todos os efeitos trabalhistas e previdenciários pertinentes* (art. 14, Estatuto do Índio; princípio jurídico trabalhista da primazia da nulidade sobre a forma; princípio jurídico trabalhista da irretroatividade das nulidades contratuais laborativas).⁽⁶⁵⁾

No caso, principalmente, de índios isolados (art. 4º, I, Lei n. 6.001/73), mas também, de certo modo, de índios em vias de integração (art. 4º, II, Lei n. 6.001/73), o reconhecimento das nulidades contratuais e de outras infrações trabalhistas e previdenciárias poderá também ensejar indenização por dano moral, de dimensão individual ou coletiva, em face da afronta à sua “organização social, costumes, línguas, crenças e tradições” (art. 231, *caput*, Constituição de 1988), que se soma à ofensa ao patrimônio moral dos indivíduos deflagrada pelo descumprimento de diversos princípios constitucionais de valorização e respeito à pessoa humana.⁽⁶⁶⁾

(64) Naturalmente que o regime tutelar previsto no Estatuto do Índio pode ser afastado, investindo-se o indivíduo indígena da plenitude de sua capacidade civil, porém desde que observados os requisitos e procedimentos especificados na Lei n. 6.001/73 (arts. 9º, 10 e 11).

(65) O art. 14, *caput*, do Estatuto do Índio prevê: “Não haverá discriminação entre trabalhadores indígenas e os demais trabalhadores, aplicando-se-lhes todos os direitos e garantias das leis trabalhistas e previdenciárias”.

(66) Sobre o tema das nulidades trabalhistas, consultar, neste Curso, em seu Capítulo XV, o item IV, intitulado “Vícios e Defeitos do Contrato de Trabalho – Nulidades”. Sobre o tema das indenizações por dano moral, consultar também neste Curso, o seu Capítulo XIX, especialmente o item IV (“Efeitos Conexos: Indenizações por Danos Sofridos pelo Empregado”) e o item V (“Efeitos Conexos: O Universo da Personalidade do Trabalhador e a Tutela Jurídica Existente”).

VII. EMPREGADO APRENDIZ

O empregado aprendiz é figura importante no Direito do Trabalho por traduzir fórmula jurídica de inserção da juventude nos benefícios civilizatórios da qualificação profissional pelo caminho mais bem protegido, que é o da relação de emprego.

Na tradição da CLT, somente poderia ser aprendiz o trabalhador entre 12 e 18 anos. O texto original de 1988 da Constituição da República não alterou a idade de ingresso no trabalho fixada pelo antigo art. 428 da CLT (12 anos), preceito que somente foi aperfeiçoado pela EC n. 20, de 1998, que alçou esse piso etário para *14 anos* (nova redação do art. 7º, XXXIII, da CF/88). Por essa razão é que usualmente se utilizava a expressão *menor aprendiz* no cotidiano trabalhista brasileiro.

Com a Lei n. 11.180, publicada em 26.9.2005, o limite etário superior do empregado aprendiz foi elevado, passando para “menor de 24 anos”. Dessa maneira, no Direito brasileiro contemporâneo, também o adulto (maior de 18 anos) pode celebrar contrato de aprendizagem.⁽⁶⁷⁾

As regras desse vínculo empregatício especial, celebrado por meio de uma espécie de contrato de trabalho a termo, do tipo formalístico, serão mais detidamente examinadas no Capítulo XVII, item II.5, deste Curso, sob o título: *Contrato de Aprendizagem (Empregado Aprendiz)*.

(67) A Lei n. 11.180/2005 determinou ainda que a idade máxima de até antes de *24 anos* “não se aplica a aprendizes portadores de deficiência” (art. 428, § 5º, CLT, conforme Lei n. 11.180/05).

CAPÍTULO XII

O EMPREGADOR

I. INTRODUÇÃO

Empregador define-se como *a pessoa física, jurídica ou ente despersonalizado que contrata a uma pessoa física a prestação de seus serviços, efetuados com pessoalidade, onerosidade, não eventualidade e sob sua subordinação.*

A noção jurídica de empregador, como se percebe, é essencialmente *relacional* à de empregado: existindo esta última figura no vínculo laborativo pactuado por um tomador de serviços, este assumirá, automaticamente, o caráter de empregador na relação jurídica consubstanciada.

Definição da CLT: análise crítica — A definição celetista de empregador conduz a algumas reflexões adicionais. Diz o art. 2º, *caput*, da CLT que empregador é *a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços* (art. 2º, CLT). Completa o § 1º do mesmo artigo que se equiparam (*sic!*) ao empregador, *para efeitos exclusivos da relação de emprego, os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos, que admitirem trabalhadores como empregados.*

O enunciado do *caput* celetista é, tecnicamente, falho, sendo também falho o parágrafo primeiro do mesmo artigo, por se traduzir como claramente tautológico.

Na verdade, empregador não é a *empresa* — ente que não configura, obviamente, sujeito de direitos na ordem jurídica brasileira. Empregador será a pessoa física, jurídica ou ente despersonalizado titular da empresa ou estabelecimento.

A eleição do termo *empresa*, pela CLT, para designar a figura do empregador apenas revela, mais uma vez, a forte influência institucionalista e da teoria da relação de trabalho que se fez presente no contexto histórico de elaboração desse diploma justarbeitista. A propósito, o Estatuto do Trabalhador Rural (Lei n. 4.214, de 1963) e a Lei do Trabalho Rural (n. 5.889, de 1973), ambos construídos em período histórico em que já não vigorava significativa influência dessas velhas correntes teóricas trabalhistas, não definem empregador rural como empresa, porém como pessoa física ou jurídica (*caput* do art. 3º da Lei n. 4.214/1963 e *caput* do art. 3º da Lei n. 5.889, de 1973)⁽¹⁾.

(1) A Lei n. 4.214/63, como se sabe, foi revogada pela Lei n. 5.889/73, que é hoje vigente.

Efetuada tais críticas à técnica falha do *caput* do art. 2º da CLT, há que se aduzir, entretanto, outra vertente de observações acerca desse mesmo dispositivo celetista. É que a falha técnica celetista (ou viés doutrinário) evidenciou, no correr da experiência justrabalhista, um aspecto algo positivo, consubstanciado em sua *funcionalidade*. De fato, *a eleição do termo empresa tem o sentido funcional, prático, de acentuar a importância do fenômeno da despersonalização da figura do empregador*. Ao enfatizar a empresa como empregador, a lei já indica que a alteração do titular da empresa não terá grande relevância na continuidade do contrato, dado que à ordem justrabalhista interessaria mais a continuidade da situação objetiva da prestação de trabalho empregatício ao empreendimento enfocado, independentemente da alteração de seu titular. É o que resultará preceituado nos arts. 10 e 448 da mesma CLT (dispositivos a serem examinados no item *sucessão de empregadores*, à frente).

Passando-se ao exame do § 1º do art. 2º, da CLT, cabe se observar que não existe, do ponto de vista rigorosamente técnico, *empregador por equiparação*. Na verdade, as entidades especificadas no referido parágrafo primeiro configuram-se como empregadores típicos e não empregadores por equiparação ou extensão legal. São entes sem fins lucrativos, é certo, mas esse aspecto não é relevante à configuração do tipo legal do empregador, por não se constituir em seu elemento fático-jurídico específico.

Não há, portanto, uma qualidade especial deferida por lei a pessoas físicas ou jurídicas para emergirem como empregadores. Basta que, de fato, se utilizem da força de trabalho empregaticamente contratada. A presença do empregador identifica-se, portanto, pela simples verificação da presença de empregado a seus serviços, e não pela qualidade do sujeito contratante de tais serviços.

Inexistindo na ordem jurídica qualificação específica para que uma entidade seja considerada empregadora (ao contrário do que ocorre com o empregado: apenas pessoa física), disso resulta que até mesmo entes juridicamente despersonalizados podem surgir, no plano jurídico, como empregadores, desde que se valendo do trabalho empregatício. É o que se passa com condomínios, espólios e massas falidas, por exemplo.

II. EMPREGADOR — CARACTERIZAÇÃO

Ao se caracterizar a figura da relação de emprego (e do empregado), apreendem-se e se identificam os cinco elementos fático-jurídicos específicos que a compõem, à luz da ordem justrabalhista. O processo de caracterização da figura sociojurídica do empregador é distinto. Tratando-se de conceito estritamente relacional, a caracterização da figura do empregador importa na simples apreensão e identificação dos elementos fático-jurídicos da relação de emprego, *aduzindo-se que o tipo legal do empregador estará cumprido*

por aquele que se postar no polo passivo da relação empregatícia formada. É que não existem elementos fático-jurídicos específicos à figura do empregador, exceto um único: a apreensão, por um sujeito de direito qualquer, de prestação de serviços (efetuada por pessoa física, com personalidade, não eventualidade, onerosidade e sob subordinação ao tomador). Verificados os cinco elementos fático-jurídicos da relação de emprego, pesquisa-se apenas pelo sujeito jurídico que tomou os serviços empregatícios — este será, em princípio, o empregador.

Configurada a relação de emprego e, conseqüentemente, a existência de um empregador, a ordem justralhista determina a ocorrência de alguns *efeitos jurídicos universais* sobre essa figura do empregador. Não são, contudo, elementos constitutivos de tal figura (elementos sem os quais ela não existiria), mas *efeitos jurídicos* decorrentes de sua existência. Como se trata de efeitos jurídicos universais — isto é, presentes em praticamente todas as situações sociojurídicas pertinentes à existência do empregador —, a teoria justralhista os arrola como *aspectos característicos* dessa figura jurídica tipificada.

São dois esses efeitos (ou características) da figura do empregador: de um lado, a sua *despersonalização*, para fins justralhistas; de outro lado, sua *assunção dos riscos* do empreendimento e do próprio trabalho contratado.

1. Despersonalização

A característica da *despersonalização da figura do empregador* consiste na circunstância de autorizar a ordem justralhista a plena modificação do sujeito passivo da relação de emprego (o empregador), sem prejuízo da preservação completa do contrato empregatício com o novo titular.

Note-se que enquanto a personalidade é elemento fático-jurídico atávico à figura do empregado (elemento sem o qual não existirá o empregado, juridicamente), ela *tende a ser irrelevante* na tipificação da figura do empregador. Aqui *predomina a impessoalidade*, acentuando a lei a despersonalização como marca distintiva do sujeito passivo da relação de emprego.

É interessante perceber que a utilização da expressão *empresa*, neste momento, serve de instrumento para realçar a despersonalização da figura do empregador. De fato, à medida que a ordem jurídica se reporta à *noção objetiva de empresa* para designar empregador, em vez da *noção subjetiva e às vezes particularíssima de pessoa*, obtém o efeito de acentuar o caráter impessoal e despersonalizado com que encara e rege tal sujeito do contrato de trabalho.

A despersonalização do empregador é um dos mecanismos principais que o Direito do Trabalho tem para alcançar certos efeitos práticos relevan-

tes: de um lado, permitir a viabilização concreta do princípio da continuidade da relação empregatícia, impedindo que ela se rompa em função da simples substituição do titular do empreendimento empresarial em que se encontra inserido o empregado. De outro lado, harmonizar a rigidez com que o Direito Individual do Trabalho trata as alterações objetivas do contrato empregatício (vedando alterações prejudiciais ao empregado) com o dinamismo próprio ao sistema econômico contemporâneo, em que se sobreleva um ritmo incessante de modificações empresariais e interempresariais.

A presente característica tem crucial importância na estrutura e efeitos de relevante instituto do Direito Individual do Trabalho: a *sucessão trabalhista* (arts. 10, 448 e 448-A, CLT). Efetivamente apenas por ser a impessoalidade marca própria ao sujeito empresarial da relação de emprego, marca que autoriza sua modificação subjetiva ao longo da evolução contratual, é que se compreende o sentido e extensão desse instituto justralhista (a ser examinado ainda no presente capítulo).

Finalmente, a despersonalização do empregador tem despontado como importante fundamento para a *desconsideração do manto da pessoa jurídica*, em busca da *responsabilização subsidiária dos sócios integrantes da entidade societária*, em contexto de frustração patrimonial pelo devedor principal na execução trabalhista. Pela despersonalização inerente ao empregador, tem-se compreendido existir intenção da ordem juslaborativa de enfatizar o *fato* da organização empresarial, enquanto complexo de relações materiais, imateriais e de sujeitos jurídicos, independentemente do envoltório formal a presidir sua atuação no campo da economia e da sociedade. Com isso, a desconsideração societária, em quadro de frustração da execução da coisa julgada trabalhista, derivaria das próprias características impessoais assumidas pelo sujeito passivo no âmbito da relação de emprego⁽²⁾.

2. Assunção dos Riscos (Alteridade)

A característica da *assunção dos riscos do empreendimento ou do trabalho* consiste na circunstância de impor a ordem justralhista à exclusiva responsabilidade do empregador, em contraponto aos interesses obreiros oriundos do contrato pactuado, os ônus decorrentes de sua atividade empresarial ou até mesmo do contrato empregatício celebrado. Por tal característica, em suma, o empregador assume os riscos da empresa, do estabelecimento e do próprio contrato de trabalho e sua execução.

(2) A respeito da responsabilidade do sócio da entidade societária, consultar o Capítulo XIV, item III, do presente Curso local em que se examinam também as repercussões, no plano justralhista, do “Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica”, instituído pelo CPC/2015 (arts. 133 a 137, Lei n. 13.105, de 16.3.15). O IDPJ foi expressamente incorporado pelo novo art. 855-A da CLT, conforme Lei n. 13.467/2017.

A presente característica é também conhecida pela denominação *alteridade* (*alter.* outro; — *i* —; *dade*: qualidade — isto é, qualidade do outro ou que está no outro). Sugere a expressão que o contrato de trabalho transfere a uma única das partes todos os riscos a ele inerentes e sobre ele incidentes: os riscos do empreendimento empresarial e os derivados do próprio trabalho prestado.

O texto da CLT parece limitar a alteridade apenas aos riscos tipicamente empresariais — e não aos riscos decorrentes da própria existência do contrato de trabalho e de seu cumprimento. É que o art. 2º, *caput*, do diploma consolidado fala em *riscos da atividade econômica*, no mesmo preceito em que define empregador como *empresa*. Não obstante essa aparência, a interpretação lógico-racional, sistemática e teleológica da ordem justralhista indica que se impõem, juridicamente, ao empregador *também os riscos do trabalho prestado*, ainda que este não tenha intuito econômico para seu tomador (caso do trabalho doméstico).

Há alguma divergência doutrinária acerca desse efeito jurídico específico. Existem posições interpretativas que entendem que esse risco não se estende a todo e qualquer empregador, mas somente aos que desempenham atividade rigorosamente econômica, lucrativa (*empresas*, portanto). Nessa linha, comenta o jurista *Octavio Bueno Magano*:

“No conceito de empregador não é essencial a ideia de assunção de riscos, porque nele se compreendem tanto os entes que se dedicam ao exercício de atividades econômicas quanto os que deixam de o fazer, dedicando se, ao revés, a atividades não lucrativas, como é o caso das instituições de beneficência e das associações recreativas”⁽³⁾.

Na verdade, o que ocorre é que a letra do enunciado celetista (*riscos da atividade econômica*) não corresponde à específica intenção da norma, nem à plena noção jurídica dos riscos que pertinem à posição jurídica do empregador no âmbito da relação de emprego. *Ao se referir à ideia de riscos, o que pretende a ordem justralhista é traduzir a ideia de responsabilização do empregador pelos custos e resultados do trabalho prestado, além da responsabilização pela sorte de seu próprio empreendimento* (se se tratar de empregador vinculado a atividade econômica). Desse modo, o princípio da assunção dos riscos efetivamente aplica-se mesmo àqueles empregadores que não exerçam atividade de natureza econômica, para os quais o trabalho não emerge como fator de produção (empregador doméstico; empregador público; entidades beneficentes, etc.).

A regra da assunção dos riscos pelo empregador leva a que não se autorize distribuição de prejuízos ou perdas aos empregados, ainda que

(3) MAGANO, Octavio Bueno. *Manual de Direito do Trabalho*. V. II, 2. ed. São Paulo: LTr, 1986, p. 50.

verificados reais prejuízos e perdas no âmbito do empreendimento dirigido pelo respectivo empregador. A mesma regra conduz à vedação de descontos nos salários do empregado, excetuadas estritas hipóteses legais e normativas (art. 462, CLT), o que confere, assim, certa intangibilidade à contraprestação recebida pelo trabalhador (art. 7º, VI, CF/88; art. 468, *caput*, CLT). Esta última hipótese normativa abrange, inclusive, empregadores que não tenham atividade econômica envolvida com o contrato empregatício pactuado⁽⁴⁾.

Atenuações do Risco Empresarial — A ordem justralhista, anteriormente à Constituição de 1988, buscava atenuar, em algumas situações, a regra de assunção dos riscos pelo empregador. Em seu art. 503, por exemplo, a CLT considerava lícita,

“Em caso de força maior ou prejuízos devidamente comprovados, a redução geral dos salários dos empregados da empresa, proporcionalmente aos salários de cada um”.

A norma do art. 503, CLT, francamente atenuadora da responsabilidade objetiva do empregador pelos riscos do contrato empregatício (e do próprio empreendimento), foi, contudo, parcialmente revogada (ou não recebida) pelo art. 7º, VI, CF/88. Hoje qualquer procedimento de redução de salários somente poderá ser efetuado mediante os instrumentos formais de *negociação coletiva*, com participação do respectivo sindicato obreiro (art. 7º, VI, combinado com o art. 8º, VI, CF/88).

Na mesma temática concernente a riscos, considera-se preservada, porém, a Lei n. 4.923, de 1965, que permite, diante de conjuntura econômica adversa, e mediante *acordo com o sindicato*, que se reduza a jornada de trabalho obreira e os salários correspondentes. Em face de a lei já prever o requisito da negociação coletiva, tem-se que ela foi recepcionada, nesse aspecto, pela Constituição de 1988. Revogou, entretanto, a mesma Constituição o § 2º, art. 2º, da referida Lei n. 4.923/65, que facultava ao empregador submeter a decisão da redução de jornada e salários à Justiça do Trabalho, caso não houvesse acordo com a entidade sindical. É que o item VI do art. 7º da Constituição é expresso em admitir a redução de salários apenas se franqueada por negociação coletiva sindical (*salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo*, diz o preceito constitucional).

Agregue-se ainda nessa temática relativa a riscos, no contexto da retração econômica despontada em 2015, a instituição normativa do denominado *Programa de Proteção ao Emprego* (PPE), originalmente por meio da MPr. n. 680, de 6.7.15, que foi convertida na Lei n. 13.189, de 19.11.2015. Pelo

(4) A empregada doméstica que danifica peças da cozinha ou erra na elaboração da refeição, sem qualquer dolo, não responde pelos prejuízos reais causados, a serem suportados pelo empregador. O singelo exemplo demonstra como a regra da assunção dos riscos pelo trabalho contratado abrange também empregadores sem atividade econômica.

novo diploma jurídico, foi permitido a empresas em situação de dificuldade econômico-financeira, nas condições e forma estabelecidas em ato do Poder Executivo federal, aderirem ao PPE, de maneira a reduzirem, temporariamente, em até trinta por cento, a jornada de trabalho de seus empregados, com a redução proporcional dos salários, desde que autorizada esta redução por acordo coletivo de trabalho específico celebrado “com o sindicato de trabalhadores representativo da categoria da atividade econômica preponderante” (art. 3º, *caput* e § 1º, MPr. n. 680/2015; art. 5º, *caput* e §§ 1º até 8º, Lei n. 13.189/2015). Trata-se de hipótese de alteração contratual lesiva, sem dúvida, porém autorizada por negociação coletiva trabalhista, situada em contexto de dificuldade econômico-financeira da empresa empregadora e restrita à duração realmente provisória.⁽⁵⁾

O referido programa sofreu alterações por meio da MPr. n. 761, de 22.12.2016, passando a se denominar *Programa Seguro-Emprego — PSE*, sendo prorrogado até 31.12.2018 (arts. 1º, 2º e seguintes da Lei n. 13.189/15, conforme redação promovida pela MPr. n. 761/2016). Tempos depois, a MPr. n. 761/16 foi convertida na Lei n. 13.456, de 26.6.2017.

Feitas essas ressalvas, fica claro que as referidas diretrizes constitucionais evidenciam ser inválido dispositivo de lei que intente elidir direito trabalhista criado por fonte autônoma ou heterônoma, ao fundamento de ser o empregador dotado de *incapacidade econômica*, transitória ou contínua, em vista de prejuízos comprovados em sua dinâmica operativa. Esse tipo de atenuação legal do risco do empregador, ou tipos similares, encontram, desde 1988, limites claros na Constituição.

Entretanto, cabe registrar que a Lei da Reforma Trabalhista (n. 13.467/2017, vigorante desde 11.11.2017) introduziu na CLT inúmeros mecanismos de atenuação do risco do empregador no contexto da relação de emprego. Apenas para ilustração, mencionem-se: aprofundamento do poder empresarial no contrato de adesão trabalhista (por exemplo, novo parágrafo único do art. 444 da CLT); eliminação de determinados direitos trabalhistas (por exemplo, horas *in itinere* — novo texto do art. 58, § 2º, da CLT, com revogação do § 3º desse mesmo artigo); eliminação de diversos lapsos temporais de “tempo à disposição” do empregador (inserção do novo § 2º e seus oito incisos no art. 4º da CLT); regulação restritiva das indenizações por danos morais previstas na Constituição (novos arts. 223-A a 223-G da CLT) — agora chamados “danos extrapatrimo-

(5) Dispunha o § 3º do art. 3º da MPr. n. 680/15: “A redução temporária da jornada de trabalho poderá ter duração de até seis meses e poderá ser prorrogada, desde que o período total não ultrapasse doze meses”. Já § 1º, IV, do art. 5º da Lei de Conversão n. 13.189/15 refere-se à possibilidade de prorrogação de períodos sucessivos de seis meses de redução, “desde que o período total não ultrapasse vinte e quatro meses”.

niais”; larga ampliação dos poderes da negociação coletiva trabalhista quanto à flexibilização de direitos laborativos (novo art. 611-A da CLT).⁽⁶⁾

3. Empresa e Estabelecimento

Na definição e caracterização de empregador e na regência normativa concernente a certos institutos trabalhistas vinculados a esse sujeito da relação de emprego (como *sucessão trabalhista* — arts. 10, 448 e 448-A, CLT — e *grupo econômico* — § 2º do art. 2º, CLT), nota-se que a Consolidação insiste na veiculação da expressão *empresa*. Embora tal veiculação derive, em certos instantes, essencialmente de um *viés doutrinário* (como já exposto), em outros instantes o artifício mostra-se carregado de conteúdo normativo, enfatizando aspecto que a ordem jurídica trabalhista quer, de fato, realçar.

Nesse quadro, é oportuno retomar-se a conceituação das figuras de empresa e estabelecimento, capturadas do antigo Direito Comercial (hoje, Direito Empresarial) e do Direito Econômico, essencialmente.

Empresa, como se sabe, é o *complexo de bens materiais e imateriais e relações jurídicas que se reúnem como um todo unitário, em função de dinâmica e finalidade econômicas fixadas por seus titulares*. É a organização dos fatores de produção (bens, relações, direitos e obrigações) a serviço de um fim econômico previamente definido⁽⁷⁾.

Estabelecimento é uma *unidade particularizada da empresa, composta também de um complexo de bens e relações jurídicas, que se reúnem como um todo unitário em função das necessidades empresariais*. É instrumento da atividade da empresa. *Rubens Requião* esclarece: “O fundo de comércio ou estabelecimento comercial é o instrumento da atividade do empresário. Com ele o empresário comercial aparelha-se para exercer sua atividade. Forma o fundo de comércio a *base física da empresa*, constituindo um *instrumento* da atividade empresarial. O Código italiano o define como o complexo de bens organizados pelo empresário, para o exercício da empresa”⁽⁸⁾.

(6) As inúmeras mudanças promovidas pela Lei da Reforma Trabalhista serão examinadas ao longo deste Curso, nos distintos capítulos e temas próprios. Para uma visão sumarizada dessas modificações, porém, consultar DELGADO, M. G.; DELGADO, G. N. *A Reforma Trabalhista no Brasil* — com os comentários à Lei n. 13.467/2017. 2. São Paulo: LTr, 2018. A propósito, na 2. edição desse livro (2018) estudam-se também, *em separado*, as inserções feitas pela MPr. n. 808/2017 na CLT, mas que tiveram curta duração — apenas de 14.11.2017 até 23.4.2018.

(7) Rubens Requião expõe que a “...empresa somente nasce quando se inicia a *atividade* sob a orientação do empresário. Dessa explicação surge nítida a ideia de que a empresa é essa *organização* dos fatores de produção *exercida*, posta a funcionar, pelo empresário”. In *Curso de Direito Comercial*, 1º Vol., 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 57 (grifos no original).

(8) REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. 1º Vol., 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 197-198 (grifos no original).

Não obstante o empregador não seja a empresa, como visto, esta — e o estabelecimento — tem crucial importância na teoria e prática do Direito do Trabalho. É que a ordem justralhista, em distintas oportunidades (quando trata, por exemplo, do grupo econômico, da sucessão de empregadores ou do tema da responsabilidade), *acentua a integração objetiva da relação de emprego no complexo de bens materiais e imateriais componentes de tais institutos, como fórmula de potenciar os objetivos protecionistas perseguidos por esse ramo jurídico especializado*. Desse modo, a referência precisa ao conceito e extensão de tais figuras do Direito Econômico deve ser mantida disponível, permanentemente, ao operador dinâmico da área juslaboral.

III. GRUPO ECONÔMICO PARA FINS JUSTRALHISTAS

1. Definição

O grupo econômico aventado pelo Direito do Trabalho define-se como a *figura resultante da vinculação justralhista que se forma entre dois ou mais entes favorecidos direta ou indiretamente pelo mesmo contrato de trabalho, em decorrência de existir entre esses entes laços de direção ou coordenação em face de atividades industriais, comerciais, financeiras, agroindustriais ou de qualquer outra natureza econômica*.

O tipo legal do grupo econômico, para fins justralhistas, está lançado tanto na Consolidação das Leis do Trabalho, como na Lei do Trabalho Rural. Dispunha a CLT, na anterior redação de seu art. 2º, § 2º:

“Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas.”

Atualmente (após mudança promovida pela Lei n. 13.467/17 — vigente desde 11.11.2017), assim estabelece a CLT, em seu art. 2º, § 2º (com nova redação) e novo § 3º, ambos tratando da caracterização do grupo econômico para fins justralhistas:

“§ 2º Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, ou ainda quando, mesmo guardando cada uma sua autonomia, integrem grupo econômico, serão responsáveis solidariamente pelas obrigações decorrentes da relação de emprego.”

“§ 3º Não caracteriza grupo econômico a mera identidade de sócios, sendo necessárias, para a configuração do grupo, a demonstração do interesse integrado, a efetiva comunhão de interesses e a atuação conjunta das empresas dele integrantes.”

A Lei do Trabalho Rural (n. 5.889/73), a seu turno, assim estipula em seu art. 3º, § 2º, com respeito à mencionada figura jurídica:

“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”.

Embora existam algumas diferenças entre os preceitos acima comparados (art. 2º, § 2º, CLT; art. 3º, § 2º, Lei n. 5.889/73), é inquestionável que a leitura de ambos deve se fazer conjugadamente, por moldarem o mesmo tipo legal — o *grupo econômico para fins trabalhistas*. Ademais, conforme se percebe, a nova redação do § 2º do art. 2º da CLT se aproximou, ainda mais, do texto constante do art. 3º, § 2º, da Lei n. 5.889/1973.

2. Objetivos da Figura

O objetivo essencial do Direito do Trabalho ao construir a figura tipificada do grupo econômico foi certamente ampliar as possibilidades de garantia do crédito trabalhista, impondo responsabilidade plena por tais créditos às distintas empresas componentes do mesmo grupo econômico. A responsabilidade que deriva para os entes que compõem o grupo econômico é *solidária*, resultante da lei (art. 2º, § 2º, CLT; art. 3º, § 2º, Lei n. 5.889/73; art. 904, CCB/1916; art. 275, CCB/2002). Esse efeito legal confere ao credor-empregado o poder de exigir de todos os componentes do grupo ou de qualquer deles o pagamento por inteiro de sua dívida, ainda que tenha laborado (e sido contratado) por apenas uma das entidades societárias integrantes do grupo. Amplia-se, portanto, a garantia aberta ao crédito trabalhista.

Ao lado desse objetivo essencial, vislumbrou a jurisprudência um segundo objetivo específico para essa figura especial *justralhista*: estender também a todos os entes integrantes do grupo as prerrogativas de se valerem do mesmo trabalho contratado, sem que o exercício de tal prerrogativa importe, necessariamente, na pactuação de novo ou novos contratos de emprego.

O tema será retomado no subitem III.4 deste Capítulo, onde se examina o tipo de responsabilidade resultante da figura do grupo econômico *justralhista*.

3. Caracterização do Grupo Econômico

No estudo da caracterização dessa figura *justralhista* deve-se examinar a *abrangência objetiva* do grupo, sua *abrangência subjetiva* e, finalmente, o *nexo relacional* entre as empresas dele integrantes.

A) Abrangência Objetiva — O conceito de grupo econômico aqui examinado é estritamente *justralbista*. A *abrangência objetiva* dessa figura jurídica não ultrapassa, pois, o Direito do Trabalho, não possuindo tal tipo legal efeitos de caráter civil, tributário, comercial ou de qualquer outro ramo do Direito.

Em contrapartida, essa figura *justralbista* também não se submete, rigorosamente, à tipificação legal de grupo econômico que impera em outros segmentos jurídicos (Direito Comercial/Empresarial e Direito Econômico, por exemplo). Do mesmo modo, não se sujeita aos requisitos de constituição que podem emergir como relevantes nesses segmentos estranhos ao Direito do Trabalho.

Noutras palavras, o grupo econômico para fins *justralbistas* não necessita se revestir das modalidades jurídicas típicas do Direito Econômico ou do Direito Comercial/Empresarial (*holdings*, consórcios, *pools*, etc.). Não se exige, sequer, prova de sua *formal institucionalização cartorial*: pode-se acolher a existência do grupo desde que emergjam evidências probatórias de que estão presentes os elementos de integração interempresarial de que falam os mencionados preceitos da CLT e da Lei do Trabalho Rural.

B) Abrangência Subjetiva — A ordem *justralbista* delimita claramente o tipo de sujeito de direito que pode compor a figura do grupo econômico aventado pela CLT e Lei n. 5.889/73. O componente do grupo não pode ser *qualquer* pessoa física, jurídica ou ente despersonalizado; não se trata, portanto, de qualquer empregador, mas somente certo tipo de empregador, diferenciado dos demais em função de sua *atividade econômica*. Surge aqui o primeiro requisito dessa figura tipificada do Direito do Trabalho: composição por entidades estruturadas como *empresas*.

Especifica a lei, portanto, que apenas *entes com dinâmica e fins econômicos* é que podem se agregar para compor o tipo legal aventado pelos arts. 2º, CLT, e 3º, Lei n. 5.889/73. De maneira geral, serão pessoas jurídicas, mas não necessariamente. Entes despersonalizados (massa falida, por exemplo), ou até mesmo pessoas físicas que ajam como empresários, agentes econômicos típicos, também esses sujeitos de direito podem ser tidos como membros aptos a integrar a figura do grupo econômico *justralbista*. O que quer a lei é que o sujeito jurídico componente do grupo econômico para fins *justralbistas* consubstancie essencialmente um ser econômico, uma *empresa* (expressão sugestivamente enfatizada pelos preceitos legais referenciados). O caráter e os fins econômicos dos componentes do grupo surgem, assim, como elementos qualificadores indispensáveis à emergência da figura aventada pela ordem jurídica trabalhista.

Em face dessa qualidade específica exigida pela ordem jurídica ao membro do grupo, não têm aptidão para compor a figura do grupo econômico *entes que não se caracterizem por atuação econômica, que não sejam*

essencialmente seres econômicos, que não consubstanciem empresas. É o que ocorre, ilustrativamente, com o Estado e demais entes estatais, com o empregador doméstico, com os entes sem fins lucrativos nominados no § 1º do art. 2º da CLT, e ali chamados *empregadores por equiparação* (profissionais liberais, instituições de beneficência, associações recreativas, etc.).

Nota-se, desse modo, que a utilização pela CLT da expressão *empresa*, ao se referir ao empregador (art. 2º, *caput*), ganha notável *funcionalidade* no que concerne à caracterização da figura do grupo econômico justralhista. O que fora equívoco (ou viés doutrinário) no *caput* do art. 2º (definição de empregador) passa a ser, no parágrafo segundo (que trata de grupo econômico), expressão carregada de conteúdo próprio e de forte sentido normativo. Ao se referir à empresa, o preceito celetista acentua a dimensão econômica do ente integrante do grupo, subordinando a essa dimensão a própria existência da figura jurídica que busca tipificar. O forte sentido normativo da expressão *empresa*, nesse caso, é que também veio justificar a utilização da mesma expressão pela Lei de Trabalho Rural no instante em que pretendeu tipificar o *grupo econômico ou financeiro rural* (art. 3º, § 2º, Lei n. 5.889/73) — embora na tipificação de empregador este último diploma não tivesse se valido — corretamente — do vocábulo *empresa* (art. 3º, *caput*, Lei n. 5.889/73).

Há um esclarecimento necessário quanto ao Estado e suas entidades. Em princípio, não podem, efetivamente, compor grupo econômico — como pacífico na doutrina e na jurisprudência. Tal exclusão ocorre por serem públicas, sociais, comunitárias as atividades e fins do Estado e seus agentes institucionais. Acaso o Estado pratique atividade notoriamente econômica, ele o faz, em tese, como instrumento para a realização de seus fins indispensáveis, que se preservam como públicos, sociais ou comunitários. A atividade econômica seria, pois, meramente instrumental, mas não definidora dos fins do Estado e seus entes.

Há, contudo, uma exceção a essa excludente estatal: se as próprias entidades estatais estiverem organizadas em moldes privados, passando a se reconhecer e classificar, em seus estatutos, como grupo econômico para os fins inerentes ao Direito Civil e Direito Comercial/Empresarial (como tende a acontecer com os conglomerados financeiros oficiais), elas irão, automaticamente, sujeitar-se aos *efeitos trabalhistas* de sua situação fático-jurídica de grupo, isto é, aos efeitos do art. 2º, § 2º da CLT (art. 173, § 1º, II, CF/88).

C) Nexo Relacional Interempresas — Ao lado da delimitação subjetiva dos componentes do grupo, estabelece a lei uma modalidade específica de nexos relacional entre os entes integrantes do grupo econômico, apta a consumir a existência desse tipo legal justralhista. A modalidade de nexos relacional entre as empresas desponta, assim, como o segundo requisito do grupo econômico justralhista.

No tocante a esse tema, tem-se percebido, entretanto, a existência de nítida divergência jurisprudencial e doutrinária. Duas vertentes interpretativas se destacam: a primeira, que restringe a configuração do grupo à ocorrência de nexos de efetiva *direção hierárquica* entre suas empresas componentes; a segunda, que reduz a uma relação de simples *coordenação* entre as empresas do grupo o nexo relacional exigido pela ordem jurídica.

O jurista *Octavio Bueno Magano* inscreve-se na primeira vertente, ao sustentar que deve haver uma *relação de dominação interempresarial*, através da direção, controle ou administração da empresa principal sobre as filiadadas⁽⁹⁾. O anterior texto literal do art. 2º, § 2º, da CLT se aproximava dessa leitura, uma vez que, de fato, a Consolidação valia-se da expressão *sob direção, controle ou administração de outra*. Entretanto, já se faça um alerta: a nova redação do art. 2º, § 2º, da CLT expungiu esse traço, não mais fazendo menção à ideia de hierarquia rígida entre os componentes do grupo (voltaremos a esse ponto, logo abaixo).

A segunda vertente considera que a verificação da simples relação de *coordenação interempresarial* atende ao sentido essencial vislumbrado pela ordem justralhista. A própria informalidade conferida pelo Direito do Trabalho à noção de grupo econômico seria incompatível com a ideia de se acatar a presença do grupo somente à luz de uma relação hierárquica e assimétrica entre os seus componentes.

Ademais, no contexto do sistema econômico vigorante, as empresas componentes de vários grupos econômicos tendem a preservar certo desprendimento administrativo e operacional, para melhor se desenvolverem e conquistarem mercados, mantendo-se, contudo, sem dúvida, umbilicalmente estruturadas dentro de uma lógica unitária, sob firme hegemonia e acompanhamento dos controladores do grupo, ainda que sem uniformização burocrática, administrativa e operacional.

Além de tudo, se a intenção principal do ramo justralhista foi ampliar a garantia incidente sobre os créditos obreiros, não há por que se restringir a figura do grupo econômico em função de um aspecto que é, em substância, irrelevante do ponto de vista do controle intraempresarial efetivo e dos contratos empregatícios firmados.

De todo modo, essa ampliação também potencializaria a prerrogativa de utilização pelos membros do grupo da prestação de trabalho pactuada com o mesmo trabalhador.

A segunda vertente interpretativa, mais consentânea com a lógica normativa e principiológica do Direito do Trabalho, recebeu a adesão do jurista *Amauri Mascaro Nascimento*:

(9) In *Manual de Direito do Trabalho*. V. II, 2. ed., cit., p. 64.

“(…) basta uma relação de coordenação entre as diversas empresas sem que exista uma em posição predominante, critério que nos parece melhor, tendo se em vista a finalidade do instituto (...), que é a garantia da solvabilidade dos créditos trabalhistas”⁽¹⁰⁾.

É interessante perceber que, em contraponto ao antigo texto literal celetista (que parecia favorecer, como visto, a tese do nexos relacional hierárquico: art. 2º, § 2º, CLT), o texto literal da Lei n. 5.889/73 claramente sempre favoreceu a tese do nexos relacional de simples coordenação. É que a lei rurícola fala em empresas que “... estiverem sob direção, controle ou administração de outra, ou ainda quando, *mesmo guardando cada uma sua autonomia...*” (art. 3º, § 2º; grifos acrescentados).

Atualmente, a dissensão não mais se justifica, pois a nova redação do art. 2º, § 2º da CLT, promovida pela Lei n. 13.467/2017, fez adesão manifesta à tese da simples coordenação interempresarial, conforme se pode perceber pelos textos legais acima comparados.

Esclareça-se, ademais, que ainda que se insista na tese do nexos relacional hierárquico entre as empresas, está sedimentado como *indiferente* ser o controle exercido por pessoa jurídica ou por pessoa física. Expõe a doutrina que:

“pelo fato de estar o controle das empresas em mãos de uma ou algumas pessoas físicas detentoras do número suficiente de ações para que se estabeleça, não ficará descaracterizado o grupo, uma vez que a unidade de comando econômico existirá da mesma forma que ocorre quando a propriedade das ações é de uma empresa”⁽¹¹⁾.

Agregue-se, também, que mesmo se insistindo na necessidade do nexos relacional hierárquico, ele se torna manifesto caso as entidades empresariais se identifiquem para o mercado como “grupo empresarial”, “grupo econômico”, “grupo empresarial distintivo” e/ou epítetos similares — como sói acontecer, contemporaneamente, em sítios da internet de inúmeros grupos empresariais.

Mencione-se, por fim, quanto à caracterização do grupo econômico, que a ressalva exposta no novo § 3º do art. 2º da CLT, acrescentado pela Lei n. 13.467/2017, tem de ser interpretada com lógica e sistematicidade. Quer o novo preceito deixar claro que a mera identidade de sócios, sendo efetivamente residual, inexpressiva, não é bastante para evidenciar o grupo econômico. Com isso, permite afastar situações realmente artificiais, em que

(10) In *Iniciação ao Direito do Trabalho*. 14. ed., cit., p. 141. A este respeito consultar CABRAL, Carine Murta Nagem. *O Grupo de Empresas no Direito do Trabalho*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

(11) In NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao Direito do Trabalho*, 14. ed. São Paulo: LTr, 1989. p. 141-142. Na mesma linha, o jurista Délio Maranhão: *Direito do Trabalho*. 14. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1987, p. 76.

a participação de algum sócio na entidade societária seja mesmo inexpressiva e claramente residual. Porém, não se trata de anteparo à configuração do grupo econômico tipificado no § 2º do mesmo art. 2º da CLT.⁽¹²⁾

4. Solidariedade Resultante do Grupo Econômico

A figura justralhista do grupo econômico surgiu *como veículo de ampliação da garantia dos créditos trabalhistas* em favor do empregado — sendo esse seu original e mais clássico objetivo e efeito.

A evolução do instituto, entretanto, propiciou uma extensão de seus objetivos e efeitos por além da mera garantia creditícia, alcançando todos os aspectos contratuais e todos os entes integrantes do grupo econômico. Essa extensão de objetivos e efeitos deferida à figura do grupo não é, contudo, isenta de debates e resistência entre os juristas.

A) Solidariedade Exclusivamente Passiva — O efeito jurídico clássico e incontroverso da figura justralhista do grupo econômico é a imposição de solidariedade *passiva* entre as entidades componentes do grupo perante os créditos trabalhistas derivados de contrato de trabalho subscrito por uma ou algumas dessas entidades. Solidariedade passiva, isto é, por obrigações trabalhistas, portanto.

O claro objetivo da ordem justralhista (art. 2º, § 2º, CLT; art. 3º, § 2º, Lei n. 5.889/73) foi assegurar maior garantia aos créditos trabalhistas em contexto socioeconômico de crescente despersonalização do empregador e pulverização dos empreendimentos empresariais em numerosas organizações juridicamente autônomas. O instrumento para isso foi firmar a

(12) A respeito da regra do § 3º do art. 2º da CLT, assim expõem os autores DELGADO, M. G. e DELGADO, G. N., em seu livro de análise da Lei da Reforma Trabalhista no Brasil: “Nessa linha, é preciso que fique claro que qualquer participação societária que não seja irrisória, minúscula, insignificante, evidencia, sim, por si somente, a óbvia demonstração do interesse integrado, a efetiva comunhão de interesses e a atuação conjunta das empresas componentes do grupo econômico para fins justralhistas. Apenas se, realmente, for mesmo irrisória, minúscula e insignificante essa participação é que se torna possível falar na necessidade de demonstração do interesse integrado, a efetiva comunhão de interesses e a atuação conjunta das empresas dele integrantes. (...) De qualquer modo, a situação envolve típica hipótese de inversão probatória, em benefício do trabalhador reclamante, conforme enfatizado pelo novo art. 818, §§ 1º, 2º e 3º, da própria CLT, em sua redação alterada pela Lei n. 13.467/2017. Essa inversão probatória está igualmente prevista no CPC de 2015 (art. 373, § 1º), subsidiária e supletivamente aplicável ao processo do trabalho (art. 769, CLT; art. 15, CPC-2015). Tal inversão do ônus da prova, a propósito, se aplica plenamente ao processo do trabalho desde o início da década de 1990, em virtude do comando disposto no art. 6º, VIII, da Lei n. 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) — preceito plenamente admissível no processo do trabalho desde o seu surgimento nos anos 1990 (art. 769, CLT).” DELGADO, M. G.; DELGADO, G. N. *A Reforma Trabalhista no Brasil* — com os comentários à Lei n. 13.467/2017. 2. ed. São Paulo: LTr, 2018, p. 101-102 (1. ed.: 2017).

solidariedade passiva entre as diversas entidades integrantes de um mesmo complexo empresarial perante o crédito oriundo da relação de emprego.

Em face da solidariedade passiva estabelecida nos dois mencionados diplomas trabalhistas, as entidades do grupo econômico respondem pelos créditos laborais oriundos de certo contrato de emprego, ainda que firmado este exclusivamente com uma única dessas entidades. Tal solidariedade passiva está claramente insculpida na Lei n. 5.889/73, ao estatuir que as empresas integrantes do grupo “(...) serão responsáveis solidariamente nas obrigações decorrentes da relação de emprego” (art. 3º, § 2º, Lei n. 5.889/73; grifos acrescidos). Já a CLT incorporava texto mais amplo, ao se reportar à solidariedade “...para os efeitos da relação de emprego...” (texto precedente do art. 2º, § 2º, CLT; grifos acrescidos). Com a nova redação promovida pela Lei n. 13.467/2017, o texto final do art. 2º, § 2º, da Consolidação passou a mencionar frase idêntica à da Lei do Trabalho Rural: “... serão responsáveis solidariamente pelas obrigações decorrentes da relação de emprego”. (grifos acrescidos).

Os juristas têm se dividido no tocante à extensão da solidariedade imposta pela ordem justralhista. Uma forte corrente compreende que a solidariedade derivada do grupo econômico seria exclusivamente passiva — abrangendo, pois, apenas os débitos trabalhistas (ou seja, as obrigações) dos entes integrantes do grupo.

A favor da tese de exclusividade da solidariedade passiva no ramo justralhista brasileiro citam-se autores como *Orlando Gomes*, *Cesarino Jr.*, *Antônio Lamarca*, *Cássio Mesquita de Barros Jr.*, *Aluysio Sampaio*⁽¹³⁾. Igualmente, *Amauri Mascaro Nascimento*⁽¹⁴⁾. Em favor dessa tese há, ainda, o texto literal do art. 3º, § 2º, da Lei n. 5.889/73, que se refere, de fato, apenas à solidariedade por obrigações decorrentes da relação de emprego. A partir da Lei n. 13.467/2017, que conferiu nova redação ao § 2º do art. 2º da CLT, ganha força essa corrente interpretativa.

B) Solidariedade Passiva e Ativa: empregador único — Não há divergência quanto à absorção, pelo Direito brasileiro, da solidariedade passiva dos entes integrantes de grupo econômico.

Existe, contudo, outra corrente interpretativa da ordem jurídica do País que sustenta se acoplar à solidariedade passiva também a solidariedade ativa das entidades componentes do grupo econômico, em face do mesmo contrato de trabalho. Solidariedade dual, portanto, ativa e passiva em face do conjunto do contrato de trabalho.

Para essa segunda vertente, a solidariedade das empresas componentes do grupo não existe apenas perante as obrigações trabalhistas que lhes decorrem dos contratos empregatícios (solidariedade passiva), mas também

(13) Cf. MAGANO, O. B., ob. cit., p. 79.

(14) NASCIMENTO, A. M. *Iniciação ao Direito do Trabalho*. 17. ed. São Paulo: LTr, 1991, p. 140-141.

perante os direitos e prerrogativas laborativas que lhes favorecem em função desses mesmos contratos (solidariedade ativa). Todos os membros do grupo seriam, pois, ao mesmo tempo, empregadores e não somente garantidores de créditos derivados de um contrato de emprego. Noutras palavras, configurado o grupo econômico, seus componentes consubstanciariam *empregador único* em face dos contratos de trabalho subscritos pelas empresas integrantes do mesmo grupo.

A respeito da tese do *empregador único*, da solidariedade dual e combinada, solidariedade ao mesmo tempo ativa e passiva, argumenta *Octavio Bueno Magano*:

“A apontada ideia de empregador único corresponde à concepção do empregador real, contraposto ao empregador aparente, consoante a qual a existência daquele fica geralmente encoberta pelo véu da personalidade jurídica atribuída a cada uma das empresas do grupo, ressurgindo, porém, toda vez que se levante o véu, lifting the corporate veil, para satisfazer tal ou qual interesse, como o da representação de trabalhadores no âmbito do grupo; o da negociação coletiva ao nível do grupo; o da garantia de condições uniformes de trabalho; o da transferência de trabalhadores; o da soma de períodos de serviços prestados a mais de uma empresa; o da garantia de reintegração do trabalhador em empresa matriz, quando o seu contrato se rescinde junto à filial; o da distribuição de lucros, etc.”⁽¹⁵⁾.

A favor da tese da responsabilidade dual, citam-se autores como *Arnaldo Süssekind, Mozart Victor Russomano, José Martins Catharino e Délio Maranhão*⁽¹⁶⁾, além do próprio *Octavio Bueno Magano*. Em favor também dessa tese podia ser apontado ainda o texto mais amplo do anterior 2º do art. 2º da CLT, que falava em solidariedade *“para os efeitos da relação de emprego”* (e não somente solidariedade em face das *obrigações* resultantes dessa relação jurídica). Entretanto, conforme visto, a nova redação imprimida pela Lei n. 13.467/2017 ao § 2º do art. 2º da CLT substituiu a frase mais ampla pela seguinte frase mais restrita: *“... pelas obrigações decorrentes da relação de emprego”*.

A jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho perfilou-se em direção à tese da *responsabilidade dual (empregador único)* — solidariedade passiva e ativa. Diz a Súmula 129, de 1982:

“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” (grifos acrescentados).

(15) MAGANO, O. B., ob. cit., p. 78.

(16) Cf. MAGANO, O. B., ob. cit., p. 81-82.

Desde que se acolha a tese da solidariedade ativa (além da incontroversa solidariedade passiva), alguns importantes efeitos justralhistas podem se verificar quanto a determinado empregado vinculado ao grupo econômico. Citem-se, ilustrativamente, alguns desses potenciais efeitos: a) ocorrência da *accessio temporis*, isto é, a contagem do tempo de serviço prestado sucessivamente às diversas empresas do grupo; b) possibilidade de veiculação da temática de equiparação salarial em face de empregados de outras empresas do grupo (que formariam o *empregador único*) — caso configurados, evidentemente, os demais pressupostos do art. 461 da CLT;⁽¹⁷⁾ c) pagamento de um único salário ao empregado por jornada normal concretizada, ainda que o obreiro esteja prestando serviços concomitantemente a distintas empresas do grupo (Súmula 129, TST); d) natureza salarial dos valores habituais recebidos de outras empresas do grupo por serviços prestados diretamente a elas (com o consequente *efeito expansionista circular dos salários*)⁽¹⁸⁾; e) extensão do poder de direção empresarial por além da específica empresa em que esteja localizado o empregado — com o que se autorizaria, a princípio, a transferência obreira de uma para outra empresa do grupo, respeitadas as limitações legais quanto à ocorrência de prejuízo (art. 468, CLT). Ressalte-se que, mesmo no caso de grupo econômico, a transferência de *localidade* sempre exigirá real necessidade do serviço — Súmula 43, TST —, submetendo-se, ainda, às demais regras do art. 469 da CLT.

5. Aspectos Processuais

O tema concernente a grupo econômico envolve dois tópicos processuais de especial interesse. O primeiro diz respeito ao litisconsórcio passivo característico a lides que suponham o acolhimento da tese de existência do grupo. O segundo tema diz respeito à dinâmica probatória envolvente à tese do grupo econômico.

A antiga Súmula 205 do TST, de 1985 (cancelada em novembro de 2003 pela Res. n. 121/03 do TST), exigia a formação de *litisconsórcio passivo* pelas entidades que se pretendiam ver declaradas como integrantes do grupo econômico, impondo, desse modo, que esta tese fosse necessariamente examinada na fase cognitiva do processo trabalhista, com citação dos entes envolvidos e possibilidade de apresentação de sua ampla defesa. Em consequência, não considerava válida a aferição do grupo somente na fase liquidatória/executória do processo. Se o ente supostamente integrante do grupo não fosse citado e, como tal, condenado, não poderia ser compelido, por este fundamento, a responder pelo título executivo judicial.

(17) Pontue-se que o instituto da equiparação salarial foi, porém, bastante restringido pela Lei n. 13.467/2017 — conforme será examinado no Capítulo XXII, item IV.6, deste Curso.

(18) A respeito do efeito expansionista circular das verbas salariais, consultar o item IV do Capítulo XXI deste Curso.

O cancelamento da Súmula 205 do TST abre caminho à verificação do grupo econômico na fase tipicamente executória. Tal viabilidade não é, certamente, absoluta, sob pena de grave afronta aos princípios constitucionais do contraditório e do devido processo legal. É claro que ela desponta quando a prova da existência do grupo for sumária, evidente, desnecessitando cognição complexa (como, por exemplo, pelas vinculações manifestas nos contratos sociais das diversas empresas).

Contudo, prevalecendo significativa controvérsia sobre a existência do grupo econômico, somente ultrapassável por meio de complexa investigação probatória, o instrumento jurídico hábil a vencer tal desafio será, sem dúvida, o processo de cognição trabalhista, com as amplas prerrogativas de alegação, defesa e provas que lhe são inerentes.

No que diz respeito à dinâmica probatória do grupo econômico (ao menos no tocante à fase de conhecimento), não há prova preconstituída imposta pela lei à evidência dessa figura justralhista. Quaisquer meios lícitos de prova são hábeis a alcançar o objetivo de demonstrar a configuração real do grupo (arts. 332 e 335, CPC/1973; arts. 369 e 375, CPC/2015). Negada, contudo, a existência do grupo, mantém-se com o autor da ação o ônus de evidenciar o fato constitutivo de seu direito (arts. 818, CLT; art. 333, I, CPC/1973; art. 373, I, CPC/2015) — ressalvada a ocorrência da inversão probatória, pelo Magistrado, segundo os critérios fixados no art. 818, §§ 1º, 2º e 3º da CLT (nova redação fixada pela Lei n. 13.467/2017), a par do art. 373, § 1º, do CPC-2015 (aplicável ao Processo do Trabalho — art. 15, CPC, e art. 769, CLT), além do art. 6º, VIII, do CDC (também aplicável ao Processo do Trabalho, desde 1990, conforme art. 769 da CLT).

Ressalte-se, por fim, que não se tem de provar a solidariedade. Essa é automático efeito legal, que decorre da existência do grupo econômico. A prova incide, pois, exatamente sobre a configuração material e concreta dessa figura aventada pela ordem justralhista brasileira.⁽¹⁹⁾

IV. SUCESSÃO DE EMPREGADORES

1. Definição e Denominação

Sucessão de empregadores é figura tradicionalmente regulada pelos arts. 10 e 448 da CLT (com o acréscimo, desde a Lei n. 13.467/2017, do art. 448-A da CLT). Consiste no *instituto justralhista em virtude do*

(19) A respeito dos aspectos processuais, cabe consultar também, neste Curso, no Capítulo XIV, o item III.4 (“Aspectos Processuais Relativos à Desconsideração da Personalidade Jurídica”), que trata do novo instituto criado pelos arts. 133 a 137 do CPC de 2015.

qual se opera, no contexto da transferência de titularidade de empresa ou estabelecimento, uma completa transmissão de créditos e assunção de dívidas trabalhistas entre alienante e adquirente envolvidos.

Conhece-se a figura também por outros epítetos, como *sucessão trabalhista* e *alteração subjetiva do contrato*.

A referência à ideia de *sucessão* efetuada pelas duas primeiras denominações justifica-se: de fato, ocorre nessa figura do Direito do Trabalho a assunção de créditos e débitos pelo novo titular em face do antigo, em contexto de alienação ou cessão da empresa ou estabelecimento entre tais titulares.

A referência à *alteração contratual subjetiva* também se justifica. É que, em virtude da pessoalidade atávica à figura do empregado e da impessoalidade inerente à figura do empregador, apenas este é que pode se fazer substituir ou alterar ao longo da relação de emprego, sem que tal modificação provoque o rompimento ou a descaracterização da relação empregatícia. Logo, se há alteração *subjetiva* do contrato, esta somente pode se referir à mudança da pessoa do empregador.

2. Sucessão Trabalhista: caracterização

A sucessão trabalhista, como visto, está normatizada por dois dispositivos celetistas: arts. 10 e 448. O acréscimo do art. 448-A, pela Lei n. 13.467/2017, não trouxe mudanças substanciais na regência normativa do instituto, esclareça-se.

Dispõe o art. 10 da CLT que *qualquer alteração na estrutura jurídica da empresa não afetará os direitos adquiridos por seus empregados*. Também o art. 448 da CLT dispõe que *a mudança na propriedade ou na estrutura jurídica da empresa não afetará os contratos de trabalho dos respectivos empregados*.⁽²⁰⁾

O parco rigor técnico da CLT impõe um esclarecimento interpretativo. Trata-se do fato de que as *alterações jurídicas* que tendem a ocorrer não se passam na *estrutura jurídica da empresa* (art. 10), mas, sim, na *estrutura jurídica do titular da empresa*, isto é, a pessoa física ou jurídica (ou até ente despersonalizado) que detém o controle da empresa e seus estabelecimentos. Pretende a CLT dispor, na verdade, que, ocorrendo alteração nessa estrutura jurídica (por exemplo, *transformação* do tipo jurídico da sociedade, como

(20) Eis o novo texto legal inserido na CLT: “Art. 448-A. Caracterizada a sucessão empresarial ou de empregadores prevista nos arts. 10 e 448 desta Consolidação, as obrigações trabalhistas, inclusive as contraídas à época em que os empregados trabalhavam para a empresa sucedida, são de responsabilidade do sucessor”. (...) “Parágrafo único. A empresa sucedida responderá solidariamente com a sucessora quando ficar comprovada fraude na transferência”.

sociedade por cotas para sociedade anônima; transformação de uma firma individual em sociedade por cotas, etc.), *não* se afetam os contratos de trabalho existentes. A alteração na modalidade societária preserva, pois, com a nova forma societária emergente, os antigos contratos de trabalho, com todos os seus efeitos passados, presentes e futuros.

De todo modo, nota-se que a utilização, pela lei, da expressão *empresa* também aqui assume caráter funcional, prático, que é o de enfatizar a despersonalização do empregador e insistir na relevância da vinculação do contrato empregatício ao empreendimento empresarial, independentemente de seu efetivo titular.

Nota-se, também, por outro lado, que a relativa imprecisão e generalidade dos dois preceitos celetistas têm permitido à jurisprudência realizar um contínuo e ágil processo de adequação do sentido das normas acerca de *sucessão* às mutações sofridas pela realidade concreta, preservando os objetivos teleológicos do Direito do Trabalho. Efetivamente vejam-se a generalidade e a imprecisão dos dois artigos da CLT: ali se fala em *qualquer alteração*; fala-se em *mudança na propriedade ou estrutura jurídica*; fala-se, ainda, que *qualquer* dessas alterações ou mudanças *não afetará os contratos de trabalho*; utilizam-se, por fim, expressões extremamente genéricas, como *qualquer* e, principalmente, *afetar os contratos*...

Tais imprecisão e generalidade é que têm permitido à jurisprudência, hoje, alargar o sentido original do instituto da sucessão trabalhista, de modo a abranger situações anteriormente tidas como estranhas à regência dos arts. 10 e 448 da CLT. Tais novas situações (tornadas comuns, no último lustro do milênio, pela política oficial então adotada de reestruturação do sistema financeiro e pela política oficial de privatizações, por exemplo) conduziram a jurisprudência a reler os dois preceitos celetistas, encontrando neles um tipo legal mais amplo do que o originalmente concebido pela doutrina e jurisprudência dominantes.

A sucessão trabalhista verifica-se segundo fórmulas variadas de modificações empresariais. Distintas são, pois, as situações-tipo de sucessão de empregadores, todas submetendo-se à regência dos arts. 10 e 448 da CLT. O essencial, para a CLT, é que as modificações intra ou interempresariais não *afetem* os contratos de trabalho dos respectivos empregados.

A) Situações-tipo Tradicionais de Sucessão — Algumas dessas situações-tipo são clássicas, correspondendo à leitura hegemônica que tradicionalmente se fazia (e se faz) do instituto justralhista. Outras dessas situações são mais recentes, correspondendo à leitura nova que a jurisprudência (e, desse modo, a doutrina mais atualizada) vem fazendo sobre o importante instituto do Direito do Trabalho.

A primeira situação-tipo em destaque diz respeito à *alteração na estrutura formal da pessoa jurídica que contrata empregaticamente a força de trabalho*. Trata-se, pois, de modificações na modalidade societária ou de processos de fusão, incorporação, cisão e outros correlatos. *Engloba-se aqui também a mudança de uma firma individual em direção ao modelo societário ou o processo inverso*.

A segunda situação-tipo concerne à *substituição do antigo titular passivo da relação empregatícia (o empregador) por outra pessoa física ou jurídica*. Trata-se, aqui, de aquisições de estabelecimentos isolados ou em conjunto ou aquisições da própria empresa em sua integralidade. Esclareça-se, contudo, que não é necessário tratar-se de transferência de *propriedade*, uma vez que a generalidade e imprecisão do tipo legal celetista admitem a sucessão de empregadores mesmo em situações de transferências a outros títulos (tema a ser examinado à frente).

Essas duas primeiras situações-tipo têm sido aquelas que classicamente demarcam a sucessão de empregadores, enquadrando-se na leitura tradicional que usualmente se faz dos arts. 10 e 448 da CLT. Tais situações-tipo básicas podem se desdobrar, é claro, em inúmeras possibilidades concretas propiciadas pela prática do mercado empresarial. Veja-se, por exemplo, a situação de alienação a qualquer título (aquisição de controle, incorporação, fusão, etc.) da titularidade de pessoa jurídica, dando origem a uma nova pessoa jurídica titular do empreendimento e respectivos contratos de trabalho, ou fixando novo controlador para a antiga pessoa jurídica preservada. Veja-se, ainda, a situação de alienação a qualquer título (compra e venda, arrendamento, etc.) de estabelecimento financeiro, industrial, comercial ou agroeconômico em que laboram empregados (ou conjunto de estabelecimentos), fixando novo titular para esses estabelecimentos alienados (agências, filiais, armazéns, unidades rurais, etc.). Em todos esses casos, a sucessão de uma sociedade por outra ou a alteração na titularidade da empresa ou do estabelecimento preservam com os novos empregadores os antigos contratos de trabalho, com todos os seus efeitos passados, presentes e futuros.

As situações-tipo predominantes de sucessão trabalhista (abrangidas pelos dois grupos de situações acima especificados) tendem a se acompanhar da continuidade da prestação laborativa pelo obreiro. Ou seja, o contrato permanece intangível com o novo empregador, mantida a prestação laborativa pelo antigo empregado.

Esta última circunstância, entretanto, nem sempre ocorre na sucessão trabalhista. Isto é, a sucessão pode se verificar sem que haja, necessariamente, a continuidade da prestação de serviços. Tal singularidade é que foi percebida nos últimos anos pela jurisprudência, ao examinar inúmeras situações novas criadas pelo mercado empresarial: nessas novas situações ocorriam mudanças significativas no âmbito da empresa, afetando significativamente

(ainda que de modo indireto) os contratos de trabalho, sem que tivesse se mantido a prestação laborativa e a própria existência de tais contratos.

B) Situações-tipo Novas de Sucessão — Conforme já exposto, a generalidade e imprecisão dos arts. 10 e 448 da CLT têm permitido à jurisprudência proceder a uma adequação do tipo legal sucessório a situações fático-jurídicas novas surgidas no mercado empresarial dos últimos anos no País. Essas situações novas, que se tornaram comuns no final do século XX, em decorrência da profunda reestruturação do mercado empresarial brasileiro (em especial mercado financeiro, de privatizações e outros segmentos), conduziram a jurisprudência a reler os dois preceitos celetistas, encontrando neles um tipo legal mais amplo do que o originalmente concebido pela doutrina e jurisprudência dominantes.

Para essa nova interpretação, o sentido e objetivos do instituto sucessório trabalhista residem na garantia de que *qualquer mudança* intra ou interempresarial *não* poderá *afetar* os contratos de trabalho (arts. 10 e 448, CLT). O ponto central do instituto passa a ser qualquer mudança intra ou interempresarial significativa que possa *afetar* os contratos empregatícios. Verificada tal mudança, operar-se-ia a sucessão trabalhista — independentemente da continuidade efetiva da prestação laborativa.

À luz dessa vertente interpretativa, também configura situação própria à sucessão de empregadores a *alienação ou transferência de parte significativa do(s) estabelecimento(s) ou da empresa de modo a afetar significativamente os contratos de trabalho*. Ou seja, a mudança na empresa que afete a garantia original dos contratos empregatícios provoca a incidência do tipo legal dos arts. 10 e 448 da CLT.

Isso significa que a separação de bens, obrigações e relações jurídicas de um complexo empresarial, com o fito de se transferir parte relevante dos ativos saudáveis para outro titular (direitos, obrigações e relações jurídicas), preservando-se o restante de bens, obrigações e relações jurídicas no antigo complexo — agora significativamente empobrecido —, afeta, sim, de modo significativo, os contratos de trabalho, produzindo a sucessão trabalhista com respeito ao novo titular (arts. 10 e 448, CLT).

3. Requisitos da Sucessão Trabalhista

A figura sucessória trabalhista comporta, como visto, hoje, dois modelos principais. Em primeiro plano, o modelo tradicional, que abarca, mesmo na atualidade, a maioria das situações fático-jurídicas percebidas no mercado empresarial e trabalhista. A seu lado, o modelo extensivo, que abarca um número menor de situações fático-jurídicas, embora também de grande relevância na atualidade empresarial do país.

Para o modelo tradicional, a sucessão envolveria dois requisitos, claramente expostos na lição de *Délio Maranhão*: a) *que uma unidade econômico-jurídica seja transferida de um para outro titular*; b) *que não haja solução de continuidade na prestação de serviços pelo obreiro*⁽²¹⁾.

Para o modelo extensivo, a sucessão, em contrapartida, dar-se-ia desde que verificado, essencialmente, apenas o primeiro desses dois requisitos.

A) Transferência de Unidade Econômico-jurídica — No tocante ao primeiro de tais requisitos, cabe enfatizar-se que a transferência objetivada pela ordem justralhista é, essencialmente, da *unidade econômico-jurídica*.

Desse modo, a princípio, ou a transferência diz respeito ao controle da sociedade ou ao conjunto desta, que se tem por transferida como um todo (a CLT fala em *mudança na propriedade da empresa*), ou a transferência diz respeito a um ou alguns de seus estabelecimentos específicos (filial, agência, etc.). Ou, pelo menos, há de abranger uma *fração empresarial significativa que, em seu conjunto, traduza a noção de unidade econômico-jurídica*.

Portanto, há sucessão de empregadores, na acepção celetista, não somente com o transpasse de toda a organização, mas também com a transferência de apenas uma ou algumas de suas frações (*estabelecimentos*): nas duas hipóteses, altera-se, subjetivamente, o contrato, ingressando, no polo passivo, novo titular.

A lei trata também como sucessão de empregadores — conforme já indicado — a simples alteração na estrutura jurídico-formal da pessoa jurídica (de S/A para sociedade em nome coletivo, ilustrativamente), por importar, de qualquer modo, em modificação no titular do empreendimento.

Insista-se que a sucessão trabalhista somente se opera em situações de transferência de *unidades econômico-jurídicas*, isto é, transferência de *universalidades*. Por isso se conclui que não produz os efeitos dos arts. 10 e 448 da CLT a simples transferência de *coisas singulares*, uma vez que não compõem universidade de fato (como, por exemplo, máquinas e equipamentos). Não há, pois, sucessão de empregadores:

“no caso de venda de máquinas ou coisas singulares. A sucessão pres-supõe a transferência de uma para outro titular de uma organização produtiva, ainda que parte de um estabelecimento destacável como unidade econômica”⁽²²⁾.

Não se desconhece que a nova vertente interpretativa do instituto sucessório trabalhista sustenta que o essencial à figura é tão só a garantia de

(21) MARANHÃO, D., ob. cit., p. 78.

(22) MARANHÃO, D., ob. cit., p. 78; grifos no original.

que *qualquer mudança* intra ou interempresarial *não* venha *afetar* os contratos de trabalho. Isso significa que qualquer mudança intra ou interempresarial *significativa*, que possa, portanto, afetar os contratos empregatícios, seria hábil a provocar a incidência dos arts. 10 e 448 da CLT.

Ainda assim, mesmo para a nova vertente, a ideia central que se considera é a de *transferência de uma universalidade*, ou seja, a *transferência de parte significativa do(s) estabelecimento(s) ou da empresa, de modo a afetar significativamente os contratos de trabalho*. Quer dizer, a passagem para outro titular de uma fração significativa de um complexo empresarial (bens materiais e imateriais), comprometendo-se significativamente o antigo complexo, pode ensejar a sucessão de empregadores, por afetar de modo significativo os antigos contratos de trabalho.

Título Jurídico da Transferência — Ainda no tocante a esse requisito (transferência interempresarial), deve-se ressaltar ser, em princípio, *indiferente* à ordem justrabalhista a modalidade de título jurídico utilizada para o trespasse efetuado. *Qualquer título jurídico hábil a operar transferência de universalidades no Direito brasileiro (logo, compra e venda, arrendamento, etc.) é compatível com a sucessão de empregadores.*

Há três situações concretas interessantes envolvendo o tema sucessório e o respectivo título jurídico de transferência. A primeira refere-se à viabilidade ou não da sucessão trabalhista em hipóteses de alteração ocorrida na empresa concessionária de serviço público. A segunda concerne aos efeitos do arrendamento na sucessão trabalhista. A terceira situação diz respeito à aplicabilidade dos arts. 10 e 448 da CLT nas aquisições de acervos empresariais em hasta pública.

No primeiro caso, prepondera já antigo entendimento de que, assumindo a nova empresa concessionária o acervo da anterior ou mantendo parte das relações jurídicas contratadas pela concessionária precedente, submete-se às regras imperativas dos dois preceitos celetistas, impositivos de obrigações e direitos trabalhistas prévios⁽²³⁾. Este caso (como o das *privatizações*) não escapa, pois, à regra geral relativa à sucessão de empregadores.

A segunda situação merece destaque apenas para fins de se enfatizar que não se verifica qualquer óbice à incidência das regras cogentes da alteração subjetiva do contrato de emprego em casos de *arrendamento* de empresas ou estabelecimentos. Produz-se, no caso, sucessão trabalhista, em direção ao novo titular provisório do estabelecimento. Mais à frente pode-se

(23) O entendimento já estava fartamente evidenciado em Célio Goyatá: *Sobre o Princípio da Continuidade da Empresa e do Contrato do Trabalho*. São Paulo: Revista dos Tribunais, Revista dos Tribunais, ano 54, V. 360, out. 1965, p. 85-99. Nesta linha, a OJ 225 da SDI-I do TST. Na mesma direção, a OJT n. 28 da SDI-I do TST.

operar, outra vez, nova alteração subjetiva do contrato, retornando ao polo passivo da relação a antiga pessoa física ou jurídica originariamente arrendante. O título jurídico que confere substrato formal à transferência é, de fato, irrelevante⁽²⁴⁾.

A terceira das situações destacadas (transferência por hasta pública) consistiria, entretanto, em singular exceção às regras estabelecidas nos arts. 10 e 448 da CLT.

Há entendimentos de ser juridicamente viável que os dispositivos da hasta pública elidam a incidência das normas da sucessão de empregadores na transferência operada. Já houve inclusive decisão do Tribunal Superior do Trabalho de que *“inexiste a sucessão trabalhista, quando o acervo da empresa falida é adquirido em hasta pública e repassado, sem qualquer ônus sobre ele incidente, para um terceiro adquirente”*⁽²⁵⁾. Nesta hipótese, a excepcional modalidade de transferência é que estaria conferindo a elisão acolhida jurisprudencialmente. É que objetivamente não há diferenciação substantiva entre esta e as demais situações em que se transfere a titularidade do estabelecimento ou empresa, preservando-se as relações de trabalho contratadas. Mas o título jurídico enfocado é tido como excepcional — submetido ao interesse de materializar a coisa julgada a que se refere —, sendo hábil, portanto, a neutralizar a regra geral justralhista. Esclareça-se, contudo, que ainda assim emerge como relevante ao efeito elisivo aqui mencionado a previsão nos editais de hasta pública da ruptura propiciada pela aquisição do patrimônio a ser arrematado.

Nessa mesma linha, desponta a nova Lei de Falências e Recuperação Empresarial (Lei n. 11.101, de 2005), estipulando que, nas *falências* processadas a partir do império do novo diploma legal — vigente a partir de 9.6.2005 —, não incide sucessão de empregadores no caso de alienação da empresa falida ou de um ou alguns de seus estabelecimentos (art. 141, II e § 2º, Lei n. 11.101/05). O STF, além disso, interpretando dispositivos da nova lei, considerou também excluída a sucessão trabalhista nos casos de alienações de ativos de empresa submetida a *recuperação judicial*. Quer na ADI 3934/DF, quer no RE 583.955-9/RJ, ambos sob relatoria do Min. Ricardo Lewandowski, julgados em 2009, a Corte Máxima entendeu constitucionais

(24) Nessa linha, Délio Maranhão (ob. cit., p. 79), que inclusive se contrapõe a Ivan Dias Rodrigues Alves e Christovão Tostes Malta, contrários à possibilidade de incidência dos artigos 10 e 448, em casos de arrendamento. Na linha de que o arrendamento pode, sim, viabilizar a sucessão, consultar a OJ 225 da SDI-I do TST.

(25) Trata-se de texto de ementa do Acórdão TST, 2ª T., Proc. RR-2.859/86; Rel. Min. Barata Silva; DJ n. 238/86. In TEIXEIRA FILHO, João de Lima. *Repertório de jurisprudência trabalhista*, V. VI. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1988, p. 571.

os artigos 60, parágrafo único, e 141, II, da Lei n. 11.101/2005, compreendendo ainda que os preceitos remetem-se inegavelmente às situações de recuperação judicial.⁽²⁶⁾

B) Continuidade na Prestação Laborativa — O segundo requisito proposto pela vertente tradicional ao tipo legal da sucessão trabalhista é a continuidade da prestação laborativa pelo obreiro ao novo titular (ilustrativamente, transfere-se a agência para outro banco, mantendo-se os bancários em seus antigos postos de trabalho).

Tal requisito, esclareça-se, mantém-se importante para o exame de inúmeras situações fático-jurídicas concretas — embora não se possa mais sustentar seja ele imprescindível à existência do instituto sucessório trabalhista.

É que a presença do segundo requisito (ao lado, é claro, do primeiro já examinado) torna inquestionável a incidência do tipo legal celetista. Verificando-se a continuidade laborativa em cenário de transferência interempresarial haverá, indubitavelmente, sucessão de empregadores com respeito ao novo titular da empresa ou estabelecimento.

Entretanto, a falta do segundo requisito conduz o operador jurídico à necessidade de exame mais circunstanciado do tipo de transferência interempresarial ocorrida. Não será toda transferência intraempresarial que propiciará a sucessão de empregador ... *mas somente aquela transferência que afetar de modo significativo as garantias anteriores do contrato de emprego.*

Em contrapartida estará, sim, propiciada a sucessão, ainda que a transferência interempresarial não tenha afetado significativamente o contrato empregatício ... *mas desde que se verifique a continuidade da prestação laborativa para o novo titular.*

C) Situações-tipo Novas de Sucessão: requisitos — A nova vertente interpretativa do instituto sucessório trabalhista insiste que o requisito essencial à figura é tão só a garantia de que *qualquer mudança* intra ou interempresarial *não* venha *afetar* os contratos de trabalho — independentemente de ter ocorrido a continuidade da prestação laborativa. Isso significa que qualquer mudança intra ou interempresarial *significativa*, que possa *afetar* os contratos empregatícios, seria hábil a provocar a incidência dos arts. 10 e 448 da CLT.

Cabe reiterar-se que, mesmo para a nova vertente, a noção tida como fundamental é a de *transferência de uma universalidade*, ou seja, a *transferência de parte significativa do(s) estabelecimento(s) ou da empresa de modo a afetar significativamente os contratos de trabalho*. Ou seja, a passagem

(26) Sobre o tema, examinar, ainda, no presente Capítulo XII, o item IV.5.B.d (“Empregador em Falência ou Recuperação Empresarial”), exposto logo a seguir.

para outro titular de uma fração *importante* de um complexo empresarial (bens materiais e imateriais), comprometendo-se *de modo importante* o antigo complexo, pode ensejar a sucessão de empregadores, por afetar de maneira também *importante* os antigos contratos de trabalho.

Não será, pois, toda e qualquer transferência interempresarial que, isoladamente, será apta a provocar a sucessão trabalhista. Se ela vier acompanhada da continuidade da prestação laborativa para o novo titular, ocorrerá, sim, é claro, a sucessão (vertente tradicional). Porém, não se verificando o segundo requisito, é preciso que se trate de transferência de universalidade empresarial que seja efetivamente apta a afetar os contratos de trabalho (sob pena de se estender em demasia o instituto sucessório, enxergando-o em qualquer negócio jurídico interempresarial). Conforme já exposto, não será toda transferência intraempresarial que propiciará a sucessão de empregador ... mas somente aquela transferência que afetar de modo significativo as garantias anteriores do contrato de emprego.

Note-se que há uma distinção evidente entre a nova interpretação extensiva e uma clássica situação sucessória existente, que não exigia a continuidade da prestação laborativa pelo obreiro. Trata-se da *sucessão civil e/ou empresarial*. Claro está que se certa entidade empresária adquirir o controle, encampar ou se fundir com outra entidade, dando origem a nova empresa — meses ou anos após a ruptura do contrato de emprego —, assumir, sim, as velhas obrigações trabalhistas da antiga empresa desaparecida, por sucessão civil/empresarial (assim como assumirá obrigatoriamente as obrigações previdenciárias, tributárias e outras). Esta clássica situação sucessória não se confunde com a nova interpretação trabalhista do instituto.⁽²⁷⁾

4. Fundamentos da Sucessão Trabalhista

Os fundamentos do instituto sucessório trabalhista estão situados na teoria do Direito do Trabalho e nos textos da legislação laborativa heterônoma estatal brasileira.

A) Fundamentação Doutrinária — A sucessão trabalhista resulta da convergência de três princípios informadores do Direito do Trabalho: em primeiro plano, o princípio da intangibilidade objetiva do contrato empregatício e o princípio da despersonalização da figura do empregador. Em segundo plano, se considerada a presença do segundo requisito do instituto sucessório, o princípio da continuidade do contrato de trabalho.

De fato, a figura sucessória surge como veículo de afirmação da intangibilidade dos contratos de trabalho, sob o ponto de vista objetivo. Ainda

(27) A respeito, consultar SENA, Adriana Goulart. *A Nova Caracterização da Sucessão Trabalhista*. São Paulo: LTr, 2000.

que se altere o sujeito de direito localizado no polo passivo do contrato (o empregador) — alteração subjetiva, pois —, o contrato mantém-se inalterado no que tange às obrigações e direitos dele decorrentes.

Além disso, a sucessão mantém preservadas as mesmas garantias tradicionais oriundas do antigo empregador em benefício de seu empregado, já que o efeito sucessório incide caso a transferência interempresarial de uma certa unidade econômico-jurídica afete, significativamente, os contratos empregatícios anteriores.

Por outro lado, a sucessão trabalhista emerge talvez como o instrumento mais enfático de afirmação da impessoalidade atávica à figura do empregador no contexto da relação de emprego. A lei não se opõe à alteração subjetiva do contrato empregatício, desde que efetuada essa alteração apenas no concernente ao polo passivo do contrato.

Finalmente, a figura celetista examinada — se integrada de seus dois requisitos — assegura a concretização plena da continuidade da relação empregatícia em contextos de alterações intra ou interempresariais. Mesmo que se modifique a figura do empregador, permite o instituto sucessório que o contrato de trabalho permaneça preservado, garantindo-se a manutenção da antiga relação de emprego já em face do novo titular do empreendimento.

B) Fundamentação Legal — A fundamentação legal da sucessão trabalhista encontra-se, como já exposto, em dois preceitos normativos básicos: arts. 10 e 448 da CLT. A esses dois, acrescenta-se, desde 11.11.2017, o novo art. 448-A da CLT.

Tais preceitos aplicam-se não apenas aos empregados urbanos como também aos rurícolas, em face de sua absoluta compatibilidade com as regras incidentes sobre aquela categoria de trabalhadores do campo (art. 1º, *caput*, Lei n. 5.889/73).

A princípio, contudo — como será visto no item 5, a seguir —, tais preceitos não se aplicam a uma categoria específica de empregados: os domésticos.

5. Abrangência da Sucessão Trabalhista

A) Regra Geral Trabalhista — O instituto da sucessão de empregadores aplica-se a todo tipo de contrato empregatício, quer urbano, quer rural (arts. 10, 448 e 448-A da CLT, combinados com art. 1º, *caput*, Lei n. 5.889/73). O instituto abrange, pois, de maneira geral, toda relação de emprego, independentemente das cláusulas contratuais fixadas pelos sujeitos do respectivo contrato de trabalho.

B) Restrições Tópicas à Sucessão — Há restrições localizadas à incidência do instituto da sucessão trabalhista. Trata-se de situações que

envolvem a categoria doméstica, o empregador constituído em empresa individual, que falece, o desmembramento de estado ou de município, dando origem a nova entidade pública. Devem-se considerar também, finalmente, a nova situação gerada pela Lei de Falências e Recuperação Empresarial (Lei n. 11.101/2005) e a situação peculiar relativa aos cartórios extrajudiciais (art. 236, CF/88; Lei n. 8.935, de 1994).

a) *Empregado Doméstico* — A primeira dessas restrições diz respeito à categoria de *empregados domésticos*. Sobre tal categoria não incidiriam as normas e condutas próprias à alteração subjetiva do contrato empregatício.

Três fundamentos centrais dão suporte ao encontro dessa exceção. O primeiro, sustentando que o art. 7º, “a” da CLT expressamente excluiu o empregado doméstico da incidência das normas jurídicas celetistas. Em consequência, não seria aplicável a essa categoria de empregados a figura criada pelos arts. 10 e 448 da mesma CLT— fundamento que prevaleceu durante todo o período de regência normativa da antiga Lei n. 5.859/1972.

Obviamente que este específico fundamento enfraqueceu-se com a promulgação da Lei Complementar n. 150/2015, que determinou a aplicação subsidiária da Consolidação aos contratos de trabalho domésticos (art. 19, *caput*). Porém não desapareceu por completo, uma vez que se torna, hoje, necessário investigar acerca da compatibilidade do instituto sucessório com as relações empregatícias domésticas (*aplicação subsidiária*, diz o art. 19, *caput*, mencionado).

Nesta linha, preserva força o segundo fundamento brandido pela doutrina e pela jurisprudência, no sentido de insistir, de toda maneira, na incompatibilidade da figura sucessória celetista com a relação empregatícia doméstica. Isso porque a CLT vale-se, na fixação das regras sucessórias, do conceito de *empresa* (arts. 10 e 448; igualmente, novo art. 448-A), com o fito de enfatizar a integração obreira na realidade empresarial, independentemente do titular do empreendimento. Ora, tal noção é simplesmente incompatível com a noção e realidade de empregador doméstico, para a qual, como se sabe, não se pode considerar sequer o conteúdo econômico do trabalho para o tomador. A noção de empresa é, pois, excludente do tipo legal de empregador doméstico, embora seja relevante ao tipo legal sucessório da CLT.

O terceiro fundamento, por fim, é de natureza doutrinária. A relação empregatícia doméstica, conforme já analisado, tem como uma de suas relevantes singularidades, em face das demais relações empregatícias existentes, a circunstância de não acolher a impessoalidade da figura do empregador no contexto dessa relação jurídica. *O princípio da despersonalização da figura do empregador desaparece ou atenua-se drasticamente no âmbito da relação doméstica de emprego*. Aqui, como se sabe, não podem assumir, de modo algum, a qualidade de empregador pessoas jurídicas

ou entes despersonalizados (massa falida e condomínio, por exemplo). Em suma, apenas a pessoa física ou a família podem ser tomadores de trabalho doméstico.

Essa despersonalização também se reduz, de outro lado. É que, na presente situação sociojurídica, as vicissitudes pessoais do empregador (como ocorre com as do empregado, em *qualquer* vínculo empregatício) podem afetar diretamente a relação justralhista pactuada. Desse modo, a morte do empregador doméstico extingue, automaticamente, por exemplo, a relação de emprego — a menos que a prestação de trabalho se mantenha, nos exatos mesmos moldes, em face da mesma família e unidade familiar.

Nesse quadro contextual, *a relativa pessoalidade que imantaria a figura do empregador no âmbito da relação empregatícia doméstica suprimiria a incidência de um dos princípios que fundamentam, doutrinariamente, o instituto da sucessão trabalhista (“princípio da despersonalização do empregador”), inviabilizando a extensão desse instituto a essa categoria específica de empregados.* No caso dessa específica relação de emprego, a alteração subjetiva do contrato configurar-se-ia desse modo inviável, não apenas no que toca ao polo contratual ativo (cuja alteração é vedada em qualquer contrato empregatício), mas também no polo contratual passivo. Assim, a relativa incompatibilidade teórica de figuras jurídicas faria com que os contratos empregatícios domésticos de distintos membros da família, em unidades diferentes, não se somassem, mantendo-se diferenciados e incomunicáveis, a cada ruptura ocorrida (ao contrário do imposto pela *sucessão trabalhista*). Em princípio, cada contrato de trabalho manter-se-ia diferenciado e desconectado relativamente ao contrato anterior (desde que não reproduzido, é claro, na mesma exata *família*).

b) Empregador Empresa Individual — Outra possível exceção é aquela referente à morte do empregador constituído em empresa individual. A ordem jurídica faculta ao empregado dar por terminado o contrato de trabalho, mesmo que o empreendimento continue por meio dos sucessores (art. 483, § 2º, CLT). Ou seja, neste caso a alteração subjetiva do empregador deixa de ser imperativa, sob o ponto de vista do obreiro. Naturalmente, se o empregado continuar laborando no empreendimento, a sucessão se opera.

c) Estado ou Município Desmembrado — É também situação excetiva a derivada de *desmembramento* de estado ou de município, dando origem a nova entidade estatal, ao lado da antiga (art. 18, §§ 3º e 4º, CF/88). A entidade de Direito Público recém-instituída, embora absorva parte dos servidores celetistas do ente público desmembrado, não sofre os efeitos dos arts. 10, 448 e 448-A da CLT, em face do princípio da *autonomia político-administrativa* de tais entes, explicitamente consagrado na Constituição (*caput* do art. 18, CF/88). Nessa linha, a OJ n. 92 da SDI-I do TST.

d) *Empregador em Falência ou Recuperação Empresarial* — Outra situação excetiva foi criada pela Lei n. 11.101/2005, regulatória do processo falimentar e de recuperação empresarial (vigência somente a partir de 9 de junho de 2005 — art. 201, Lei n. 11.101). Nas *falências* processadas a partir do império do novo diploma, não incidirá sucessão de empregadores no caso de alienação da empresa falida ou de um ou alguns de seus estabelecimentos (art. 141, II e § 2º, Lei n. 11.101/2005). Em consequência, serão tidos como *novos* os contratos de trabalho iniciados com o empregador adquirente, ainda que se tratando de antigos empregados da antiga empresa extinta (§ 2º do art. 141 da Lei n. 11.101/2005).

A presente exceção, contudo, não se aplicaria a alienações efetivadas durante processos de simples *recuperação extrajudicial ou judicial de empresas*, nos moldes da recente lei falimentar. Quanto à modalidade extrajudicial, tal não abrangência da excludente sucessória é bastante clara na Lei n. 11.101/2005 (art. 161, § 1º; art. 163, § 1º, combinado com o art. 83, todos do referido diploma normativo).

No tocante à recuperação judicial, esta não abrangência resultaria de interpretação lógico-sistemática da nova lei, uma vez que semelhante vantagem empresarial somente teria sido concedida para os casos de *falência*, conforme inciso II e § 2º do art. 141, preceitos integrantes do capítulo legal específico do processo falimentar. Nada haveria a respeito da generalização da vantagem empresarial nos dispositivos *comuns* à recuperação judicial e à falência, que constam do capítulo II do mesmo diploma legal (arts. 5º até 46). Além disso, o art. 60 e seu parágrafo único, regras integrantes do capítulo regente da recuperação judicial, não se referem às obrigações trabalhistas e acidentárias devidas aos empregados, embora concedam a vantagem excetiva (ausência de sucessão) quanto às obrigações de natureza tributária. Por fim, estes mesmos dispositivos (art. 60, *caput* e parágrafo único) somente se reportam ao § 1º do art. 141, mantendo-se, significativamente silentes quanto às regras lançadas no inciso II e § 2º do citado art. 141 (estas, sim, fixadoras da ausência de sucessão trabalhista).

À medida que os créditos dos empregados (trabalhistas e acidentários) ostentam preponderância na ordem jurídica, em face dos princípios constitucionais da centralidade da pessoa humana na ordem jurídica, da dignidade humana, da prevalência do valor-trabalho, da igualdade em sentido substancial, da justiça social e da subordinação da propriedade à sua função social, tornar-se-ia inviável, tecnicamente, proceder-se à interpretação extensiva de regras infraconstitucionais agressoras de direitos individuais e sociais constitucionalmente assegurados.

Registre que, não obstante, o STF decidiu-se pela interpretação excludente da sucessão trabalhista *também nos casos de alienações de*

ativos de empresa submetida a recuperação judicial. Quer na ADI 3.934/DF, quer no RE 583.955-9/RJ, ambos sob relatoria do Min. Ricardo Lewandowski, julgados em 2009, a Corte Máxima entendeu constitucionais os arts. 60, parágrafo único, e 141, II, da Lei n. 11.101/05, compreendendo ainda que os dispositivos remetem-se inegavelmente às situações de recuperação judicial.

Considerada, pois, a interpretação do STF sobre o tema, em face da Lei n. 11.101/2005, a sucessão trabalhista não se aplica às situações de alienação de ativos nos processos de falências e mesmo nos processos de recuperação judicial de empresas.⁽²⁸⁾

e) *A Peculiaridade dos Cartórios Extrajudiciais* – Os cartórios extrajudiciais foram regulados pelo art. 236 da Constituição e pela Lei n. 8.935, de 1994. Em vista das peculiaridades dessa figura jurídica, estruturada em torno da figura pessoal do *titular da serventia* (art. 5º, Lei n. 8.935/94), que ostenta delegação pública pessoal (art. 236, *caput*, CF/88; arts. 3º, 5º, 14 e 39, Lei dos Cartórios), e da circunstância de que as novas titularidades das serventias supõem a prévia aprovação em concurso público de títulos e provas (art. 236, § 3º, CF/88; art. 14, I, Lei n. 8.935/94), é que se considera empregador a pessoa natural desse titular, ao invés de suposto *fundo notarial* ou *estabelecimento cartorário* (ou o próprio cartório). Nesta linha dispõe expressamente a Lei n. 8.935 (arts. 20, *caput*, e 48, *caput*).

Tais peculiaridades restringem a incidência da sucessão de empregadores regulada pela CLT somente àquelas situações fático-jurídicas em que estejam presentes, concomitantemente, os dois elementos integrantes da sucessão trabalhista, ou seja, a *transferência da titularidade da serventia* e a *continuidade da prestação de serviços*. Se não estiverem reunidos esses dois elementos (ou seja, se o antigo empregado não continuar laborando no cartório a partir da posse do novo titular), a relação de emprego anteriormente existente não se transfere para o novo titular da serventia, mantendo-se vinculada, para todos os efeitos jurídicos, ao real antigo empregador, ou seja, o precedente titular do cartório. Não se aplica aqui, portanto, a interpretação extensiva do instituto sucessório, que autoriza a incidência dos efeitos dos arts. 10 e 448 da CLT mesmo que verificada a presença apenas do primeiro elemento integrante da figura jurídica, sem a continuidade da prestação de serviços.⁽²⁹⁾

(28) No corpo do RE 583.955-9/RJ, em que se reporta a seu voto na ADI 3.934/DF, o Min. Relator estatui: "... entendo que os arts. 60, parágrafo único, e 141, II, do texto legal em comento mostram-se constitucionalmente hígidos no ponto em que estabelecem a incoerência de sucessão dos créditos trabalhistas, particularmente porque o legislador ordinário, ao concebê-los, optou por dar concreção a determinados valores constitucionais, a saber, a livre iniciativa e a função social da propriedade — de cujas manifestações a empresa é uma das mais conspícuas — em detrimento de outros, com igual densidade axiológica, eis que os reputou mais adequados ao tratamento da matéria".

(29) O princípio democrático constitucional, que inspirou a extensão do requisito do concurso público para o acesso à titularidade das serventias notariais no Brasil (art. 236, CF/88), também ficaria comprometido, caso se permitisse a sucessão trabalhista, *sem continuidade da pres-*

6. Efeitos da Sucessão Trabalhista

O objetivo da ordem jurídica com o instituto da sucessão trabalhista é assegurar a intangibilidade dos contratos de trabalho existentes no conjunto da organização empresarial em alteração ou transferência, ou mesmo na parcela transferida dessa organização. Isto é, assegurar que a alteração no contexto intra ou interempresarial não possa *afetar* os contratos de trabalho da empresa, estabelecimento e titulares envolvidos.

Duas são as dimensões de efeitos a serem examinados, portanto: os envoltivos ao novo titular da empresa ou estabelecimento (o empregador *sucessor*) e os efeitos concernentes ao empregador *sucedido*.

A) Posição Jurídica do Sucessor Empresarial — A figura sucessória trabalhista provoca a automática transferência de direitos e obrigações contratuais, por força de lei, do antigo titular do empreendimento para o novo titular, ou seja, do antigo empregador para seu sucessor. Opera-se, desse modo, a imediata e automática assunção dos contratos trabalhistas pelo novo titular da organização empresarial ou de sua parcela transferida.

O novo titular passa a responder, imediatamente, pelas repercussões presentes, futuras e *passadas* dos contratos de trabalho que lhe foram transferidos. *Direitos* e *obrigações* empregatícios transferem-se, imperativamente, por determinação legal, em virtude da transferência interempresarial operada. Ativos e passivos trabalhistas — toda a história do contrato — transferem-se em sua totalidade ao novo empregador. Trata-se, assim, de efeitos jurídicos plenos, envolvendo tempo de serviço, parcelas contratuais do antigo período, pleitos novos com relação ao período iniciado com a transferência, etc.

Essa é a regra geral tradicionalmente inferida do instituto sucessório pela doutrina e jurisprudência trabalhistas e, agora, expressamente explicitada pelo *caput* do novo art. 448-A da CLT.

Cláusula de Não Responsabilização — É comum nas relações interempresariais de transferência de universalidades (estabelecimentos, empresas, etc.) a estipulação contratual de *cláusula de não responsabilização*. O adquirente — que irá se tornar o novo empregador — ressalva o início de sua responsabilidade trabalhista somente a contar da transferência efetiva, firmando a responsabilidade do antigo empregador pelo passivo trabalhista existente até a mesma data de transferência.

tação de serviços, para os novos titulares dos cartórios empossados após aprovação em concurso público. Todo o antigo passivo trabalhista das serventias, construído no período de gestão inteiramente privatística e sem peias, seria automaticamente transferido para o novo titular concursado, exonerando-se o titular precedente. Note-se que nada impede ao trabalhador, nos casos em que não houver continuidade da prestação laborativa — e, portanto, sucessão trabalhista —, propor sua ação judicial, se for o caso, contra o seu real empregador, o antigo titular da serventia, observado o prazo constitucional prescricional (art. 7º, XXIX, CF/88).

Tais cláusulas restritivas da responsabilização trabalhista não têm qualquer valor *para o Direito do Trabalho*.

À medida que o instituto sucessório é criado e regulado por *normas jurídicas imperativas*, torna-se irrelevante *para o Direito do Trabalho* a existência de cláusulas contratuais firmadas no âmbito dos empregadores envolvidos sustentando, por exemplo, que o alienante *responderá por todos os débitos trabalhistas, até a data da transferência, sem responsabilização do adquirente*. À luz da CLT, tais débitos transferem-se, sim, imperativamente ao adquirente.⁽³⁰⁾

Nesse quadro normativo, semelhantes cláusulas contratuais civis entre as empresas pactuantes produzirão repercussões apenas no circuito jurídico *exterior* ao Direito do Trabalho, sendo impotentes para provocar consequências *justrabalhistas*.

Mas atenção: não se trata de negar importância à existência desse tipo de cláusula no que tange à regulação das relações jurídicas interempresariais. Trata-se apenas de esclarecer que seus efeitos cingem-se somente às relações jurídicas civis ou comerciais entre as empresas, *não afetando os direitos e prerrogativas contratuais do empregado*. É que, considerado o âmbito estritamente interempresarial de influência, tais cláusulas até mesmo assumem significativa importância prática, já que viabilizam o mais ágil e funcional ressarcimento de gastos eventualmente realizados pelo adquirente no que tange aos períodos empregatícios anteriores à transferência.

B) Posição Jurídica do Empregador Sucedido — A sucessão trabalhista opera uma assunção plena de direitos e obrigações trabalhistas pelo novo titular da empresa ou estabelecimento — que passa a responder, na qualidade de empregador sucessor, pelo *passado*, presente e futuro dos contratos empregatícios. Não há qualquer dúvida no tocante a esse efeito jurídico do instituto sucessório regulado pela CLT.

Por outro lado, qual a posição jurídica do empregador sucedido nesse quadro? Responde (ou não) — e em que intensidade e extensão — pelos contratos de trabalho?

A resposta a essa fundamental indagação não é, contudo, única e absoluta.

Pode-se afirmar que o *Direito do Trabalho, como regra geral, não preserva, em princípio, qualquer responsabilidade (solidária ou subsidiária) do alienante pelos créditos trabalhistas relativos ao período anterior à transferência*. Essa é a regra geral, que resulta da consumação plena dos

(30) Esse entendimento é, há décadas, consagrado na doutrina e jurisprudência trabalhistas. Nessa medida, o novo art. 448-A, *caput*, da CLT apenas veio reiterar interpretação anteriormente pacificada.

efeitos da figura sucessória: o sucessor assume, na integralidade, o papel de empregador, respondendo por toda a história do contrato de trabalho (regra geral que foi repisada pelo novo art. 448-A, *caput*, da CLT).

Naturalmente que, havendo *fraude* na transferência interempresarial, a responsabilidade plena (no caso, responsabilidade solidária) da empresa alienante se preserva (art. 9º, CLT; art. 159, CCB/1916; art. 186, CCB/2002; art. 8º, CLT). A propósito, o parágrafo único do novo art. 448-A da CLT reitera a incidência da responsabilidade solidária entre sucedida e sucessora, “quando ficar comprovada fraude na transferência”.

A jurisprudência, contudo, também tem inferido do texto genérico e impreciso dos arts. 10 e 448 da CLT a existência de *responsabilidade subsidiária* do antigo empregador pelos valores resultantes dos respectivos contratos de trabalho, desde que a modificação ou transferência empresariais tenham sido aptas a *afetar* (arts. 10 e 448) os contratos de trabalho. Ou seja, *as situações de sucessão trabalhista propiciadoras de um comprometimento das garantias empresariais deferidas aos contratos de trabalho seriam, sim, aptas a provocar a incidência da responsabilização subsidiária da empresa sucedida*.

Isso significa que a jurisprudência tem ampliado as possibilidades de responsabilização subsidiária do antigo titular do empreendimento por além das situações de fraude comprovadas no contexto sucessório (art. 9º, CLT; art. 159, CCB/1916, e art. 186, CCB/2002; art. 8º, CLT)⁽³¹⁾. Mesmo que não haja fraude, porém *comprometimento das garantias empresariais deferidas aos contratos de trabalho, incide, portanto, a responsabilidade subsidiária da empresa sucedida*.

É evidente que nas sucessões trabalhistas *precárias* (resultantes de títulos jurídicos que não transferem de modo definitivo, mas transitório ou precário, o estabelecimento ou a empresa — como ocorre com o *arrendamento*), a responsabilidade subsidiária do sucedido justifica-se ainda mais (arts. 10 e 448, CLT). É que as novas garantias ofertadas aos contratos empregatícios (pelo novo titular arrendante) são necessariamente provisórias, afetando de modo significativo, pois, os respectivos contratos de trabalho.⁽³²⁾

(31) Na 1ª edição de nossa obra, *Introdução ao Direito do Trabalho*, em 1995, ainda considerávamos que a prova da fraude era exigência para a responsabilização subsidiária do antigo empregador. Contudo, o avanço jurisprudencial percebido nos anos subsequentes fez-nos rever nosso anterior entendimento restritivo. Tal revisão já passou a constar da 2ª edição da mencionada obra, de 1999.

(32) Nesta linha dispõe a OJ 225 da SDI-I do TST: “Celebrado contrato de concessão de serviço público em que uma empresa (primeira concessionária) outorga a outra (segunda concessionária), no todo ou em parte, mediante arrendamento, ou qualquer outra forma contratual, a título transitório, bens de sua propriedade: I — em caso de rescisão do contrato de trabalho após a entrada em vigor da concessão, a segunda concessionária, na condição de sucessora, responde pelos direitos decorrentes do contrato de trabalho, sem prejuízo da responsabilidade subsidiária da primeira concessionária pelos débitos trabalhistas contraídos até a concessão; II — no tocante ao contrato de trabalho extinto antes da vigência da concessão, a responsabilidade pelos direitos dos trabalhadores será exclusivamente da antecessora” (grifos acrescentados).

C) Insurgência Obreira Contra a Sucessão — A figura sucessória trabalhista importa, indubitavelmente, em uma alteração do pacto empregatício primitivo (alteração subjetiva do contrato), provocada por ato unilateral do empregador. Poderia o empregado opor-se à sucessão, invocando o princípio da inalterabilidade que lhe é assegurado pela ordem jurídica (art. 468, CLT)?

Em princípio, não. É que a sucessão trabalhista configura-se como alteração contratual permitida pela ordem jurídica, de modo claro, não obstante sua origem efetivamente unilateral (arts. 10 e 448, CLT). O instituto sucessório foi concebido e atua como veículo protetor importante em benefício dos interesses contratuais obreiros — embora, eventual e topicamente, possa lhe trazer algum desconforto ou até mesmo efetivo prejuízo individual.

Desse modo, não considera o Direito do Trabalho relevante a aquiescência expressa ou tácita obreira à validade do processo de modificação ou transferência interempresarial e correspondentes repercussões dos arts. 10, 448 e 448-A da CLT. Em face do princípio da despersonalização da figura do empregador e da imperatividade das regras da sucessão trabalhista, inexistente, em princípio, pois, qualquer suporte justralhista a um eventual pleito de rescisão indireta do contrato (art. 483, CLT) pelo empregado em virtude de não concordar com a transferência da empresa ou estabelecimento em que labora.

É bem verdade que o jurista *Délio Maranhão* enxergava uma possibilidade de insurgência obreira juridicamente válida: ela ocorreria quando a figura do empregador tenha sido tomada como *causa* da pactuação empregatícia pelo empregado. Ponderava o autor: “Pense-se na situação de um jornalista e na mudança radical de orientação da empresa jornalística de que era empregado”⁽³³⁾. De todo modo, tal possibilidade deve ser considerada absolutamente excepcional, sob pena de descaracterizar inteiramente o próprio instituto sucessório.

Note-se, por fim, que, em caso de falecimento do empregador “constituído em empresa individual”, a ordem jurídica faculta “ao empregado rescindir o contrato de trabalho” (art. 483, § 2º, CLT). Ou seja, mesmo que continue o empreendimento por meio dos sucessores do falecido (o que implicaria, regra geral, a alteração subjetiva do contrato empregatício — arts. 10, 448 e 448-A, CLT), abre-se a possibilidade de o obreiro dar por encerrado o pacto. Porém, a insurgência do trabalhador não lhe propicia efeitos plenamente favoráveis, como poderia parecer: segundo a doutrina, esse tipo de ruptura apenas exime o empregado dos ônus do clássico pedido de demissão (concessão de aviso ao empregador, por exemplo, sob pena de desconto rescisório), mas não lhe outorga as vantagens da rescisão indireta. É o que sustentam, por exemplo, *Mozart Victor Russomano*, *Nélio Reis* e *Valentin Carrion*⁽³⁴⁾.

(33) MARANHÃO, *Délio*. *Direito do Trabalho*, cit., p. 79.

(34) RUSSOMANO, Mozart Victor. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho* — edição universitária. V. I, 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 571-572 e 577. Para o autor,

7. Natureza Jurídica da Sucessão Trabalhista

A pesquisa a respeito da natureza jurídica de um instituto consiste, como já enfatizado, na conduta de classificação científica pela qual identificam-se os elementos constitutivos essenciais do instituto examinado, cotejando-os com os elementos componentes de institutos próximos, de modo a alcançar o posicionamento daquele instituto no universo das figuras existentes no direito.

É tendência comum a esse tipo de pesquisa o analista inicialmente enquadrar o instituto examinado em algumas das tradicionais figuras do Direito. Caso frustrado esse percurso inicial, surge, evidentemente, a necessidade de se aventarem hipóteses novas de classificação do instituto no universo jurídico.

A pesquisa sobre a natureza jurídica da sucessão trabalhista não fugiu a essa regra tendencial comum. Nessa linha, os primeiros pontos de reflexão acerca do tema tenderam a assimilar a figura dos arts. 10 e 448 da CLT, ao quadro de distintas figuras semelhantes já clássicas ao velho Direito Civil⁽³⁵⁾. Tais figuras seriam: novação; estipulação em favor de terceiro; sub-rogação; cessão.

A conclusão a que se chega hoje, consensualmente, entretanto, é que o tipo jurídico clássico de qualquer dessas figuras civilistas não se ajusta satisfatoriamente à *sucessão trabalhista*. Todas as tentativas de assimilação efetuadas conduziram à perda ou distorção de algum elemento característico importante da figura sucessória trabalhista ou das figuras civilistas cotejadas, comprometendo a validade daquelas assimilações intentadas⁽³⁶⁾.

A) Figuras Civilistas Clássicas — Examine-se, em primeiro plano, o instituto civilista da *novação*.

Por esse exame, percebe-se que a figura regulada pelo Direito Civil é inquestionavelmente estranha ao instituto dos arts. 10 e 448 da CLT. É que não se nota, no tipo legal trabalhista, intenção de novar a obrigação (como se viu, a sucessão trabalhista opera efeitos imperativamente, até mesmo contra

“o que se dá é que, sendo justa a rescisão operada pela deliberação do trabalhador, não deve ele aviso-prévio (art. 487) ou indenizações (art. 480), segundo se trate de contrato por prazo indeterminado ou de contrato por prazo determinado” (ob. cit., p. 577). Este mesmo autor cita, em sua obra, ensaio de Nélio Reis, também na mesma direção (RUSSOMANO, cit., p. 572). Para Valentin Carrion, se “a atividade continuar com os sucessores, o empregado terá a faculdade de, sem ônus para ele (nem para a empresa), rescindir o contrato (CLT, art. 483, § 2º)”. In *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, p. 394.

(35) A esse respeito comenta o autor José Martins Catharino: “como sói acontecer em situações semelhantes e novas, as primeiras manifestações doutrinárias a respeito, civilistas, procuraram reduzir a sucessão a instituto jurídico já consolidado”. In *Compêndio de Direito do Trabalho*. V. I. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 147.

(36) Sobre a comparação de tais figuras civilistas acima indicadas ao instituto da *sucessão trabalhista*, ver CATHARINO, J. M., ob. cit., v. I, p. 147-148.

a vontade dos titulares das empresas ou estabelecimentos envolvidos). Nem se verifica no instituto justrabalhista extinção da obrigação prévia, em vista da celebração de nova obrigação (como próprio à novação). Além disso, a novação civilista exige, regra geral, consentimento expreso do credor, ao contrário do verificado na área justrabral.

Examine-se, agora, o instituto da *estipulação em favor de terceiro*.

Por esse exame, também se percebe que a figura regulada pelo Direito Civil é estranha ao instituto dos arts. 10 e 448 da CLT. É que o empregado é credor dos direitos trabalhistas e devedor da obrigação de prestar trabalho e de outras prestações contratuais (e não mero terceiro favorecido). Desse modo, a sucessão provoca efeitos dialéticos, distintos mas combinados, que se verificam quer no âmbito dos direitos do empregado, quer no âmbito de suas obrigações — ao contrário do que seria decorrente da figura civilista comparada.

A comparação pode ser feita, ainda, com a *sub-rogação*.

Contudo, o instituto do Direito Civil guarda distinções substantivas em contraponto à figura sucessória trabalhista. Em primeiro lugar, de maneira geral, preserva-se no instituto civilista a relevância da vontade das partes (ao contrário do ocorrido com a sucessão de empregadores). Em segundo lugar, a sub-rogação tende a ser parcial, enquanto a figura sucessória do Direito do Trabalho é abrangente, plena.

O último contraponto faz-se com a *cessão*.

Entretanto, também aqui as diferenciações são marcantes. É que a figura normatizada pelo Direito Civil confere especial relevo à vontade das partes, à diferença do que se passa com o instituto trabalhista. A figura civilista tem efeitos parciais, ao contrário da generalidade de efeitos da sucessão de empregadores. Supõe ainda certas formalidades para valer perante terceiros (art. 1.067, CCB/1916; art. 288, CCB/2002), ao passo que a figura sucessória do Direito do Trabalho opera-se independentemente de qualquer significativo ritual prévio. Finalmente, a figura civilista — à diferença do instituto justrabral — abrange créditos e não dívidas⁽³⁷⁾.

(37) O jurista José Martins Catharino afasta da sucessão trabalhista também essas três últimas figuras do Direito Civil. Considera não configuradas nos arts. 10 e 448, CLT, nem “...a *sub-rogação* (CC, arts. 958 e s.), nem a *cessão* (item, arts. 1.065 e s.). A primeira é convencional, e na sucessão em causa a responsabilidade do sucessor não resulta da convenção feita com o sucedido, nem do consentimento do empregado, alheio ao que sucedido e sucessor convencionaram. Quanto à segunda, a nossa lei somente prevê a de crédito, ‘se a isso não se opuser a natureza da obrigação, a lei, ou a convenção com o devedor’. Com a sucessão, além de não haver cessão no sentido convencional, também há transmissão de débito, do sucedido para o sucessor, nem de delegação, pois o sucessor não é constituído pelo sucedido seu delegado, para agir em seu nome”. In ob. cit., v. I, p. 147. O autor reporta-se aos preceitos do Código Civil antigo. Contudo, *todas* as figuras aqui comparadas também foram incorporadas pelo CCB/2002.

B) Singularidade Trabalhista — A sucessão de empregadores surge, desse modo, com caráter próprio, inassimilável a qualquer figura clássica do Direito Civil. O instituto juslaboral não se enquadra nos institutos civilistas conhecidos, tendo natureza jurídica própria.

Consiste a figura justrabalhistica na conjugação de duas operações distintas mas combinadas — *transmissão de crédito* e *assunção de dívida* — que se realizam ambas, no mesmo momento, em decorrência da lei (*ope legis*)⁽³⁸⁾.

Nesse contexto, desserve à exata e ampla compreensão do instituto sua redução conceitual a qualquer outro tipo legal semelhante do estuário civilista existente⁽³⁹⁾.

V. EMPREGADORES EM DESTAQUE

1. Empregador Estatal

O empregador estatal pode se estruturar sob a roupagem de pessoa jurídica de Direito Público (Administração Direta, autarquias e fundações públicas da União, Estados, Distrito Federal e Municípios) e também nos moldes de entidades similares às existentes na economia privada, tais como empresas públicas, sociedades de economia mista, além de suas subsidiárias.

A) Pessoa Jurídica de Direito Público — A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, com sua administração direta, autárquica e fundacional, são integrados por pessoas jurídicas de Direito Público, expressão nítida e diferenciada da natureza e dos poderes estatais. Tais entidades, regra geral, ostentam a prerrogativa de realizarem, em conformidade com a lei, a admissão e regência normativa de seus servidores públicos por meio do *regime administrativo* (servidores estatutários) ou, alternativamente, pelo *regime da CLT* (servidores celetistas). Naturalmente, após realizarem, por lei, sua escolha (afora as escolhas feitas pela própria Constituição da República, como ocorre com as chamadas *carreiras de Estado*, sempre regidas estritamente pelo Direito Público/Administrativo), desaparece a dualidade de regimes (que era comum antes da Constituição de 1988), de maneira a prevalecer ou o regime administrativo ou o regime celetista.

Prevalecendo o regime celetista em determinada unidade da República e da Federação (no Brasil contemporâneo, apenas uns poucos estados

(38) Catharino expõe que se trata, na verdade, de uma “*imposição de crédito e de débito*, ajustável por inteiro à relação de emprego, que é de trato sucessivo, com tendência a permanecer” (CATHARINO, J. M., ob. cit., Vol. I, p. 148; grifos no original).

(39) Excelente estudo sobre a sucessão trabalhista, em suas vertentes antiga e nova, encontra-se em SENA, Adriana Goulart. *A Nova Caracterização da Sucessão Trabalhista*. São Paulo: LTR, 2000.

federais e um número significativo de municípios é que ainda se caracterizam pela presença do regime contratual da CLT em suas ordens jurídicas internas), incide o Direito do Trabalho com respeito às relações entre empregador público e seus respectivos servidores celetistas.

Usualmente se fala, no cotidiano processual trabalhista, que o Estado, contratando servidores pela CLT, desveste-se de seu império, tendo de se submeter à plenitude dos princípios e regras do Direito do Trabalho. A assertiva é verdadeira, no plano geral, porém não dissimula o fato de que a própria Constituição da República instaura várias exceções ao estuário normativo trabalhista relativamente aos servidores regidos pela CLT. Trata-se das especificidades da Administração Pública, firmemente indicadas pelo próprio texto constitucional.

De um lado, a incidência dos princípios constitucionais da “legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência” (art. 37, *caput*, CF/88), que devem sempre orientar o intérprete e aplicador do Direito do Trabalho nos casos envolvendo a Administração Pública e o respectivo servidor, mesmo celetista. Tais princípios, ilustrativamente, enfraquecem, sobremaneira — senão afastam mesmo —, a aplicação da regra do art. 444, *caput*, da CLT (que sustenta a prevalência da vantagem econômica concedida espontaneamente e mesmo informalmente pelo empregador e suas chefias).

Por outro lado, a criação e modificação de cargos e empregos públicos, e a fixação e alteração dos vencimentos do servidor público, mesmo celetista, tudo somente pode ocorrer por meio de *lei específica* (art. 37, X, CF/88), de iniciativa do Chefe do Poder Executivo (art. 61, § 1º, II, “a”, combinado com art. 169, § 1º, I e II, CF/88). Esse verdadeiro *princípio da iniciativa legislativa específica*, de origem constitucional, rege todas as entidades estatais de Direito Público (União, Estados, DF e Municípios), em decorrência do *princípio da simetria entre os entes federativos*, também de assento constitucional (art. 1º, *caput*; art. 18; art. 2º; art. 25, *caput*; art. 29, *caput*, todos da Constituição da República).

Em terceiro lugar, a Constituição de 1988 veda, expressamente, pleitos de equiparação salarial na área pública (art. 37, XIII, CF/88, desde a EC n. 19/1998), impedindo, desse modo, a incidência do art. 461 da CLT na respectiva esfera. Na mesma linha, há clara restrição ao reenquadramento funcional de servidores, mesmo celetistas, em decorrência da falta de cumprimento do requisito do concurso público.⁽⁴⁰⁾

(40) É bem verdade que a jurisprudência tem atenuado esse óbice constitucional, autorizando, nos casos de comprovado desvio funcional, o pagamento das diferenças salariais correspondentes, embora sem o efetivo reenquadramento no cargo ou função diferenciados (OJ 125 da SDI-I/TST).

Há também, em quarto lugar, as restrições à admissão de servidores, que deve ser precedida por “concurso público de provas ou de provas e títulos”, sob pena de nulidade do contrato de trabalho, “ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração” (art. 37, *caput*, II e § 2º, CF/88; Súmula 363, TST). Em decorrência dessas limitações constitucionais e da interpretação que lhes tem dado a jurisprudência (Súmula 363), os princípios da dignidade da pessoa humana e da valorização do trabalho e emprego, com assento na Constituição de 1988 e no Direito do Trabalho, além do princípio justrabalhista da primazia da realidade sobre a forma, todos têm sido gravemente atenuados na esfera pública.

É bem verdade que existem normas estatais específicas amplamente favoráveis aos servidores regidos pela CLT: uma delas decorre do *princípio da motivação dos atos da Administração Pública*, inerente aos princípios gerais lançados no *caput* do art. 37 da CF (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência): esse princípio especial impõe o dever de o empregador público motivar, fundamentar consistentemente as dispensas de quaisquer servidores, inclusive os celetistas, afastando, dessa maneira, a possibilidade da dispensa meramente arbitrária, sem motivação qualquer, no âmbito das entidades estatais de Direito Público.

Agregue-se, neste tópico, que mesmo vínculos empregatícios situados em períodos iniciais de sua existência (em contratos de experiência ou em estágios probatórios, por exemplo, se for o caso) não podem ser rompidos pelo empregador público sem motivação consistente.⁽⁴¹⁾

Cabe registrar, ademais, como outra peculiaridade constitucional, a inviabilidade jurídica de plena aplicação de normas coletivas negociadas no âmbito das pessoas jurídicas de Direito Público e respectivas relações empregatícias, ao menos no que tange às normas que criem despesas para o empregador público, tais como, por exemplo, elevação de salário e de outras parcelas econômicas (princípio da iniciativa legislativa específica).⁽⁴²⁾

B) Empresa Pública e Sociedade de Economia Mista — Ao lado do largo universo de entidades estatais de Direito Público existe também

(41) Naturalmente, está-se referindo à motivação da dispensa do servidor regularmente admitido nos quadros estatais, mediante a prévia aprovação em “concurso público de provas ou provas e títulos”.

(42) A respeito do presente tema, consultar DELGADO, Mauricio Godinho e DELGADO, Gabriela Neves (Coordenadores e Autores). *Tratado Jurisprudencial de Direito Constitucional do Trabalho*. 3 volumes. São Paulo: Thomson Reuters/Revista dos Tribunais, 2013, especialmente o “Livro IV — Diretrizes Constitucionais para as Relações de Trabalho em Entidades Estatais”, constante do Volume 3 da citada coleção. A respeito do debate sobre o tema da incidência (ou não) da negociação coletiva trabalhista e seus diplomas normativos no campo das pessoas jurídicas de Direito Público, consultar DELGADO, Mauricio Godinho. *Direito Coletivo do Trabalho*. 7. ed., São Paulo: LTr, 2017, especialmente no Capítulo IV, item X. “Negociação coletiva no segmento público: especificidades”.

um importante conjunto de instituições estatais que são estruturadas, juridicamente, segundo um envoltório formal similar às entidades privadas: trata-se, em especial, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, além de suas empresas subsidiárias. Tais entidades estão reconhecidas explicitamente pela Constituição da República, que a elas determina se regerem *em conformidade com as regras jurídicas próprias ao Direito do Trabalho* (entre outros campos do Direito). Realmente assim dispõe o art. 173, § 1º, II, componente do Título VI (“Da Ordem Econômica e Financeira”) da Constituição Federal: “§ 1º. A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre (...) II — *a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários*”.

Essa plena assimilação ao Direito do Trabalho não permite se estender a tais entidades, no campo de regência de suas relações trabalhistas, o inteiro rol de princípios e regras constitucionais aplicáveis aos servidores públicos em geral, inclusive os celetistas. Ao inverso, aqui se aplica com larga amplitude efetivamente o Direito do Trabalho, com todos os seus princípios, regras e institutos peculiares.

Desse modo, as entidades estatais situadas no campo similar ao das empresas e instituições privadas (art. 173, § 1º, II, CF/88) submetem-se, em princípio, às regras próprias da CLT, inclusive ao disposto no art. 444 (concessões econômicas espontâneas pelo empregador), no art. 461 (equiparação salarial) e nos arts. 611 a 625 (negociação coletiva trabalhista), todos da Consolidação das Leis do Trabalho.

Por outro lado, entre os princípios e regras acima enunciados, fortemente aplicáveis à área das pessoas jurídicas de Direito Público, está o requisito democrático constitucional da prévia aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos, sob pena de nulidade do contrato de trabalho (art. 37, *caput*, II e § 2º, CF/88; Súmula 363, TST). Nesse caso, a jurisprudência do STF e do TST tem compreendido firmemente que tal especificidade também se estende às empresas estatais regidas pelo art. 173, § 1º, II, da CF/88. Ou seja, o requisito do concurso público é igualmente imperativo no âmbito das empresas e instituições estatais organizadas em moldes similares aos privatísticos, sob pena de nulidade do respectivo contrato de trabalho (Súmula 363, TST).⁽⁴³⁾

(43) A incidência do preceito constitucional relativo ao concurso público (art. 37, § 2º, CF) no tocante também às entidades estatais regidas pelo art. 173 da Constituição (sociedades de economias mistas, empresas públicas e outras entidades estatais organizadas nos moldes similares aos privatísticos), foi pacificada pelo STF no julgamento do Mandado de Segurança n. MS 21.322-1/DF (Relator Ministro Paulo Brossard), efetuado em 23/04/1993. Nesse quadro, o próprio STF (por exemplo, RE 348364 AgR-AgR-AgR-AgR. Relator Min. Eros Grau. 1ª Turma. Julgamento

Em decorrência dessa específica assimilação do requisito constitucional do concurso público, e da circunstância de ela se reportar aos princípios constitucionais do art. 37, *caput*, da CF (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência), tem se agigantado fortemente na jurisprudência a compreensão de que o *princípio da motivação* também se estenderia ao ato de ruptura do contrato de trabalho pelo empregador estatal das empresas públicas, sociedades de economia mista e empresas subsidiárias. Nessa linha compreensiva, seria inválida a despedida meramente arbitrária, sem qualquer motivação (denúncia vazia), do contrato de trabalho também nessa seara empregatícia dos entes estatais.

É bem verdade que há um certo número de turmas da Corte Superior Trabalhista que tem preservado a validade da denúncia vazia no âmbito das empresas estatais, na linha da OJ 247, I, da SDI-I do TST. A seu lado, existem outros julgados de turmas que aplicam o princípio constitucional da motivação na seara das sociedades de economia mista, empresas públicas e entidades estatais congêneres.

No bojo dessa indefinição interpretativa surgida no TST, despontou no STF, em 2015, sinal de aparente continuidade do debate sobre o assunto, em vista de três possíveis alternativas de interpretação quanto ao tema: a) extensão do princípio da motivação a todas as empresas estatais (como acreditamos ser mais harmônico ao conjunto de princípios e regras constitucionais); b) extensão do referido princípio apenas às empresas estatais efetivamente prestadoras de serviço público; c) extensão desse princípio somente à própria ECT, já mencionada no inciso II da OJ 247 da SDI-I do TST.⁽⁴⁴⁾

em 14/12/2004), bem como a jurisprudência do TST, capitaneada pela SDI-1 deste Tribunal Superior (por exemplo, E-ED-RR-4800-05.2007.5.10.0008; Relator Ministro Aloysio Corrêa da Veiga. Julgamento em 23.5.2013), seguida de arestos de outras turmas da Corte Superior Trabalhista, passaram a modular a incidência do preceito restritivo admissional da Constituição, de maneira a abranger apenas as admissões ocorridas a partir de 23.04.1993. O argumento da Corte Constitucional estriba-se na existência de controvérsia, até então, sobre a incidência da restrição constitucional quanto às admissões nesse segmento estatal específico, em conjugação com os princípios da boa-fé e da segurança jurídica, fatores que, em seu conjunto, autorizariam a adoção do efeito *ex nunc* para a decisão que decreta a inconstitucionalidade.

(44) O Ministro Luis Roberto Barroso, na Ação Cautelar n. AC/3669 (conexa ao RE n. 589.998/PI), que objetivava alcançar efeito suspensivo aos embargos de declaração apresentados no processo principal, deferiu, em 29 de abril de 2015, a liminar requerida pela ECT, “concedendo efeito suspensivo aos embargos de declaração por ela opostos nos autos do RE N. 589998”, determinando, em consequência, a comunicação ao TST “para que proceda ao sobrestamento, até o julgamento final dos embargos de declaração, dos recursos extraordinários que versem sobre o tema debatido no mencionado caso paradigma”. O recurso foi julgado em 10.10.2018, acolhendo o Plenário do STF, por maioria, parcialmente os EDs para fixar a seguinte tese, restrita apenas aos Correios, parte empregadora integrante da ação principal, objeto do RE n. 589.998/PI: “A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) tem o dever jurídico de motivar, em ato formal, a demissão de seus empregados”. A presente tese substitui aquela fixada em sessão administrativa realizada em 09.12.2015 (Fonte:

2. Cartório Extrajudicial

Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado (art. 236, *caput*, CF/88), sob direção e responsabilidade do titular da serventia, a quem é conferida uma delegação pública pessoal (art. 236, *caput*, CF/88; arts. 3º, 5º, 14 e 39, Lei n. 8.935, de 1994). Dessa maneira, o titular da serventia (art. 5º, Lei n. 8.935/94) tem a incumbência, entre outros poderes e encargos, de estruturar a organização e gestão dos serviços do cartório, mediante a contratação de empregados.

A direção e a gestão trabalhistas sob atribuição, exercício e responsabilidade dos titulares dos cartórios constitui regra expressa: o art. 20, *caput*, da Lei n. 8.935/94 dispõe que os “notários e os oficiais de registro poderão, para o desempenho de suas funções, contratar escreventes, dentre eles escolhendo os substitutos, e auxiliares como empregados, com remuneração livremente ajustada e sob o regime da legislação do trabalho”. Acrescenta o art. 21 da Lei dos Cartórios que o “gerenciamento administrativo e financeiro dos serviços notariais e de registro é da responsabilidade exclusiva do respectivo titular...” A dubiedade que existia, em períodos remotos, em alguns Estados, acerca do enquadramento jurídico dos trabalhadores dos cartórios extrajudiciais, desapareceu inteiramente com a Lei n. 8.935, de 18.11.1994, que até mesmo estabeleceu regra de transição a esse respeito, em seu art. 48, entre o antigo regime (se fosse o caso) e o regime efetivamente trabalhista.⁽⁴⁵⁾

As peculiaridades dos cartórios extrajudiciais, que são estruturados em torno da figura pessoal do *titular da serventia* (art. 5º, Lei n. 8.935/94), que ostenta delegação pública pessoal (art. 236, *caput*, CF/88; arts. 3º, 5º, 14 e 39, Lei dos Cartórios) — peculiaridades que se manifestam também pela circunstância de as novas titularidades das serventias suporem a prévia aprovação em concurso público de títulos e provas (art. 236, § 3º, CF/88; art. 14, I, Lei n. 8.935/94) —, tudo conduz à conclusão de que, nessa seara social, institucional e jurídica, o efetivo empregador consiste mesmo na pessoa natural do titular do cartório, ao invés de suposto *fundo notarial* ou *estabelecimento cartorário* (ou o próprio cartório). Nessa linha dispõe expressamente, inclusive, como analisado, a Lei n. 8.935 (arts. 20, *caput*, e 48, *caput*). Desse modo, eventual erro na indicação do empregador (escrevendo-se “Cartório ...”, por exemplo) deve ser considerado meramente material,

“STF — Informativo 919, Plenário, Repercussão Geral, outubro/2018”). A respeito do tema da aplicação do princípio da motivação às entidades estatais, consultar, neste Curso, no Capítulo XXVIII (“Término do Contrato de Trabalho — Modalidades e Efeitos”), o texto do subitem III.4.B (“Concurso Público e Motivação da Dispensa”).

(45) Note-se que, mesmo no período precedente à Lei n. 8.935, de 1994, e à própria Constituição da República, de 1988 (art. 236), a jurisprudência trabalhista tendia a considerar realmente *empregatício* (CLT) o modelo de vínculo jurídico existente nos cartórios extrajudiciais, embora fosse comum certa dubiedade administrativista estadual naquelas priscas eras.

tecnicamente irrelevante, prevalecendo, para todos os fins justralhistas, o titular da serventia como real empregador do trabalhador cartorário.⁽⁴⁶⁾

3. Consórcio de Empregadores

O consórcio de empregadores é figura jurídica recente no Direito brasileiro, elaborada em torno de meados da década de 1990, a partir de iniciativa da própria sociedade civil, originalmente no campo, “envolvendo ao longo de vários anos trabalhadores rurais, empregadores rurais e o Estado (Ministério Público do Trabalho, Fiscalização do Trabalho e INSS)”⁽⁴⁷⁾.

A figura despontou da busca de fórmula jurídica apta a atender, a um só tempo, à *diversidade de interesses empresariais no setor agropecuário, no tocante à força de trabalho, sem comprometimento do patamar civilizatório compatível aos respectivos trabalhadores, dado pelas regras e princípios do Direito do Trabalho*.

Segundo o Subprocurador-Geral do Trabalho, *Otávio Brito Lopes*, o “consórcio de empregadores rurais surgiu, antes mesmo de qualquer iniciativa legislativa, como uma opção dos atores sociais para combater a assustadora proliferação de cooperativas de trabalho fraudulentas, e como forma de fixar o trabalhador rural no campo, estimular o trabalho formal, reduzir a rotatividade excessiva de mão de obra, reduzir a litigiosidade no meio rural, garantir o acesso dos trabalhadores aos direitos trabalhistas básicos (férias, 13º salário, FGTS, repouso semanal remunerado, Carteira de Trabalho e Previdência Social) e à previdência social”⁽⁴⁸⁾.

Em 2001, o novo instituto ganhou reconhecimento previdenciário, por meio da Lei n. 10.256, de 9.7.01, que promoveu alterações na Lei n. 8.212, de 1991 e outras do Direito de Seguridade Social. Em conformidade com o novo diploma, o Consórcio Simplificado de Empregadores Rurais (denominação utilizada no referido texto legal) foi equiparado ao empregador rural pessoa física, para fins previdenciários. Para a nova lei, a figura é formada “pela união de produtores rurais pessoas físicas, que outorgar a um deles poderes

(46) Sobre a especificidade da sucessão trabalhista nos cartórios extrajudiciais, consultar, neste Capítulo XII, o item IV.5, em sua alínea “e) *A Peculiaridade dos Cartórios Extrajudiciais*”.

(47) LOPES, Otávio Brito. Consórcio de Empregadores Rurais — uma nova modalidade de contratação pode ser uma alternativa viável no combate à informalidade das relações trabalhistas no campo. Brasília: Consulex, *Revista Jurídica Consulex*, ano V, n. 111, 31.8.2001, p. 11-12. Na mesma linha, FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. Consórcio de Empregadores: uma alternativa imediata para a empregabilidade. Curitiba: Genesis, *Revista GENESIS*, ano 14, n. 84, dezembro de 1999, p. 856-863. Consultar também CALVET, Otávio. *Consórcio de Empregadores Urbanos: Uma Realidade Possível*. São Paulo: LTr, 2002, e LEMES, Viviane Aparecida. *A Figura Jurídica do Consórcio de Empregadores Rurais — reflexões teóricas a partir de exemplos práticos*. São Paulo: LTr, 2005.

(48) LOPES, Otávio Brito, ob. cit., p. 12.

para contratar, gerir e demitir trabalhadores para prestação de serviços, exclusivamente, aos seus integrantes, mediante documento registrado em cartório de títulos e documentos” (art. 25-A, Lei n. 8.212/91, conforme redação da Lei n. 10.256, de 9.7.2001)⁽⁴⁹⁾.

Os integrantes do consórcio são solidariamente responsáveis “em relação às obrigações previdenciárias” (§ 3º do art. 25-A, Lei n. 8.212/91, conforme Lei n. 10.256/01).

Do ponto de vista do Direito do Trabalho, o consórcio de empregadores cria, por sua própria natureza, *solidariedade dual* com respeito a seus empregadores integrantes: não apenas a responsabilidade solidária passiva pelas obrigações trabalhistas relativas a seus empregados, mas, também, sem dúvida, solidariedade ativa com respeito às prerrogativas empresariais perante tais obreiros. Trata-se, afinal, de situação que não é estranha ao ramo justralhista do País, já tendo sido consagrada em contexto congênere, no qual ficou conhecida pelo epíteto de *empregador único* (Súmula n. 129, TST). O consórcio é empregador único de seus diversos empregados, sendo que seus produtores rurais integrantes podem se valer dessa força de trabalho, respeitados os parâmetros justralhistas, sem que se configure contrato específico e apartado com qualquer deles: todos eles são as diversas dimensões desse mesmo *empregador único*.

Com isso não se está querendo dizer que o consórcio se confunda com o grupo econômico; quer-se apenas pontuar a presença de nova figura de *empregador único* no Direito brasileiro.

Nesta linha indica *Otávio Brito Lopes*: “a solidariedade é consequência natural da própria indivisibilidade do vínculo empregatício, que é apenas um, já que não existem tantos contratos de trabalho quantos são os membros do consórcio, mas uma única relação de emprego com todos, que por isso mesmo são solidariamente responsáveis tanto para fins trabalhistas quanto previdenciários”⁽⁵⁰⁾.

Derivando a solidariedade da natureza do instituto (no caso previdenciário, é *reiterada* também pela lei), seja no plano ativo, seja no plano passivo, ela não necessita ser repisada por texto legal ou de caráter convencional, por ser inerente à figura do empregador único que surge do consórcio⁽⁵¹⁾.

(49) A expressão *condomínio de empregadores* também já foi utilizada para designar a novel figura. Mostra-se, contudo, imprópria, uma vez que não há, no consórcio referido, nem *propriedade comum* (os contratos de trabalho não se ajustam a essa ideia), nem se trata de *coisa* indivisível (afinal, são relações jurídicas com pessoas físicas trabalhadoras). A partir da Lei n. 10.256, de 2001, entretanto, a denominação consórcio de empregadores naturalmente ganhou hegemonia.

(50) LOPES, O. B., ob. cit., p. 11.

(51) Nesta precisa linha, LOPES, Otávio Brito, ob. cit., p. 11.

Não há qualquer razão para se considerar circunscrita a ideia do consórcio de empregadores exclusivamente à área rural. Onde quer que haja necessidade diversificada de força de trabalho, na cidade e no campo, com descontinuidade diferenciada na prestação laborativa, segundo as exigências de cada tomador de serviços, pode o consórcio de empregadores surgir como solução jurídica eficaz, ágil e socialmente equânime. De fato, ela é apta a não somente atender, de modo racional, às exigências dinâmicas dos consorciados, como também assegurar, ao mesmo tempo, um razoável patamar de cidadania jurídico-econômica aos trabalhadores envolvidos, que ficam, desse modo, conectados à figura do empregador único por meio do estuário civilizatório básico do Direito do Trabalho⁽⁵²⁾.

(52) Em favor dessa compatibilidade, também FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. *Consórcio de Empregadores: uma alternativa imediata para a empregabilidade*, cit., p. 883. Na mesma linha. CALVET, Otavio. *Consórcio de Empregadores Urbanos: Uma Realidade Possível*. São Paulo: LTr, 2002 (Cap. 6).

CAPÍTULO XIII

TERCEIRIZAÇÃO TRABALHISTA

I. INTRODUÇÃO

A expressão *terceirização* resulta de neologismo oriundo da palavra *terceiro*, compreendido como *intermediário*, *interveniente*. Não se trata, seguramente, de terceiro, no sentido jurídico, como aquele que é estranho a certa relação jurídica entre duas ou mais partes. O neologismo foi construído pela área de administração de empresas, fora da cultura do Direito, visando enfatizar a descentralização empresarial de atividades para outrem, um terceiro à empresa.

Outro neologismo criado para designar o fenômeno (também externo ao Direito) foi *terciarização*, referindo-se ao setor terciário da economia, composto pelos serviços em geral, onde se situam as empresas terceirizantes — em contraponto aos setores primários (agricultura e mineração, por exemplo) e secundários (segmento industrial, por exemplo) do sistema econômico. Contudo, este epíteto (terciarização) não chegou a se solidificar na identificação do fenômeno social, econômico e justrabalhistas aqui examinado.

Para o Direito do Trabalho *terceirização é o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação justrabalhistas que lhe seria correspondente*. Por tal fenômeno insere-se o trabalhador no processo produtivo do tomador de serviços sem que se estendam a este os laços justrabalhistas, que se preservam fixados com uma entidade interveniente. A terceirização provoca uma relação trilateral em face da contratação de força de trabalho no mercado capitalista: o obreiro, prestador de serviços, que realiza suas atividades materiais e intelectuais junto à empresa tomadora de serviços; a empresa terceirizante, que contrata este obreiro, firmando com ele os vínculos jurídicos trabalhistas pertinentes; a empresa tomadora de serviços, que recebe a prestação de labor, mas não assume a posição clássica de empregadora desse trabalhador envolvido.

O *modelo trilateral* de relação socioeconômica e jurídica que surge com o processo terceirizante é francamente distinto do clássico modelo empregatício, que se funda em relação de caráter essencialmente *bilateral*. Essa dissociação entre relação econômica de trabalho (firmada com a empresa tomadora) e relação jurídica empregatícia (firmada com a empresa

terceirizante) traz graves desajustes em contraponto aos clássicos objetivos tutelares e redistributivos que sempre caracterizaram o Direito do Trabalho ao longo de sua história.

De fato, a terceirização rebaixa o patamar de retribuição material do trabalhador em comparação com o colega contratado diretamente pelo tomador de serviços. Esse rebaixamento envolve não somente o montante remuneratório percebido como também o conjunto de vantagens e proteções tradicionalmente conferidas pelo tomador de serviços aos seus empregados diretos, quer originadas de seu regulamento interno, quer originadas simplesmente da prática cotidiana empresarial, quer oriundas dos instrumentos negociais coletivos inerentes às categorias econômica e profissional envolvidas (bancos e empregados bancários, respectivamente; empresas metalúrgicas e empregados metalúrgicos, respectivamente; etc.).

A par disso, a fórmula terceirizante enfraquece a identidade pessoal e profissional do trabalhador, diminuindo, subjetivamente — e mesmo simbolicamente —, a valorização do trabalho e da pessoa humana trabalhadora no conjunto da sociedade capitalista.

Se não bastasse, trata-se de ladina fórmula de desorganização coletiva do segmento profissional e social dos trabalhadores, por esvaziar o conceito de categoria profissional, rompendo a linha histórica de conquistas trabalhistas que inúmeras categorias ostentam ao longo do tempo.

Nesse sentido de ruptura estrutural, a terceirização enfraquece, sobremaneira, o sindicalismo, pois pulveriza os interesses comuns dos trabalhadores, gerando uma dificuldade de identificação e de fortalecimento sindicais em torno de seus interesses.

Dessa maneira, por se chocar com a estrutura teórica e normativa original do Direito do Trabalho, essa nova fórmula de contratação trabalhista tem sofrido restrições da doutrina e jurisprudência justaltrabalhistas, que nela tendem a enxergar uma modalidade excetiva de contratação da força de trabalho. A fórmula também — especialmente se exacerbada — afronta a matriz humanística e social da Constituição de 1988, em particular os seus princípios constitucionais do trabalho e os objetivos fundamentais que elencou para a República Federativa do Brasil, sem contar sua concepção de sociedade civil democrática e inclusiva.⁽¹⁾

(1) A respeito da Constituição da República e a terceirização trabalhista, consultar, neste Capítulo XIII, o item II.2 (“Constituição de 1988”). A respeito do conceito de Estado Democrático de Direito, com a noção de sociedade civil democrática e inclusiva, ler DELGADO, Mauricio Godinho. *Constituição da República, Estado Democrático de Direito e Direito do Trabalho*. In DELGADO, M. G.; DELGADO, G. N. *Constituição da República e Direitos Fundamentais — dignidade da pessoa humana, justiça social e Direito do Trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2017. A respeito dos princípios constitucionais do trabalho, consultar DELGADO, Mauricio Godinho.

Evolução Histórica no Brasil — A terceirização é fenômeno relativamente novo no Direito do Trabalho do País, assumindo clareza estrutural e amplitude de dimensão apenas nas últimas três décadas do século XX no Brasil.

Fórmula capturada e disseminada, no Ocidente, pela primeira onda da construção hegemônica do *neoliberalismo*, a partir da crise do Estado de Bem-Estar Social europeu na década de 1970, ela iria se tornar, nos anos seguintes, um dos veículos mais importantes dessa corrente ideológica, em seu incessante esforço para desconstruir o *Welfare State* e os direitos individuais e sociais trabalhistas afirmados pelo Constitucionalismo Humanista e Social elaborado, na Europa, logo em seguida ao término da Segunda Grande Guerra.

Nesse contexto, a CLT — construída na década de 1940 — não tratou, evidentemente, da terceirização. O diploma consolidado fez menção a apenas duas figuras delimitadas de *subcontratação* de mão de obra: a empreitada e subempreitada (art. 455), englobando também a figura da pequena empreitada (art. 652, “a”, III, CLT). À época de elaboração da CLT, como se sabe (anos de 1940), a terceirização não constituía fenômeno com a abrangência assumida nos últimos trinta anos do século XX, nem sequer merecia qualquer epíteto designativo especial.

Afora essas ligeiras menções celetistas (que, hoje, podem ser interpretadas como referências incipientes a algo próximo ao futuro fenômeno terceirizante), não despontaram outras alusões de destaque à terceirização em textos legais ou jurisprudenciais das primeiras décadas de evolução do ramo justralhista brasileiro⁽²⁾. Isso se explica pela circunstância de o *fato social* da terceirização não ter tido, efetivamente, grande significação socioeconômica nos impulsos de industrialização experimentados pelo País nas distintas décadas que se seguiram à acentuação industrializante iniciada nos anos de 1930/40. Mesmo no redirecionamento internacionalizante despontado na economia nos anos 1950, o modelo básico de organização das relações de produção manteve-se fundado no vínculo bilateral empregado-empregador, sem notícia de surgimento significativo no mercado privado da tendência à formação do modelo trilateral terceirizante.

Em fins da década de 1960 e início dos anos 70 é que a ordem jurídica instituiu referência normativa mais destacada ao fenômeno da terceirização (ainda não designado por tal epíteto nessa época, esclareça-se). Mesmo assim tal referência dizia respeito apenas ao segmento público (melhor

Princípios Constitucionais do Trabalho e Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho. 5. ed. São Paulo: LTr, 2017, em seu Capítulo II (“Princípios Constitucionais do Trabalho”).
(2) Evidentemente que a legislação *civil*, à época, já regulamentava a empreitada e a prestação de serviços, no Código Civil então vigorante, de 1916.

definindo: segmento estatal) do mercado de trabalho — administração direta e indireta da União, Estados e Municípios. É o que se passou com o Decreto-Lei n. 200/67 (art. 10) e Lei n. 5.645/70.

A partir da década de 1970 a legislação heterônoma incorporou um diploma normativo que tratava especificamente da terceirização, estendendo-a ao campo privado da economia: a Lei do Trabalho Temporário (Lei n. 6.019/1974) — diploma que dizia respeito apenas à *terceirização provisória*, com curto período de duração. Tempos depois, pela Lei n. 7.102/83, autorizava-se também a terceirização da atividade superespecializada de vigilância bancária, a ser efetuada em caráter permanente (ao contrário da terceirização autorizada pela Lei n. 6.019/74, que era somente provisória).

Tão importante quanto essa evolução legislativa para o estudo e compreensão do fenômeno seria o fato de que o segmento privado da economia, ao longo dos últimos 30 anos do século XX, passou a incorporar, crescentemente, práticas de terceirização da força de trabalho, *independentemente da existência de texto legal autorizativo da exceção ao modelo empregatício clássico*. É o que se percebia, por exemplo, com o trabalho de conservação e limpeza, submetido a práticas terceirizantes cada vez mais genéricas no desenrolar das últimas décadas.

A jurisprudência trabalhista, nos anos de 1980 e 90, se debruçou sobre o tema, que se generalizava com frequência cada vez mais significativa no âmbito do mercado laborativo do País. Nesse contexto, ao lado da multiplicidade de interpretações jurisprudenciais lançadas nas decisões ocorridas nas últimas décadas, o TST editou duas súmulas de jurisprudência uniforme, a de n. 256, de 1986, e a de n. 331, de dezembro de 1993 (esta última produzindo *revisão* da anterior Súmula 256).

Como é comum ao conhecimento acerca de fenômenos novos, certo paradoxo também surge quanto ao estudo do presente caso. É que se tem, hoje, clara percepção de que o processo de terceirização tem produzido transformações inquestionáveis no mercado de trabalho e na ordem jurídica trabalhista do País. Falta, contudo, ao mesmo tempo, a mesma clareza quanto à compreensão da exata dimensão e extensão dessas transformações. Faltam, principalmente, ao ramo justabalhista e seus operadores os instrumentos analíticos necessários para *suplantar a perplexidade e submeter o processo sociojurídico da terceirização às direções essenciais do Direito do Trabalho*, de modo a não propiciar que ele se transforme na antítese dos princípios, institutos e regras que sempre foram a marca civilizatória e distintiva desse ramo jurídico no contexto da cultura ocidental⁽³⁾.

(3) Uma análise sociopolítica da terceirização no mercado de trabalho brasileiro encontra-se em MARTINS, Heloisa de Souza; RAMALHO, José Ricardo. *Terceirização — Diversidade e Negociação no Mundo do Trabalho*. São Paulo: HUCITEC/CEDI/NETS, 1994.

II. NORMATIVIDADE JURÍDICA SOBRE TERCEIRIZAÇÃO

O avanço do processo de terceirização no mercado de trabalho brasileiro das últimas décadas tem desafiado a hegemonia da fórmula clássica de relação empregatícia bilateral, expressa no art. 3º, *caput*, e no art. 2º, *caput*, ambos da CLT.

Uma singularidade desse desafio crescente reside no fato de que o fenômeno terceirizante tem se desenvolvido e alargado sem merecer, ao longo dos anos, cuidadoso esforço de normatização pelo legislador pátrio. Isso significa que o fenômeno tem evoluído, em boa medida, à margem da normatividade heterônoma estatal, como um processo algo informal, situado fora dos traços gerais fixados pelo Direito do Trabalho do País. Trata-se de exemplo marcante de divórcio da ordem jurídica perante os novos fatos sociais, sem que desponte obra legiferante consistente para sanar tal defasagem jurídica. Apenas em 2017 é que surgiu diploma que enfrentou mais abertamente o fenômeno da terceirização (Lei n. 13.467/2017), no contexto da denominada *reforma trabalhista*; porém, lamentavelmente, dentro do espírito da reforma feita, o diploma jurídico escolheu o caminho da desregulação do fenômeno socioeconômico e jurídico, ao invés de se postar no sentido de sua efetiva regulação e controle.

De todo modo, as primeiras referências legais, no País, sobre a sistemática terceirizante (ainda que sem o batismo de tal denominação) ocorreram com respeito ao *segmento estatal* das relações de trabalho.

No quadro da reforma administrativa intentada em meados da década de 1960, no âmbito das entidades estatais da União (Decreto-Lei n. 200/1967, de 1967), foram expedidos dois diplomas que estimulavam a prática de *descentralização administrativa*, por meio da contratação de serviços meramente executivos ou operacionais perante empresas componentes do segmento privado da economia. Tais textos normativos consistiam no art. 10 do Dec.-Lei n. 200/67 e na Lei n. 5.645/70. De certo modo, era uma indução legal à terceirização de atividades meramente executivas, *operacionais*, no âmbito da Administração Pública.

No *segmento privado* do mercado laborativo, entretanto, o processo de terceirização não teve o mesmo respaldo jurídico.

De fato, nos anos de 1970 apenas um único diploma legal, de efeitos restritos a contratos de curta duração (Lei do Trabalho Temporário, de 1974), veio acobertar o processo terceirizante. Nos anos 1980 mais um diploma legal surge (Lei n. 7.102/1983), caracterizado também por seus restritos efeitos, dado se dirigir a um específico e delimitado conjunto de trabalhadores, exercentes de uma atividade bastante especializada (segurança bancária, na época; posteriormente, segurança em geral).

Não obstante esse pequeno grupo de normas autorizativas da terceirização, tal processo acentuou-se e se generalizou no segmento privado da economia nas décadas seguintes a 1970 — em amplitude e proporção muito superiores às hipóteses permissivas contidas nos dois diplomas acima mencionados. Tais circunstâncias induziram à realização de esforço hermenêutico destacado por parte da jurisprudência, na busca da compreensão da natureza do referido processo e, afinal, do encontro da ordem jurídica a ele aplicável.

1. Legislação Heterônoma Estatal

Afora as antigas referências celetistas sobre empreitada e subempreitada (arts. 455 e 652, “a”, III, CLT), os primeiros diplomas a tratarem especificamente do fenômeno que seria, em seguida, chamado de *terceirização* dizem respeito, como visto, ao segmento estatal do mercado de trabalho. Efetivamente, no âmbito da Administração Pública criaram-se alguns mecanismos jurídicos propiciadores da denominada *descentralização administrativa*, por meio da contratação de trabalhadores assalariados por interpostas empresas, para realização de serviços de apoio, instrumentais, meramente de execução. Esse o sentido de diplomas legais como o Dec.-Lei n. 200, de 1967 (art. 10) e a Lei n. 5.645, de 1970.

A) Decreto-Lei n. 200/67 e Lei n. 5.645/70 — O DL n. 200/1967 dispôs que a “(...) *execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada*” (art. 10, *caput*, Dec.-Lei n. 200/67; grifos acrescidos). Completava esse preceito da reforma administrativa estatal (§ 7º do art. 10 do DL 200):

“Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, a execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução” (art. 10, § 7º, DL n. 200/67; grifos acrescidos).

O texto do diploma, como se percebe, induzia a administração estatal a se desobrigar da realização de tarefas executivas, instrumentais, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato. À medida que a administração estatal submete-se ao *princípio da legalidade* e à medida que surge lei determinando o procedimento de descentralização dos encargos de execução aventados pelo Dec.-Lei n. 200, resta claro que um certo conjunto de tarefas enfrentadas pelos entes estatais poderia ser efetuado por meio de empresas concretizadoras desses serviços, portanto, mediante terceirização.

A dúvida que se mantinha situava-se quanto à extensão da terceirização autorizada na administração pública, isto é, o grupo de tarefas, atividades e funções que poderiam ser objeto de procedimento terceirizante.

A posterior Lei n. 5.645, de 1970, veio exatamente exemplificar alguns desses *encargos de execução* sugeridos pelo diploma legal anterior:

“As atividades relacionadas com transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas serão, de preferência, objeto de execução mediante contrato, de acordo com o art. 10, § 7º, do Decreto-lei n. 200...” (Lei n. 5.645/70, art. 3º, parágrafo único; grifos acrescidos).

Observe-se o rol lançado pela Lei n. 5.645/70: atividades relacionadas com transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e *outras assemelhadas*. Trata-se de claro rol exemplificativo, como se vê. Não obstante, é também inquestionável que *todas as atividades referidas nesse rol encontram-se unificadas pela circunstância de dizerem respeito a atividades de apoio, instrumentais, atividades-meio*.

A autorização legal à terceirização no âmbito das entidades estatais é, como visto, limitada exclusivamente a atividades-meio, atividades meramente instrumentais. Não havia na ordem jurídica até então qualquer permissivo à terceirização de *atividades-fim* dos entes tomadores de serviço.

B) Lei n. 6.019/74 e Lei n. 7.102/83 — A regulação normativa da terceirização no mercado privado ocorreu, inicialmente, por meio de dois modelos restritos de contratação: o trabalho temporário (Lei n. 6.019/1974) e o trabalho de vigilância bancária (Lei n. 7.102/1983).

Entretanto, como se sabe, o processo terceirizante expandiu-se largamente no âmbito privado da economia fora das hipóteses jurídicas previstas nessas duas leis, mediante fórmula de terceirização permanente sem regulação expressa em textos legais trabalhistas. É claro que se poderia falar em aplicação analógica dos dois diplomas normativos referentes à Administração Pública (art. 10, *caput*, Decreto-lei n. 200/67 e Lei n. 5.645/70), autorizando-se, genericamente, a terceirização de atividades meramente instrumentais da empresa tomadora, suas atividades-meio. Contudo, a expansão fez-se muito além desses limites já bastante amplos.

O modelo terceirizante da Lei n. 6.019/74 (a ser detidamente estudado no item V, à frente) produziu, indubitavelmente, uma inflexão no sistema trabalhista do País, já que contrapunha à clássica relação bilateral (própria à CLT) uma nova relação trilateral de prestação laborativa, dissociando o fato do trabalho do vínculo jurídico que lhe seria inerente. Contudo, ainda assim tal inflexão foi limitada, uma vez que a fórmula do trabalho temporário não autorizava a terceirização permanente, produzindo efeitos transitórios no tempo.

É verdade que a Lei n. 7.102, de 1983 veio prever a sistemática de terceirização permanente. Entretanto, seus efeitos também quedaron-se algo restritos, por instituir a lei mecanismo de contratação terceirizada abrangente apenas de específica e muito especializada categoria profissional — os vigilantes.

Registre-se, porém, que o tipo legal da Lei n. 7.102/83 foi relativamente ampliado pelo próprio legislador. Inicialmente a atividade terceirizada ali prevista limitava-se ao segmento bancário da economia. Anos depois, com as alterações propiciadas pela Lei n. 8.863, de 1994, alargou-se o âmbito de atuação de tais trabalhadores e respectivas empresas. Hoje são consideradas como atividades submetidas à presente modalidade de terceirização a vigilância patrimonial de qualquer instituição e estabelecimento público ou privado, inclusive segurança de pessoas físicas, além do transporte ou garantia do transporte de qualquer tipo de carga (art. 10 e seus parágrafos da Lei n. 7.102/83, com alterações da Lei n. 8.863/94).

C) Parágrafo único do art. 442, CLT — cooperativas — A Lei n. 8.949, de 9.12.1994, acrescentou parágrafo único ao art. 442 da CLT, provocando, na prática, o surgimento de maciça onda de terceirizações com suporte na fórmula cooperada.

Dispõe o preceito celetista 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 serviços daquela”.

Conforme já examinado anteriormente nesta obra (Capítulo X, item IV: “A Questão das Cooperativas”), não se fixa na CLT, entretanto, presunção legal de caráter absoluto *mas simples presunção relativa de ausência de vínculo de emprego*. O objetivo da regra teria sido o de retirar do rol empregatício relações próprias às cooperativas — *desde que não evidenciada a roupagem ou utilização meramente simulatória de tal figura jurídica*.

Isso significa que a ordem jurídica apenas favoreceu a prática cooperativista, envolvendo produtores e profissionais *efetivamente autônomos* (como cabe às cooperativas); neste favorecimento, criou, em favor dessas entidades, a presunção de ausência de vínculo empregatício. Porém não conferiu ao cooperativismo instrumental para obrar fraudes trabalhistas.

Em decorrência, evidenciado que o envoltório cooperativista não lida com profissionais *efetivamente autônomos* e desatende, ainda, às finalidades e princípios imanentes ao cooperativismo (princípio da *dupla qualidade* e princípio da *retribuição pessoal diferenciada*, por exemplo), fixando, por fim, vínculo caracterizado por todos os elementos fático-jurídicos da relação de emprego, não há como evitar-se o reconhecimento desta relação empregatícia, afastando-se a simulação perpetrada.

Registre-se, a propósito, que em 2012, foi publicado novo diploma jurídico, regulando as chamadas “Cooperativas de Trabalho” (Lei n. 12.690: Diário Oficial de 20.7.2012). Embora com conteúdo muito mais amplo do que o singelo parágrafo único do art. 442 da CLT (Lei n. 8.949/1994), o novo diploma não altera as considerações já lançadas — ao invés, reforça-as. É que a lei nova tem preceito expresso no sentido de que a Cooperativa de Trabalho *não pode ser utilizada para intermediação de mão de obra subordinada* (art. 5º, Lei n. 12.690). Desse modo, seja quando configurada a relação de emprego entre a entidade cooperativista e seu sócio cooperado, seja quando configurada esta relação com a entidade tomadora de serviços, seja quando não atendidos os princípios inerentes ao cooperativismo (diretrizes da dupla qualidade e da retribuição pessoal diferenciada, além dos demais princípios arrolados no art. 3º da Lei n. 12.690), esvai-se o envoltório formal cooperativista, prevalecendo a relação de emprego, quer com a entidade cooperada, quer com o tomador de serviços.⁽⁴⁾

D) Outras Referências Legais — As alterações legais produzidas por esses diplomas envoltivos ao processo de terceirização produziram curiosa perplexidade em outros textos legais trabalhistas. A ruptura com a fórmula bilateral de contratação de trabalho subordinado (*empregador-empregado* — arts. 2º e 3º, CLT), em virtude do avanço da fórmula trilateral terceirizante, conduziu a certo desajuste teórico na legislação trabalhista correlata.

A Lei n. 8.036/1990 (Lei do FGTS), por exemplo, tentou reunir na mesma fórmula conceitual referente às figuras de empregador e empregado tanto a relação de emprego típica como a relação trilateral terceirizante distinta da primeira. Nessa linha, define a Lei n. 8.036/90 (art. 15, § 1º) *empregador* como a pessoa física ou jurídica:

“(...) que admitir trabalhadores a seu serviço, bem assim aquele que, regido por legislação especial, encontrar-se nessa condição ou figurar como fornecedor ou tomador de mão de obra, independentemente da responsabilidade solidária e/ou subsidiária a que eventualmente venha obrigar-se” (grifos acrescidos).

Tratando da figura do trabalhador (observe-se: a lei não fala em *empregado*, embora tenha falado antes em *empregador*), o parágrafo segundo do mesmo art. 15 da Lei n. 8.036/90 expõe:

“Considera-se trabalhador toda pessoa física que prestar serviços a empregador, a locador ou tomador de mão de obra, excluídos os eventuais, os autônomos e os servidores públicos civis e militares sujeitos a regime jurídico próprio” (grifos acrescidos).

(4) Naturalmente que a fraude perpetrada pelo mau uso da figura cooperativista pode ser objeto de autuação pela Auditoria Fiscal do Trabalho (art. 21, XXIV, CF/88: “Art. 21. Compete à União ... XXIV — organizar, manter e executar a inspeção do trabalho”). No caso de ação trabalhista (individual, plúrima ou coletiva), tem de existir pedido concernente ao reconhecimento formal do vínculo empregatício com o tomador de serviços ou, alternativamente, o próprio reconhecimento do vínculo empregatício com a cooperativa.

É óbvio que, do ponto de vista técnico-jurídico, o tomador de serviços terceirizados não constitui empregador do obreiro terceirizado, uma vez que este se vincula à empresa terceirizante (ao contrário do que fala, portanto, o § 1º do art. 15 citado). Empregador corresponde apenas ao tipo legal da pessoa física, jurídica ou ente despersonalizado que contrata a outra pessoa física, *empregaticamente*, sua prestação de serviços. O sincretismo produzido pelo dispositivo em exame (art. 15, § 1º, Lei n. 8.036/90), amalgamando conceitos que não se fundem, demonstra, entretanto, a dificuldade de absorção pela ordem jurídica do processo terceirizante.

A década de 1990, caracterizada pelo império de certo pensamento e estratégia antissociais deflagrados no Ocidente desde fins dos anos de 1970 (o denominado *neoliberalismo* ou *ultraliberalismo*), trouxe algumas mudanças legislativas relacionadas ao debate acerca da terceirização. Com as privatizações das entidades estatais no Brasil, despontaram leis reguladoras de certos segmentos e atividades objeto das privatizações, tais como a Lei n. 8.987/1995 (que trata do regime de concessão e permissão de prestação de serviços públicos na área elétrica) e a Lei n. 9.472/1997 (que trata do regime de concessão e permissão de prestação de serviços públicos na área de telefonia).

Acompanhados pela revogação, por meio da Lei n. 9.527/1997, do art. 3º, parágrafo único, da antiga Lei n. 5.645/70, o art. 25 da Lei n. 8.987/95 e o art. 94, II, da Lei n. 9.472/97 traziam expressão normativa dúbia, que parecia alargar as possibilidades de terceirização para fora das hipóteses assentadas na Súmula 331 do TST. O art. 25, § 1º, da Lei n. 8.987/95 dispõe: “§ 1º. *Sem prejuízo da responsabilidade a que se refere este artigo, a concessionária poderá contratar com terceiros o desenvolvimento de atividade inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido, bem como a implementação de projetos associados*”. Já o art. 94, II, da Lei n. 9.472/97 dispõe que a concessionária poderá: “II — *contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço, bem como a implementação de projetos associados*”.

A interpretação lógico-racional, sistemática e teleológica desses preceitos legais dos anos 1990, pela jurisprudência trabalhista, foi realizada no sentido de corroborar a compreensão exposta na Súmula 331 do TST (divulgada esta, como se sabe, originalmente, em dezembro de 1993). Nesse quadro, compreende a jurisprudência trabalhista dominante que a Lei das Elétricas e também a das Teles ostentam, naturalmente, caráter administrativo, inclusive quanto à sua referência às atividades inerentes, acessórias ou complementares de contratação interempresarial, não possuindo, entretanto, qualquer impacto no ramo jurídico especializado constitucional e legal trabalhista. Argumenta a jurisprudência hegemônica que a Lei n. 8.987/95, em seu art. 25, § 1º, e a Lei n. 9.472/97, em seu art. 94, II — que foram construídas depois do advento da Súmula 331 do TST —, não tiveram o objetivo e o

poder de provocar verdadeira regressão precarizante na ordem econômica, social e jurídica brasileiras, ao arrepio de todo o universo harmônico de princípios, regras e institutos da Constituição da República e de seu segmento jurídico nuclear, o Direito do Trabalho. Os dois preceitos legais teriam de ser interpretados, evidentemente, em conformidade com a Constituição e com o Direito do Trabalho, uma vez que não há espaço no mundo do Direito e do Estado Democrático de Direito para a ideia primitiva de verdadeiros *corsários normativos* a desrespeitar a integralidade e a unidade coerentes de toda a ordem jurídica.

Dois acórdãos da Seção de Dissídios Individuais I do TST, aprovados por importante maioria, bem expressam a direção da jurisprudência largamente dominante. Inicialmente se destaca o acórdão relatado pelo *Ministro Vieira de Mello Filho*, tratando da Lei das Elétricas (n. 8.987/95), embora com menções também à Lei das Teles (n. 9.472/97), referente a julgamento dos Embargos à SDI-I n. TST-ED-E-RR-586341-05.1999.5.18.555, ocorrido em 28 de maio de 2009:

RECURSO DE EMBARGOS — AÇÃO CIVIL PÚBLICA — TERCEIRIZAÇÃO EM ATIVIDADE-FIM — EMPRESA DO RAMO DE ENERGIA ELÉTRICA — EXEGESE DO ART. 25 DA LEI N. 8.987/95 — INTELIGÊNCIA DA SÚMULA 331 DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO — VIOLAÇÃO DO ART. 896 DA CLT. A Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão de prestação de serviços públicos, ostenta natureza administrativa e, como tal, ao tratar, em seu art. 25, da contratação com terceiros de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido, não autorizou a terceirização da atividade-fim das empresas do setor elétrico. Isso porque esse diploma administrativo não aborda matéria trabalhista, nem seus princípios, conceitos e institutos, cujo plano de eficácia é outro. A legislação trabalhista protege, substancialmente, um valor: o trabalho humano, prestado em benefício de outrem, de forma não eventual, oneroso e sob subordinação jurídica, apartes à já insuficiente conceituação individualista.

E o protege sob o influxo de outro princípio maior, o da dignidade da pessoa humana. Não se poderia, assim, dizer que a norma administrativista, preocupada com princípios e valores do Direito Administrativo, viesse derrogar o eixo fundamental da legislação trabalhista, que é o conceito de empregado e empregador, jungido que está ao conceito de contrato de trabalho, previsto na CLT.

O enunciado da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho guarda perfeita harmonia com marco teórico e jurisprudencial para o fenômeno da terceirização nas relações de trabalho no Brasil, importante para o desenvolvimento social e econômico do país, já que compatibilizou os princípios da valorização do trabalho humano e da livre concorrência e equilibrou a relação entre o capital e o trabalho.

Recurso de embargos conhecido e parcialmente provido. (TST-ED-E-RR-586341-05.1999.5.18.555. Data de publicação: 16.10.2009. Relator: Min. Vieira de Mello Filho).

Em seguida destaca-se o acórdão relatado pela *Ministra Maria de Assis Calsing*, tratando da Lei das Teles (n. 9.472/97), embora também com menções à Lei das Elétricas (n. 8.987/95), referente a julgamento dos Embargos à SDI-I n. TST-E-RR-134640-23.2008.5.03.0010, ocorrido em 28 de junho de 2011:

“RECURSO DE EMBARGOS INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI 11.496/2007. EMPRESAS DE TELECOMUNICAÇÕES. CALL CENTER. TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. ATIVIDADE-FIM. LEI N. 9.472/1997. A interpretação sistemática dos arts. 25 da Lei n. 8.987/1995 e 94, II, da Lei n. 9.472/1997 com os princípios constitucionais que norteiam o Direito do Trabalho não autoriza concluir que o legislador ordinário conferiu às empresas de telecomunicações a possibilidade de terceirização ampla e irrestrita, inclusive quanto às suas atividades fins. Dessarte, as referidas empresas encontram-se igualmente sujeitas às diretrizes insertas na Súmula 331, I e III, deste Tribunal Superior, que somente considera lícita a terceirização no caso de trabalho temporário, serviços de vigilância, conservação e limpeza e outros especializados, ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistentes a personalidade e a subordinação direta. Recurso de Embargos conhecido e provido.” (TST-E-RR-134640-23.2008.5.03.0010. Data de julgamento: 28.6.2011. Relatora: Min. Maria de Assis Calsing).

Por outro lado, a audiência pública realizada pelo TST em outubro de 2011, com depoimentos, dados e reflexões oriundos da sociedade civil e entidades estatais sobre o fenômeno da terceirização, demonstrou que essa fórmula de gestão empregatícia, caso não acompanhada de limites, requisitos e proteções jurídicos, provoca manifesta precarização do trabalho, do trabalhador e do meio ambiente laborativo, traduzindo regressão cultural incompatível com a modernidade e civilização ínsitas ao Estado Democrático de Direito que a Constituição determinou firme implantação no País.

Por fim, a Seção de Dissídios Individuais do TST, em composição plena (SDI I e II), corroborou, uma vez mais, em 8.11.2012, sua interpretação já assentada nos acórdãos anteriormente citados — e que corresponde à ampla maioria das oito turmas do TST —, no sentido de ser irregular a terceirização de serviços de *call center* em empresas de telefonia, afrontando a matriz interpretativa do item III da Súmula 331 da própria Corte Superior. Nesta linha o acórdão no processo n. E-ED-RR-2938-13.2010.5.12.0016, cujo redator designado foi o Ministro José Roberto Freire Pimenta.

Nesse quadro normativo, jurisprudencial e doutrinário, manteve-se hígida, até então, a interpretação exposta pela Súmula 331 do TST, relativamente às hipóteses de terceirização lícita nas ordens jurídica, econômica e social brasileiras.⁽⁵⁾

(5) É bem verdade que o STF, em 2014, sinalizou ter passado a compreender que o tema da terceirização pode ser objeto de julgamento pela Corte Constitucional — com a possibilidade de compreensão distinta da sufragada pela Justiça do Trabalho há mais de três décadas. É o

Por fim, em 2017, surgiu diploma normativo que buscou desregular largamente a dinâmica socioeconômica e jurídica da terceirização no País (ao lado da desregulamentação e flexibilização de diversas outras normas justrabalhistas, registre-se). Trata-se da Lei n. 13.467/2017 (vigência a partir de 11.11.2017) que, alterando e ampliando o texto da Lei n. 6.019/1974, buscou incentivar a generalização da terceirização trabalhista no mercado de trabalho brasileiro, no contexto da denominada *reforma trabalhista*. Tal diploma, entretanto, será examinado mais à frente, dentro deste item II do presente capítulo, em seu subitem 3 (“3. Reforma Trabalhista: Lei n. 13.467/2017”). Antes desse passo, porém, deve-se refletir sobre a matriz constitucional de 1988 e seus pontos de interconexão com a terceirização trabalhista.

2. Constituição de 1988

A Constituição de 1988 — na compreensão da doutrina e jurisprudência trabalhistas até então dominantes (ou seja, até a decisão do STF exarada em 30.08.2018) — traz limites claros ao processo de terceirização laborativa na economia e na sociedade, embora não faça, evidentemente — como não caberia —, regulação específica do fenômeno.⁽⁶⁾

Os limites da Constituição ao processo terceirizante situam-se no sentido de seu conjunto normativo, especialmente em suas normas principiológicas assecuratórias da *dignidade da pessoa humana* (art. 1º, III); da *valorização do trabalho e especialmente do emprego* (art. 1º, III, combinado com art. 170, *caput*); da *igualdade em sentido material*, em contraponto ao seu antigo viés meramente formal (Preâmbulo; art. 3º, I; art. 5º, *caput*; Capítulo II do Título II: Direito do Trabalho; art. 170, *caput*; art. 193); da segurança também em

que se infere da “repercussão geral” acolhida, em 15.5.2014, pelo Plenário Virtual, no Recurso Extraordinário com Agravo n. 713.211-MG, de relatoria do Min. Luiz Fux. Poucos meses depois, em setembro de 2014, o Relator do RE com Agravo n. 791.932-DF, Min. Teori Zavascki, determinou o sobrestamento de todas as causas que apresentem questão idêntica à que será resolvida com foros de repercussão geral, relativamente ao disposto no art. 94, II, da Lei n. 9.472/1997, especialmente quanto ao significado da expressão “atividades inerentes, acessórias ou complementares” constante do preceito legal, em face de desrespeito à cláusula constitucional de reserva de plenário. Em 2018, despontaria a decisão do Plenário do STF, por maioria, sobre o tema, *autorizando a terceirização em atividades-fins* (ver nota de rodapé n. 6, a seguir e o item IV deste Capítulo, mais à frente).

(6) A decisão do Plenário do STF, em 30.08.2018, por maioria de votos, no julgamento do RE n. 958.252/MG (Rel.: Min. Luiz Fux) e da ADPF n. 324/DF (Rel.: Min. Luis Roberto Barroso), lança compreensão diversa sobre o assunto. Tal decisão, conforme se sabe, é *vinculante*, pois tomada em regime de repercussão geral (no caso do RE), a par de em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Está, pois, assim referenciada neste Capítulo XIII, sendo estudada, com maior minúcia, no item IV, mais à frente (“IV. Jurisprudência do STF sobre Terceirização”). Mas não afasta o debate de natureza acadêmica sobre o assunto, como cabe a uma obra científica sobre o Direito.

sentido humanístico e social, em contraponto ao seu antigo viés meramente patrimonialístico (Preâmbulo; art. 1º, III; art. 3º, I e III; art. 5º, *caput*; art. 6º); do *combate à discriminação de pessoas humanas*, inclusive no mercado de trabalho (art. 3º, IV; art. 7º, XXXII).

Esses limites estão dados também pelos objetivos constitucionais eleitos pela Constituição de 1988 para a República Federativa do Brasil relativamente à busca da *construção de uma sociedade livre, justa e solidária* (art. 3º, I), à busca de *erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais* (art. 3º, III), além da busca da *promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação* (art. 3º, IV).

Todas essas normas constitucionais, que expressam princípios e objetivos de suma relevância, evidenciam, sem dúvida, a presença, na Constituição de 1988, de um princípio geral de notável destaque, como síntese dos princípios e objetivos já enunciados, ou seja, o princípio da *centralidade da pessoa humana na ordem jurídica e na vida socioeconômica*.

Observe-se, ainda, que a Constituição não faz reverência vazia à centralidade da pessoa humana na ordem jurídica e na vida socioeconômica. De forma alguma, pois ela tem o cuidado de re-enfatizar essa centralidade no momento em que abre os títulos constitucionais relativos à ordem econômica e também à ordem social — ou seja: no momento em que busca regular as relações econômicas e as relações sociais.

Assim, dispõe, enfaticamente, o art. 170, *caput*, que elenca os “Princípios Gerais da Atividade Econômica”: “A ordem econômica, *fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa*, tem por fim *assegurar a todos existência digna*, conforme os *ditames da justiça social*, observados os seguintes princípios: (...)” (grifos acrescidos).

Também enfaticamente assim dispõe o art. 193, que fixa a “Disposição Geral” relativa à Ordem Social: “A *ordem social* tem como base o *primado do trabalho*, e como objetivo o *bem-estar e a justiça sociais*.” (grifos acrescidos).

Insista-se: a partir desse sólido contexto principiológico e normativo é que a Constituição estabelece os *princípios gerais da atividade econômica* (Capítulo I do Título VII), fundando-a na valorização do trabalho e da livre iniciativa, tendo *por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social* (*caput* do art. 170). Por essa razão é que, entre esses princípios, destacam-se a *função social da propriedade* (art. 170, III), a *redução das desigualdades regionais e sociais* (art. 170, VII), a *busca do pleno emprego* (art. 170, VIII).

Na mesma linha de coerência, o Texto Máximo estabelece a *disposição geral da ordem social* (Capítulo I do Título VIII), enfatizando que esta tem como base o *primado do trabalho*, e como objetivo o *bem-estar e a justiça sociais* (art. 193).

Essa matriz constitucional de 1988, estruturada em *princípios, fundamentos* e também *objetivos fundamentais* da República Federativa do Brasil, todos com inquestionável natureza e força normativas, contingencia, limita, restringe fórmulas surgidas na economia e na sociedade de desequilibrado exercício de poder sobre pessoas humanas e de desproporcional utilização de sua potencialidade laborativa.

Nessa moldura lógica e sistemática da Constituição, não cabem mecanismos de utilização do trabalho que esgarcem o patamar civilizatório mínimo instituído pela ordem jurídica constitucional do País, reduzindo a valorização do trabalho e do emprego, exacerbando a desigualdade social entre os trabalhadores e entre estes e os detentores da livre iniciativa, instituindo formas novas e incontroláveis de discriminação, frustrando o objetivo cardeal de busca do bem-estar e justiça sociais.

Para a Constituição, em consequência, a terceirização sem peias, sem limites, *não é compatível com a ordem jurídica brasileira*. As fronteiras encontradas pela experiência jurisprudencial cuidadosa e equilibrada para a prática empresarial terceirizante, mantendo esse processo disruptivo dentro de situações manifestamente excetivas, atende, desse modo, o piso intransponível do comando normativo constitucional⁽⁷⁾.

3. Reforma Trabalhista: Lei n. 13.467/2017

No contexto da recente retomada do pensamento e diretrizes ultraliberalistas nas políticas públicas do País, foi aprovada em 13.7.2017 a Lei n. 13.467, que entrou em vigência em 11.11.2017. O novo diploma legal, mudando e/ou inserindo preceitos na Lei n. 6.019/1974, procurou estimular a terceirização trabalhista, mediante o afastamento de restrições e controles significativos sobre o processo terceirizante.

(7) Nessa linha interpretativa, posiciona-se o texto da Súmula n. 331 do TST, não considerando válidas práticas terceirizantes fora de quatro hipóteses: trabalho temporário (Lei n. 6.010/74); serviços de vigilância especializada (Lei n. 7.102/83); serviços de conservação e limpeza (Súmula 331, III); serviços ligados à atividade-meio do tomador (Súmula n. 331, III, TST). Sobre a jurisprudência trabalhista acerca da terceirização — que preponderou desde os anos 1980 (inicialmente com a Súmula n. 256 e, em seguida, com a Súmula n. 331) até a decisão do STF em 30.08.2018 —, reportar-se ao item III, logo em seguida: “III — *Jurisprudência Trabalhista sobre a Terceirização*”. Sobre a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a terceirização - definida, em término de julgamento, no dia 30.08.2018, no RE n. 958.252/MG, Rel. Min. Luiz Fux, e na ADPF n. 324/DF, Rel. Min. Luis Roberto Barroso, e *afastando a interpretação oriunda da Súmula 331 do TST* —, consultar o item IV, mais à frente: “IV — *Jurisprudência do STF sobre Terceirização*”. A respeito do debate concernente aos limites constitucionais impostos ao processo terceirizante trabalhista, consultar também DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder dos Santos: *Os Limites Constitucionais da Terceirização*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2015 (1. ed.: 2014).

Registre-se que a Lei n. 6.019/74 já havia sofrido alterações por meio da Lei n. 13.429, de 31.3.2017. Porém, tais mudanças não apresentaram a extensão explicitada pela *Lei da Reforma Trabalhista* imediatamente seguinte (Lei n. 13.467/2017).

Passa-se a examinar a nova regência normativa imposta pelos dois novos diplomas legais de 2017, conforme inserções e/ou mudanças lançadas na Lei n. 6.019/74. O exame aqui enfocado irá se restringir à matéria da terceirização trabalhista em geral, mas não às especificidades da terceirização por intermédio do contrato de trabalho temporário — tais especificidades serão estudadas no item V deste Capítulo XIII (“V. Terceirização por Meio do Contrato de Trabalho Temporário”).

Citam-se, a seguir, as regras componentes da Lei n. 6.019/74 que dizem respeito à terceirização em geral:

Art. 4º-A. Considera-se prestação de serviços a terceiros a transferência feita pela contratante da execução de quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal, à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços que possua capacidade econômica compatível com a sua execução. (Incluído pela Lei n. 13.467/2017).

§ 1º A empresa prestadora de serviços contrata, remunera e dirige o trabalho realizado por seus trabalhadores, ou subcontrata outras empresas para realização desses serviços. (Incluído pela Lei n. 13.429/2017).

§ 2º Não se configura vínculo empregatício entre os trabalhadores, ou sócios das empresas prestadoras de serviços, qualquer que seja o seu ramo, e a empresa contratante. (Incluído pela Lei n. 13.429/2017).

Art. 4º-B. São requisitos para o funcionamento da empresa de prestação de serviços a terceiros: (Incluído pela Lei n. 13.429/2017).

I — prova de inscrição no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ); (Incluído pela Lei n. 13.429/2017).

II — registro na Junta Comercial; (Incluído pela Lei n. 13.429/2017).

III — capital social compatível com o número de empregados, observando-se os seguintes parâmetros: (Incluído pela Lei n. 13.429/2017).

a) empresas com até dez empregados — capital mínimo de R\$ 10.000,00 (dez mil reais); (Incluído pela Lei n. 13.429/2017).

b) empresas com mais de dez e até vinte empregados — capital mínimo de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais); (Incluído pela Lei n. 13.429/2017).

c) empresas com mais de vinte e até cinquenta empregados — capital mínimo de R\$ 45.000,00 (quarenta e cinco mil reais); (Incluído pela Lei n. 13.429/2017).

d) empresas com mais de cinquenta e até cem empregados — capital mínimo de R\$ 10.000,00 (cem mil reais); (Incluído pela Lei n. 13.429/2017).

e) empresas com mais de cem empregados — capital mínimo de R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais).

“Art. 4º-C. São asseguradas aos empregados da empresa prestadora de serviços a que se refere o art. 4º-A desta Lei, quando e enquanto os serviços, que podem ser de qualquer uma das atividades da contratante, forem executados nas dependências da tomadora, as mesmas condições: (Incluído pela Lei n. 13.467/2017).

I — relativas à: (Incluído pela Lei n. 13.467/2017).

a) alimentação garantida aos empregados da contratante, quando oferecida em refeitórios; (Incluído pela Lei n. 13.467/2017).

b) direito de utilizar os serviços de transporte; (Incluído pela Lei n. 13.467/2017).

c) atendimento médico ou ambulatorial existente nas dependências da contratante ou local por ela designado; (Incluído pela Lei n. 13.467/2017).

d) treinamento adequado, fornecido pela contratada, quando a atividade o exigir. (Incluído pela Lei n. 13.467/2017).

II — sanitárias, de medidas de proteção à saúde e de segurança no trabalho e de instalações adequadas à prestação do serviço. (Incluído pela Lei n. 13.467/2017).

§ 1º Contratante e contratada poderão estabelecer, se assim entenderem, que os empregados da contratada farão jus a salário equivalente ao pago aos empregados da contratante, além de outros direitos não previstos neste artigo. (Incluído pela Lei n. 13.467/2017).

§ 2º Nos contratos que impliquem mobilização de empregados da contratada em número igual ou superior a 20% (vinte por cento) dos empregados da contratante, esta poderá disponibilizar aos empregados da contratada os serviços de alimentação e atendimento ambulatorial em outros locais apropriados e com igual padrão de atendimento, com vistas a manter o pleno funcionamento dos serviços existentes.” (Incluído pela Lei n. 13.467/2017).

“Art. 5º-A. Contratante é a pessoa física ou jurídica que celebra contrato com empresa de prestação de serviços relacionados a quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal. (Incluído pela Lei n. 13.467/2017).

§ 1º É vedada à contratante a utilização de trabalhadores em atividades distintas daquelas que foram objeto do contrato com a empresa prestadora de serviços. (Incluído pela Lei n. 13.429/2017).

§ 2º Os serviços contratados poderão ser executados nas instalações físicas da empresa contratante ou em outro local, de comum acordo entre as partes. (Incluído pela Lei n. 13.429/2017).

§ 3º É responsabilidade da contratante garantir as condições de segurança, higiene e salubridade dos trabalhadores, quando o trabalho for realizado em suas dependências ou local previamente convencionado em contrato. (Incluído pela Lei n. 13.429/2017).

§ 4º A contratante poderá estender ao trabalhador da empresa de prestação de serviços o mesmo atendimento médico, ambulatorial e de refeição destinado aos seus empregados, existente nas dependências da contratante, ou local por ela designado. (Incluído pela Lei n. 13.429/2017).

§ 5º A empresa contratante é subsidiariamente responsável pelas obrigações trabalhistas referentes ao período em que ocorrer a prestação de serviços, e o recolhimento das contribuições previdenciárias observará o disposto no art. 31 da Lei n. 8.212, de 24 de julho de 1991.” (Incluído pela Lei n. 13.429/2017).

“Art. 5º-B. O contrato de prestação de serviços conterà: (Incluído pela Lei n. 13.429/2017).

I — qualificação das partes; (Incluído pela Lei n. 13.429/2017).

II — especificação do serviço a ser prestado; (Incluído pela Lei n. 13.429/2017).

III — prazo para realização do serviço, quando for o caso; (Incluído pela Lei n. 13.429/2017).

IV — valor.” (Incluído pela Lei n. 13.429/2017).

“Art. 5º-C. Não pode figurar como contratada, nos termos do art. 4º-A desta Lei, a pessoa jurídica cujos titulares ou sócios tenham, nos últimos dezoito meses, prestado serviços à contratante na qualidade de empregado ou trabalhador sem vínculo empregatício, exceto se os referidos titulares ou sócios forem aposentados.” (Incluído pela Lei n. 13.467/2017).

“Art. 5º-D. O empregado que for demitido não poderá prestar serviços para esta mesma empresa na qualidade de empregado de empresa prestadora de serviços antes do decurso de prazo de dezoito meses, contados a partir da demissão do empregado.” (Incluído pela Lei n. 13.467/2017).

Pela análise do novo texto da Lei n. 6.019, percebe-se a presença de uma inovação muito significativa, introduzida pela Lei n. 13.467/2017, mas, lamentavelmente, de inequívoco direcionamento precarizante.

Essa inovação consiste na referência à “transferência feita pela contratante da execução *de quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal*, à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços que possua capacidade econômica compatível com a sua execução” (novo art. 4º-A, Lei n. 6.019/74; grifos acrescidos). Neste sentido há também o novo art. 4º-C da mesma Lei n. 6.019 (“... quando e enquanto os *serviços, que podem ser de qualquer uma das atividades da contratante, forem executados* nas dependências da tomadora, ...” — grifos acrescidos). Na mesma linha reverbera o novo art. 5º-A da Lei n. 6.019/74 (“Contratante é a pessoa física ou jurídica *que celebra contrato com empresa de prestação de serviços relacionados a quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal*” — grifos acrescidos).

Ora, tamanha amplitude para a terceirização, atingindo a própria atividade principal da empresa tomadora dos serviços, entraria em choque, inquestionavelmente — a nosso ver —, com a matriz da Constituição da República, conforme já dissertado no item II.2 (“Constituição de 1988”) deste Capítulo XIII.⁽⁸⁾

(8) Registre-se, contudo, por lealdade ao leitor, que no julgamento concluído em 30.08.2018, o STF, embora não enfrentando a ordem jurídica nova imposta pela Lei da Reforma Trabalhista

O segundo aspecto introduzido pela Lei n. 13.467/2017 que chama bastante atenção — também de inequívoco direcionamento precarizante — se traduz no afastamento da imperatividade da isonomia entre os trabalhadores terceirizados e os empregados da empresa tomadora de serviços, isto é, a remuneração equivalente à percebida pelos empregados da mesma categoria da empresa tomadora de serviços, *nos casos de terceirização lícita*. A Lei n. 13.467/17, mesmo após ter ampliado largamente a terceirização, não considera imperativa a regra isonômica entre trabalhadores terceirizados e empregados da empresa tomadora de serviços (empresa contratante). Ao invés, sufraga a tese de o salário equitativo, na hipótese de terceirização lícita, abranger simples cláusula contratual interempresarial, situada no âmbito da livre vontade do poder econômico. Nessa linha, a regra do art. 4º, § 1º, da Lei n. 6.019: “*Contratante e contratada poderão estabelecer, se assim entenderem, que os empregados da contratada farão jus a salário equivalente ao pago aos empregados da contratante, além de outros direitos não previstos neste artigo*”.

Embora a jurisprudência trabalhista dominante entenda que o salário equitativo somente se aplica aos contratos de trabalho temporários (art. 12, “a”, Lei n. 6019) e às hipóteses de terceirização *ilícita* em entidades estatais (neste caso, OJ 383 da SDI-I/TST), o fato é que, mesmo a terceirização lícita provoca inegável discriminação de trabalhadores no mercado socioeconômico.

Nessa medida, a ausência do salário equitativo em toda e qualquer hipótese de terceirização configuraria desrespeito ao princípio constitucional da antidiscriminação, enfaticamente expresso pelo art. 3º, IV, da Constituição (“*Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil ... promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação*” — grifos acrescidos). Note-se que o princípio antidiscriminatório, no caso das relações de trabalho, está também acentuado pelo art. 7º, *caput* e inciso XII, da CF/88 (“*São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: ... proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos*” — grifos acrescidos).

Esse viés discriminatório salienta-se também pelo fato de a terceirização de curto prazo, meramente provisória, ensejar a conduta isonômica — conforme tradicional na Lei do Trabalho Temporário desde 1974 e prevaiente na atualidade (art. 12, “a”, Lei 6.019). Dessa maneira, torna-se

(RE n. 958.252/MG, Rel. Min. Luiz Fux; ADPF n. 324/DF, Rel. Min. Luiz Roberto Barroso), mas, sim, apenas a ordem jurídica precedente, *concluiu pela possibilidade da terceirização também nas atividades-fim da empresa tomadora dos serviços*. Com isso, imagina-se que fundamentação e conclusão similares seriam aplicáveis às modificações trazidas pela Lei n. 13.467/2017.

injustificável que o critério do salário equitativo não seja estendido exatamente aos trabalhadores submetidos à terceirização de longo curso, por tempo indeterminado, de duração longínqua entre as partes.⁽⁹⁾

Ainda se analisando a terceirização em geral regulada pela Lei n. 6.019/74 — em seus arts. 4-A, 4-B, 4-C, 5-A, 5-B, 5-C e 5-D, inseridos pelas Leis ns. 13.429/17 e 13.467/17 —, cabe se esclarecer que o diploma normativo preservou a responsabilização subsidiária da empresa tomadora de serviços (empresa contratante) em face das parcelas inadimplidas decorrentes da relação empregatícia formalizada com a empresa de prestação de serviços. Essa responsabilidade subsidiária, clássica no Direito brasileiro, firmemente reconhecida na jurisprudência trabalhista (Súmula 331, IV, V e VI, TST), foi explicitamente mencionada no art. 5º-A, § 5º, da Lei n. 6.019/74. O preceito legal também se reportou à responsabilidade solidária concernente aos recolhimentos previdenciários (art. 5º-A, § 5º, da Lei n. 6.019/74 c./c. art. 31 da Lei n. 8.212/91).

Agregue-se, por fim, que o Supremo Tribunal Federal, em decisão plenária recente (30.08.2018), ao julgar o RE n. 958.252/MG (este relatado pelo Min. Luiz Fux) e a ADPF n. 324/DF (esta relatada pelo Min. Luiz Roberto Barroso), firmou tese que importa à compreensão de aspectos da Lei da Reforma Trabalhista (embora esta lei não estivesse no cenário normativo em análise naquelas duas ações constitucionais). É que a Corte Máxima, por maioria de votos (vencidos os Ministros Edson Fachin, Rosa Weber, Ricardo Lewandoski e Marco Aurélio), decidiu ser *lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante*. (Tese de repercussão geral no Tema 725).

As considerações *doutrinárias* feitas neste Capítulo XIII sobre as limitações constitucionais da terceirização têm de respeitar, naturalmente, a decisão vinculante do Supremo Tribunal Federal, que aponta em sentido diverso, a contar de 30 de agosto de 2018⁽¹⁰⁾.

(9) Conforme exposto, reconheça-se que, até então, a jurisprudência trabalhista dominante também não tem estendido o salário equitativo às hipóteses de terceirização considerada lícita, regular. A respeito, consultar o disposto, neste Capítulo XIII, no item III.2.B (“Isonomia: salário equitativo”).

(10) A jurisprudência do TST — que prevaleceu desde os anos 1980 até recentemente —, a par da nova jurisprudência do STF, prolatada na sessão de 30.08.2018, ambas serão examinadas logo a seguir, nos itens III e IV deste Capítulo XIII. Registre-se, por fim, que no julgamento mencionado, o STF não esclareceu a respeito da modulação temporal de efeitos concernente à sua decisão plenária — razão pela qual diversas turmas do TST têm suspenso os processos que tratam do assunto até que, nos correspondentes EDs, tal aspecto seja esclarecido.

III. JURISPRUDÊNCIA TRABALHISTA SOBRE TERCEIRIZAÇÃO

A jurisprudência trabalhista digladiou-se desde os anos 1970 em torno do tema da terceirização (embora esse epíteto, como visto, tenha se consagrado apenas posteriormente na tradição jurídica do País). O laconismo de regras legais sobre tal fenômeno sociojurídico conduziu à prática de intensa atividade interpretativa pela jurisprudência, em busca de assimilar a inovação sociotrabalhista ao ordenamento jurídico do Brasil.

O presente item III apresentará uma síntese dessa evolução jurisprudencial nas últimas quatro décadas (subitem III.1).

1. Evolução Jurisprudencial Trabalhista (1980-2018): síntese

Nos anos 1980, antes da nova Constituição, o TST fixou súmula jurisprudencial a respeito do tema, incorporando orientação fortemente limitativa das hipóteses de contratação de trabalhadores por empresa interposta. Era a Súmula n. 256:

“Salvo os casos previstos nas Leis ns. 6.019, de 3.1.74 e 7.102, de 20.6.1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços.”

A súmula trazia alguns tópicos orientativos de grande relevância. Nessa linha, fixava como claramente excetivas na ordem jurídica as hipóteses de contratação terceirizada de trabalho. A regra geral de contratação mantinha-se, em tal contexto, com o padrão empregatício constante da CLT. Em consequência dessa vertente orientativa, caso considerada ilícita a terceirização perpetrada (por situar-se fora das alternativas das Leis ns. 6.019 ou 7.102, segundo a súmula), determinava-se, para todos os fins, a fixação do vínculo empregatício com o efetivo tomador de serviços.

Alguns pontos orientadores da Súmula n. 256/TST manter-se-iam firmemente incrustados na cultura jurídica posterior. É o que se passa com a ideia de terceirização como processo excetivo, preservando-se a fórmula celetista como a regra geral de pactuação de relações de produção no País. É o que ocorre também com a determinação de reconhecimento do vínculo empregatício com o tomador de serviços caso configurada a ilicitude trabalhista na terceirização perpetrada.

Não obstante, a mencionada súmula *pareceu fixar* um leque exaustivo de exceções terceirizantes (Leis n. 6.019/74 e 7.102/83), o que comprometia sua absorção pela comunidade jurídica. Afinal, as expressas exceções contidas no art. 10, *caput* e § 7º, do DL n. 200/67 e na Lei n. 5.645/70 — exceções consubstanciadoras de um comando legal ao administrador público — não constavam do leque firmado pela Súmula n. 256. A par disso, a posterior

vedação expressa de admissão de trabalhadores por entes estatais sem concurso público, oriunda da Constituição de 1988 (art. 37, *caput*, II e § 2º), não tinha guarida na compreensão exposta na Súmula n. 256 do TST (que era anterior à CF/88).

Todas essas circunstâncias — e a controvérsia judicial que cercou a aplicação do referido verbete sumular — conduziram, anos após, em fins de 1993, à revisão da Súmula n. 256, editando o TST, em substituição, a Súmula n. 331.

A nova súmula era minuciosa, compondo-se de quatro *itens*:

I — A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo o caso de trabalho temporário (Lei n. 6.019, de 3.1.74).

II — A contratação irregular de trabalhador, através de empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública Direta, Indireta ou Fundacional (art. 37, II, da Constituição da República).

III — Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei n. 7.102, 20.6.1983), de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e subordinação direta.

IV — O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que este tenha participado da relação processual e conste também do título executivo judicial”.

Tempos depois, já no ano 2000, o inciso IV receberia nova redação, para esclarecer que a responsabilidade subsidiária abrangia também “órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista” (Resolução 96, de 11.9.2000, TST).⁽¹¹⁾

Com a decisão do STF na ADC 16, prolatada em 24.11.2010, afastando a responsabilidade objetiva do Estado em casos de terceirização (além da responsabilidade por culpa *in eligendo*, desde que observado o *processo licitatório*), o TST promoveu ajustes na Súmula n. 331, direcionando o seu item IV para o conjunto da economia e da sociedade, ao passo que o novo item V da súmula passou a apontar apenas para a peculiaridade das entidades estatais:

(11) O STF, em 24.11.2010, ao julgar a Ação Declaratória de Constitucionalidade 16, firmou ser *constitucional* o art. 71 da Lei n. 8.666/1993 (Lei de Licitações), considerando, desse modo, não ser automática a responsabilidade da entidade estatal tomadora de serviços nos casos de inadimplemento trabalhista da empresa de terceirização. Para o STF, essa responsabilização dependeria, necessariamente, da culpa *in vigilando* do tomador de serviços estatal quanto à fiscalização do correto cumprimento das obrigações trabalhistas pela empresa prestadora de serviços.

“IV — O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V — Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n. 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre do mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada”.

A Súmula n. 331, como se vê, respondeu a algumas das críticas que se faziam à Súmula n. 256. Assim, incorporou as hipóteses de terceirização aventadas pelo Decreto-lei n. 200/67 e Lei n. 5.645/70 (conservação e limpeza e atividades-meio). Ao lado disso, acolheu a vedação constitucional de contratação de servidores (em sentido amplo) sem a formalidade do concurso público (art. 37, *caput*, II e § 2º, CF).

No corpo desses ajustes, um dos destaques foi a referência à distinção entre *atividades-meio* e *atividades-fim* do tomador de serviços — referência que, de certo modo, podia ser capturada dos dois antigos diplomas sobre *reforma administrativa* nos anos 1960/70: art. 10, *caput* e § 7º, do DL n. 200/67 e art. 3º, parágrafo único, da Lei n. 5.645/70 — e que, em certa medida, harmonizava-se com o conjunto normativo da nova Constituição de 1988. Essa distinção (*atividades-meio versus atividades-fim*) marcava um dos critérios de aferição da licitude (ou não) da terceirização perpetrada.

Outra marca importante da Súmula n. 331 foi buscar esclarecer o fundamental contraponto entre *terceirização lícita versus terceirização ilícita*.

Explicitou, por fim, essa súmula a natureza e extensão da responsabilidade decorrente das relações jurídicas terceirizadas. De todo modo, na atualização feita na Súmula n. 331 em maio de 2011 (Res. 174/TST), inseriu-se novo item VI, a fim de clarear a ampla responsabilidade da entidade tomadora de serviços:

“VI — A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral”.⁽¹²⁾

As limitações expostas à terceirização pela linha interpretativa da Súmula n. 331 do TST evidenciam a compreensão do plenário da Corte Superior Trabalhista acerca da inviabilidade constitucional da terceirização sem peias, irrestrita, irrefreada, descontrolada, tudo em conformidade com a matriz humanística e social que demarca a estrutura lógica e principiológica da Constituição da República.

(12) O item III.2.D (“Especificidade da Administração Pública”) e o item VI (“Terceirização e Responsabilidade”) do presente Capítulo retomarão, com maior minúcia, o estudo sobre a especificidade das entidades estatais nesta seara temática.

2. Súmula n. 331/TST: terceirização lícita X ilícita

Na linha interpretativa expressa pela Súmula n. 331, a ordem jurtrabalhista distingue entre terceirização lícita e ilícita. Mas esclareça-se: à medida que o padrão genérico de contratação de força de trabalho, no País, mantém-se dentro da fórmula empregatícia clássica, conclui-se que as hipóteses de terceirização lícita são *excepcionais*.

A) Terceirização Lícita: situações-tipo — As situações-tipo de terceirização lícita estavam claramente assentadas pelo texto da Súmula 331, TST. Constituem quatro grandes grupos de situações sociojurídicas delimitadas.

Em primeiro lugar, *situações empresariais que autorizem contratação de trabalho temporário* (Súmula 331, I).

São as situações expressamente especificadas pela Lei n. 6.019/74. Assim, ou se trata de *necessidades transitórias de substituição de pessoal regular e permanente da empresa tomadora ou se trata de necessidade resultante de acréscimo extraordinário de serviços dessa empresa*.

É claro que, ao lado dessas hipóteses de contratação tipificadas, a Lei n. 6.019 estabelece ainda outros requisitos para a admissão de trabalho temporário, cuja observância é da essência dessa figura excepcional jurtrabalhista (o trabalho temporário será examinado ainda neste capítulo).

Em segundo lugar, *“atividades de vigilância”*, regidas pela Lei n. 7.102/83 (Súmula 331, III, *ab initio*).

Nesse aspecto pode-se perceber que a Súmula 331 alargou o tipo legal referido pelo verbete de súmula revisado. A Súmula 256 reportava-se aos *casos previstos na Lei n. 7.102/83*, ao passo que a nova súmula preferiu mencionar, genericamente, *atividades de vigilância*. Isso significa que não apenas o segmento bancário, mas quaisquer segmentos do mercado de trabalho (inclusive pessoas naturais), que contratem serviços de vigilância mediante empresas especializadas (que obedeçam às normas da legislação específica, anteriormente dirigida apenas a empresas de vigilância bancária) poderão, no tocante a esse tipo de força de trabalho e serviços especializados, valer-se do instrumento jurídico da terceirização.

Registre-se que a interpretação ampliativa da súmula (editada em dezembro de 1993 — Res. 23/93, TST) foi, logo a seguir, incorporada pelo próprio legislador, mediante as alterações efetivadas na Lei n. 7.102/83 pela Lei n. 8.863, de 28.3.1994.

Ressalte-se, porém, que *vigilante não é vigia*. Este é empregado não especializado ou semiespecializado, que se vincula ao próprio ente tomador de seus serviços (trabalhando, em geral, em condomínios, guarda de obras, pequenas lojas, etc.). Vigilante é membro de categoria especial, diferenciada — ao contrário do vigia, que se submete às regras da categoria definida

pela atividade do empregador. O vigilante submete-se a regras próprias não somente quanto à formação e treinamento da força de trabalho como também à estrutura e dinâmica da própria entidade empresarial.⁽¹³⁾

O terceiro grupo de situações passíveis de contratação terceirizada lícita é o que envolve *atividades de conservação e limpeza* (Súmula 331, III).

Esse rol de atividades foi um dos primeiros a ensejar práticas terceirizantes no mercado de trabalho privado do País, mesmo quando vigorante a antiga Súmula 256, TST (cujo texto literal não contemplava, como visto, a licitude de tais práticas quanto a esse segmento de serviços e trabalhadores). Semelhante rol, contudo, já se encontrava expressamente referido no texto da Lei n. 5.645, de 1970.

O quarto grupo de situações passíveis de contratação terceirizada lícita diz respeito a *serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador*.

Esse grupo envolve atividades não expressamente discriminadas, mas que se caracterizam pela circunstância unívoca de serem atividades que não se ajustam ao núcleo das atividades empresariais do tomador de serviços — não se ajustam, pois, às atividades-fim do tomador.

A dualidade *atividades-meio* versus *atividades-fim* já vinha sendo elaborada pela jurisprudência ao longo das décadas de 1980 e 90, por influência dos dois antigos diplomas legais dirigidos à Administração Pública e da nova direção constitucional emergente, como parte do esforço para melhor compreender a dinâmica jurídica da terceirização por além dos estritos limites colocados pela antiga Súmula 256 do TST. A Súmula 331 claramente assimilou os resultados desse esforço hermenêutico.

Atividades-fim podem ser conceituadas como as *funções e tarefas empresariais e laborais que se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial do tomador dos serviços, compondo a essência dessa dinâmica e contribuindo inclusive para a definição de seu posicionamento e classificação no contexto empresarial e econômico*. São, portanto, atividades nucleares e definitórias da essência da dinâmica empresarial do tomador dos serviços.

Por outro lado, *atividades-meio* são *aquelas funções e tarefas empresariais e laborais que não se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial do tomador dos serviços, nem compõem a essência dessa dinâmica ou contribuem para a definição de seu posicionamento no contexto empresarial e econômico mais amplo*. São, portanto, atividades periféricas à essência da dinâmica empresarial do tomador dos serviços. São, ilustrativamente, as ati-

(13) Embora vigilante e vigia possam se classificar como categorias profissionais distintas, uma vez que o primeiro corresponde a uma profissão legalmente tipificada e especializada, enquadrando-se como *categoria diferenciada* (Lei n. 7.102/83), ambos, de maneira geral, tendem a se inserir no rol das atividades-meio do tomador de serviços, no contexto de contratos de terceirização celebrados.

vidades referidas, originalmente, pelo antigo texto da Lei n. 5.645, de 1970: “transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas”. São também outras atividades meramente instrumentais, de estrito apoio logístico ao empreendimento (serviço de alimentação aos empregados do estabelecimento, etc.).

Em síntese, considerada a autorização restritiva que a ordem jurídica, inclusive constitucional, confere à terceirização — mantendo-a como prática excetiva —, as *atividades-meio* têm de ser conceituadas também restritivamente. Consistem, dessa maneira, nas *atividades meramente instrumentais, acessórias, circunstanciais ou periféricas à estrutura, à dinâmica e aos objetivos da entidade tomadora de serviços*.⁽¹⁴⁾

B) Ausência de Pessoalidade e Subordinação Diretas — A Súmula n. 331 tem o cuidado de esclarecer que o modelo terceirizante não pode ser utilizado, mesmo em suas hipóteses excetivas, de modo fraudulento. Assim, estatui que se manterá lícita a terceirização perpetrada, nas três últimas situações-tipo acima enunciadas, *desde que inexistente a pessoalidade e subordinação direta* entre trabalhador terceirizado e tomador de serviços (Súmula 331, III, *in fine*, TST).

Isso significa, na verdade, que a jurisprudência admite a terceirização apenas *enquanto modalidade de contratação de prestação de serviços entre duas entidades empresariais, mediante a qual a empresa terceirizante responde pela direção dos serviços efetuados por seu trabalhador no estabelecimento da empresa tomadora*. A subordinação e a pessoalidade, desse modo, terão de se manter perante a empresa terceirizante e não diretamente em face da empresa tomadora dos serviços terceirizados.

Observe-se que as próprias novas regras concernentes à terceirização, em geral, igualmente enfatizam que é à empresa prestadora de serviços a quem compete contratar, remunerar e dirigir o trabalho realizado por seus trabalhadores, ao invés de ser a empresa tomadora desses serviços. Nesta linha, a regra fixada no novo art. 4º-A, § 1º, da Lei n. 6.019/74.

É claro que no tocante ao trabalho temporário (inciso I da Súmula 331) não se exige falta de pessoalidade e subordinação entre obreiro e tomador de serviços. Por isso é que a ressalva se encontra somente no inciso III da

(14) Reconheça-se que o STF, em julgamento concluído em 30.08.2019, envolvendo o RE n. 958.252/MG (Rel. Min. Luiz Fux) e a ADPF n. 324/DF (Rel. Min. Luis Roberto Barroso), decidiu, com caráter vinculante, que a terceirização pode atingir a atividade-meio e a própria atividade-fim do tomador de serviços terceirizados. No julgamento, entretanto, a Corte Máxima não esclareceu sobre a modulação de efeitos jurídicos de sua decisão vinculante, que afasta a jurisprudência dominante nas últimas décadas no País. Reconheça-se também que a Lei da Reforma Trabalhista inseriu preceitos na Lei n. 6.019/1974 direcionados a tornar a terceirização um procedimento que pode envolver a “atividade principal” da empresa contratante (novo art. 4º-A; novo art. 4º-C; novo art. 5º-A, todos da Lei n. 13.467/2017, vigente desde 11.11.17)

súmula em análise, ao invés de em seu inciso I (que trata do trabalho temporário). É que o tipo legal do contrato de trabalho temporário prevê, de fato, a direta inserção do obreiro no estabelecimento do tomador de serviços, a fim de substituir trabalhador permanente deste ou de cumprir serviço extraordinariamente acrescido no âmbito do tomador. Ou seja, no caso do trabalho temporário permite-se que ele se integre, plenamente, durante o seu curto período contratual, na dinâmica inerente à entidade tomadora dos serviços.

O contrato de trabalho temporário diz respeito, desse modo, à única situação de terceirização lícita em que se permite a pessoalidade e subordinação diretas do trabalhador terceirizado perante o tomador de serviços.

C) Terceirização Ilícita — Excluídas as quatro situações-tipo acima examinadas, que ensejam a terceirização lícita no Direito brasileiro (ressalvado o debate sobre a constitucionalidade ou não do manejo da terceirização nas atividades-fim), para a Súmula n. 331 não se consideram válidos contratos de terceirização mediante os quais uma pessoa física preste serviços não eventuais, onerosos, pessoais e subordinados a outrem (arts. 2º, *caput*, e 3º, *caput*, CLT), sem que esse tomador responda, juridicamente, pela relação laboral estabelecida.

Mesmo que se considere válida a terceirização de atividades-fim — já na linha da nova jurisprudência firmada pelo STF em 30.08.2019 —, torna-se irregular a terceirização se a direção da prestação de serviços for exercitada pela própria entidade tomadora (empresa contratante). É o que deflui, inclusive, do art. 4º-A, § 1º, da Lei n. 6.019/74, conforme modificação inserida pela Lei n. 13.467/2017.

Acresça-se que as novas regras legais introduzidas pela Lei da Reforma Trabalhista consideram também relevante para a licitude da terceirização a circunstância de ser a empresa prestadora de serviços dotada de “capacidade econômica compatível com a sua execução” (art. 4º-A, *caput*, *in fine*, Lei n. 6.019/74, segundo Lei n. 13.467/2017). Ou seja, a contratação de empresa prestadora de serviços que não possua capacidade econômica compatível com a execução do contrato de terceirização pactuado com a entidade tomadora emerge como elemento fático relevante no exame da validade dessa relação social, econômica e jurídica de caráter trilateral.

3. Efeitos Jurídicos da Terceirização (Súmula n. 331 do TST)

Dois aspectos importantes devem merecer análise circunstanciada em qualquer estudo sobre terceirização. Trata-se, de um lado, do contraponto entre *empregador aparente versus empregador oculto*, que a prática terceirizante tende a propiciar (e do corretivo jurídico aplicável a tais situações, ou seja, o reconhecimento do vínculo com o empregador oculto).

De outro lado, trata-se do desafio isonômico que a fórmula de terceirização tendencialmente provoca no cenário jurídico (com o respectivo mecanismo corretivo aplicável, consistente no chamado *salário equitativo*).

A) Vínculo com o Tomador de Serviços — A Súmula 331, I, preserva a compreensão já sedimentada na antiga Súmula 256 do TST, no tocante aos *efeitos jurídicos* decorrentes da *terceirização ilícita*.

Configurada a terceirização ilícita, determina a ordem jurídica que se considera desfeito o vínculo laboral com o *empregador aparente* (entidade terceirizante), formando-se o vínculo justrabalhista do obreiro diretamente com o tomador de serviços (*empregador oculto* ou *dissimulado*). Reconhecido o vínculo empregatício com o empregador dissimulado, incidem sobre o contrato de trabalho todas as normas pertinentes à efetiva categoria obreira, corrigindo-se a eventual defasagem de parcelas ocorrida em face do artifício terceirizante.

A eliminação do vínculo original com a empresa locadora de serviços em favor de seu reatamento com a entidade tomadora é efeito, entretanto, que se passa somente nas situações de terceirização *ilícita*.

Nos casos de terceirização regular (incisos I e III da Súmula 331), mantém-se intocado o vínculo jurídico com a empresa terceirizante. Nega a ordem jurídica, portanto, o reconhecimento do vínculo empregatício do obreiro terceirizado com a entidade tomadora de serviços. É que, sendo válida a relação jurídica trilateral terceirizante, não há que se falar em alteração dos laços jurídicos fixados originalmente entre as partes. Nesta linha, o disposto na Súmula 331, I, do TST e no novo art. 4º-A, § 2º, da Lei n. 6.019/74.

B) Isonomia: salário equitativo — A terceirização — *mesmo lícita* — provoca, naturalmente, debate acerca do tratamento isonômico aplicável ao obreiro terceirizado em face dos trabalhadores diretamente admitidos pela empresa tomadora de serviços terceirizados. Esse debate tem resposta na própria Lei do Trabalho Temporário (Lei n. 6.019/74, art. 12, “a”), a par do preceito antidiscriminatório do art. 7º, XXXII, da Constituição de 1988, merecendo ainda da jurisprudência largo desenvolvimento e aprofundamento ao longo da última década.

A Constituição estabelece, taxativamente, *proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos* (art. 7º, XXXII, CF).

A Lei do Trabalho Temporário, por sua vez, determina que, mesmo na hipótese da terceirização lícita originalmente por ela regulada (o trabalho temporário), fica garantida ao trabalhador terceirizado *remuneração equivalente à percebida pelos empregados da mesma categoria da empresa tomadora ou cliente calculados à base horária...* (art. 12, “a”, Lei n. 6.019/74). Trata-se do denominado *salário equitativo*.

Esse preceito de isonomia ou comunicação remuneratória passou a ser interpretado pela jurisprudência *de modo a mitigar o caráter antissocial da fórmula terceirizante*. Assim, todas as parcelas de caráter salarial cabíveis aos empregados originários da entidade tomadora (13º salário, jornada, adicional noturno, vantagens salariais normativas, etc.) foram estendidas aos trabalhadores terceirizados, segundo o padrão jurídico estabelecido na Lei n. 6.019 (originalmente, regulatória apenas do trabalho temporário). Não há dúvida, portanto, de que o salário equitativo aplica-se plenamente a qualquer situação que envolva o *trabalhador temporário*.

Também não há mais dúvida de que, em se tratando de terceirização *ilícita* mas sem possibilidade de se realizar a correção pelo meio do reconhecimento do vínculo com o tomador de serviços – casos de entidades estatais, em que o concurso público é insuperável (art. 37, *caput*, II e § 2º, CF/88) —, o remédio corretivo desponta por meio da fórmula isonômica. Nesta linha a OJ 383 da SDI-I do TST:

“TERCEIRIZAÇÃO. EMPREGADOS DA EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS E DA TOMADORA. ISONOMIA. ART. 12, “A”, DA LEI N. 6.019, DE 03.01.1974 (mantida) — Res. 175/2011 divulgado em 27, 30 e 31.05.2011. A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com ente da Administração Pública, não afastando, contudo, pelo princípio da isonomia, o direito dos empregados terceirizados às mesmas verbas trabalhistas legais e normativas asseguradas àqueles contratados pelo tomador de serviços, desde que presente a igualdade de funções. Aplicação analógica do art. 12, “a”, da Lei n. 6.019, de 03.01.1974”.

A questão decisiva que se coloca, hoje, porém, é a seguinte: tal procedimento analógico isonômico aplica-se às demais hipóteses de terceirização? À terceirização lícita, portanto?

A jurisprudência não se decidiu, *pacificamente*, nessa linha, reconheça-se. Mantém-se ainda dominante a interpretação de que, desde que seja considerada lícita a terceirização — e não se tratando de trabalho temporário —, não seria aplicável o salário equitativo. Ou seja, em casos de terceirização lícita o padrão remuneratório da empresa tomadora não se comunicaria com o padrão remuneratório dos trabalhadores terceirizados postos a serviço dessa mesma tomadora.

Tal compreensão jurídica deve merecer críticas, entretanto.

Em primeiro lugar, o papel histórico do Direito do Trabalho sempre foi exatamente resistir ao assédio das forças e ideias econômicas mais extremadas, que buscam acentuar a mercantilização do trabalho humano na dinâmica da economia e da sociedade. E essa resistência histórica não tem sido incompatível com o bom funcionamento do capitalismo; apenas restringe que ele atue sem limites sociais e humanísticos.

Em segundo lugar, a fórmula terceirizante, se não acompanhada do remédio jurídico da comunicação remuneratória, transforma-se em *mero veículo de discriminação e aviltamento do valor da força de trabalho, rebaixando drasticamente o já modesto padrão civilizatório alcançado no mercado de trabalho do País*. Reduzir a terceirização a simples mecanismo de tangenciamento da aplicação da legislação trabalhista é suprimir o que pode haver de tecnologicamente válido em tal fórmula de gestão trabalhista, colocando-a contra a essência do Direito do Trabalho, enquanto ramo jurídico finalisticamente dirigido ao aperfeiçoamento das relações de trabalho na sociedade contemporânea.

Em terceiro lugar, há claros preceitos constitucionais e justralhistas brasileiros que, lidos em conjugação sistemática entre si e com os aspectos acima apontados, indicam na direção da comunicação remuneratória entre o contrato do trabalhador terceirizado e o padrão prevalecente para os empregados da mesma categoria da empresa tomadora dos serviços. *Preceitos constitucionais e legais que, em síntese, favorecem à aplicação do salário equitativo mesmo em situações de terceirização lícita*.

Trata-se, de um lado, dos preceitos constitucionais concernentes à *ideia básica de isonomia* (art. 5º, *caput*, *ab initio*, e inciso I, CF/88); preceitos concernentes à *ideia da prevalência na ordem jurídica dos direitos sociotrabalhistas* (art. 1º, III e IV; art. 3º, I, *in fine* e III, *ab initio*, e IV, *ab initio*; art. 4º, II; art. 6º, art. 7º, *caput*, *in fine*; art. 7º, VI, VII, X; art. 100, *ab initio*; art. 170, III); preceitos constitucionais determinadores da *proteção ampla do salário* (art. 7º, VI, VII e X, CF/88).

Há, se já não bastassem os dispositivos citados, o fundamental preceito lançado no art. 7º, XXXII, da Constituição: *“proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos”*. Ora, esta norma isoladamente já é frontal instrumento vedatório da discriminação sociotrabalhistas produzida pela terceirização. Desse modo, associada aos demais dispositivos constitucionais citados, torna imperativa a retificação isonômica a ser realizada pelo mecanismo do salário equitativo.

De outro lado, há regras da própria legislação ordinária que indicam na direção isonômica constitucionalmente determinada: é o que se passa com o art. 12, “a”, da Lei n. 6.019/74 (que fixa o salário equitativo no trabalho temporário). Ora, tal preceito é plenamente compatível com as demais situações-tipo de terceirização, aplicando-se analogicamente a tais casos (arts. 8º, CLT): é que se a isonomia impõe-se até mesmo na terceirização temporária, de curto prazo (em que é menor a perversidade da discriminação), muito mais necessária e logicamente ela impor-se-á nas situações de terceirização permanente — em que a perversidade da discriminação é muito mais grave, profunda e constante.

Registre-se, entretanto, que a Lei da Reforma Trabalhista, ao enfrentar o mencionado dilema, fez a escolha pelo não acolhimento da isonomia. Assim, fixou a regra de que a conduta isonômica reside no âmbito da vontade particular das empresas pactuantes, as quais poderão, se desejarem, estabelecer cláusula na direção equitativa. Nesta linha, o disposto no novo § 1º do art. 4º-C da Lei n. 6.019/74.

4. Especificidade da Administração Pública

A Constituição de 1988 lançou especificidade no tocante aos efeitos jurídicos da terceirização efetuada por entidades da administração pública direta, indireta e fundacional. É que a Constituição colocou a aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos como requisito insuplantável para a investidura em cargo ou emprego público, considerando nulo o ato de admissão efetuado sem a observância de tal requisito (art. 37, II e § 2º, CF/88). Nesse quadro insculpiu um expresse obstáculo, desde 5.10.1988, ao reconhecimento de vínculos empregatícios com entes da administração pública, *ainda que configurada a ilicitude da terceirização*.

Nesse quadro constitucional, torna-se inviável, juridicamente, acatar-se a relação empregatícia com entidades estatais mesmo em situações de terceirização ilícita, já que, nesse caso, o requisito formal do concurso público não terá sido cumprido (art. 37, II, e § 2º, CF/88). Para a Constituição, a *forma* passou a ser, portanto, da essência do ato de admissão de trabalhadores em instituições estatais (arts. 82, 130 e 145, III, CCB/1916; arts. 104, III, e 166, IV, V e VII, CCB/2002).

O que pretendeu a Constituição foi estabelecer, em tais situações, uma garantia *em favor de toda a sociedade*, em face da tradição fortemente patrimonialista⁽¹⁵⁾ das práticas administrativas públicas imperantes no País. Tal garantia estaria fundada na suposição de que a administração e patrimônios públicos sintetizam valores e interesses de toda a coletividade, sobrepondo-se, assim, aos interesses de pessoas ou categorias particulares.

A vedação constitucional foi absorvida pelo texto da Súmula 331, II, TST: “A contratação irregular de trabalhador, através de empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública Direta, Indireta ou Fundacional (art. 37, II, da Constituição da República).”

O problema, contudo, ainda não se pacificou inteiramente na jurisprudência, inclusive em virtude de o texto da mencionada súmula não ter respondido a algumas indagações relevantes sobre a totalidade dos efeitos da terceirização ilícita praticada por entidades da administração estatal.

(15) A Ciência Política tem compreendido como *patrimonialismo* a prática habitual das elites políticas de submeterem o interesse público e o cotidiano administrativo do Estado aos estritos interesses setoriais e particulares dessas mesmas elites.

Três posições interpretativas existem a respeito do presente problema.

Em um primeiro polo extremado, sustenta-se que, à medida que a terceirização ilícita por entidades estatais não gera vínculo empregatício (em virtude da vedação constitucional), *não teria ela também aptidão para produzir qualquer diferença justrabalhista em benefício do trabalhador ilicitamente terceirizado.*

Observe-se que aqui não se trata de negar comunicação remuneratória à terceirização lícita. Trata-se, ao revés, de negar comunicação remuneratória à *prática trabalhista ilícita, beneficiando os sujeitos favorecidos pela ilicitude perpetrada* — o que é sumamente grave, do ponto de vista da cultura jurídica contemporânea.

A segunda posição quer evitar o resultado final perverso alcançado pela primeira vertente. Mas situa-se no polo extremado oposto, suplantando regra constitucional expressa vedatória de vínculo empregatício sem concurso público.

Tal vertente sustenta que a prática ilícita não poderia beneficiar aquele que já foi por ela economicamente favorecido (no caso, a entidade estatal tomadora dos serviços). Desse modo, considera que a presente situação figurada não foge à situação-padrão de nulidade no Direito do Trabalho, sofrendo os efeitos comuns ao ramo justrabalhista: convalidam-se todos os atos praticados, *conferindo-se validade ao vínculo jurídico com o ente estatal tomador dos serviços, que assume, em consequência, a posição de empregador desde o início da relação socioeconômica verificada.*

A terceira corrente adota caminho hermenêutico que se coloca em linha equidistante às duas vertentes polares acima descritas. Reconhece a presente linha interpretativa que a primeira vertente tem o mérito de conferir eficácia ao comando constitucional inquestionável de negativa de vínculo empregatício sem concurso público (ajustando-se assim, também, ao texto da Súmula 331, II, do TST). Mas padece da falha de compreender que pode a ordem jurídica conferir tratamento privilegiado ao ato ilícito. Já a segunda vertente teria o mérito de buscar alternativas para que o ilícito trabalhista não favorecesse irrefreadamente aquele que já foi beneficiado pelo trabalho despendido. Em contrapartida, padece da falha de fazer absoluta *tabula rasa* do Texto Constitucional, negando qualquer mínima eficácia à salutar vedação nele contida.

A corrente intermediária tornou-se, nos últimos anos, mais prestigiada na jurisprudência. Ela considera que o primeiro passo para se interpretar a ordem constitucional e justrabalhista é não se negar validade e eficácia à Constituição — como se o Direito do Trabalho fosse um *superdireito*, imune a qualquer influência ou comando retificador de sua rota, mesmo quando

oriundo do documento político e jurídico maior de uma nação. De fato, a esse respeito não há dúvida de que a Constituição de 1988 estabelece firme e clara diferenciação entre entidades estatais e privadas no que tange à solenidade de contratação de força de trabalho. Nas primeiras, o requisito do concurso público é inarredável (art. 37, *caput*, e inciso II, CF/88), sob pena de nulidade absoluta da relação jurídica surgida (§ 2º do art. 37, CF/88). A menos que se considere a restrição do art. 37 um produto de *norma constitucional inconstitucional*, por afrontar o preceito genérico do art. 5º, *caput* — o que não parece razoável, neste caso —, tem-se que conferir eficácia à restrição do concurso público⁽¹⁶⁾. No sentido de conferir tal eficácia é que se compreende a interpretação proposta pela Súmula 331, II, TST.

Entretanto, para a corrente intermediária permaneceria o dilema de *compatibilizar-se, harmonizar-se* a vedação constitucional ao reconhecimento de vínculo empregatício com entidades estatais sem concurso público (art. 37, II e § 2º, CF/88) com inúmeros outros princípios e regras constitucionais tão relevantes quanto a regra vedatória obedecida. Cite-se, ilustrativamente, o princípio isonômico central do art. 5º, *caput*, da mesma Constituição (“*Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza...*”); ou ainda o princípio que é lançado também no art. 5º, I, do Texto Máximo (“*homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição*”). Citem-se, ademais, a vedação e o princípio contidos no art. 7º, XXXII da Constituição (“*proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos*”). Afinal, como se efetivar a necessária compatibilização de regras e princípios se se estiver, no caso concreto, diante da circunstância de prestação concomitante de igual trabalho tanto por empregado direto como por trabalhador ilicitamente terceirizado, na mesma entidade estatal?

A resposta certamente não estaria em se negar eficácia ao democrático e ético preceito do art. 37, *caput*, II e § 2º, CF/88 (lançando-se no limbo da história todo o esforço de democratização e moralização da Administração Pública que foi incorporado pela Constituição de 1988). *A resposta está na garantia da observância da isonomia* (art. 5º, *caput*, *ab initio*, e inciso I; art. 7º, XXXII, CF/88) *no núcleo da relação jurídica trabalhista pactuada, afastando-se os efeitos perversos e discriminatórios tentados pela terceirização ilícita.*

O afastamento desses efeitos antijurídicos da terceirização ilícita suporia assegurar-se ao trabalhador terceirizado todas as verbas trabalhistas legais e normativas aplicáveis ao empregado estatal direto que cumprisse a mesma função no ente estatal tomador dos serviços. Ou todas as ver-

(16) A tese de *norma constitucional inconstitucional* é, em si — como se sabe —, altamente controversa na própria Ciência do Direito, sendo aplicável, na melhor das hipóteses, essencialmente às normas constitucionais *derivadas* (poder reformador — não originário).

bas trabalhistas legais e normativas próprias à função específica exercida pelo trabalhador terceirizado junto ao ente estatal beneficiado pelo trabalho. Verbas trabalhistas apenas — sem retificação, contudo, de CTPS quanto à entidade empregadora formal, já que este tópico é objeto de expressa vedação constitucional. Nesse instante não há que se claudicar quanto à comunicação e isonomia remuneratórias: trata-se, afinal, do único mecanismo hábil a propiciar que o ilícito trabalhista não conceda maiores benefícios a seu praticante (art. 159, CCB/1916; arts. 186 e 927, *caput*, CCB/2002).

O *empregador formal* (entidade terceirizante) responderia, em primeiro plano, pelas verbas derivadas da isonomia e comunicação remuneratórias. Iria responder, subsidiariamente, por tais verbas, a entidade estatal tomadora dos serviços, na linha já autorizada pela Súmula 331, IV do TST. Tudo sem afronta à essencial (e democrática) vedação do art. 37, *caput*, II e § 2º, CF/88, e sem negativa de eficácia ao também essencial e democrático princípio isonômico incorporado na Constituição de 1988. Felizmente, a jurisprudência, nos anos recentes, pacificou-se nesta direção, conforme bem demonstra a aprovação, em 2010, da OJ 383 da SDI-I do TST.

Ainda dentro das peculiaridades da terceirização no tocante às entidades estatais, torna-se necessário registrar que o STF, ao julgar a ADC 16, em sessão de 24.11.2010, declarou *constitucional* o art. 71 da Lei n. 8.666/93. Nesse quadro, concluiu ser incabível fixar-se a automática responsabilidade das entidades estatais em face do simples inadimplemento trabalhista da empresa prestadora de serviços terceirizados. Para o STF, torna-se necessária a presença da culpa *in vigilando* da entidade estatal, ou seja, sua desídia fiscalizatória quanto ao preciso cumprimento das obrigações trabalhistas da empresa terceirizante (responsabilidade subjetiva, derivada de culpa).

Afastou o STF, portanto, dois fundamentos tradicionais para a responsabilização das entidades estatais: de um lado, a responsabilidade objetiva, por considerar não aplicável às relações de terceirização, neste aspecto, a regra do art. 37, § 6º, da Constituição; de outro lado, a responsabilidade subjetiva por culpa *in eligendo*, desde que havendo processo licitatório — circunstância que elidiria a ideia de culpa na escolha do contratante terceirizado.

Em face da decisão da Corte Máxima, o TST conferiu, em 2011, nova redação à Súmula 331. Desse modo, separou a regra concernente à terceirização na comunidade em geral (ênfaticamente na nova redação do item IV da súmula) da regra aplicável às entidades estatais, agora exposta no novo item V da Súmula 331:

“V — Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n. 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e

legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre do mero inadimplimento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada”.

É bem verdade que a culpa, no presente tema — caso mantido o debate em patamar estritamente técnico —, desponta como manifestamente presumida, em virtude de haver evidente dever legal de fiscalização pelo tomador de serviços relativamente ao cumprimento de obrigações constitucionais, legais e contratuais trabalhistas pelo prestador de serviços, obrigações em geral vinculadas a direitos fundamentais da pessoa humana (o dever de fiscalização está até mesmo expresso, por exemplo, no art. 67, *caput* e § 1º, da Lei de Licitações).⁽¹⁷⁾

Entretanto, mesmo que não se considere presumida essa culpa, teria o tomador de serviços estatal o ônus processual de comprovar seus plenos zelo e exaço quanto ao adimplimento de seu dever fiscalizador (art. 818, CLT; art. 373, II e § 1º, CPC-2015; art. 333, II, CPC-1973).

De todo modo, o novo item V da Súmula 331, em máxima atenção ao decisório do STF, considera preciso que fique evidenciada nos autos a conduta culposa da entidade estatal, especialmente quanto à fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas da empresa terceirizante (“... caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n. 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora...”, diz o inciso V da Súmula 331). Trata-se de omissão culposa quanto à fiscalização, ou seja, culpa *in vigilando*.⁽¹⁸⁾

IV. JURISPRUDÊNCIA DO STF SOBRE TERCEIRIZAÇÃO

O Supremo Tribunal Federal, no início do segundo semestre de 2018, mediante o recurso extraordinário (RE) n. 958.252/MG, em repercussão geral desde 2014, sob relatoria do Min. Luiz Fux, e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 324/DF, sob relatoria do Min. Luis Roberto Barroso, procedeu a julgamento acerca dos limites da terceirização trabalhista, em face das restrições a essa fórmula de contratação apresentadas pela Súmula n. 331 do TST. O foco do julgado incidiu, especialmente, sobre o contingenciamento jurisprudencial feito pela Súmula n. 331 às terceirizações em atividades-fim das entidades tomadoras de serviços.

(17) Dispõe a Lei n. 8.666/93: “Art. 67. A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes”. (...) § 1º. O representante da Administração anotarà em registro próprio todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato, determinando o que for necessário à regularização das faltas ou defeitos observados”.

(18) Sobre a especificidade do tema na área estatal, consultar também DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. *Os Limites Constitucionais da Terceirização*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2015. (1. ed.: 2014). Consultar também DELGADO, Gabriela Neves. *Terceirização: paradoxo ao Direito do Trabalho contemporâneo*. São Paulo: LTr, 2003.

Em sessões sequenciais ocorridas em 29 e 30.08.2018, a Corte Máxima, por maioria de votos (vencidos os Ministros Edson Fachin, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio), decidiu ser *“lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante”* (STF — Informativo 913, Plenário, agosto/2018).⁽¹⁹⁾ Nesse quadro, ao *“fixar essa tese de repercussão geral (Tema 725), o Plenário, em conclusão de julgamento conjunto e por maioria, julgou procedente o pedido formulado em arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) e deu provimento a recurso extraordinário (RE) para considerar a licitude da terceirização de atividade-fim ou meio* (Informativos 911 e 912)”.⁽²⁰⁾

Segundo escreve o Informativo 913 do STF, o voto de relatoria do Min. Luis Roberto Barroso, na ADPF n. 324/DF, estatui que a *“terceirização das atividades-meio ou das atividades-fim de uma empresa tem amparo nos princípios constitucionais da livre-iniciativa e da livre concorrência, que asseguram aos agentes econômicos a liberdade de formular estratégias negociais indutoras de maior eficiência econômica e competitividade.”* (grifos acrescidos). Ficou, então, advertido que, *“no contexto atual, é inevitável que o Direito do Trabalho passe, nos países de economia aberta, por transformações. Além disso, a Constituição Federal (CF) não impõe a adoção de um modelo de produção específico, não impede o desenvolvimento de estratégias de produção flexíveis, tampouco veda a terceirização.”* (STF — Informativo 913, Plenário, agosto/2018).

Também se agregou que: *“Por si só, a terceirização não enseja a precarização do trabalho, violação da dignidade do trabalhador ou desrespeito a direitos previdenciários. Terceirizar não significa, necessariamente, reduzir custos. É o exercício abusivo de sua contratação que pode produzir tais violações”. (...)* Para evitar o exercício abusivo, os princípios que amparam a constitucionalidade da terceirização devem ser compatibilizados com as normas constitucionais de tutela do trabalhador, cabendo à contratante observar certas formalidades.” (STF — Informativo 913, Plenário, agosto/2018).

Segundo escreve o Informativo 913 da Corte Máxima, o voto de relatoria do Min. Luiz Fux, no RE n. 958.252/MG, aponta que o *“Enunciado 331 (...) da Súmula do Tribunal Superior do Trabalho (TST) foi considerado inconstitucional por violar os princípios da livre-iniciativa e da liberdade*

(19) Considerada a data de fechamento da 18ª edição deste Curso (31.12.2018), não estavam ainda publicados os acórdãos referentes à ADPF n. 324/DF e ao RE n. 958.252/MG, com julgamento encerrado em 30.08.2018. Dessa maneira, as referências e análises efetuadas na presente 18ª edição deste Curso foram baseadas no texto do Informativo 913 do Supremo Tribunal Federal, assim identificado: “STF — Informativo 913, Plenário, agosto/2018”.

(20) STF — Informativo 913, Plenário, agosto/2018.

contratual". (grifos acrescentados). Ficou consignado que "os valores do trabalho e da livre-iniciativa são intrinsecamente conectados, em relação dialógica que impede a rotulação de determinada providência como maximizadora de apenas um deles." (STF — Informativo 913, Plenário, agosto/2018).

Também se agregou que: "*A terceirização não fragiliza a mobilização sindical dos trabalhadores*. Ademais, as leis trabalhistas são de obrigatoria observância pela empresa envolvida na cadeia de valor, tutelando-se os interesses dos empregados." (STF — Informativo 913, Plenário, agosto/2018; grifos acrescentados).

Acrescentou-se que a "dicotomia entre a atividade-fim e atividade-meio é imprecisa, artificial e ignora a dinâmica da economia moderna, caracterizada pela especialização e divisão de tarefas com vistas à maior eficiência possível. Frequentemente, o produto ou o serviço final comercializado é fabricado ou prestado por agente distinto. Igualmente comum, a mutação constante do objeto social das empresas para atender à necessidade da sociedade." (STF — Informativo 913, Plenário, agosto/2018).

Aduziu-se ainda que a "terceirização resulta em inegáveis benefícios aos trabalhadores, como a redução do desemprego, crescimento econômico e aumento de salários, a favorecer a concretização de mandamentos constitucionais, como a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais, sem prejuízo da busca do pleno emprego." (STF — Informativo 913, Plenário, agosto/2018).

A generalização da terceirização na economia e na sociedade, autorizada pela decisão do STF, não implicaria — ao que se infere — o respaldo ao *exercício abusivo de sua contratação*. Indica o Min. Roberto Barroso (ADPF n. 324/DF) que: "Para evitar o exercício abusivo, os princípios que amparam a constitucionalidade da terceirização devem ser compatibilizados com as normas constitucionais de tutela do trabalhador, cabendo à contratante observar certas formalidades." (...) "Porém, na terceirização, compete à contratante verificar a idoneidade e a capacidade econômica da terceirizada e responder subsidiariamente pelo descumprimento das normas trabalhistas, bem como por obrigações previdenciárias." (STF — Informativo 913, Plenário, agosto/2018).

Em síntese, firmou-se a tese, pelo STF, por maioria, no sentido de ser "*lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante*". A Corte Máxima, entretanto, não explicitou a modulação temporal de efeitos de sua grave decisão, que altera jurisprudência vigente há cerca de quatro décadas no País. A comunidade jurídica aguarda que, em embargos de declaração, o Supremo Tribunal Federal esclareça esse importante aspecto de sua decisão prolatada em 30 de agosto de 2018.

V. TERCEIRIZAÇÃO POR MEIO DO CONTRATO DE TRABALHO TEMPORÁRIO

1. Trabalho Temporário: caracterização

A ordem jurídica regula detalhadamente a situação-tipo de terceirização efetuada através do chamado *trabalho temporário*. As normas especiais que incidem sobre tal relação jurídica e sua ampla recorrência na dinâmica concreta do mercado de trabalho tornam necessário exame analítico acerca dessa fórmula jurídica terceirizante.

A Lei n. 6.019, de 1974, ao gerar a figura do trabalho temporário, pareceu querer firmar tipicidade específica, inteiramente afastada da clássica relação de emprego. Não apenas sufragava a terceirização (o que já inseria um contraponto à CLT), mas também fixava rol modesto de direitos para a respectiva categoria, além de regras menos favoráveis do que aquelas aplicáveis a empregados clássicos também submetidos a contratos a termo (art. 443 e seguintes da CLT).

A jurisprudência trabalhista, entretanto, ao longo das décadas desde 1974, buscou construir um controle civilizatório sobre essa figura jurídica excepcional, trazendo-a, ao máximo, para dentro das fronteiras juslaborativas. Nesse quadro evolutivo, hoje prepondera o entendimento de que o *contrato temporário*, embora regulado por lei especial, *é um contrato de emprego*, do tipo pacto a termo, apenas submetido às regras especiais da Lei n. 6.019/74. Eclipsou-se, desse modo, a intenção original da Lei n. 6.019/74 de formar tipo legal inconfundível com o regido pelos arts. 2º e 3º, *caput*, da CLT.

Nesta mesma linha, a propósito, todas as situações envolvendo terceirização (conservação e limpeza, atividades-meio, vigilância, trabalho temporário), caso tenham no polo do prestador de serviços uma pessoa natural que labore com pessoalidade, não eventualidade, onerosidade e subordinação, *são situações regidas pelo Direito do Trabalho, com contratos de emprego entre o obreiro terceirizado e a empresa terceirizante*.

A Lei n. 6.019/74 criou relação justralhista trilateral, que se repete, *mutatis mutandis*, nas demais situações de terceirização: a) empresa de trabalho temporário ou *empresa terceirizante*; b) trabalhador temporário; c) empresa tomadora dos serviços ou *empresa cliente*.

O vínculo jurídico do trabalhador temporário (de natureza empregatícia, repita-se) estabelece-se com a empresa de trabalho temporário, embora ele preste efetivos serviços à empresa tomadora. Como se percebe, através dessa fórmula, seguida pelo restante do processo terceirizante, a Lei n. 6.019/74 dissociou a relação econômico-social de prestação de serviços da relação jurídica decorrente, rompendo com a dualidade combinada que caracteriza a fórmula clássica celetista (*caput* dos arts. 2º e 3º da CLT).

O trabalho temporário assim se define: “...aquele prestado por pessoa física a uma empresa, para atender à necessidade transitória de substituição de seu pessoal regular e permanente ou a acréscimo extraordinário de serviços” (texto original do art. 2º da Lei n. 6.019/74). A nova redação promovida pela Lei n. 13.429/2017 assim estabelece: trabalho temporário “é aquele prestado por pessoa física contratada por uma empresa de trabalho temporário que a coloca à disposição de uma empresa tomadora de serviços, para atender à necessidade de substituição transitória de pessoal permanente ou à demanda complementar de serviços” (novo art. 2º, *caput*, da Lei n. 6.019/74).

Compreende-se, por outro lado, como “empresa de trabalho temporário 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. 4º, Lei n. 6.019/74). A nova redação introduzida pela Lei n. 13.429/2017 assim dispõe: empresa de trabalho temporário “é a pessoa jurídica, devidamente registrada no Ministério do Trabalho, responsável pela colocação de trabalhadores à disposição de outras empresas temporariamente” (art. 4º, Lei n. 6.019/74).

Trabalhador temporário, em suma, é aquele que, juridicamente vinculado a uma empresa de trabalho temporário, de quem recebe suas parcelas contratuais, presta serviços a outra empresa, para atender a necessidade transitória de substituição do pessoal regular e permanente ou a acréscimo extraordinário dos serviços da empresa tomadora.

2. Hipóteses de Pactuação

A Lei n. 6.019/74 especifica as circunstâncias hábeis a autorizar a contratação, pela empresa tomadora (empresa cliente), de trabalhadores temporários, cedidos pela empresa terceirizante (empresa de trabalho temporário).

São elas: a) ou se trata de atendimento a *necessidades transitórias de substituição de pessoal regular e permanente da empresa tomadora*; b) ou se trata de *necessidade resultante de acréscimo extraordinário de serviços dessa empresa tomadora* (art. 2º, Lei n. 6.019/74).

A primeira dessas hipóteses (*necessidade transitória de substituição de pessoal regular e permanente da empresa tomadora*) diz respeito a situações rotineiras de substituição de empregados originais da empresa tomadora (férias; licença-maternidade; outras licenças previdenciárias, etc.). Eis, a propósito, a nova redação conferida pela Lei n. 13.429/2017 ao art. 2º, *caput*, da Lei n. 6019: “... para atender à necessidade de substituição temporária de pessoal permanente ...”

A segunda dessas hipóteses (*necessidade resultante de acréscimo extraordinário de serviços da empresa tomadora*) abrange situações de

elevação excepcional da produção ou de serviços da empresa tomadora. Ilustrativamente, elevação excepcional de vendas, em face de nova e excepcional contratação; elevação de vendas em face de períodos de festas anuais, etc.

No tocante a esta segunda hipótese, cabe se observar que o desaparecimento da excepcionalidade, seja pelo retorno ao anterior nível produtivo, *seja pelo alcance de um novo patamar rotineiro mais elevado da própria produção*, é fator que suprime a continuidade de utilização da fórmula prevista pela Lei n. 6.019/74. Contudo, a este respeito, a nova redação conferida pela Lei n. 13.429/2017 ao art. 2º, *caput*, em análise, atenua, de certo modo, esse rigor interpretativo, pois o novo texto legal se refere, simplesmente, ao atendimento “*à demanda complementar de serviços*”.

Essas duas restritas hipóteses de pactuação são requisitos à licitude da existência do trabalho temporário. O desrespeito a tais requisitos compromete a relação jurídica trilateral estabelecida, autorizando a formação do vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços (Súmula 331, I, TST).

O exame dessas duas hipóteses de pactuação temporária evidencia que não se diferenciam substantivamente das hipóteses celetistas de pactuação de contrato empregatício a prazo (art. 443, CLT). De fato, sob a perspectiva socioeconômica, as mesmas necessidades empresariais atendidas pelos trabalhadores temporários (Lei n. 6.019) sempre puderam (e podem) ser preenchidas por empregados submetidos a contratos a prazo regulados pelo art. 443 da CLT.⁽²¹⁾

Além das restritas hipóteses de pactuação examinadas, que dizem respeito à empresa tomadora dos serviços temporários, a ordem jurídica também estabelece *requisitos quanto ao tipo de trabalhadores e respectivo serviço ou função prestados*.

A ordem justabalhista especial que regula o trabalho temporário dispõe que não será qualquer trabalhador que poderá reger-se por esse tipo legal. A Lei n. 6.019/74, em seu texto original, vale-se, por exemplo, da expressão *trabalhadores devidamente qualificados* (art. 4º), ao passo que o Regulamento Normativo da mesma lei (Decreto n. 73.841/74) utiliza-se da expressão *peçoal especializado* (art. 2º). A partir desses diplomas especiais pode-se inferir a intenção da ordem jurídica de limitar a figura excetiva do trabalho temporário a *funções e atividades caracterizadas por alguma qualificação ou especialização profissional*, ainda que mínima e não formalizada.

(21) Nesta direção observa Amauri Mascaro Nascimento: “... as necessidades transitórias de pessoal de um empregador podem ser satisfeitas de dois modos diferentes, com empregados a prazo certo ou com trabalhadores temporários”. *Iniciação ao Direito do Trabalho*. 23. ed. São Paulo: LTr, 1997, p. 160.

Ressalte-se, porém, que a jurisprudência não se pacificou inteiramente a respeito desse tópico da ordem jurídica. Assim convive com a leitura acima também a interpretação de que as expressões normativas analisadas apenas pretendem esclarecer que o trabalhador temporário tem de atender às *qualificações e especificações inerentes à função para a qual foi contratado*, de modo a evitar a fraude no tocante às hipóteses de pactuação terceirizada. A nova redação do art. 4º da Lei n. 6.019/74, conferida pela Lei n. 13.429/2017, parece querer corroborar esta segunda leitura sobre o assunto, pois se refere à empresa de trabalho temporário, simplesmente, como “responsável pela colocação de trabalhadores à disposição de outras empresas temporariamente”.

3. Formalidades e Prazos

O contrato empregatício padrão, como se sabe, pode ser tácito ou expresso, verbal ou escrito (art. 442, *caput*, CLT). O contrato empregatício temporário, entretanto, tem requisitos formais mais rígidos, sem os quais não se considera válida sua existência. Noutras palavras, a *forma prefixada* é parte integrante da essência dessa figura contratual.

Esse contrato trabalhista excepcional *não* pode ser tácito ou meramente verbal: a ordem jurídica exige que seja formulado por *escrito* (art. 11, Lei n. 6.019/74).

Acresça-se que tem de ser escrito também o contrato celebrado entre as entidades que fornecem e tomam o serviço temporário (empresa de trabalho temporário e empresa-cliente). De par com esta exigência, há de constar, obrigatoriamente, desse contrato interempresarial escrito o motivo justificador (hipótese de pactuação) da demanda do trabalho temporário (art. 9º, Lei n. 6.019/74). A propósito, a nova redação desse art. 9º ampliou os dados obrigatórios do conteúdo desse contrato escrito, a saber: qualificação das partes; motivo justificador da demanda de trabalho temporário; prazo da prestação de serviços; valor da prestação de serviços; disposições sobre a segurança e a saúde do trabalhador, independentemente do local de realização do trabalho (art. 9º, incisos I até V, respectivamente, conforme Lei n. 13.429/2017).

A ausência desses requisitos formais do contrato temporário implica sua automática descaracterização, dando origem a um contrato empregatício clássico, por tempo indeterminado, com respeito ao trabalhador envolvido.

A normatividade relativa à figura do trabalho temporário fixava ainda o prazo máximo de *três meses* para a utilização pela empresa tomadora dos serviços do trabalhador temporário, salvo autorização conferida pelo órgão local do Ministério do Trabalho (art. 10 da Lei n. 6.019/74). Esse prazo do contrato, aliás, foi ampliado para 180 dias, com possibilidade de prorrogação por mais

90 dias, “quando comprovada a manutenção das condições que o ensejaram” (art. 10, §§ 1º e 2º, Lei n. 6.019, conforme nova redação promovida pela Lei n. 13.429/2017). A nova redação legal, porém, acrescentou expressão dúbia, que pode ensejar, obviamente, fraudes trabalhistas (art. 9º, CLT): os prazos em dias são “consecutivos ou não” (*sic!*) — art. 10, §§ 1º e 2º, da Lei n. 6.019/74, conforme Lei n. 13.429/2017.

A noção de prazo relativamente curto de duração (embora tenha sido ampliado pela Lei n. 13.429/17) busca preservar coerência com a ideia de transitoriedade que rege a relação de trabalho temporária instituída pela Lei n. 6.019/74. Excedidos tais prazos (três meses, no regime anterior à Lei n. 13.429/2017; 180 dias, no regime seguinte a essa nova lei), sem incidência da hipótese de prorrogação, deve ser tida como desqualificada a relação jurídica excetiva de trabalho temporário. Neste caso, forma-se o vínculo empregatício clássico com a empresa tomadora de serviços ou, alternativamente, se descaracteriza o contrato temporário perante a própria empresa de terceirização provisória, fazendo incidir o conjunto das regras pertinentes da CLT.⁽²²⁾

4. Direitos da Categoria Temporária

O universo de direitos dos *trabalhadores temporários* (Lei n. 6.019) era, em sua origem, mais reduzido do que o dirigido aos trabalhadores regulados pela CLT, mesmo quando submetidos estes a contratos a termo. O rol de parcelas da Lei n. 6.019 é claramente acanhado em sua origem, conforme ver-se-á a seguir.

Entretanto, acentuou-se, ao longo dos anos, interpretação jurisprudencial e doutrinária nitidamente construtiva a respeito dos direitos dessa categoria de trabalhadores, de modo a aproximar o tratamento jurídico conferido a seus integrantes do padrão geral prevalecente no Direito do Trabalho.

A Lei n. 6.019/74, em seu art. 12 (regra que não sofreu mudanças pelas Leis n. 13.429/2017 e 13.467/2017), arrola os seguintes direitos aos obreiros temporários:

a) remuneração equivalente à percebida pelos empregados da mesma categoria da empresa tomadora. O *salário equitativo*, resultante deste preceito, é que tem propiciado, ao longo das últimas décadas, a interpretação jurisprudencial e doutrinária construtiva que vem aproximando as vantagens trabalhistas dos temporários do padrão geral dominante no Direito do Trabalho do País (conforme repisado abaixo);

(22) Em processos judiciais, naturalmente que o efeito jurídico reconhecido em decorrência da irregularidade dependerá, por razões de caráter processual, também do tipo de pedido manejado na petição inicial. É que não há como se reconhecer o vínculo com a empresa tomadora se ela não estiver na lide, se não houver pedido nessa linha, etc.

b) jornada regular diária de 8 horas. Evidentemente que o padrão aqui estabelecido na década de 1970 tem de ser atualizado pelo critério constitucional de 1988. Assim, entenda-se como prevalecente a regra de duração do trabalho de 8 horas ao dia e 44 na semana (art. 7º, XIII, CF/88). Havendo jornada especial relativa ao segmento em que irá atuar o temporário (ilustrativamente, no setor bancário: 6 horas ao dia), esta jornada especial é que prevalecerá, por força da isonomia determinada pelo art. 12, “a”, da própria Lei n. 6.019/74;

c) adicional de horas extras de 20% (isto é: adicional de 50%, em face do disposto no art. 7º, XVI, CF/88). Havendo adicional normativo mais elevado no segmento de prestação de serviço, este irá preponderar, na forma do art. 12, “a”, Lei n. 6.019/74;

d) férias proporcionais de 1/12 por mês de serviço ou fração igual ou superior a 15 dias, salvo dispensa por justa causa e pedido de demissão. O *terço constitucional* evidentemente aplica-se à categoria, uma vez que a jurisprudência pacificou que a verba tem caráter de mero acessório, sendo devida desde que incidente a parcela principal (Súmula 328, TST);

e) repouso semanal remunerado. Note-se que a Lei n. 6.019 omite-se sobre o direito a repouso remunerado em feriados. Contudo, a parcela é inquestionavelmente devida, por aplicação do critério isonômico do art. 12, “a” do mesmo diploma legal;

f) adicional por trabalho noturno. O percentual celetista de 20% aplica-se, evidentemente, à categoria (art. 73, CLT), caso não haja vantagem normativa superior (art. 12, “a”, Lei n. 6.019/74). Embora a Lei n. 6.019 não se refira à hora ficta noturna (art. 73, CLT), a regra incide, por força do critério isonômico já referido (*salário equitativo*);

g) indenização por dispensa sem justa causa ou término do contrato, correspondente a 1/12 do salário por mês de serviço. Trata-se de parcela especialmente instituída pela Lei n. 6.019/74. Sua compatibilidade com o sistema do FGTS (estendido à categoria desde o art. 13 da Lei n. 7.839/89) será examinada logo a seguir, ainda neste item 4;

h) seguro contra acidente de trabalho;

i) previdência social;

j) assinatura de CTPS (art. 12, § 1º, Lei n. 6.019/74).

Diplomas legais posteriores a 1974 também vieram estipular direitos à categoria dos trabalhadores temporários. Examine-se o rol correspondente:

Vale-Transporte: a legislação específica contemplou expressamente a categoria temporária, por meio do art. 1º do Decreto n. 95.247/87 (as Leis ns. 7.418/1985 e 7.619/1987, instituidoras do vale, haviam se omitido quanto ao trabalhador temporário).

FGTS: os diplomas sobre o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço expedidos após a Constituição de 1988 também passaram a contemplar a categoria (art. 13, Lei n. 7.839/89; em seguida, arts. 15 e 20, IX, Lei n. 8.036/90).

Observe-se que após a extensão do FGTS à categoria temporária surgiu entendimento judicial e doutrinário de que a Lei do Fundo de Garantia teria revogado, por incompatibilidade, a indenização por dispensa sem justa causa do trabalhador temporário (art. 12, “f”, Lei n. 6.019/74)⁽²³⁾. Tal entendimento, contudo, choca-se com matriz interpretativa dominante na jurisprudência, quando enfrentando situação jurídica semelhante (incompatibilidade ou não do FGTS com indenização especial rescisória do art. 479, CLT): é o que se percebe pela Súmula 125, que firmou como plenamente compatíveis as verbas da velha indenização por dispensa antecipada e o então recém-surgido Fundo de Garantia.

5. Trabalho Temporário e Salário Equitativo

A jurisprudência e doutrina têm produzido crescente esforço hermenêutico a fim de melhor precisar a inserção da categoria temporária no universo do Direito do Trabalho, mitigando o caráter flagrantemente discriminatório que inspirou a criação da figura jurídica décadas atrás e que se manifesta no rol singelo de direitos lançado na Lei n. 6.019, de 1974.

Esse esforço hermenêutico vem se construindo a partir do preceito isonômico contido no art. 12, “a”, da Lei n. 6.019/74 — preceito que fala na comunicação remuneratória entre o trabalhador temporário e o empregado da mesma categoria da empresa tomadora (*salário equitativo*). Nesse contexto, tem-se compreendido que se estendem a esse trabalhador terceirizado todas as verbas contratuais percebidas pelo empregado efetivo do tomador, verbas que possam afetar o nível salarial do trabalhador temporário, produzindo-lhe discriminação ilícita.

Assim, cabem ao trabalhador temporário parcelas como 13º salário proporcional (embora silente a Lei n. 6.019/74); duração do trabalho de oito horas ao dia e 44 horas semanais, com adicional de, no mínimo, 50% para as horas extras (art. 7º, XIII e XVI, CF/88); jornada especial do art. 7º, XIV, da Constituição, se for o caso (turnos ininterruptos de revezamento); adicionais de insalubridade e periculosidade, se for o caso (embora silente

(23) Esse era o entendimento, por exemplo, do Professor Ísis de Almeida, que ainda se referia à então Instrução Normativa n. 9, da Secretaria Nacional do Trabalho, do Ministério do Trabalho, publicada, na mesma linha compreensiva, no DOU de 14.11.91. ALMEIDA, Ísis de. O Regime de Trabalho Temporário. In BARROS, A. M. (Coord.) *Curso de Direito do Trabalho*. V. I, 2. ed. São Paulo: LTr, p. 349. A referida norma administrativa, contudo, foi posteriormente revogada pelo Ministério do Trabalho.

a Lei n. 6.019/74), a par de outras parcelas de cunho ou reflexo salarial. Outra leitura jurídica conduziria a um salário real inferior ao do empregado da mesma categoria lotado na empresa cliente, afrontando a regra do *salário equitativo*.

O fato é que a jurisprudência, desde a edição da Lei n. 6.019/74, buscou aculturar o diploma precarizante do labor humano às fronteiras e diretrizes do Direito do Trabalho, enquadrando-o, paulatinamente, como apenas mais um tipo legal de contrato a termo na ordem jurídica do Brasil.

Registre-se que esse construtivo entendimento jurisprudencial já se tornou absolutamente hegemônico, hoje, na ordem justralhista brasileira.

VI. TERCEIRIZAÇÃO E RESPONSABILIDADE

O tema da responsabilidade na terceirização envolve três dimensões, de certa maneira já enfocadas neste Capítulo XIII. Entretanto, para simples sistematização, em vista da importância da matéria, faz-se breve sumário a seu respeito.

De um lado, a responsabilidade originalmente prevista na legislação do início dos anos 1970, a Lei do Trabalho Temporário (n. 6019/1974). De outro lado, a compreensão mais ampla sedimentada pela jurisprudência, a partir dos anos 1980 e 1990, abrangendo a terceirização em geral e também a contratação temporária. Essas duas dimensões serão sintetizadas no item 1, logo abaixo.

Por fim, retoma-se referência à responsabilidade pelas verbas contratuais e legais advindas da terceirização por parte das entidades estatais. Esse assunto será destacado no subitem 2, logo a seguir, ainda dentro do presente item VI.

1. Responsabilidade na Terceirização: regra geral

A temática da responsabilidade em situações de terceirização foi tratada, originalmente, pelo texto da Lei do Trabalho Temporário, publicada no ano de 1974. A partir dos debates que suscitou a regra legal primitiva, além de considerados os desafios que a terceirização, no sentido mais amplo, sempre trouxe para a comunidade jurídica trabalhista, alicerçou-se, no Direito do Trabalho brasileiro, compreensão mais larga a respeito da responsabilidade da empresa e/ou instituição tomadora de serviços no quadro das relações de terceirização.

Essas correlações é que serão, neste momento, brandidas.

A regra original da Lei n. 6.019/1974 (art. 16) estabelece a *responsabilidade solidária* da empresa tomadora dos serviços (*empresacliente*) pelas verbas

de contribuições *previdenciárias, remuneração e indenização* (esta fixada no texto da própria lei referida). Tal responsabilidade ocorreria apenas no caso de verificação de *falência* da empresa de trabalho temporário (art. 16 — cuja redação foi mantida no impacto das reformas legais de 2017).

Desde a década de 1990, entretanto, a União buscou aperfeiçoar a insuficiente regra responsabilizatória contida no art. 16 da lei 6.019/74, instituindo, no interior da Lei Previdenciária n. 8.212/1991 (art. 31), critério mais adequado e justo para assegurar a hígidez das parcelas previdenciárias reflexas decorrentes de relações de trabalho temporário acontecidas na economia e sociedade brasileiras.

A insuficiência do preceito brandido pelo art. 16 da Lei do Trabalho Temporário, nesse contexto, sempre foi uma das preocupações da comunidade jurídica trabalhista do Brasil.

De fato, não obstante solidária a responsabilidade criada pela Lei n. 6.019/74, a verdade é que sua hipótese de incidência era sumamente restrita: incidiria apenas havendo *falência* da empresa fornecedora de força de trabalho (*rectius*: insolvência). Além disso, a responsabilidade solidária não abrangeria todas as verbas do contrato envolvido, mas somente aquelas poucas especificadas no texto primitivo da Lei n. 6.019.

As limitações da responsabilidade aventada pelo diploma de 1974 sempre foram debatidas e questionadas pela comunidade jurídica, em busca de fórmula responsabilizatória mais consentânea com a realidade socioeconômica e normativa trabalhista.

De par com isso, as demais hipóteses de terceirização passaram também a merecer razoável esforço hermenêutico, à falta de claros e diretos textos legais incidentes.

De qualquer modo, seja por analogia com preceitos próprios ao Direito do Trabalho (art. 16, Lei n. 6.019/74; art. 2º, *caput*, CLT, que trata da assunção dos riscos por aquele que toma trabalho subordinado, não eventual, pessoal e oneroso; art. 8º, CLT, que dispõe sobre a integração jurídica), seja por analogia com preceitos inerentes ao próprio Direito Comum (arts. 159 e 160, I, *in fine*, CCB/1916, e arts. 186 e 187, CCB/2002, por exemplo), seja em face da prevalência na ordem jurídica do *valor-trabalho* e dos créditos trabalhistas (ilustrativamente, Constituição da República: art. 1º, III e IV; art. 3º, I, *in fine*, e III, *ab initio*, e IV, *ab initio*; art. 4º, II; art. 6º, art. 7º, *caput, in fine*; art. 7º, VI, VII, X; art. 100, *ab initio*; art. 170, III), o fato é que a jurisprudência sempre se pautou pela busca de remédios jurídicos hábeis a conferir eficácia jurídica e social aos direitos laborais oriundos da terceirização. Essa busca também se fazia no sentido de melhor incorporar as regras de responsabilidade prevista na Lei n. 6.019/74 em um conjunto jurídico mais coerente, amplo e sistemático, como cabível à compreensão de qualquer instituto do Direito.

A Súmula 331 do TST — elaborada na década de 1990, após longo enfrentamento dos assuntos concernentes à terceirização —, ao tratar dessa interpretação da ordem justralhista no que tange à temática da responsabilidade em contextos de terceirização, fixou que “o *inadimplemento das obrigações trabalhistas*, por parte do empregador, implica na *responsabilidade subsidiária* do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que este tenha participado da relação processual e conste também do título executivo judicial” (Súmula 331, IV; grifos acrescidos).

O entendimento jurisprudencial sumulado claramente percebe a existência de responsabilidade do tomador de serviços por todas as *obrigações laborais* decorrentes da terceirização (ultrapassando a restrição de parcelas contida no texto da Lei n. 6.019/74). Apreende também a súmula a incidência da responsabilidade desde que verificado o *inadimplemento* trabalhista por parte do contratante formal do obreiro terceirizado (tornando despicienda, assim, a verificação de *falência* — *rectius*: insolvência — da empresa terceirizante). Interpreta, por fim, essa súmula que a responsabilidade de que se fala na terceirização é do tipo *subsidiário* (aqui reduz a súmula examinada a garantia solidária insculpida na Lei n. 6.019).

Não há dúvida de que a interpretação contida na Súmula 331, IV, abrange todas as hipóteses de terceirização veiculadas na ordem sociojurídica brasileira. Nesse quadro, parece claro que a compreensão sumulada abrange também o *trabalho temporário*. Superamse, nesse sentido, as limitações tradicionalmente criticadas quanto ao texto do art. 16 da Lei n. 6.019/74.

Registre-se, por fim, que a reforma trabalhista de 2017 igualmente sufragou a existência da responsabilidade subsidiária da entidade tomadora de serviços (ora denominada de “empresa contratante”) pelas parcelas inadimplidas pela empresa prestadora de serviços no contexto de relação trilateral de terceirização trabalhista. É o que resulta claro da regra especificada no art. 5º-A, § 5º, da Lei n. 6.019, conforme redação implementada pela Lei n. 13.429/2017.

Arremate-se que o próprio STF, no julgamento em que alargou as possibilidades da terceirização de serviços no sistema socioeconômico do País (abrangendo, inclusive, as atividades-fim da empresa tomadora de serviços), enfatizou a presença da responsabilidade subsidiária dessa entidade tomadora pelas obrigações trabalhistas da empresa terceirizante, a par da responsabilidade pelas contribuições previdenciárias pertinentes (ADPF n. 324/MG: Rel. Min. Luis Roberto Barroso; RR n. 958.252/MG, Rel. Min. Luiz Fux — ambas com decisão prolatada na sessão de 30.08.2018).⁽²⁴⁾

(24) Fonte: STF — Informativo 913, Plenário, agosto/2018.

2. A Responsabilização das Entidades Estatais Terceirizantes

A responsabilidade subsidiária preconizada no inciso IV da Súmula 331 aplica-se também aos créditos trabalhistas resultantes de contratos de terceirização pactuados por entidades estatais? Seguramente, sim.

Contudo, o texto da Lei de Licitações aparentemente pretendeu excluir tais entidades do vínculo responsabilizatório examinado. De fato, estabelece o § 1º do art. 71 da Lei n. 8.666, de 21.6.93, que a inadimplência do contratado com referência às dívidas trabalhistas e de outra natureza “... não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento...”.

A jurisprudência trabalhista dominante, porém, não tem conferido guarida à tese de irresponsabilização do Estado e suas entidades em face dos resultados trabalhistas da terceirização pactuada.

Note-se que a Súmula 331, em análise (editada em dezembro/93, quando já em vigor a Lei de Licitações), reporta-se aos entes estatais apenas para conferir eficácia à vedação constitucional de não estabelecimento de relação empregatícia (ou administrativa) de trabalhador com o Estado sem a observância do requisito formal do concurso público (inciso II da Súmula 331). *No tocante à responsabilização não excepcionou o Estado e suas entidades* (item IV original da súmula).

E não poderia, efetivamente, acolher semelhante exceção — que seria grosseiro privilégio antissocial — pelo simples fato de que tal exceção não se encontra autorizada pelas diversas constituições brasileiras há várias décadas, mesmo sob vigência das Cartas Autoritárias de 1967 e 1969 (EC n. 1), quanto mais sob o império da Constituição Republicana de 1988.

A ideia de *Estado irresponsável* é uma das mais antigas e ultrapassadas concepções existentes na vida política, social e cultural, não tendo qualquer mínima correspondência com o conceito e a realidade normativos de Estado Democrático de Direito, tão bem capitaneados pela Constituição de 1988. Ao reverso, a Constituição da República, quando se reportou à noção de responsabilidade do Estado, o fez para acentuá-la — e não para reduzi-la —, como se passa em seu art. 37, § 6º, que estendeu a responsabilidade objetiva estatal até mesmo às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos.

Em um Estado Democrático de Direito, fundado na dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF/88) e na valorização social do trabalho (art. 1º, III, CF/88), que tem como objetivos fundamentais construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional e erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais (art. 3º, I, II e III, CF/88), destinando-se também a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a segurança, a igualdade em sentido material, o bem-estar, o desenvolvimento, a justiça (Preâmbulo da Constituição da

República), não há espaço para fórmulas legais implícitas ou explícitas de diminuição da responsabilidade das entidades estatais. A Constituição e seu Estado Democrático de Direito apontam no sentido da acentuação da responsabilidade do Estado, ao invés de seu acanhamento.

Enfatize-se: mesmo que se entenda não caber a incidência, no presente caso, da regra da responsabilidade *objetiva* do Estado (ou seja, a não pertinência à terceirização estatal do disposto no § 6º do art. 37 da Constituição), não se pode negar a validade da incidência da responsabilidade *subjéctiva* da entidade estatal terceirizante (responsabilidade própria a qualquer pessoa jurídica e que não foi excluída em favor do Estado pela Constituição — ao contrário, a Constituição, como visto, aprofundou a responsabilidade dos entes estatais).

Ora, a entidade estatal que pratique terceirização com empresa inidônea (isto é, empresa que se torne inadimplente com relação a direitos trabalhistas) comete culpa *in eligendo* (má escolha do contratante), mesmo que tenha firmado a seleção por meio de processo licitatório (escolha licitada de empresa inidônea, manifestamente descumpridora de obrigações trabalhistas, sem lastro econômico e financeiro para gerir centenas ou milhares de contratos de terceirização, ou exemplo similar, obviamente não provoca a elisão de culpa *in eligendo*...). Ainda que não se admita essa primeira dimensão da culpa (dimensão *in eligendo* da culpa), incide, no caso, outra dimensão, relativa à culpa *in vigilando* (má fiscalização das obrigações contratuais e seus efeitos). Passa, desse modo, o ente do Estado a responder pelas verbas trabalhistas devidas pelo empregador terceirizante no período de efetiva terceirização.

Assim, mesmo se não acolhida a aplicação da regra da responsabilidade objetiva do Estado em casos de terceirização trabalhista, é irrefutável a incidência da responsabilidade subjéctiva dos entes estatais que realizam terceirização de serviços, *se verificada sua inadimplência quanto à obrigação fiscalizatória relativa ao cumprimento das obrigações trabalhistas pela empresa prestadora de serviços*. Responsabilidade subjéctiva por culpa *in vigilando*, que existe no Direito brasileiro há cerca de 100 anos (art. 159, Código Civil de 1916; arts. 186 e 927, *caput*, Código Civil de 2002), *atingindo qualquer pessoa jurídica, inclusive o Estado e seus entes* — como não poderia deixar de acontecer em ordem jurídica que se afirma civilizada.

Em fins do ano 2000, a Súmula 331 foi aperfeiçoada, deixando explícita a extensão da responsabilização trabalhista em casos de terceirização *para todas as entidades estatais*. É o que estabeleceu o então novo texto do inciso IV da referida súmula (Res. 96/2000, TST).

Em 2011, por fim, a Súmula 331 sofreu nova redação, de maneira a adaptar seu texto à decisão do STF na ADC 16-DF, em que este examinou a constitucionalidade ou não do preceito expresso no § 1º do art. 71 da Lei n. 8.666/93 (Lei de Licitações), declarando-o *constitucional*. O TST direcionou o item IV da Súmula 331 às entidades privadas, com nova redação,

elaborando novo texto para as entidades estatais, explicitado em novo item V (Res. 174/2011, TST). Eis os novos textos sumulares:

“IV — O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V — Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n. 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre do mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada”.

Registre-se, de todo modo, que a *interpretação em conformidade com a Constituição* do citado art. 71, § 1º, da Lei de Licitações conduziria à conclusão de que sua *mens legis* não visa a eliminar a responsabilidade subsidiária da entidade estatal tomadora de serviços, dirigindo-se essencialmente ao resguardo da responsabilidade original do efetivo empregador terceirizante, de maneira a preservar hígido o direito de regresso do tomador de serviços estatal.

Conforme já examinado, o Supremo Tribunal Federal, em julgamento da ADC 16-DF, ocorrido em novembro de 2010, ao declarar *constitucional* o art. 71 da Lei n. 8.666/93, considerou necessária a verificação da culpa *in vigilando* do Estado relativamente ao cumprimento trabalhista dos contratos de terceirização que celebra. A responsabilidade derivaria da inadimplência fiscalizatória pela entidade estatal tomadora de serviços sobre a empresa terceirizante (responsabilidade subjetiva, contratual, derivada de culpa), mas não diretamente do texto do art. 71 da Lei de Licitações. O fato de não se aplicar, segundo o STF, a responsabilidade objetiva prevista no art. 37, § 6º, da Constituição, não torna as entidades estatais simplesmente irresponsáveis nessa importante seara de direitos individuais e sociais fundamentais. Há, sim, responsabilidade, porém derivada de culpa *in vigilando*, se configurada a omissão fiscalizatória no caso concreto.⁽²⁵⁾

O novo texto da Súmula 331, V, do TST, divulgado em 2011, realiza a adequação da jurisprudência trabalhista à decisão do STF, eliminando a ideia de responsabilidade objetiva e também de responsabilidade subjetiva por culpa *in eligendo* (esta, desde que haja regular licitação). Mas preserva a responsabilidade subjetiva por culpa *in vigilando* (omissão do dever fiscalizatório), conforme deflui do mesmo julgamento da Corte Máxima (ADC 16-DF).

(25) Havendo processo licitatório válido, a decisão do STF afasta a possibilidade de culpa *in eligendo*. Mas a referida decisão não elimina a incidência da culpa *in vigilando*, reitere-se.

VII. ASPECTOS PROCESSUAIS

1. Competência

As relações terceirizadas de labor têm suas lides processadas e resolvidas no âmbito da Justiça do Trabalho, como clássico ao Direito Constitucional brasileiro. Envolvendo *relação de emprego com a empresa terceirizante* (embora relação de trabalho *lato sensu* com a tomadora de serviços), sua competência sempre se fixou no ramo justralista do Judiciário (é o que resultava da interpretação não só do *caput* original do art. 114 da CF/88, como, também, dos textos constitucionais precedentes).

Tratava-se da chamada *competência própria* (vinculada à relação de emprego) que, no caso da terceirização, atraía, por decorrência lógica, o nexo de responsabilização com a entidade tomadora de serviços. Nesta linha compreensiva, quaisquer vínculos de terceirização, desde que envolvessem pretensões conectadas à relação empregatícia, sempre se mantiveram no campo competencial da Justiça do Trabalho.

Nos casos de outras relações de trabalho *lato sensu*, a competência da Justiça do Trabalho, como se sabe, dependia de comando legal (por isso sendo chamada *imprópria*), ao teor dos antigos textos constitucionais (“na forma da lei”, estipulava o *caput* do art. 114 original da CF/88, ilustrativamente)⁽²⁶⁾.

A situação do trabalho temporário jamais ensejou dúvidas significativas na jurisprudência: enquadrando-se como de *emprego* a relação entre o trabalhador temporário e a respectiva empresa terceirizante, a competência para conhecer e julgar suas lides situava-se na Justiça do Trabalho. Neste aspecto, o texto da Lei n. 6.019/1974, enfatizando tal competência (art. 19), era, em substância, redundante.

De todo modo, a referência legal mencionada justificava-se, do ponto de vista histórico: é que a terceirização constituía, na década de 1970, processo em início de generalização no País, tendo havido, inicialmente, até mesmo certo questionamento sobre a natureza empregatícia (ou não) do vínculo entre os sujeitos do contrato de trabalho temporário. A par disso, despontava também neste quadro a relação responsabilizatória com o tomador dos serviços (art. 16, Lei n. 6.019/74). Evitou-se, assim, uma possível controvérsia sobre competência judicial.

A evolução jurisprudencial e doutrinária subsequente aos anos de 1970 pacificou também o enquadramento efetivamente *empregatício* da relação de trabalho regulada pela Lei n. 6.019/74.

(26) Exemplos de relações de trabalho *lato sensu* que tradicionalmente se deslocaram para a Justiça do Trabalho estavam nas relações portuárias avulsas (art. 643, CLT) e na denominada pequena empreitada (art. 652, “a”, III, CLT).

Com a EC n. 45, de 2004, confirmou-se a já sedimentada competência judicial trabalhista para conhecer e julgar lides inerentes à terceirização: é que a competência constitucional abrange não só as relações de emprego, como ainda qualquer relação de trabalho conexas à terceirização (art. 114, I, CF/88, conforme EC n. 45: “as ações oriundas da relação de trabalho...”, diz o novo texto constitucional).

2. *Litisconsórcio Passivo*

A jurisprudência firmou que a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços, em situações de terceirização, somente poderá ser declarada caso esse tomador componha também o polo passivo da lide trabalhista instaurada.

É o que resulta do texto da Súmula 331, IV e V, TST, que tomou em consideração a circunstância de a terceirização, de maneira geral, envolver empresas profundamente distintas e dissociadas: a empresa tomadora de serviços, também denominada empresa contratante, ao lado da empresa prestadora de serviços. No cotidiano dos processos judiciais trabalhistas se demonstra que entre tais empresas envolvidas na terceirização não existe, realmente, qualquer relação de grupo econômico entre si — salvo casos raros na seara da iniciativa privada. No campo público, em geral, a regra prevalecente é a de que as empresas prestadoras de serviços são, efetivamente, empresas privadas, sobre as quais o contratante estatal não ostenta qualquer participação societária ou influência administrativa.

Nesse contexto fático — que se situa, regra geral, inteiramente fora da figura jurídica do grupo econômico para fins justrabalhistas, regulado pelo art. 2º, §§ 2º e 3º da CLT e pelo art. 3º, § 2º, da Lei de Trabalho Rural —, preferiu a jurisprudência determinar a participação da entidade tomadora de serviços desde o início da ação trabalhista principal, caso o autor da ação intente obter a responsabilização subsidiária desse tomador. A cautela adotada pela Súmula 331, IV e V, se justifica, uma vez os princípios constitucionais processuais do juiz natural, do contraditório e ampla defesa, a par do devido processo legal, estariam todos postos em questão caso não se assegurasse ao tomador de serviços a prerrogativa de participar da lide em que se discutem parcelas da terceirização trabalhista e sua responsabilidade subsidiária.⁽²⁷⁾

(27) O presente Capítulo XIII se encerrava, tradicionalmente, com um item específico enfrentando o debate sobre o que denominava “controle civilizatório da terceirização”. Entretanto, considerado o atual contexto normativo e interpretativo dominante sobre o assunto, tal item foi excluído, a partir da presente 18ª edição, de 2019. Os pesquisadores do tema podem consultar, nas edições anteriores deste Curso (como a 17ª edição, de 2018 — ou outras precedentes), no Capítulo XIII, o antigo item VIII (“VIII. Um Relevante Debate: Controle Civilizatório da Terceirização”).

CAPÍTULO XIV

RESPONSABILIDADE POR VERBAS TRABALHISTAS

I. INTRODUÇÃO

O estudo da responsabilidade por verbas derivadas do contrato empregatício envolve algumas situações principais.

Em primeiro plano, a responsabilidade do empregador e das entidades integrantes do grupo econômico.

Em segundo plano, a responsabilidade do sócio da entidade societária empregadora.

Em terceiro plano, despontam as situações de terceirização trabalhista, inclusive trabalho temporário.

Em quarto plano, destaca-se a responsabilidade específica do subempregado, que ostenta norma celetista própria.

Em quinto plano (e próximo aos dois anteriores), há que discorrer sobre o debate acerca da responsabilidade (ou não) do dono da obra.

Por fim, cabe-se ressaltar, em sexto plano, a situação de responsabilização trabalhista que envolve a figura do consórcio de empregadores.⁽¹⁾

II. RESPONSABILIDADE DO EMPREGADOR E ENTES INTEGRANTES DO GRUPO ECONÔMICO

A responsabilidade pela quitação das verbas trabalhistas deriva, a princípio, da posição assumida, pelo empregador, na relação jurídica empregatícia, compondo o polo passivo dessa relação. Essa é a norma geral e recorrente do Direito do Trabalho, que não foge, assim, da conduta geral também prevalente no restante do Direito: o devedor principal (na hipótese trabalhista, o empregador), integrante direto da relação jurídica entre as partes e beneficiário principal e imediato de seus efeitos, é que responde pelas obrigações resultantes dessa relação.

(1) A respeito do tema da responsabilidade, em suas várias facetas, no contexto das relações de trabalho e especialmente da relação de emprego, consultar BELMONTE, Alexandre Agra. *Curso de Responsabilidade Trabalhista* — danos morais e patrimoniais nas relações de trabalho. 2. ed. São Paulo: LTr, 2009.

Afora o empregador típico, permite o Direito do Trabalho que também assuma essa posição a entidade componente de *grupo econômico* — ainda que não se tenha valido diretamente dos serviços efetivos do obreiro, contratado por outra entidade do mesmo grupo (Súmula 129, TST). Nesse caso, os integrantes do grupo serão responsáveis solidariamente pelas verbas resultantes do respectivo contrato de trabalho, em função da qualidade de empregador que lhes foi reconhecida pela ordem jurídica. (art. 2º, § 2º, CLT, art. 3º, § 2º, Lei n. 5.889/73)⁽²⁾

No caso de terceirização irregular, *ilícita*, em que se reconhece o vínculo empregatício com o efetivo tomador de serviços (conforme estipulado, originalmente, na Súmula 256 e, desde 1993, no item I da Súmula 331, TST), a responsabilidade que surge para o tomador não é distinta das duas situações acima figuradas. É que, aqui, o tomador de serviços passa a assumir a posição de empregador, desfazendo-se judicialmente a relação simulada com a empresa terceirizante. Desse modo, a terceirização ilícita, judicialmente desfeita, com fixação de vínculo empregatício do trabalhador com o real contratante e beneficiário dos serviços, diz respeito a mais uma hipótese de responsabilização decorrente do vínculo empregatício reconhecido.

Registre-se, de todo modo, a respeito da *terceirização*, que o STF, ao julgar, em 29 e 30.08.2018, o RE n. 958.252/MG (Rel. Min. Luiz Fux) e a ADPF n. 324 (Rel. Min. Luiz Roberto Barroso), decidiu, por maioria de votos, invalidar a anterior hipótese de terceirização ilícita fixada na Súmula n. 331 do TST, abrangendo as atividades-fins — hipótese e súmula que, nesse aspecto, foi considerada inconstitucional. Sufragou a Corte Máxima, portanto, como válida, a terceirização em atividades-fins da empresa tomadora de serviços⁽³⁾.

Existem situações fático-jurídicas, entretanto, tratadas de modo distinto pelo Direito do Trabalho. São situações em que a ordem jurídica estabelece tão somente *responsabilidade* (solidária ou subsidiária) pelas verbas trabalhistas derivadas de uma relação de emprego, *sem conferir, contudo, ao responsabilizado a qualidade jurídica de empregador*. Não se reconhece relação de emprego (essa relação verificou-se com outra pessoa física ou jurídica); reconhece-se apenas *responsabilidade pelo pagamento das verbas resultantes*.

Claro que, nestas últimas situações aventadas, o empregador *sempre* será o responsável original pelas verbas oriundas do contrato empregatício. Fixa o Direito do Trabalho, entretanto, concomitantemente,

(2) A respeito do grupo econômico, consultar, neste Curso, dentro do Capítulo XII (“O Empregador”), o item III (“Grupo Econômico para fins Justrabalhistas”).

(3) A respeito da *terceirização*, deve-se consultar o Capítulo XIII deste Curso, onde o tema foi mais detidamente examinado, inclusive com a análise das duas decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal, em agosto de 2018, no RE n. 958.252/MG (Rel. Min. Luiz Fux) e na ADPF n. 324 (Rel. Min. Luiz Roberto Barros). O STF, porém, não eliminou a *responsabilidade subsidiária* da entidade tomadora de serviços nas terceirizações válidas.

também a *possibilidade de responsabilização de outras pessoas físicas ou jurídicas pelas verbas derivadas daquele contrato. Trata-se, desse modo, de situações em que a responsabilidade trabalhista recai sobre pessoas não empregadoras* (embora, obviamente, em função de um nexo relacional forte com o vínculo empregatício surgido entre as partes originais da relação de emprego).

As situações mais conhecidas em que se debate sobre a responsabilização trabalhista do não empregador serão estudadas nos itens III, IV, V e VI, logo a seguir.

III. RESPONSABILIDADE DO SÓCIO

1. Panorama Normativo

A legislação processual civil estabelece que *ficam sujeitos à execução os bens do sócio, nos termos da lei* (art. 592, *caput*, e inciso II, CPC/1973; art. 790, II, CPC/2015). Esclarece a lei processual civil que “os bens particulares dos sócios não respondem pelas dívidas da sociedade *senão nos casos previstos em lei* (art. 596, *caput*, CPC/1973; grifos acrescidos; art. 795, *caput*, CPC/2015). Está claro, portanto, que não obstante a pessoa jurídica se distinga de seus membros (art. 20, CCB/1916; art. 50, CCB-2002, *contrario sensu*), admite a ordem jurídica, em certos casos, a responsabilização do sócio pelas dívidas societárias.

O sócio dotado de responsabilidade *ilimitada e solidária* pelas obrigações sociais obviamente sempre responderá por qualquer dívida da entidade societária respectiva. É o que se passa, por exemplo, com as sociedades em nome coletivo, as sociedades em comum, inclusive as sociedades de fato.

No tocante às tradicionais sociedades por cotas de responsabilidade limitada, a jurisprudência trabalhista firmemente já ampliou as hipóteses de responsabilização do *sócio-gerente* (ou *sócio controlador*, quando não o gerente) por além daquelas previstas na clássica lei reguladora da figura jurídica (Decreto n. 3.708, de 1919). O fundamento central para a afirmação da responsabilidade dos sócios dessa entidade societária — assim como de outras que já não tenham regra civil ou comercial expressa de responsabilização — reside no princípio da *despersonalização do empregador*, que é inerente ao Direito do Trabalho. Tal princípio, inserto em distintos preceitos da CLT (tal como art. 2º, *caput*; art. 2º, § 2º; art. 10; art. 448, todos da Consolidação), acentua, entre outros aspectos, que, por além do envoltório formal da pessoa jurídica empregadora, releva destacar o fato econômico e social da própria empresa, como núcleo de interesses, poder e vantagens, de um lado, mas também de ônus e responsabilidades no contexto da relação empregatícia. Esse fato econômico e social envolve também os sócios

integrantes da entidade societária, partícipes desse núcleo de interesses, poder e vantagens, mas também de ônus e responsabilidades. Repita-se: o sentido funcional conferido à expressão *empresa*, pela CLT, ao se referir ao empregador (*caput* do art. 2º; art. 10; art. 448, por exemplo), evidencia a intenção da ordem jurídica de sobrelevar o *fato* da organização empresarial, *enquanto complexo de relações materiais, imateriais e de sujeitos jurídicos*, independentemente do envoltório formal a presidir sua atuação no campo da economia e da sociedade.

Agrega-se ao mencionado princípio da despersonalização do empregador a circunstância de a ordem jurídica trabalhista enfatizar a necessária assunção, pelo mesmo empregador, dos riscos do empreendimento e do próprio trabalho empregaticamente contratado (*caput* do art. 2º da CLT, por exemplo).

Em síntese, o princípio da assunção, pelo empregador, dos riscos do empreendimento, inclusive os riscos e ônus trabalhistas, somado ao princípio da despersonalização do empregador, ambos atávicos ao Direito do Trabalho e seu estuário normativo próprio, asseguram a responsabilização subsidiária dos sócios da entidade societária, caso frustrada a execução processual trabalhista com respeito ao patrimônio da empresa empregadora.

Pelos mesmos fundamentos, tal responsabilidade, de maneira geral, tem sido estendida, no plano do Direito do Trabalho, aos demais sócios, *independentemente de terem (ou não) participação na gestão societária*.

O advento de nova regulação do Direito de Empresa pelo Código Civil, reestruturando a anterior sociedade por cotas de responsabilidade limitada (arts. 1.052 a 1.065, CCB/2002), não tem o condão de modificar o já sedimentado posicionamento jurisprudencial trabalhista, no sentido de responsabilizar o sócio da entidade societária pelas dívidas trabalhistas desta. O novo CCB até mesmo explicita a incorporação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica (*vide* art. 50, CCB-2002), há décadas já adotada, com *leitura própria*, no âmbito laborativo.

2. Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica (*disregard doctrine; disregard of legal entity doctrine; lifting the corporate veil doctrine*), quer em sua origem na *Common Law* norte-americana e britânica, quer em sua absorção por outros campos jurídicos da tradição romano-germânica, inclusive o Brasil, tem conotação mais restrita do que a perfilada pelo Direito do Trabalho, como se sabe. Na seara justralhista, a noção de despersonalização da figura do empregador é, sem dúvida, mais ampla, de maneira a assegurar a efetividade dos direitos sociais fundamentais trabalhistas também pelo patrimônio dos sócios das entidades societárias, em caso de frustração da execução com respeito ao patrimônio da respectiva sociedade empregadora

— independentemente de comprovação de fraude ou vícios congêneres na gestão empresarial ou no uso da fórmula da pessoa jurídica.⁽⁴⁾

Note-se, de todo modo, que é manifesta a absorção pela ordem jurídica brasileira, *mesmo a não trabalhista*, da relativização das fronteiras existentes entre as obrigações da entidade societária e o patrimônio dos respectivos sócios. Essa relativização, conforme visto, já se expressa na legislação processual civil, tanto no antigo quanto no novo CPC. *Vide*, ilustrativamente, o art. 592, *caput* e inciso II, do CPC/1973 (“... *ficam sujeitos a execução os bens do sócio, nos termos da lei*”); observe-se, na mesma linha, o art. 790, II, do CPC/2015 (“São sujeitos à execução os bens ... do sócio, nos termos da lei”). Igualmente, leia-se o art. 596, *caput*, do CPC/73 (“os bens particulares dos sócios não respondem pela dívidas da sociedade *senão nos casos previstos em lei* — grifos acrescidos), lendo-se também, na mesma direção, o art. 795, *caput*, do CPC/2015 (“Os bens particulares dos sócios não respondem pelas dívidas da sociedade, *senão nos casos previstos em lei*”). No Direito Societário, mesmo a antiga Lei das S.A. (Decreto-lei n. 2.627, de 1940) fixava tal relativização em seus arts. 121 e 122, ao passo que a subsequente Lei das Sociedades Anônimas (n. 6.404, de 1976) fixa essa relativização em seu art. 158. O Decreto n. 3.708, de 1919, segundo já exposto, também mencionava similar relativização (art. 10). O Código Civil de 2002, por sua vez, em preceito de caráter geral (art. 50), além dos artigos 1.070 e 1.016, trata igualmente de critério congêneres de relativização das fronteiras responsabilizatórias.

Portanto, mesmo no campo do Direito Civil e do Direito Empresarial — que tendem a se mostrar mais ciosos quanto ao respeito à separação entre as obrigações da entidade societária e o patrimônio dos respectivos sócios — há clara aceitação da necessidade de se relativizarem tais fronteiras jurídicas.

Fora do Direito Empresarial e do Direito Civil, essa tendência à relativização das fronteiras entre as obrigações da sociedade e o patrimônio de seus sócios manifesta-se com ênfase.

Assim, no Direito Tributário, tal relativização emerge de distintos preceitos do Código Tributário Nacional, tais como o art. 135, o art. 134, VII, além do art. 124, I e II.

Também na anterior Lei de Estruturação do CADE e Infrações da Ordem Econômica, publicada em 1994 (Lei n. 8.884/84), em seu art. 18, previa a

(4) Para exame da amplitude da teoria da despersonalização no plano executório laborativo, consultar o estudo da jurista Aldacy Rachid Coutinho, que aponta a presença do *risco de sacrifício do empregado*, no quadro de uma execução frustrada, como elemento deflagrador da teoria da desconsideração no plano da execução no processo do trabalho. *In*: COUTINHO, Aldacy Rachid. Aplicação da Desconsideração da Personalidade Jurídica no Processo de Execução Trabalhista. *In* NORRIS, Robert (Coord.) *Execução Trabalhista: Visão Atual*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 205-249. Excelente estudo a respeito do tema encontra-se também in GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Curso de Direito do Trabalho*. 6. ed. Rio de Janeiro: GEN/Forense, 2012, p. 313-331.

desconsideração da personalidade jurídica do *responsável por infração da ordem econômica* quando houvesse, da parte deste, entre outros fatores, *abuso de direito, infração da lei, fato ou ato ilícito...* Esta ampla desconsideração, que se tornava viável desde que ocorridos seja *abuso do direito*, seja *infração da lei*, seja *fato ou ato ilícito*, manteve-se, também, no art. 34 do novo diploma jurídico regente da matéria, isto é, Lei n. 12.529, de 30.11.2011.⁽⁵⁾

No campo do chamado Direito Social — posicionado entre a esfera do Direito Público e do Direito Privado, em que se encontram o Direito da Seguridade Social, o Direito do Trabalho, o Direito Ambiental e o Direito do Consumidor —, tal relativização tende a ser ainda mais abrangente, em linha com a regra ampla já externada pela Lei n. 8.884/1994 e Lei n. 12.529/2011.

Assim é que, no plano do Direito Ambiental, a Lei n. 9.605, de 1998, em seu art. 4º, dispõe: “*Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente*”.

Por fim, no plano do Direito do Consumidor, a Lei n. 8.078, de 1990 (CDC), firma regra significativamente ampla a respeito:

“*O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver **abuso de direito**, excesso de poder, **infração da lei, fato ou ato ilícito** ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração*” (art. 28, CDC; grifos acrescidos).

Na linha abrangente já fixada pelo *caput* de seu art. 28, o Código de Defesa do Consumidor ainda acrescenta no § 5º do mesmo preceito: “*Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores*” (art. 28, § 5º, Lei n. 8.078/90; grifos acrescidos).

Todos esses dispositivos evidenciam a consagração em distintos ramos e diplomas jurídicos, várias décadas depois do surgimento da CLT, do pioneirismo do Direito do Trabalho na afirmação da relevância e efetividade dos direitos individuais e sociais fundamentais trabalhistas. Nesse contexto de afirmação hoje consagrada, seja por derivação direta de seus próprios princípios e regras jurídicas, seja por aplicação analógica dos dispositivos de desconsideração da personalidade jurídica inseridos em outros diplomas legais, aplicáveis por analogia ao Direito do Trabalho (art. 8º, *caput* e parágrafo

(5) Eis a amplitude da regra contida no art. 34, *caput*, da Lei n. 12.529, de 2011, que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica: “*A personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser desconsiderada quando houver da parte deste **abuso de direito**, excesso de poder, **infração da lei, fato ou ato ilícito** ou violação dos estatutos ou contrato social*” (grifos acrescidos).

único, CLT), mostra-se consistente a responsabilização subsidiária, na fase de execução de sentença, dos sócios componentes de entidade societária tida como empregadora no respectivo título jurídico judicial.

Por fim, relativamente ao Direito do Trabalho do Brasil, pontue-se que a Lei n. 13.467/2017, vigente desde 11.11.17, inseriu na Consolidação texto expreso prevendo a *responsabilidade subsidiária* do sócio da entidade societária, superando qualquer controvérsia quanto a esse aspecto (art. 10-A, CLT). A nova regra, contudo, ressalvou o limite temporal de responsabilização do sócio retirante, “somente em ações ajuizadas até dois anos depois de averbada a modificação do contrato” (novo art. 10-A, *caput* e incisos I, II, III, da CLT). Mesmo com respeito ao sócio retirante, o parágrafo único do art. 10-A da Consolidação esclarece que ele responderá solidariamente com os demais quando “ficar comprovada fraude na alteração societária decorrente da modificação do contrato”.

3. Dimensões da Responsabilidade do Sócio

É preciso enfatizar que a responsabilidade do sócio distingue-se daquela inerente às entidades que compõem o grupo econômico.

Em primeiro lugar, o sócio não responde solidariamente pelas dívidas sociais trabalhistas, mas em caráter *subsidiário*, dependendo sua execução da frustração do procedimento executório perfilado contra a sociedade. Assim, sempre poderá o sócio demandado pela dívida da pessoa jurídica *exigir que sejam primeiro executados os bens da sociedade* (art. 596, *caput*, CPC/1973; art. 795, § 1º, CPC/2015). Entretanto, cabe ao sócio que fizer uso desse benefício de subsidiariedade executória o ônus de *nomear bens da sociedade, sitos na mesma comarca, livres e desembargados, quantos bastem para pagar o débito* (art. 596, § 1º, CPC/1973). Na mesma linha, está o art. 795, § 2º, do CPC/2015. A esse propósito, o novo art. 10-A da CLT — inserido pela Lei n. 13.467/2017 — estabelece a seguinte ordem de preferência: a empresa devedora; os sócios atuais; os sócios retirantes (art. 10-A, *caput* e incisos I, II e III, da CLT).

A segunda diferença da posição do sócio em face daquela inerente às entidades integrantes de grupo econômico, segundo a jurisprudência trabalhista amplamente dominante, é que a execução pode se dirigir ao patrimônio do sócio — na hipótese acima aventada — *sem que este tenha constado expressamente do título executivo judicial*. Não se aplica, pois, à presente situação a conduta especificada na antiga Súmula 205 do TST (citação de todos os componentes do grupo) e reiterada na Súmula 331, IV, do TST (citação da empresa terceirizante e da empresa tomadora de serviços). É que, no presente caso, é irrelevante discutir-se na lide a situação fático-jurídica do sócio — em geral incontroversa —, tratando-se apenas de se definirem os efeitos jurídicos conferidos pela lei a essa situação em face

das dívidas sociais trabalhistas. Já no grupo econômico (Súmula 205) e na terceirização (Súmula 331, IV), é da essência da lide discutir-se e definir-se a existência das figuras do grupo e da terceirização (lícita ou ilícita) — o que implica a necessidade de franco contraditório (art. 5º, LV, CF/88).

É bem verdade, enfatize-se, que, cancelada a Súmula 205 (Res. n. 121/2003, TST), torna-se viável brandir, hoje, a tese do grupo econômico diretamente em execução, ao menos naqueles casos em que a prova do grupo seja sumária, singela, como, ilustrativamente, nos casos em que desponta do simples cotejo dos respectivos estatutos societários.⁽⁶⁾

A jurisprudência trabalhista diferencia a posição do sócio administrador e/ou controlador de *sociedade por cotas de responsabilidade limitada* (segundo o novo CCB, *sociedade limitada*: art. 1.052) daquele que ocupa *posição semelhante na sociedade anônima*. A natureza algo dúbia da primeira modalidade societária (sociedade por cotas), que transita entre as tipologias *sociedade de pessoas versus sociedade de capital*, permite que ela confira ampla liberdade (e, assim, responsabilidade) a seus gestores e controladores — o que nem sempre se verifica nas sociedades estritamente de capital (como a S/A). Nesse contexto fático-jurídico, mantém-se a tendência jurisprudencial de *não* estender a mesma conduta responsabilizatória automática acima indicada para os gestores e controladores de sociedades anônimas: no caso das S/As é necessária evidência probatória de que houve gestão fraudulenta ou ilícita. Nessa mesma linha é que expõe o autor *Valentin Carrion* uma importante diferenciação de condutas:

“... Na sociedade de responsabilidade limitada, presume-se a culpa do sócio administrador, face à liberdade de ação que possui, a sua autonomia, à imediaticidade que há entre seus atos e seus efeitos e à frequente comunhão de fato de seus haveres próprios e os da sociedade. O mesmo não acontece na sociedade anônima onde, por inexistir essas circunstâncias, a responsabilidade do administrador não se presume”⁽⁷⁾.

Não tem consistência jurídica, por outro lado, alargar-se a despersonalização jurídica da entidade societária a ponto de atingir o acionista minoritário de *sociedade anônima*, principalmente em se tratando de *S/A de capital aberto*. Os preceitos normativos especiais são enfáticos nessa direção e restrição, estejam presentes na específica *Leis das S/As*, de quatro décadas atrás (Lei n. 6.404, de 1976: art. 1º), estejam presentes no mais recente Código Civil

(6) Sobre o Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica, criado pelo CPC de 2015 (arts. 133/137), e sua aplicação no Processo do Trabalho, consultar, logo a seguir, o subitem III.4 deste Capítulo (“4. Aspectos Processuais Relativos à Desconsideração da Personalidade Jurídica”). Esclareça-se, de antemão, que a Lei n. 13.467/2017 decidiu incluir, explicitamente, esse incidente no corpo da Consolidação (novo art. 855-A da CLT).

(7) CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 657. A citação é parte de acórdão em que é Desembargador relator o mesmo jurista Valentin Carrion.

(art. 1.088, Lei n. 10.406, de 2002). No caso das sociedades anônimas, especialmente as de capital aberto (art. 4º, Lei n. 6.404/76), não tem o acionista minoritário qualquer vínculo ou influência perante a direção societária, colocando-se em posição jurídica e de poder manifestamente frágil frente aos destinos empresariais. A relação da companhia de capital aberto com a comunidade de acionistas, pulverizada pelo País e até mesmo no exterior, é absolutamente verticalizada, sem qualquer notável influência de cada um dos milhares de acionistas com respeito à direção e à própria sorte da empresa. Nesse quadro, torna-se inviável estender a tais companhias e a seus acionistas os critérios de desconsideração de personalidade e responsabilização subsidiária que impactam as demais modalidades de entes societários.

4. Aspectos Processuais Relativos à Desconsideração da Personalidade Jurídica

O novo CPC (Lei n. 13.105, de 16.3.2015) construiu instituto novo em seus arts. 133 a 138, denominado “Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica” (Capítulo IV do Título III, que trata “Da Intervenção de Terceiros”, posicionado dentro do Livro III — “Dos Sujeitos do Processo”). Tal incidente será instaurado “a pedido da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo” (art. 133, *caput*). Ele também se aplica à hipótese de “desconsideração inversa da personalidade jurídica” (art. 133, § 2º).⁽⁸⁾ Deverá o incidente observar os pressupostos previstos em lei (art. 133, § 1º).

Cabível em todas as fases do processo de conhecimento, inclusive na fase de cumprimento da sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial (art. 134, *caput*), a instauração do incidente será imediatamente comunicada ao distribuidor judicial para as anotações devidas (art. 134, § 1º), suspendendo o processo principal (art. 134, § 3º), salvo se, desde a petição inicial do processo principal, o autor da ação já tiver pleiteado a desconsideração da pessoa jurídica, hipótese em que será citado o sócio ou a pessoa jurídica (art. 134, § 2º). No requerimento de instauração do incidente o autor deve demonstrar o preenchimento dos pressupostos legais específicos para a desconsideração da personalidade jurídica (art. 134, § 4º).

Instaurado o IDPJ, o sócio ou a pessoa jurídica será citado para manifestar-se e requerer as provas cabíveis no prazo de 15 dias (art. 135). Concluída a instrução, se necessária, o incidente será resolvido por decisão interlocutória (art. 136, *caput*). Se a decisão tiver sido proferida pelo relator, cabe agravo interno (parágrafo único do art. 136).

(8) A desconsideração inversa da pessoa jurídica ocorre mediante a responsabilização da entidade empresarial, estruturada como pessoa jurídica, em face de obrigações inerentes a seus sócios controladores.

Por fim, acolhido o pedido de desconsideração, a alienação ou a oneração de bens, havida em fraude de execução, será ineficaz em relação ao requerente (art. 137).

Em um primeiro instante, parte importante da doutrina processual trabalhista considerou o novo instituto jurídico incompatível com o Processo do Trabalho, em vista do enorme distanciamento de princípios, regras, institutos e sistemas processuais (art. 769 da CLT, combinado com art. 15 do CPC/2015).

A título meramente ilustrativo, eis alguns pontos relevantes de incompatibilidade que foram destacados na época, a partir de peculiaridades do Direito Processual do Trabalho: execução de ofício pelo Magistrado (note-se que a Lei n. 13.467/2017 afastou a execução de ofício nos casos em que o exequente esteja representado por advogado — nova redação do art. 878 da CLT); princípio da efetividade do processo de execução, que se mantém presente em caso de não cumprimento espontâneo da sentença; garantia do contraditório e da produção probatória, logo a seguir ao bloqueio de valores ou penhora de bens do sócio, compatibilizando os princípios da efetividade e celeridade processuais com o princípio do contraditório e da ampla defesa; recorribilidade imediata apenas das sentenças em processo de execução, porém não das decisões interlocutórias, que poderão ser questionadas somente no bojo do recurso principal; simplificação real do processo do trabalho, de maneira a afastar regras instigadoras de incidentes apartados, suspensões do processo, frustração da garantia efetiva do juízo, recursos internos incidentais variados e outras modalidades de dilação do resultado útil do processo judicial.⁽⁹⁾

A Instrução Normativa n. 39 do TST, divulgada em março de 2016, preferiu afastar, por interpretação, diversas dessas incompatibilidades, de maneira a admitir a aplicação desse incidente no Processo do Trabalho (art. 6º da IN n. 39/TST). Assim, assegurou, na deflagração e processamento do IDPJ, a clássica iniciativa do Juiz do Trabalho na fase de execução trabalhista, conforme autorizado, na época, pelo art. 878 da CLT; considerou viável, segundo exame feito pelo juiz executor, a determinação de tutela de urgência de natureza cautelar, prevista no art. 301 do CPC-2015; esclareceu ser incabível, de imediato, recurso da decisão judicial, caso prolatada na fase de conhecimento, em vista do disposto no art. 893, § 1º, da CLT (que prevê o recurso ordinário apenas ao final dessa fase, no qual deveria constar a respectiva insurgência). Contudo, a IN n. 39/TST acatou a regra de que a instauração do incidente “suspenderá o processo” (sem prejuízo da concessão, se for o caso,

(9) Mencionem-se, nesse quadro, alguns autores que explicitaram, na época, didaticamente, tais pontos de incompatibilidade: SCHIAVI, Mauro. *Manual de Direito Processual do Trabalho*. 9. ed. São Paulo: LTr, 2015, p. 1061-1064; SILVA, Homero Batista Mateus da. *Curso de Direito do Trabalho Aplicado*. Vol. 10 – *Execução Trabalhista*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 57-59; ALMEIDA, Cléber Lúcio. “Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica”. In: MIESSA, Élisson (Org.). *O Novo Código de Processo Civil e Seus Reflexos no Processo do Trabalho*. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 294.

da tutela provisória de urgência de natureza cautelar), explicitando ainda que, na fase de execução, caberá agravo de petição da decisão judicial relativa ao IDPJ, “independentemente de garantia do juízo” (art. 6º, IN n. 39/TST).

Parece-nos, de todo modo, que a maturação jurisprudencial concluirá por mais um aperfeiçoamento e adequação do novo instituto, ou seja, a sua tramitação em *autos apartados* (mesmo que em processo eletrônico). Mediante essa adequação (art. 897, § 3º, CLT, por analogia), a suspensão processual restringir-se-á exclusivamente ao próprio incidente; com isso se evita, até o término do procedimento especial, atos de expropriação final (alienação) do patrimônio do sócio executado, mas, ao mesmo tempo, não se compromete o fluxo do restante do processo, se for o caso.⁽¹⁰⁾

Com todos esses ajustes interpretativos, o novo incidente passou, de fato, a ser compatível com o Direito Processual do Trabalho.

Nesse contexto, a Lei n. 13.467/2017 (vigência a partir de 11.11.2017) decidiu inserir, expressamente, o IDPJ na Consolidação, por intermédio do novo art. 855-A da CLT. Note-se, de todo modo, que a formação de autos apartados para o incidente, mesmo no processo judicial eletrônico, é medida de grande racionalidade, conforme já exposto, podendo ser seguida mesmo no regime do novo art. 855-A da Consolidação.

Esclareça-se, por fim, que a Instrução Normativa n. 41/2018, do TST, editada em face da vigência da Lei n. 13.467/2018, considerando que o IDPJ, regulado pelo CPC, aplica-se ao processo do trabalho com as inovações trazidas pela Lei n. 13.467/2017 (art. 17, IN n. 41/2018), esclareceu que “a iniciativa do juiz na execução de que trata o art. 878 da CLT e no incidente de descon sideração da personalidade jurídica a que alude o art. 855-A da CLT ficará limitada aos casos em que as partes não estiverem representadas por advogado” (art. 13, IN n. 41/2018).

IV. RESPONSABILIDADE PELO TRABALHO TEMPORÁRIO E OUTROS TIPOS DE TERCEIRIZAÇÃO

A presente situação responsabilizatória encontra dois momentos jurídicos de relevo: em primeiro instante, o critério fixado no texto primitivo da Lei de Trabalho Temporário (Lei n. 6.019, de 1974); em seguida, o critério de responsabilização apreendido da ordem jurídica pela Súmula 331, IV e V, do TST.

(10) O art. 897, § 3º, da CLT permite ao juiz executor formar *autos apartados* para o agravo de petição, se necessário e/ou conveniente. Tal sábio preceito, harmônico aos princípios constitucionais processuais da eficiência na prestação jurisdicional, da efetividade da jurisdição e da proporcionalidade e razoabilidade, que se aliam também aos princípios processuais trabalhistas da celeridade processual, da instrumentalidade das formas e da simplificação dos atos processuais, tudo conduz à presente adequação do novo incidente regulado pelo CPC-2015 à estrutura lógica, principiológica e teleológica do processo do trabalho.

Como se sabe, a relação jurídica do trabalhador temporário, regida pela Lei n. 6.019/74, firma-se com a empresa de trabalho temporário: esta é que responde por todas as verbas devidas àquele obreiro, seja ao longo da prestação de serviços, seja em qualquer pendência judicial a respeito do contrato temporário. A Lei n. 6.019, contudo, estabeleceu que a empresa cliente (ou tomadora dos serviços) poderá ser responsabilizada por parcelas derivadas de contrato temporário, ao lado da empresa fornecedora da mão de obra. Dispõe a lei que, no caso de *falência* da empresa de trabalho temporário, a empresa tomadora dos serviços despontará como *solidariamente* responsável pelo recolhimento de *contribuições previdenciárias*, no tocante ao tempo em que o trabalhador esteve à sua disposição, assim como, em referência ao mesmo período, pela *remuneração e indenização* prevista na Lei de Trabalho Temporário (Lei n. 6.019/74, arts. 16 e 12).

À luz dos termos da Lei n. 6.019/74, tratar-se-ia de responsabilidade *solidária*, verificável somente em caso de *falência* da empresa de trabalho temporário (*rectius*: insolvência), abrangendo apenas as parcelas especificadas na mesma legislação.

O avanço jurisprudencial ocorrido nas décadas que se sucederam à Lei n. 6.019/74 conduziu, porém, à elaboração da Súmula 331 do TST. Esta súmula de jurisprudência uniforme englobou em seu texto quer a situação sociojurídica aventada pela Lei n. 6.019 (Súmula 331, I, TST), quer outras situações de contratação de trabalhadores sem formação de vínculo empregatício com o ente tomador de serviços (Súmula 331, II e III, TST). *Englobou todas as situações de terceirização, portanto.*

A teor da mencionada súmula, há responsabilidade *subsidiária* da entidade tomadora de serviços em face de quaisquer verbas contratuais concernentes ao obreiro colocado à sua disposição, caso verificado *inadimplemento* das respectivas obrigações (Súmula 331, IV e VI, TST). Como se percebe, a súmula em exame não exige falência (ou insolvência), mas simples *inadimplemento* por parte da empresa terceirizante. E não discrimina ou limita verbas, referindo-se ao gênero *obrigações trabalhistas* (na verdade, *obrigações contratuais e legais* resultantes da terceirização). Em contrapartida, a responsabilidade vislumbrada não é solidária, mas *subsidiária*.⁽¹¹⁾

Qual a extensão do referido critério responsabilizatório? Seguramente pode-se afirmar que abrange todas as situações de terceirização, inclusive a relativa ao trabalho temporário (Lei n. 6.019/74). É que a súmula em análise, em seus diversos tópicos, trata da terceirização em geral — inclusive do

(11) Nos casos de entidades estatais, decidiu o STF, em novembro de 2010, ao julgar a ADC-16-DF, que o simples inadimplemento não implica automática responsabilização, por ser constitucional o art. 71 da Lei de Licitações. Em consequência, torna-se necessária a presença da culpa *in vigilando* da entidade estatal tomadora de serviços terceirizados, em face do descumprimento de sua obrigação de fiscalizar o exato cumprimento das obrigações trabalhistas pelas empresas prestadoras de serviços contratadas na terceirização.

trabalho temporário —, incorporando, por esforço hermenêutico construído já há vários anos, critério de responsabilização uniforme para qualquer contexto terceirizante. Nesse quadro hermenêutico, até mesmo as relações de trabalho temporário passariam a se reger pela orientação interpretativa consubstanciada na Súmula 331, IV e VI, do TST⁽¹²⁾.

Agregue-se, por fim, que a responsabilidade subsidiária mencionada pela Súmula n. 331, IV e V, foi incorporada na Lei n. 6.019 (novo art. 5º-A, § 5º), em preceito que se reporta à terceirização de maneira geral (regra incluída pela Lei n. 13.467/2017). Acrescente-se, a esse propósito, que a decisão do STF no RE n. 958.252/MG (Rel. Min. Luiz Fux) e na ADPF n. 324/DF (Rel. Min. Luis Roberto Barroso), prolatada em 30.08.2018, permitindo a terceirização em atividades-fins do tomador de serviços — portanto, alargando bastante a terceirização na realidade socioeconômica brasileira —, manteve a regra da responsabilidade subsidiária do tomador de serviços pelas obrigações trabalhistas não adimplidas pela empresa prestadora de serviços (a par da responsabilidade pelo recolhimento das contribuições previdenciárias pertinentes).

V. RESPONSABILIDADE DO SUBEMPREITEIRO

O art. 455 da CLT fixa talvez a mais antiga hipótese de responsabilização trabalhista do não empregador aventada pela ordem justralhista brasileira. Dispõe o *caput* desse preceito:

“Nos contratos de subempreitada responderá o subempreiteiro pelas obrigações derivadas do contrato de trabalho que celebrar, cabendo, todavia, aos empregados, o direito de reclamação contra o empreiteiro principal pelo inadimplemento daquelas obrigações por parte do primeiro” (grifos acrescidos).

Pelo texto literal da CLT, a responsabilidade *incidiria* apenas na hipótese de *subempreitada* — e não de empreitada simples —, aplicando-se somente sobre o empreiteiro principal, e não sobre o dono da obra — contratante original e beneficiário do trabalho realizado. Contudo, tal restrição tem sido problematizada pela doutrina e jurisprudência mais modernas (conforme será examinado à frente, no item VI).

A doutrina e jurisprudência *tendiam* a considerar a responsabilidade imputada ao empreiteiro principal como *solidária*. Por força dessa interpretação (responsabilidade solidária criada por lei: arts. 896, CCB/1916, e 455, CLT), consideravam *desnecessária a prova de fraude ou insolvência do subempreiteiro para acionar-se o empreiteiro principal*.

Hoje, contudo, a partir da uniformização jurisprudencial sedimentada pela Súmula 331, IV, da TST, engloba-se também a situação-tipo aventada pelo art. 455 da CLT, no cenário jurídico geral da *terceirização*, passando-se a con-

(12) Sobre a terceirização, ver Capítulo XIII deste Curso.

siderar como *subsidiária* a responsabilidade do *empreiteiro principal*, em casos de *subempreitada*. A responsabilidade subsidiária em exame, como se sabe, é também automática, exigindo simples inadimplemento do devedor principal (Súmula 331, IV, TST). Isso significa ser desnecessário realizar-se prova de fraude ou insolvência do subempreiteiro para acionar-se o empreiteiro principal.⁽¹³⁾

Há, entretanto, aspecto processual relevante a ser observado. Para alcançar-se a responsabilização em foco exige-se, no processo do trabalho, a citação do subempreiteiro. É que a natureza complexa da relação de emprego, originando múltiplos direitos e parcelas, torna inviável a defesa isolada do responsável legal, uma vez que a relação material respectiva formou-se somente entre o subempreiteiro e o empregado demandante. Deve o autor requerer, portanto, ao mesmo tempo, a citação do devedor originário (subempreiteiro) e do empreiteiro principal, para não configurar cerceamento à defesa (art. 5º, LV, Constituição da República). Essa conduta processual já está classicamente sedimentada na jurisprudência trabalhista (a respeito ver conduta processual exposta na Súmula 331, IV, TST).

Configurando-se o subempreiteiro como revel na lide trazida a juízo, seguem-se os efeitos e procedimentos processuais próprios aplicáveis, inclusive no tocante à pena de confissão ficta (art. 844, CLT). Nesse caso, ao empreiteiro principal, devedor subsidiário, restam os derivativos legais de sua responsabilização trabalhista resultante do risco do empreendimento (arts. 2º, *caput*, e 455, *caput*, CLT). Mas é evidente que pode o responsável subsidiário produzir as provas a seu alcance, já que não se encontra, pessoalmente, vencido, *em princípio*, na matéria fática (arts. 48, 320 e 350, CPC): afinal, *os litisconsortes distintos serão considerados, em suas relações com a parte adversa, litigantes distintos, sendo que os atos e as omissões de um não prejudicarão nem beneficiarão os outros* (art. 48, CPC).

Ressalte-se que não se faculta ao subempreiteiro exigir a citação, pelo empregado, do devedor subsidiário (empreiteiro principal). A garantia criada pelo art. 455 da CLT (e Súmula 331, IV) vigora em benefício do credor trabalhista e não das entidades que se valeram da prestação de serviços.

VI. RESPONSABILIDADE DO DONO DA OBRA NOS CONTRATOS DE EMPREITADA

O art. 455, *caput*, da CLT, estipula, de maneira expressa, *nos contratos de subempreitada*, a responsabilidade do *subempreiteiro* pelas obrigações derivadas do contrato de trabalho que celebrar (responsabilidade própria a

(13) A partir da decisão do STF na ADC 16-DF, em novembro de 2010, passou-se a compreender que, no caso de entidades estatais, o simples inadimplemento do devedor principal não é suficiente para ensejar responsabilidade subsidiária da entidade estatal terceirizante, sendo necessária a evidência de culpa *in vigilando* (omissão fiscalizatória, portanto) relativamente às obrigações trabalhistas da empresa terceirizada e empregadora efetiva (Súmula 331, V, TST). A esse respeito, consultar, neste Curso, o Capítulo XIII.

qualquer empregador, conforme se sabe); porém franqueia aos empregados deste subempreiteiro o direito de reclamação *contra o empreiteiro principal* pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas e conexas por parte do subempreiteiro empregador. No parágrafo único, o dispositivo reporta-se ao direito de regresso, “nos termos da lei civil”, do empreiteiro principal em face do subempreiteiro inadimplente.

Omite-se, pois, a CLT a respeito da responsabilidade do dono da obra. Tal omissão gerou, em uma primeira leitura, a interpretação pela ausência de qualquer responsabilidade do dono da obra perante as obrigações legais e contratuais derivadas dos contratos de trabalho firmados pelo empreiteiro em decorrência do contrato de empreitada estabelecido.

Considerada a amplitude da interpretação pela isenção de responsabilidade, relativamente ao dono da obra em contratos de empreitada, em contexto de grande presença de contratos de empreitada na vida social e econômica, envolvendo milhares de trabalhadores contratados pelos empreiteiros, a jurisprudência e a doutrina sempre perquiriram pela atenuação dessa ampla leitura de isenção de responsabilização do dono da obra.

Nessa linha, tempos atrás já ponderava o jurista Valentin Carrion:

“Esboça-se a tendência no sentido de atribuir as responsabilidades trabalhistas ao dono da obra que contrata o trabalho diretamente e responsabilizá-lo subsidiariamente, no caso de insolvência do empreiteiro: a tendência é estimulada pela longa permanência dos trabalhadores na construção, pela frequência com que a atividade tem caráter lucrativo (venda ou locação) e mesmo comercial não declarada (o que só a longo prazo será apurado) e pela responsabilidade solidária das obrigações previdenciárias atribuídas ao dono da obra”⁽¹⁴⁾.

A jurisprudência do TST, entretanto, em seu primeiro verbete aprovado sobre o assunto (Orientação Jurisprudencial n. 191), originalmente divulgado em novembro de 2000, sufragou tese bastante larga acerca das situações de não responsabilização:

191. Dono da obra. Responsabilidade.

Diante da inexistência de previsão legal, o contrato de empreitada entre o dono da obra e o empreiteiro não enseja responsabilidade solidária ou subsidiária nas obrigações trabalhista contraídas pelo empreiteiro, salvo sendo o dono da obra uma empresa construtora ou incorporadora.

O desconforto trazido pelo verbete jurisprudencial aprovado em 2000 era, contudo, manifesto, por distintas razões. Em primeiro lugar, pela circunstância de não fazer diferenciação entre o *efetivo contrato de empreitada de construção de obra* em contraponto à utilização artificiosa da fórmula contratual de empreitada, com objeto real de inequívoca prestação de serviços,

(14) CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 20 (observações em destaque presentes no original).

emergindo esse pacto formal, muitas vezes, como simples mecanismo para a elisão da pertinente responsabilização.

Em segundo lugar, por não brandir o verbete jurisprudencial, em seu processo interpretativo do ordenamento jurídico, importantes teses correlatas ao assunto, como a prevalência do valor trabalho na ordem jurídica, os princípios da justiça social e da subordinação da propriedade à sua função social, sem contar a noção relevante do *abuso do direito*, a qual deve também ser considerada nesse quadro fático e jurídico debatido.

Nesse diálogo próprio à comunidade jurídica, despontou também, em terceiro lugar, a necessidade de distinção entre situações sociais e econômicas sumamente diversas. Nesse quadro, a regra original de não responsabilização deveria ser preservada quando se tratasse de empreitada pactuada com o empreiteiro por pessoa natural, *como essencial valor de uso* (reforma de residência do dono da obra, por exemplo). Poder-se-ia englobar nesse grupo também a situação pela qual até mesmo uma pessoa jurídica, *de modo comprovadamente eventual e esporádico*, venha pactuar específica obra, mediante empreitada. Nessas situações figuradas, o dono da obra, ao contratar, por empreitada, efetivo valor de uso, não responderia pelas verbas empregatícias devidas pela empresa encarregada de realizar a empreitada.

Por todas essas razões, parecia mesmo insuficiente a diretriz jurisprudencial surgida no ano de 2000 (texto primitivo da OJ 191), propugnando pela ampla não responsabilização do dono da obra, desde que o título jurídico seja um contrato de empreitada — salvo os casos de empreitada de construção civil celebrado por empresas de incorporação e construção civil. A par de entrar em certo confronto com a consistente linha de responsabilização perfilada pela Súmula 331 do TST (principalmente, em se tratando de “empreitadas de labor”, rotineiras no cotidiano de diversos ramos empresariais), a nova orientação desgarrava-se dos avanços experimentados pelo Direito até então, sempre em direção à responsabilização daqueles que exercem incontestável poder.

Felizmente, a OJ 191 sofreu nova redação em maio de 2011, o que lhe atenuou os problemas apontados (Res. TST 175/2011). Pelo novo texto, a exclusão responsabilizatória atingiria somente o *dono de obra de construção civil* que tenha firmado efetivo contrato de empreitada, *salvo sendo o dono da obra uma empresa construtora ou incorporadora*. Não se aplicaria mais a excludente a todo e qualquer contrato que se proclamasse como de empreitada (fato que alargava demasiadamente a exceção do texto original da OJ 191), porém somente a *empreitadas de construção civil, ou seja, efetiva obra*. Mesmo em se tratando de empreitada de construção civil, não incidiria a excludente da OJ 191 caso fosse dono da obra empresa construtora ou incorporadora.

Eis o novo texto da OJ 191, aprovado em maio de 2011:

“CONTRATO DE EMPREITADA. DONO DA OBRA DE CONSTRUÇÃO CIVIL. RESPONSABILIDADE (nova redação) — Res. 175/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e

31.5.2011. Diante da inexistência de previsão legal específica, o contrato de empreitada de construção civil entre o dono da obra e o empreiteiro não enseja responsabilidade solidária ou subsidiária nas obrigações trabalhistas contraídas pelo empreiteiro, salvo sendo o dono da obra uma empresa construtora ou incorporadora”.

Entretanto, mais recentemente, a SDI-I do TST, em julgamento de incidente de recursos repetitivos, na sessão de 11.5.2017, com publicação do acórdão em 30 de junho de 2017 (IRR-190-53.2015.5.03.0090. Relator Min. João Oreste Dalazen), firmou a seguinte tese jurídica sobre o assunto:

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA — DONA DA OBRA — APLICAÇÃO DA OJ 191 DA SBDI-1 LIMITADA À PESSOA FÍSICA OU MICRO E PEQUENAS EMPRESAS:

I) A exclusão de responsabilidade solidária ou subsidiária por obrigação trabalhista a que se refere a Orientação Jurisprudencial n. 191 da SDI-1 do TST não se restringe à pessoa física ou micro e pequenas empresas, compreende igualmente empresas de médio e grande porte e entes públicos (decidido por unanimidade).

II) A excepcional responsabilidade por obrigações trabalhistas prevista na parte final da Orientação Jurisprudencial n. 191, por aplicação analógica do art. 455 da CLT, alcança os casos em que o dono da obra de construção civil é construtor ou incorporador e, portanto, desenvolve a mesma atividade econômica do empreiteiro (decidido por unanimidade).

III) Não é compatível com a diretriz sufragada na Orientação Jurisprudencial n. 191 da SDI-1 do TST jurisprudência de Tribunal Regional do Trabalho que amplia a responsabilidade trabalhista ao dono da obra, excepcionando apenas “a pessoa física ou micro e pequenas empresas, na forma da lei, que não exerçam atividade econômica vinculada ao objeto contratado” (decidido por unanimidade).

IV) Exceto ente público da Administração Direta e Indireta, se houver inadimplemento das obrigações trabalhistas contraídas por empreiteiro que contratar, sem idoneidade econômico-financeira, o dono da obra responderá subsidiariamente por tais obrigações, em face de aplicação analógica do art. 455 da CLT e culpa *in eligendo* (decidido por maioria, vencido o Exmo. Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro).

Por essa nova interpretação da SDI-1 do TST, a exclusão de responsabilidade do dono da obra em contratos de empreitada será ampla, deixando de ocorrer, entretanto, em duas hipóteses: A) nos casos em que o dono da obra de construção civil seja construtor ou incorporador e, portanto, desenvolva a mesma atividade econômica do empreiteiro. É o que foi explicitado no inciso II da Tese Jurídica da SDI-1. B) excetuados os entes públicos da Administração Direta e Indireta (que se manterão isentos de responsabilização, se atuando como donos da obra), haverá responsabilidade nos casos em que houver inadimplemento das obrigações trabalhistas contraídas por empreiteiro que contratar, sem idoneidade econômico-financeira; nesses casos de falta de idoneidade econômico-financeira do empreiteiro escolhido, o dono da obra responderá subsidiariamente por tais obrigações, em face de aplicação analógica do art. 455 da CLT e da culpa *in eligendo* configurada. É o que foi explicitado no inciso IV da Tese Jurídica da SDI-1 do TST.

Esclareça-se, a propósito, que a tese do inciso IV da OJ n. 191, em respeito ao princípio da segurança jurídica, foi modulada pela própria SDI-1, em

ED (ED-IRR-190-53.2015.5.03.0090, julgado em 9.8.2018, com publicação no DEJT de 19.10.2018), de maneira a *ser aplicável apenas aos contratos celebrados após 11 de maio de 2017*.

Nesse quadro — feita a ressalva da modução para o período *após 11.5.2017* —, ficam afastadas as demais teses brandidas pela jurisprudência e pela doutrina justralhistas.

Registre-se, por lealdade ao leitor, que a SDI-1 manteve a tese geral no sentido de que o dono da obra não responde pelas obrigações legais e contratuais do empreiteiro contratado para construir a respectiva obra objeto da empreitada. Dono de obra, registre-se, e não contratante de prestação de serviços — nesse sentido foi preservada a restrição exposta na versão da OJ 191 aprovada em maio de 2011.

Mas não importa, segundo a SDI-1, para essa isenção de responsabilidade, que se trate de um simples indivíduo atuando sem interesse ou dinâmica empresariais (obra de reforma de residência, por exemplo); nem que se trate de micro ou pequena empresa comparecendo como dona da obra; ou que se trate de grande empresa, no exercício de seus interesses empresariais, pactuando um efetivo contrato de empreitada de obra de construção civil. A isenção, sob essa perspectiva, atingiria a todos, sem exceção, por se tratar de um contrato de empreitada de obra de construção civil.

Excepcionalmente, incidiria a responsabilidade subsidiária do dono da obra, mesmo em se tratando de um contrato de empreitada, caso o dono da obra de construção civil seja também construtor ou incorporador e, portanto, desenvolva a mesma atividade econômica do empreiteiro.

Ainda excepcionalmente, incidiria a responsabilidade subsidiária do dono da obra, mesmo em se tratando de um contrato de empreitada, caso haja inadimplemento das obrigações trabalhistas contraídas pelo empreiteiro contratado sem a devida idoneidade econômico-financeira.⁽¹⁵⁾

VII. RESPONSABILIDADE NOS CONSÓRCIOS DE EMPREGADORES

O *consórcio de empregadores*, examinado no item V.3 do Capítulo XII deste Curso, é, como visto, figura jurídica recente no Direito brasileiro. Foi elaborado em meados da década de 1990, a partir de iniciativa da própria sociedade civil, originalmente no campo, com o envolvimento de trabalhadores e empregadores rurais, além de diversos agentes do Estado,

(15) Para pesquisa acerca de maiores argumentos que foram brandidos nesse debate doutrinário e jurisprudencial acerca da extensão da não responsabilização do dono da obra em contratos de empreitada, consultar DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 16. ed. São Paulo: LTr, 2017, em seu Capítulo XIV, item VI.1 (“1. Situações de Não Responsabilização”) e VI.2 (“2. Situações de Responsabilização”).

como o Ministério Público do Trabalho, Auditores Fiscais do então Ministério do Trabalho e Emprego e do próprio INSS⁽¹⁶⁾.

A ideia despontou em função da procura por um caminho jurídico que atendesse a certas peculiaridades da contratação de trabalho no campo, em especial à pactuação sazonal, sem se negligenciar a presença do universo justabalhista em tais pactuações. Em síntese, uma fórmula jurídica apta a atender, a um só tempo, à diversidade de interesses empresariais no setor agropecuário, no tocante à força de trabalho, sem comprometimento do patamar civilizatório compatível aos respectivos trabalhadores, dado pelos princípios e regras do Direito do Trabalho.

O Subprocurador-Geral do Trabalho, *Otávio Brito Lopes*, sintetizou esse processo: o “consórcio de empregadores rurais surgiu, antes mesmo de qualquer iniciativa legislativa, como uma opção dos atores sociais para combater a assustadora proliferação de cooperativas de trabalho fraudulentas, e como forma de fixar o trabalhador rural no campo, estimular o trabalho formal, reduzir a rotatividade excessiva de mão de obra, reduzir a litigiosidade no meio rural, garantir o acesso dos trabalhadores aos direitos trabalhistas básicos (férias, 13º salário, FGTS, repouso semanal remunerado, Carteira de Trabalho e Previdência Social) e à previdência social”⁽¹⁷⁾.

Como já se viu, no ano de 2001 o novo instituto ganhou reconhecimento por meio da Lei n. 10.256, de 9 de julho de 2001, que promoveu alterações na Lei n. 8.212, de 1991, e outras do Direito da Seguridade Social. À luz do diploma em exame, tal consórcio foi equiparado ao empregador rural pessoa física, para fins previdenciários. Segundo a nova lei, a figura é formada “pela união de produtores rurais pessoas físicas, que outorgar a um deles poderes para contratar, gerir e demitir trabalhadores para prestação de serviços, exclusivamente, aos seus integrantes, mediante documento registrado em cartório de títulos e documentos” (art. 25-A, Lei n. 8.212/91, conforme redação da Lei n. 10.256, de 9.7.2001).

No tema da responsabilidade, a legislação previdenciária é clara: os integrantes do consórcio serão solidariamente responsáveis “em relação às obrigações previdenciárias” (§ 3º do art. 25-A, Lei n. 8.212/91, conforme Lei n. 10.256/01).

Entretanto, é possível se inferir da natureza da figura jurídica a própria responsabilidade trabalhista: esta será de *caráter solidário*, mas também de *dimensão dualista*, uma vez que certamente envolve *não só obrigações como também direitos empresariais*. Isso confere aos trabalhadores o *status* de efetivos empregados, com contratos de duração indeterminada preferivelmente, a par da garantia solidária de solvabilidade de seus créditos

(16) Conforme LOPES, Otávio Brito. *Consórcio de Empregadores Rurais* — uma nova modalidade de contratação pode ser uma alternativa viável no combate à informalidade das relações trabalhista no campo. Brasília: Consulex, Revista Jurídica Consulex, ano V, n. 111, 31.8.2001, p. 11-12.

(17) LOPES, Otávio Brito, ob. cit., p. 12.

laborais. Em contraponto a tal vantagem, abre-se aos fazendeiros consorciados a prerrogativa de se valerem da mesma força de trabalho, em períodos diferenciados, por constituírem, em seu conjunto, um mesmo empregador.

Sob a perspectiva do Direito do Trabalho, o consórcio de empregadores gera, por sua própria natureza, *solidariedade dual* com respeito a seus empregadores integrantes: não apenas a responsabilidade solidária passiva pelas obrigações trabalhistas relativas a seus empregados, mas, também, sem dúvida, solidariedade ativa com respeito às prerrogativas empresariais perante tais obreiros. Trata-se de situação conhecida pelo epíteto de *empregador único* (solidariedade dual, ativa e passiva). O consórcio é o empregador único de seus diversos empregados, sendo que seus produtores rurais integrantes podem se valer dessa força de trabalho, respeitados os parâmetros justaba-lhistas, sem que se configure contrato específico e apartado com qualquer deles: todos eles são as diversas dimensões desse mesmo *empregador único*.

É o que bem aponta *Otávio Brito Lopes*: “a solidariedade é consequência natural da própria indivisibilidade do vínculo empregatício, que é apenas um, já que não existem tantos contratos de trabalho quantos são os membros do consórcio, mas uma única relação de emprego com todos, que por isso mesmo são solidariamente responsáveis tanto para fins trabalhistas quanto previdenciários”⁽¹⁸⁾.

Derivando a solidariedade da natureza do instituto (no caso previdenciário, é *reiterada* também pela lei), seja no plano ativo, seja no plano passivo, ela não necessita ser repisada por texto legal ou de caráter convencional, por ser inerente à figura do empregador único que surge do consórcio⁽¹⁹⁾.

Em sua origem, o novo instituto foi concebido, sem dúvida, no campo. Porém, não há qualquer razão para se considerar circunscrita a ideia do consórcio de empregadores exclusivamente à área rural. Conforme já explicitado, onde quer que haja necessidade diversificada de força de trabalho, na cidade e no campo, com descontinuidade diferenciada na prestação laborativa, segundo as exigências de cada tomador de serviços, pode o consórcio de empregadores surgir como solução jurídica eficaz, ágil e socialmente equânime. De fato, ela é apta a não somente atender, de modo racional, às exigências dinâmicas dos consorciados, como também a assegurar, ao mesmo tempo, um razoável patamar de cidadania jurídico-econômica aos trabalhadores envolvidos, que ficam, desse modo, conectados à figura do empregador único por meio do estuário civilizatório básico do Direito do Trabalho.

(18) LOPES, O. B., ob. cit., p. 11.

(19) Nesta precisa linha, LOPES, Otávio Brito, ob. cit., p. 11. Também na mesma direção dessa compatibilidade, dois outros autores: FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. “Consórcio de Empregadores: uma alternativa imediata para a empregabilidade”, *Revista Gênese*, Curitiba: Gênese, ano 14, n. 84, p. 883; CALVET, Otávio. *Consórcio de Empregadores Urbanos: uma realidade possível*. São Paulo: LTr, 2002 (Capítulo 6).

CAPÍTULO XV

CONTRATO DE TRABALHO — CARACTERIZAÇÃO, MORFOLOGIA E NULIDADES. CONTEÚDO CONTRATUAL — PECULIARIDADES. O SISTEMA DE COTAS NO CONTRATO DE TRABALHO

I. INTRODUÇÃO

Contrato é o acordo tácito ou expresso mediante o qual ajustam as partes pactuantes direitos e obrigações recíprocas.

Essa figura jurídica, embora não tenha sido desconhecida em experiências históricas antigas e medievais, tornou-se, no período contemporâneo, um dos pilares mais significativos de caracterização da cultura sociojurídica do mundo ocidental.

A relevância assumida pela noção e prática do contrato, nos últimos séculos, deriva da circunstância de as relações interindividuais e sociais contemporâneas — à diferença dos períodos históricos anteriores — vincularem *seres juridicamente livres*, isto é, seres desprendidos de relações institucionalizadas de posse, domínio ou qualquer vinculação extravolitiva a outrem (como próprio da escravidão ou servidão). Ainda que se saiba que tal liberdade muitas vezes tem dimensão extremamente volátil ou enganosa (basta lembrar-se dos *contratos de adesão*, que são típicos do Direito do Trabalho e do Direito do Consumidor, ilustrativamente), o fato é que os sujeitos comparecem à celebração dos atos jurídicos centrais da sociedade atual como seres teoricamente livres. Nesse quadro, apenas o contrato emergiu como instrumento jurídico hábil a incorporar esse padrão específico de relacionamento entre os indivíduos, à medida que essencialmente o contrato é que se destacava como veículo jurídico de potenciamento ao exercício privado da liberdade e da vontade.

A experiência interindividual e social dos últimos duzentos anos encarregou-se de demonstrar quão quimérica e falaciosa podem ser essas noções de liberdade e vontade no contexto das relações entre pessoas e grupos sociais. O Direito do Trabalho, a propósito, é fruto da descoberta do caráter um tanto falacioso e quimérico de semelhante equação jurídica. Contudo, não obstante as graves limitações à liberdade e ao exercício pessoal da vontade em inúmeras situações contemporaneamente relevantes, preserva-se como essencial o reconhecimento de que tais valores são dados inerentes à contextura das relações sociojurídicas típicas do mundo contemporâneo. É que esse reconhecimento permite se vislumbrar um potencial de avanço e desenvolvimento do plano da liberdade e vontade no

quadro das relações humanas — desenvolvimento e avanço inviáveis em estruturas sociojurídicas que não tivessem tais elementos como integrantes estruturais de suas relações características.

No Direito do Trabalho, a figura do contrato desponta com toda sua faceta enigmática. É que, de um lado, está-se diante talvez do mais eloquente exemplo de *contrato de adesão* fornecido pelo mundo contemporâneo, onde o exercício da liberdade e vontade por uma das partes contratuais — o empregado — encontra-se em polo extremado de contingenciamento. De outro lado, porém, a simples presença das noções de liberdade e vontade no contexto dessa relação contratual já alerta para o potencial de ampliação de seu efetivo cumprimento em harmonia com avanços sociopolíticos democráticos conquistados na história.

II. ASPECTOS CONCEITUAIS DO CONTRATO DE TRABALHO

1. Definição

Definir um fenômeno consiste na atividade intelectual de apreensão e desvelamento dos elementos componentes desse fenômeno e do nexos lógico que os mantêm integrados. A definição é, pois, uma declaração da essência e composição de um determinado fenômeno: supõe, desse modo, o enunciado não só de seus elementos integrantes como do vínculo que os mantém unidos.

A definição do contrato de trabalho não foge a essa regra. Identificados seus elementos componentes e o laço que os mantêm integrados, define-se o contrato de trabalho como o *negócio jurídico expresso ou tácito mediante o qual uma pessoa natural obriga-se perante pessoa natural, jurídica ou ente despersonalizado a uma prestação pessoal, não eventual, subordinada e onerosa de serviços*.

Também pode ser definido o contrato empregatício como o *acordo de vontades, tácito ou expresso, pelo qual uma pessoa física coloca seus serviços à disposição de outrem, a serem prestados com pessoalidade, não eventualidade, onerosidade e subordinação ao tomador*. A definição, portanto, constrói-se a partir dos elementos fático-jurídicos componentes da relação empregatícia, deflagrada pelo ajuste tácito ou expresso entre as partes⁽¹⁾.

Definição da CLT: crítica — A CLT define a figura jurídica em exame. Dispõe o art. 442, *caput*, que “*contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego*”.

(1) A análise dos elementos fático-jurídicos da relação de emprego (trabalho por pessoa natural, com pessoalidade, não eventualidade, onerosidade e subordinação) encontra-se na obra deste autor: *Introdução ao Direito do Trabalho*. 3. ed., LTr, 2001 (Capítulo VIII — “Relação de Trabalho e Relação de Emprego”). Também no Capítulo IX deste Curso (“Relação de Emprego — Caracterização”).

O texto da CLT não observa, como se percebe, a melhor técnica de construção de definições: em primeiro lugar, não desvela os elementos integrantes do contrato empregatício; em segundo lugar, estabelece uma relação incorreta entre seus termos (é que em vez de o contrato *corresponder* à relação de emprego, na verdade ele *propicia* o surgimento daquela relação); finalmente, em terceiro lugar, o referido enunciado legal produz um verdadeiro círculo vicioso de afirmações (contrato/relação de emprego; relação de emprego/contrato)⁽²⁾.

Como bem percebido pela pesquisa doutrinária acerca do assunto, o texto celetista verdadeiramente resultou de um “acordo teórico” entre as correntes contratualistas e acontratualistas na época de elaboração da CLT, na década de 1940: a norma legal reverenciou, a um só tempo, tanto a noção de *contrato* (teoria contratualista) como a noção de *relação de emprego* (teorias da relação de trabalho e institucionalista) — em franco prejuízo à melhor técnica jurídica⁽³⁾.

2. Denominação

A denominação ideal de uma figura será aquele epíteto que melhor espelhar o efetivo conteúdo da figura identificada. Nesse quadro, têm surgido críticas à denominação *contrato de trabalho*, em geral ao fundamento de que inexistiria perfeita correspondência entre a referida denominação e o efetivo conteúdo do pacto laborativo a que ela se reporta.

A mais tradicional crítica é aquela apontada por *Planiol*. Sustentava o clássico jurista não traduzir a expressão contrato de trabalho a natureza do instituto a que se referia, indicando, em vez disso, o objeto da prestação (trabalho). Seria como se o contrato de transporte fosse designado pelo epíteto *contrato de coisa* (ou o contrato de locação imobiliária pelo epíteto *contrato de bem imóvel*)⁽⁴⁾.

A objeção, contudo, não tem valor absoluto, por distintas razões: de um lado, porque outros ramos jurídicos também conhecem designação de contrato efetivada sem referência à natureza do instituto; assim como conhecem designação de contrato elaborada reportando-se ao objeto da prestação⁽⁵⁾. De outro lado, porque a denominação pode enfatizar o aspecto mais relevante, do ponto de vista sociojurídico, do instituto a que se refere. No presente caso, o aspecto mais relevante é exatamente o trabalho prestado por uma

(2) Conforme MARANHÃO, Délio. *Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1987, p. 36.

(3) A respeito, MAGANO, Octavio Bueno. *Manual de Direito do Trabalho*. V. II, 4. ed. São Paulo: LTr, 1993, p. 25.

(4) A respeito, MAGANO, Octavio Bueno, ob. cit., V. II, p. 45-47. Também, CATHARINO, José Martins. *Compêndio de Direito do Trabalho*. V. I. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 215-218.

(5) A respeito, MAGANO, Octavio Bueno, ob. cit., V. II, p. 46.

pessoa natural a outrem. Se o epíteto escolhido produzir essa ênfase terá cumprido, ainda que em parte, a missão de espelhar o conteúdo essencial da figura definida.

A segunda objeção comumente produzida argumenta que a expressão *trabalho* tem amplitude muito maior do que o efetivo conteúdo do contrato em exame, já que compreende não só a relação de emprego como também a relação de trabalho autônomo, eventual, avulso e inúmeras outras que não sejam, tecnicamente, de natureza empregatícia. Nessa linha, seria mais precisa e adequada a expressão *contrato de emprego*, porque atada à estrita e tipificada relação jurídica envolvida por esse contrato, a relação de emprego⁽⁶⁾.

Não obstante a segunda objeção seja, do ponto de vista técnico, irreparável — dado que o epíteto contrato de trabalho pretende referir-se estritamente à relação de emprego e não às relações de trabalho em geral —, consagrou-se, inquestionavelmente, a expressão *contrato de trabalho*. Essa consagração, como fato sociocultural, suplanta as restrições classicamente opostas ao epíteto. É que hoje se sabe da delimitação estrita direcionada ao objeto do contrato de trabalho tipificado pela CLT; sabe-se que quando se fala contrato de trabalho, *no sentido estrito*, quer-se referir à noção técnico-jurídica de contrato de emprego.

De todo modo, deve-se ressaltar que a expressão *contrato de trabalho* pode ser também utilizada *no sentido lato*. Se o for, estará abarcando todos os contratos que tenham como objeto a pactuação de prestação de serviços *por uma pessoa natural* a outrem. Abrangeria, pois, o contrato de trabalho no sentido estrito (ou contrato de emprego, isto é, contrato que tenha como objeto a prestação empregatícia de trabalho), englobando, ainda, o contrato de empreitada, o contrato de prestação autônoma de serviços, de prestação eventual de serviços, de prestação de serviços de estágio e outros contratos de prestação laboral distinta da empregaticamente pactuada.

3. Caracteres

A caracterização de um determinado fenômeno é o procedimento intelectual mediante o qual se desvelam os elementos integradores desse fenômeno e que instituem as marcas mais proeminentes de sua estrutura e dinâmica operacional. H.P. Fairchild define *caráter* como a “qualidade, traço ou conjunto de traços, atributos ou características que servem para indicar a qualidade essencial de uma pessoa ou coisa”⁽⁷⁾. A caracterização é o desvelamento desses atributos e qualidades.

(6) A expressão *contrato de emprego* é preferida, por exemplo, pelo jurista CATHARINO, José Martins, ob. cit., V. I, p. 218.

(7) A conceituação está no Dicionário de Sociologia de FAIRCHILD, citado por SEMINÉRIO, Franco Lo Presti, in “Caráter”, *Dicionário de Ciências Sociais*, Fundação Getúlio Vargas, 1986, p. 148 (grifos acrescidos).

O procedimento de caracterização é mais amplo que o da definição. Nesta indicam-se os elementos componentes essenciais de um fenômeno e o nexo que os mantêm integrados. Na caracterização, contudo, vai-se além: nela apontam-se também os elementos não conceitualmente essenciais (isto é, elementos sem os quais o fenômeno não existiria), mas que imprimem marca relevante ou distintiva à estrutura ou dinâmica operacional do fenômeno examinado.

Na caracterização do contrato de trabalho pode-se indicar um significativo grupo de elementos relevantes. Trata-se de um pacto de Direito Privado, em primeiro lugar. É contrato sinalagmático, além de consensual, e celebra-se *intuito personae* quanto ao empregado. É ele, ainda, pacto de trato sucessivo e de atividade. Finalmente, é contrato oneroso, dotado também de alteridade, podendo, além disso, ser acompanhado de outros contratos acessórios.

Analiticamente, essas características podem assim ser examinadas:

Contrato de Direito Privado — O posicionamento desse contrato no âmbito privado do Direito é, hoje, indubitável — embora já tenha sido, em períodos passados do ramo justralhista, objeto de certa controvérsia. Tal posicionamento deriva da natureza essencialmente privada não só dos *sujeitos* pactuantes (mesmo o Estado, quando contrata empregados — via CLT, pois — age como particular, sem prerrogativas especiais em face da legislação trabalhista), como também dos *interesses* envolvidos e, por fim, da própria *relação jurídica* central desse contrato.⁽⁸⁾

Cabe notar que a imperatividade das normas justralhistas (uma característica do Direito do Trabalho) não transforma o contrato empregatício em contrato de Direito Público. É que no contrato de trabalho, à diferença do ocorrido no Direito Público — e apesar de ser ele um inequívoco *contrato de adesão* —, as partes se colocam em situação de paridade *jurídica* (não paridade real, porém *jurídica*), por ser nitidamente privada (e está aqui distinção fundamental perante o Direito Público) a relação jurídica básica regulada por suas cláusulas contratuais.

Naturalmente que se pode preferir a conclusão pela existência, no mundo contemporâneo, de um grupo jurídico próprio, bastante diferenciado dos

(8) As poucas peculiaridades que incidem sobre o contrato empregatício do servidor celetista, em contraponto aos contratos de empregados privados, resultam, de maneira geral, de determinação da Constituição da República, ao invés de estritamente da lei. Ilustrativamente: a) restrições à admissão de servidores, que deve passar pelo concurso público imperativo; b) restrições à dispensa meramente arbitrária de servidores, que tende a necessitar de motivação; c) restrições a reenquadramentos funcionais de servidores, se não observado o concurso público; d) restrições a reajustamentos de salários e à criação de parcelas salariais, salvo autorização de lei de iniciativa do Chefe do Poder Executivo. Afora tais restrições ou peculiaridades exemplificadas, o padrão celetista é o mesmo, quer na área privada, quer na área pública. A propósito, conferir, neste Curso, no Capítulo XII (“O Empregador”), o tópico V.1: “Empregador Estatal”.

dois blocos tradicionais (Direito Público e Direito Privado), identificando-se sob o epíteto de *Direito Social* (conclusão bastante razoável, aliás). Esse grupo específico, diferenciado, englobaria ramos como o Direito do Trabalho, o Direito da Seguridade Social, o Direito do Consumidor e o Direito Ambiental — todos qualificados pela presença dominante de normas imperativas e por relações jurídicas similares ao contrato de adesão e/ou tipos afins.

Caso se acolha a existência desse terceiro grupo específico de campos jurídicos, é claro que o contrato de trabalho estaria aqui posicionado. Porém, mesmo assim, não poderia ser tido como integrante do Direito Público.

Contrato sinalagmático — Por essa característica a doutrina aponta a circunstância de resultarem do contrato empregatício obrigações contrárias, contrapostas. Haveria, assim, reciprocidade entre as obrigações contratuais, ensejando equilíbrio formal entre as prestações onerosas.

Pondera a doutrina que o sinalagma característico do contrato de trabalho é distintamente aferido caso comparado com o que tende a caracterizar os contratos civis em geral. No âmbito empregatício, ele seria aferido tomando-se o *conjunto* do contrato e não apenas o contraponto de suas obrigações específicas (trabalho *versus* salário, por exemplo). É que o instituto da interrupção contratual (pelo qual o obreiro não presta serviços, mas recebe as verbas integrais do contrato, como férias, ilustrativamente) eliminaria, por exemplo, o caráter sinalagmático do pacto empregatício, caso a comparação fosse tópica, parcela contra parcela (o mesmo efeito seria produzido pelo art. 4º da CLT, que admite a existência de obrigações contratuais empregatícias mesmo sem efetiva prestação de serviços). Aferindo-se tal característica pelo *conjunto contratual*, preserva-se a validade da característica sinalagmática do contrato empregatício.

Contrato consensual — Tal caráter distingue o pacto cuja celebração não se sujeita a formalidades imperativas. Assim é o contrato de trabalho, de maneira geral (art. 442, *caput*, da CLT). Sendo meramente consensual (e não formal ou solene), o contrato empregatício pode ajustar-se tacitamente inclusive, sem necessidade de qualquer manifestação expressa oriunda das partes contratuais.

Há certos contratos de trabalho que escapam a essa característica da informalidade, sujeitando-se, pois, à pactuação formal para sua plena validação. São exemplos desses contratos formais o de aprendizagem (art. 428, CLT), o de atleta profissional e o de artista profissional⁽⁹⁾.

Contrato celebrado “intuito personae” — Trata-se de característica que envolve uma única parte contratual — o empregado —, sendo estranha ao

(9) Remetemos o leitor ao estudo da *forma* e das *nulidades* nos contratos de trabalho, efetivado neste mesmo Capítulo.

outro ente pactuante (no que tange ao empregador predomina, como se sabe, a impessoalidade, isto é, a despersonalização de sua figura contratante). Enquanto o empregado é figura subjetivamente infungível no contexto do contrato de trabalho — sob pena de descaracterizar-se esse contrato —, autoriza a ordem justrabalhista, em princípio, a plena fungibilidade da figura do empregador, que pode, assim, ser sucedido por outrem no contexto da mesma relação de emprego.

A característica da infungibilidade obreira supõe a presença de uma *fidúcia* especial com relação ao empregado: a prestação laboral contratada é subjetivamente infungível, não podendo ser cumprida por outrem que desonere o empregado contratado. É, desse modo, *atividade pessoal*, que não pode, por isso mesmo, ser pactuada por pessoas jurídicas (que contratam, não obstante, prestação de serviços no sentido amplo). Além disso, a atividade contratada (obrigação de fazer) é tida como *facienda necessitas*, isto é, trata-se da prestação principal do contrato sob a perspectiva obreira⁽¹⁰⁾.

Contrato de trato sucessivo — As prestações centrais desse contrato (trabalho e verbas salariais) sucedem-se continuamente no tempo, cumprindo-se e vencendo-se, seguidamente, ao longo do prazo contratual. A relação de trabalho é uma relação de “*débito permanente*”⁽¹¹⁾, que incorpora como seu elemento típico a continuidade, a duração. Também as verbas devidas pelo empregador em geral tendem a vencer continuamente, parcela a parcela, ao longo do tempo contratual. Dessa forma, o caráter da *continuidade e permanência* — oposto ao aspecto *instantâneo* de uns contratos (compra e venda) ou *episódico* de outros (contrato de trabalho eventual) — é distintivo importante dos contratos empregatícios.

Contrato de atividade — Trata-se de característica associada à anterior, denotando a qualidade de ser o contrato de emprego um pacto que tem como uma de suas obrigações centrais a prestação de fazer, que se cumpre continuamente no tempo. Do ponto de vista do empregado, a atividade contratada é a prestação principal (*facienda necessitas*); do ponto de vista do empregador, é a própria *causa* de formação do contrato.

Contrato oneroso — Tem essa qualidade o contrato em que cada parte contribui com uma ou mais obrigações economicamente mensuráveis. A

(10) É o que expõe Octavio Bueno Magano, reportando-se à lição do jurista italiano Giuliano Mazzoni: Sucede que ele não é o único contrato de atividade, pois convive ao lado do mandato, do depósito, da empreitada, e de outros, pertencentes ao mesmo gênero. Deles, contudo, se distingue por corresponder a uma *facienda necessitas*, em que a atividade não constitui apenas prestação obrigacional mas a prestação principal. In: *Manual de Direito do Trabalho*, V. II, 4. ed. São Paulo: LTr, 1993, p. 49.

(11) Gierke, citado por Délio Maranhão: *Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1987, p. 149.

onerosidade consiste na previsão de perdas e vantagens econômicas para ambas as partes no âmbito do contrato: há troca de sacrifícios e vantagens na dinâmica contratual; há transferência recíproca, ainda que desigual, de riquezas entre as partes contratuais. No contexto empregatício essa troca faz-se substantivamente por meio do contraponto prestação de trabalho *versus* parcelas salariais (ressalvadas as situações de interrupção contratual). Se a prestação de serviços realizar-se *sem intuito contraprestativo por parte do prestador* (laborando, no caso, com objetivos benevolentes, altruísticos e afins — *affectionis vel benevolentiae causa*), o contrato existente não será de emprego, por falta da onerosidade que lhe é atávica.

Observe-se, por fim, que não descaracteriza a onerosidade o fato de ser a remuneração paga parcialmente por terceiros (gorjetas) ou *in natura* (art. 458, *caput*, CLT)⁽¹²⁾.

Contrato dotado de alteridade — A expressão alteridade é incorporada pelo ramo justralhista para traduzir a noção de que a prestação laboral do tipo empregatício corre por conta alheia ao prestador. O risco inerente à prestação de serviços e a seu resultado, além dos riscos do próprio empreendimento empresarial, todos são estranhos à figura do prestador (o obreiro, portanto), recaindo sobre o adquirente de tais serviços. Tipificado como empregatício o contrato, a alteridade surge-lhe como marca característica, independentemente do ajuste tácito ou expresso fixado pelas partes contratuais a respeito dos riscos do empreendimento ou do trabalho efetivado⁽¹³⁾.

Contrato complexo (acompanhado de outros contratos) — O contrato de trabalho traz como característica a possibilidade de associar-se a outros contratos, que tendem a ter perante ele uma relação de acessoriedade. São exemplos de contratos acessórios os pactos concernentes a depósito de instrumentos de trabalho, comodato de imóvel residencial, mandato, etc. Nesse grupo podem se acrescentar também os pactos de complementação de aposentadoria firmados com fundos de pensão cujo patrocínio seja conferido pelo respectivo empregador.

O vínculo de acessoriedade ao contrato empregatício é inerente a tais contratos auxiliares. Desse modo, eles tendem a sofrer efeitos decorrentes da dinâmica do próprio contrato de trabalho (por exemplo, extinto este, extinguem-se os contratos acessórios). Contudo, esse vínculo pode não ser

(12) Sobre o trabalho voluntário, que se caracteriza por não ter o elemento da onerosidade, consultar o Capítulo X, item VIII, deste Curso.

(13) O debate acerca da assunção de riscos (alteridade) no contrato de trabalho encontra-se também exposto no item II “Empregador: Caracterização” do capítulo “A Figura Jurídica do Empregador” da obra deste autor, *Introdução ao Direito do Trabalho*. 3. ed., São Paulo: LTr, 2001. Neste Curso, Capítulo XII, item II.

absoluto: nada impede que as partes preservem, por seu claro interesse — e por exceção —, a vigência de um contrato acessório mesmo após o rompimento do contrato principal.

III. MORFOLOGIA DO CONTRATO (ELEMENTOS CONSTITUTIVOS)

Denomina-se *morfologia* (*morphe*: forma + *logos*: tratado + *ia*) o estudo da forma e composição de determinados fenômenos. A morfologia comparece, ilustrativamente, nas Ciências Biológicas (“estudo das formas de que nos seres organizados se pode a matéria revestir”), na Linguística (estudo da “formação das palavras”)⁽¹⁴⁾, nas Ciências Sociais (“a análise morfológica... estuda os sistemas estruturais de várias comunidades e os compara mutuamente, classificando-os em várias categorias”)⁽¹⁵⁾. Na Ciência do Direito, morfologia dos contratos é o estudo dos elementos componentes da figura jurídica contratual.

Os elementos componentes do contrato empregatício não diferem, em geral, daqueles já identificados pela teoria civilista clássica: trata-se dos elementos *essenciais*, *naturais* e *acidentais* do contrato.

Os primeiros (elementos essenciais) são imprescindíveis à formação da figura jurídica contratual — sua ausência ou irregularidade pode comprometer a própria existência ou validade do contrato. Os segundos (elementos naturais), embora não sejam imprescindíveis à existência do contrato, são comuns, recorrentes e quase inevitáveis em seu cotidiano concreto. Os últimos (elementos acidentais) são circunstanciais e episódicos na existência de tais contratos.

É interessante perceber que a análise dos elementos componentes do contrato empregatício (em especial de seus elementos essenciais — também chamados *elementos jurídico-formais* do contrato) deve se fazer apenas em sequência à análise dos elementos denunciadores da existência da própria relação de emprego. Ou seja, é inútil discutir-se a respeito da validade do contrato (tema abordado a partir do exame de seus elementos essenciais ou jurídico-formais) sem se ter presente a efetiva existência de uma relação de emprego entre as partes (tema abordado a partir do exame dos elementos fático-jurídicos da relação de emprego).

Como se sabe, o fenômeno sociojurídico da relação empregatícia emerge apenas se reunidos os seus cinco elementos fático-jurídicos constitutivos: prestação de trabalho por *pessoa física* a outrem, com *personalidade*, *não*

(14) As duas definições estão em CALDAS AULETE. *Dicionário Contemporâneo de Língua Portuguesa*. V. IV. Lisboa: Delta, 1986, p. 1286.

(15) *Dicionário de Ciências Sociais*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1986, p. 785.

eventualidade, onerosidade e sob subordinação⁽¹⁶⁾. Cabe ao operador jurídico, entretanto, examinar se o Direito do Trabalho confere efetiva *validade* a essa relação empregatícia surgida. Ingressa o operador, assim, na análise dos elementos jurídico-formais (ou essenciais) do contrato empregatício. Trata-se de elementos cuja higidez e regularidade jurídicas são essenciais para que o Direito autorize a produção de plenos efeitos à relação oriunda do mundo dos fatos sociais.

Do ponto de vista comparativo, pode-se afirmar que a pesquisa sobre os *elementos fático-jurídicos da relação empregatícia* permite responder à pergunta sobre a existência ou não da relação de emprego no caso concreto, ao passo que a pesquisa sobre os *elementos jurídico-formais do respectivo contrato* empregatício permite responder à pergunta sobre a validade (ou não) e extensão de efeitos jurídicos daquela relação configurada entre as partes.

Na mesma linha comparativa, pode-se ainda aduzir que, enquanto os elementos fático-jurídicos constituem dados do mundo fático ou ideal que existem independentemente do fenômeno que irão compor, os elementos jurídico-formais constituem construções teóricas e normativas efetuadas pelo Direito, cuja presença passa a ser considerada relevante à validade jurídica do próprio fenômeno a que se integram.

Está claro, desse modo, que o fenômeno da relação de emprego somente se completa, higidamente, *do ponto de vista de seus plenos efeitos jurídicos*, se reunidos, na mesma relação examinada, os elementos fático-jurídicos da respectiva relação e os correspondentes elementos jurídico-formais do contrato pertinente à mesma relação. *Verificada a reunião dos elementos fático-jurídicos, a relação de emprego existe. Confirmada a presença (ou regularidade) de todos os elementos jurídico-formais, a relação de emprego torna-se potente para provocar efeitos no mundo do Direito.*

1. Elementos Essenciais (Jurídico-formais) do Contrato

Os elementos jurídico-formais (elementos essenciais) do contrato de trabalho são aqueles enunciados pelo Direito Civil: capacidade das partes; objeto lícito, possível, determinado ou determinável; forma prescrita ou não vedada por lei (art. 82, CCB/1916; art. 104, I a III, CCB/2002). A esses três classicamente acolhidos, soma-se a higidez da manifestação da vontade (ou

(16) A respeito desses elementos fático-jurídicos da relação empregatícia e sua conjugação para dar origem à relação de emprego, ver o capítulo “Relação de Trabalho e Relação de Emprego”, na obra deste autor: *Introdução ao Direito do Trabalho*. 3. ed., São Paulo: LTr, 2001. Neste Curso, Capítulo IX. Ver ainda a obra *Relação de Emprego — Estrutura Legal e Supostos*. Saraiva, 1975, p. 163-170, de Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena, que lançou e distinguiu, com maestria, na doutrina nacional, os conceitos de *pressupostos e requisitos* da relação empregatícia.

consenso válido). Esses elementos estruturantes compõem o Direito do Trabalho, obviamente, com as adequações próprias a esse ramo jurídico especializado.

As repercussões jurídicas da falta ou irregularidade concernente aos elementos essenciais do contrato serão examinadas mais à frente, neste Capítulo, no estudo referente às *nulidades contratuais*.

A) Capacidade das Partes — Capacidade, como se sabe, “é a aptidão para exercer, por si ou por outrem, atos da vida civil”⁽¹⁷⁾. *Capacidade trabalhista é a aptidão reconhecida pelo Direito do Trabalho para o exercício de atos da vida laborativa*.

O Direito do Trabalho não introduz inovações no que concerne à capacidade do *empregador*, preserva, aqui, portanto, o padrão jurídico já assentado no Direito Civil. Desde que se trate de pessoa natural, jurídica ou ente despersonalizado a quem a ordem jurídica reconheça aptidão para adquirir e exercer, por si ou por outrem, direitos e obrigações na vida civil, tem-se como capaz esse ente para assumir direitos e obrigações trabalhistas.

Já no tocante à figura do *empregado* há claras especificidades normativas na ordem justralhista. Em primeiro lugar, fixa o Direito do Trabalho que a capacidade plena para atos da vida trabalhista inicia-se aos 18 anos (e não 21, como no antigo CCB, só modificado em 2003, quando tal limite etário também chegou aos 18 anos: art. 5º, CCB/2002). A maioria trabalhista começa, pois, aos 18 anos (art. 402 da CLT). Ressalte-se que o preceito celetista que anteriormente lançava certa cortina de dúvida sobre esse termo inicial da maioridade (o art. 446 dispunha que entre 18 e 21 anos *presumia-se* o trabalhador autorizado a trabalhar, por seu responsável legal) encontra-se, há tempos, expressamente revogado (Lei n. 7.855/89). Mesmo antes de sua revogação expressa, o preceito já estava esterilizado, por incompatibilidade (fenômeno da não recepção), em vista do parâmetro etário constitucional firmemente acolhido em 1988 — 18 anos (arts. 7º, XXXIII, e 227, *caput*, e § 3º, da CF/88).

Entre 16 e 18 anos situa-se capacidade/incapacidade relativa do obreiro para atos da vida trabalhista (14 anos, se vinculado ao emprego por meio de *contrato de aprendiz*). É o que deriva da regra constitucional, combinada com o modelo jurídico celetista adaptado à nova Constituição (art. 7º, XXXIII, da CF/88, conforme EC n. 20, de 15.12.98; arts. 402 a 405 da CLT). Antes da EC n. 20/98, tais parâmetros etários eram, respectivamente, 14 e 12 anos.

Sendo relativa essa capacidade, pode o trabalhador jovem praticar, validamente, sem a assistência de seu responsável legal, alguns tantos atos laborais. Assim, pode ele prestar trabalho e assinar recibo de pagamentos

(17) MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. V. I. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 57-58. O autor, na verdade, assim se expressa: “capacidade é aptidão para adquirir direitos e exercer, por si ou por outrem, atos da vida civil”.

contratuais ao longo do desenvolvimento do pacto. Embora a lei refira-se à assinatura de recibo *salarial* (art. 439 da CLT), é evidente que não produziu referência taxativa: sendo o salário a mais importante verba paga ao trabalhador em virtude do contrato, a autorização para seu recebimento logicamente estende-se a outras parcelas menos essenciais pagas ao longo da prestação de serviços (ilustrativamente, vale-transporte).

A restrição normativa à capacidade obreira leva a que somente seja válida a prática de alguns outros tantos atos trabalhistas caso o trabalhador esteja, no momento, assistido por seu responsável legal. É o que se passa com os atos de requerimento de expedição de CTPS, celebração contratual e assinatura de termo de rescisão do contrato de trabalho (arts. 17, § 1º, e 439 da CLT).

No âmbito processual, a propositura de ação trabalhista também supõe a regular assistência pelo responsável legal. Observe-se que aqui não se trata de representação, mas inquestionavelmente de *assistência*, à luz do conjunto do modelo celetista e da própria direção normativa apontada pela Constituição. A letra da expressão enunciada pelo art. 793 da CLT (que fala em “representantes legais” do trabalhador menor) não pode conduzir a uma interpretação meramente gramatical (em torno da ideia de representação e não assistência), sob pena de comprometer-se o conjunto lógico e sistemático de toda a ordem jurídica. Se o Direito autoriza que o menor entre 16 e 18 anos labore e até mesmo assine os recibos de pagamento de verbas contratuais ao longo do pacto empregatício — tratando-o, pois, como relativamente capaz —, não há de lhe retirar, em seguida, o mínimo de aptidão para a prática de alguns poucos atos judiciais. A figura, portanto, é de assistência também no âmbito processual trabalhista (art. 793, CLT, mesmo após redação da Lei n. 10.288 de 20.9.2001).

Tratando-se, desse modo, de assistência a figura ora em exame, pode o processo ser extinto, sem resolução de mérito (“arquivamento”, na linguagem celetista), caso o obreiro não compareça, injustificadamente, à audiência inicial da respectiva ação (art. 844 da CLT). Do mesmo modo, o depoimento pessoal do trabalhador menor pode ensejar confissão (pena a ser aplicada com o máximo de restrição pelo juiz, evidentemente, em face da restrição de capacidade da pessoa obreira).

Existem, por fim, atos trabalhistas vedados ao trabalhador menor de 18 anos, ainda que relativamente capaz: é o que se passa, por exemplo, com a prestação laboral em período noturno ou em circunstâncias perigosas ou insalubres (art. 7º, XXXIII da CF/88 — o texto constitucional anterior reportava-se apenas à *indústria* insalubre).

A ordem jurídica estabelece alternativas à assistência trabalhista do obreiro, caso inviabilizada a presença de seu responsável legal. Elege o art. 793 da CLT, em primeiro plano alternativo aos “representantes legais”,

o Ministério Público do Trabalho. Em seguida, reporta-se ao sindicato, ao Ministério Público Estadual e, por fim, ao *curador nomeado em juízo* (art. 793, CLT, conforme redação da Lei n. 10.288/01).

Ao tratar do responsável pelo menor, a CLT tinha a tendência de referir-se apenas ao pai. Hoje, sabe-se que, em face da Constituição de 1988, que estabelece idêntica titularidade aos cônjuges pelos direitos e deveres concernentes à família (§ 5º do art. 226 da CF/88), não se pode discriminar, também para fins justralhistas, entre pai e mãe.

Esclareça-se que a cessação da incapacidade *civil* pela existência de relação empregatícia que assegure economia própria ao menor com 16 anos completos (art. 5º, parágrafo único, V, CCB/2002) é dispositivo que não repercute no plano dos preceitos justralhistas examinados. Afinal, *a diretriz civilista não invade o Direito do Trabalho na seara em que este estabeleça regras imperativas específicas, em decorrência de fundamentos e objetivos próprios.*⁽¹⁸⁾

Note-se, por fim, que a Emenda Constitucional n. 65, de 13.7.2010, inseriu a palavra *jovem* na denominação do Capítulo VII do Título VIII da Constituição (“Da Família, da Criança, do Adolescente, do Jovem e do Idoso”), assim como no interior do fundamental art. 227 da Constituição, que fixa parâmetros nesta seara não somente para a legislação ordinária, como também para as políticas públicas. No inciso I do § 8º deste artigo, a EC n. 65/2010 fixou que a “lei estabelecerá (...) o estatuto da juventude, destinado a regular os direitos dos jovens”.

Do ponto de vista trabalhista, é preciso esclarecer que as restrições legais dirigidas ao trabalhador menor de 18 anos não se estendem, em princípio, ao *jovem*, caso posicionado etariamente acima dessa idade. Embora o conceito jurídico de jovem esteja, de certo modo, remetido ao *Estatuto da Juventude* (aprovado pela Lei n. 12.852, de 5.8.2013), sua configuração não afasta a regência normativa especial deferida às pessoas com idade até 18 anos que tenham vinculação com o mundo laborativo. Afinal, este parâmetro etário especial já está consolidado no texto da própria Constituição (art. 7º, XXXIII, combinado com art. 227, § 3º, CF), não aceitando alterações legais *in pejus*.

Por outro lado, se é inconcebível se restringirem proteções normativas em face do novo conceito mais abrangente criado (*jovem*), parece também imprudente se estenderem todas as restrições e limites aplicáveis aos menores de 18 anos à faixa etária superior a esse limite *cardeal*⁽¹⁹⁾.

(18) Sobre o presente tema, consultar no Capítulo XXII, item IV.5.B, deste Curso, o tópico “Discriminação Contra Trabalhador Menor de 18 Anos”.

(19) Tais observações têm se mostrado oportunas, mesmo antes do preenchimento normativo propiciado pelo *Estatuto da Juventude*. É que a ordem jurídica já possuía certo conceito legal de *jovem*, bastante ampliativo a propósito: a Lei n. 11.692, de 10.6.2008 (cuja primeira Medida Provisória foi publicada em 28.12.2007 — MPr. n. 411), instituindo o Programa Nacional de

B) Licitude do Objeto — A ordem jurídica somente confere validade ao contrato que tenha objeto *lícito* (art. 145, II, CCB/1916; art. 166, II, CCB/2002). Na verdade o Código Civil de 2002 é mais detalhado, referindo-se a “objeto lícito, possível, determinado ou determinável” (art. 104, II, CCB/2002).

O Direito do Trabalho não destoa desse critério normativo geral. *Enquadrando-se a atividade prestada em um tipo legal criminal, rejeita a ordem justralhista reconhecimento jurídico à relação socioeconômica formada, negando-lhe, desse modo, qualquer repercussão de caráter trabalhista.* Não será válido, pois, contrato laborativo que tenha por objeto atividade ilícita.

Esclareça-se esse aspecto da ordem jurídica: o Direito do Trabalho, seus princípios, institutos e regras, tudo se construiu em direção à pessoa humana que realiza uma das mais importantes dinâmicas da História, o trabalho, na qualidade de ação humana de transformação da natureza e de agregação de valores à vida social. Não há como se confundir tal dinâmica com a atividade ilícita, a criminalidade, ainda que o negócio criminoso muitas vezes se estruture como organização, com hierarquias, ordens e divisão de tarefas. O partícipe de atividades ilícitas não é, definitivamente, destinatário do Direito do Trabalho e nem o que ele concretiza é, sequer, trabalho, porém mera *atividade*. Nesse contexto, sendo manifestamente ilícito o objeto do contrato (atividade ilícita), não há como se estender a tutela jurídica trabalhista para o partícipe da corrente criminosa.

Contudo, há uma distinção fundamental a ser observada no tocante a esse tema. Trata-se da diferença entre *ilicitude* e *irregularidade* do trabalho. *Ilícito* é o trabalho que compõe um tipo legal penal ou concorre diretamente para ele; *irregular* é o trabalho que se realiza em desrespeito a norma imperativa vedatória do labor em certas circunstâncias ou envolvente de certos tipos de empregados. Embora um trabalho irregular possa também, concomitantemente, assumir caráter de conduta ilícita (exercício irregular da medicina, por exemplo), isso não necessariamente se verifica.

A doutrina e a jurisprudência tendem também a chamar o *trabalho irregular de trabalho proibido*, pela circunstância de ele importar em desrespeito a norma

Inclusão de Jovens — Projovem —, referenciou-se a *jovens entre 15 e 29 anos* no tocante aos objetivos do diploma legal. O *Estatuto da Juventude*, por sua vez, confirma esses limites etários (15 a 29 anos: art. 1º, § 1º, Lei n. 12.852/2013), atribuindo, porém, à legislação especial (e não a si mesmo) a regência normativa do “direito à profissionalização e à proteção no trabalho dos adolescentes com idade entre 15 (quinze) e 18 (anos) anos de idade” (art. 16, Lei n. 12.852/2013). Entre essas leis especiais regentes encontram-se o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069, de 1990), a Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-Lei n. 5.452, de 1943), a Lei do Estágio (Lei n. 11.788, de 2008) e outros diplomas legais específicos. Esclareça-se, de todo modo, que o *Estatuto da Juventude* somente entrou em vigor em fevereiro de 2014, em face da *vacatio legis* de 180 dias por ele próprio estabelecida (art. 48 da Lei n.12.852, publicada em 6 de agosto de 2013).

proibitiva expressa do Estado. É exemplo significativo de trabalho irregular (ou proibido) aquele executado por menores em período noturno ou em ambientação perigosa ou insalubre. Na mesma direção o trabalho executado por estrangeiro sem autorização administrativa para prestação de serviços.

O Direito do Trabalho tende a conferir efeitos justralhistas plenos à prestação empregatícia de *trabalho irregular* (ou trabalho proibido) — desde que a irregularidade não se confunda também com um tipo legal criminal. *A teoria justralhista de nulidades* (a ser examinada no presente Capítulo deste Curso) *incide firmemente em tais situações, garantindo plenas consequências trabalhistas ao contrato maculado por irregularidade em seu objeto*. Evidente que o reconhecimento de efeitos justralhistas não elimina a necessidade de determinar-se a correção do vício percebido ou extinguir-se o contrato, caso inviável semelhante correção.

A regra geral de negativa plena de efeitos jurídicos ao trabalho *ilícito* não esmorece a pesquisa em torno de algumas possibilidades concretas de atenuação do preceito geral enunciado. Duas alternativas destoantes da regra geral têm sido apontadas pela doutrina: a primeira, consistente na situação comprovada de desconhecimento pelo trabalhador do fim ilícito a que servia a prestação laboral perpetrada⁽²⁰⁾. A segunda alternativa consistiria na nítida dissociação entre o labor prestado e o núcleo da atividade ilícita. Para esta tese, se os serviços prestados não estiverem diretamente entrosados com o núcleo da atividade ilícita, não serão tidos como ilícitos, para fins justralhistas (exemplo: servente em prostíbulo)⁽²¹⁾. A comprovação de qualquer destas duas situações alternativas poderia ensejar, segundo tais concepções, a produção de efeitos trabalhistas ao prestador de serviços envolvido.

C) Forma Regular ou Não Proibida — Forma, no Direito, é a instrumentalização mediante a qual um ato jurídico transparece; é, pois, a instrumentalização de transparência de um ato jurídico. De maneira geral, o Direito não exige forma específica para os atos jurídicos contratados na vida privada, no suposto de que as partes podem eleger mecanismos eficientes e práticos para enunciação de sua vontade conjugada. Mesmo no Direito Civil, portanto, o formalismo é exigência excepcional colocada pela ordem jurídica (arts. 82 e 129, CCB/1916; art. 107, CCB/2002).

No Direito do Trabalho, essa regra também se manifesta: em princípio, não há qualquer instrumentalização específica obrigatória na celebração de um contrato empregatício. O contrato de trabalho é pacto não solene; é, por-

(20) Em tal direção, MARANHÃO, Délio, In: SÜSSEKIND, Arnaldo, *et alii. Instituições de Direito do Trabalho*. V. I. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1981, p. 224-225. Também MAGANO, O. B., *ob. cit.*, V. II, p. 153-154.

(21) A tese é do Professor Messias Pereira Donato, In: *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 128.

tanto, contrato do tipo informal, consensual, podendo ser licitamente ajustado até mesmo de modo apenas tácito (*caput* dos artigos 442 e 443 da CLT).

O caráter meramente consensual do contrato de trabalho faz com que sua existência comprove-se através de qualquer meio probatório juridicamente válido, inclusive indícios e presunções. Na verdade, a jurisprudência já pacificou que, evidenciada (ou incontroversa) a simples prestação de trabalho, tem-se como presumida a existência entre as partes de um contrato empregatício (Súmula 212 do TST), cabendo ao tomador de serviços o ônus de demonstrar que a relação percebida se estabeleceu sob diferente título jurídico.

Esclareça-se, porém, que mesmo sendo tácito o contrato, seu conteúdo não será, em geral, inteiramente fixado pelas próprias partes contratuais. Há um conteúdo imperativo mínimo próprio ao contrato empregatício, resultante das normas jurídicas autônomas e heterônomas aplicáveis às partes acordantes.

Existem, porém, é claro, certas situações excepcionais e legalmente tipificadas em que o pacto contratual de trabalho deve respeitar um mínimo de instrumentalização formal: trata-se de uns tantos contratos solenes trabalhistas referenciados pela CLT ou legislação extravagante (contratos relativos ao artista profissional, ao atleta profissional de futebol, etc.). Contudo, mesmo a ausência de fiel observância à solenidade prescrita em lei não elimina por inteiro os efeitos trabalhistas do pacto estabelecido, em virtude das peculiaridades da teoria trabalhista de nulidades.

Forma e Prova — Ressalte-se, por fim, que o elemento *forma* vincula-se diretamente ao tema da *prova do contrato*. Se a forma é a instrumentalização de transparência de um ato jurídico, obviamente que ela surge como uma das modalidades centrais de comprovação da existência desse ato e de seu conteúdo obrigacional. Desse modo, o instrumento escrito tende a ser meio privilegiado de prova do contrato e suas cláusulas. Não obstante, à medida que se sabe que o contrato empregatício é essencialmente consensual (isto é, não formal), é inquestionável que também poderá ser provado por quaisquer meios probatórios lícitos existentes, mesmo que distintos da instrumentalização escrita (arts. 442, *caput*, e 456, *caput*, da CLT; art. 332 do CPC).

De par com isso, a forma cumpre no Direito do Trabalho o importante papel de provar atos ou relações restritivos ou excetivos. Há atos de restrição de direitos trabalhistas que somente prevalecem caso pactuados com certa solenidade (por exemplo, o regime compensatório de jornada, que tradicionalmente sempre teve de ser pactuado, no mínimo, por escrito — antiga Súmula 108 do TST e Súmula 85, I, em vigor).⁽²²⁾ Há relações laborais

(22) Por exceção, a Lei n. 13.467/2017 permitiu a pactuação bilateral *tácita* do regime de compensação de jornada, desde que a compensação se realize no mesmo mês (novo § 6º do art. 59 da CLT).

excetivas ao padrão genérico da CLT que somente prevalecem como tal caso celebradas com a solenidade imposta por lei (por exemplo, o contrato temporário: Lei n. 6.019/74; ou o contrato provisório: Lei n. 9.601/98).

Note-se que em todas essas relações e atos excetivos ou restritivos, caso não seja seguida a solenidade legal, incidirá a regra dominante trabalhista — o modelo geral previsto na CLT —, normalmente mais favorável ao trabalhador.

Finalmente, há atos jurídicos trabalhistas que somente têm validade, cumprindo seus fins, caso formalizados por escrito. O mais relevante é o recibo de pagamento de verbas decorrentes do contrato de trabalho (art. 464 da CLT)⁽²³⁾.

D) Higiidez de Manifestação da Vontade — A ordem jurídica exige a ocorrência de livre e regular manifestação de vontade, pelas partes contratuais, para que o pacto se considere válido. Nessa linha, a higiidez da manifestação da vontade (ou consenso livre de vícios) seria elemento essencial aos contratos celebrados.

Reconheça-se, entretanto, que, desde as antigas vertentes institucionalistas e congêneres, da primeira metade do século XX, sempre despontaram no Direito concepções que não consideravam essencial à formação e existência do contrato a presença da vontade das partes, ou sua conjugação concertada. Ou seja, o contrato não seria, necessariamente, um *acordo de vontades*, ainda que tacitamente aproximadas. Admitido tal quadro teórico, tornar-se-ia um equívoco, é claro, referir-se à ideia de vontade como elemento estruturante do pacto enfocado.

Feita esta ressalva, que coloca um questionamento sobre a validade desse quarto elemento estruturante, preferimos preservar aqui seu estudo, por compreendermos ainda prevalecente e dotada de maior consistência a matriz teórica que enxerga na vontade um elemento de essência ao contrato, inclusive no plano empregatício.

Os contratos empregatícios também se caracterizam, pois, pela internalização desse elemento jurídico-formal. Contudo, a aferição de sua presença no cotidiano trabalhista é menos relevante do que percebido no cotidiano regulado pelo Direito Civil.

Três fatores convergem nessa direção: em primeiro lugar, a circunstância de o contrato empregatício ser um enfático contrato de adesão, para cujo

(23) É evidente que o crédito em conta corrente ou o pagamento por cheque nominal ao obreiro também cumprem a finalidade de comprovação formalística do pagamento — parágrafo único do art. 464 da CLT. Sobre o pagamento de verbas contratuais trabalhistas, consultar o Capítulo XXII, item III. 1, deste Curso.

conteúdo a vontade obreira, em rigor, pouco contribui. A livre manifestação da vontade dá-se mais no tocante ao momento de adesão ao pacto do que no de definição de suas cláusulas, conforme famosa observação da jurista *Luiza Riva Sanseverino*⁽²⁴⁾.

Em segundo lugar, a circunstância de o Direito do Trabalho já se construir tendo em consideração esse suposto de contingenciamento da vontade obreira no estabelecimento do contrato, prevendo, em contrapartida, regras imperativas voltadas a reequilibrar a relação entre as partes. No quadro normativo característico do Direito do Trabalho já está suposta certa pressão sobre a vontade do trabalhador no instante da celebração do contrato, elegendo o ramo justralhista critérios próprios e automáticos de enfrentamento dessa situação de desequilíbrio de vontades (através de normas imperativas, que estabelecem um conteúdo mínimo para o próprio contrato).⁽²⁵⁾

Em terceiro lugar, a circunstância de ter o Direito do Trabalho solução mais prática e ágil do que a busca da anulação do contrato em situações de alegado vício de consentimento. É a solução da rescisão contratual por ato de qualquer das partes, independentemente da prova de irregularidade em sua formação.

Não obstante essa menor importância deferida à pesquisa relativa à higidez da manifestação de vontade das partes, ela pode ganhar relevo em determinadas situações contratuais. De fato, principalmente em contratos a termo que tenham prazo relativamente longo — casos em que a ruptura do contrato por qualquer das partes torna-se sumamente onerosa à parte denunciante do pacto —, a investigação e prova de ocorrência de vício de vontade podem ganhar maior interesse do que o usualmente percebido. Em tais situações, se comprovado efetivo vício na manifestação da vontade (erro, dolo, coação), pode o contrato ser anulado, suplantando os ônus da ruptura contratual desmotivada por ato da parte lesada.

2. Elementos Naturais do Contrato

São aqueles que, embora não se caracterizando como imprescindíveis à própria formação do tipo contratual examinado, tendem a comparecer recorrentemente em sua estrutura e dinâmica concretas.

(24) “Para o conceito de contrato, o elemento essencial reside na liberdade do consenso para a constituição da relação, e não na liberdade do consenso para a determinação do conteúdo da relação” — SANSEVERINO, Luiza Riva. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1976, p. 115.

(25) A reforma trabalhista (Lei n. 13.467/2017) instituiu vários mecanismos de atenuação da imperatividade das normas trabalhistas e de acentuação do poder unilateral do empregador na regência prática do contrato de adesão laborativo (por exemplo, novo parágrafo único do art. 444 da CLT). Porém, mesmo assim, a característica da imperatividade das normas justralhistas não desapareceu.

Na área justrabalhista surge como elemento natural do contrato empregatício a jornada de trabalho. Dificilmente se encontrará, no Direito do Trabalho clássico, exemplo contratual em que a cláusula (expressa ou tácita) concernente à jornada não seja integrante do pacto. O avanço normativo trabalhista pode caminhar inclusive na direção de tornar sempre recorrentes, nas relações de trabalho, estipulações em torno da jornada de trabalho (evidentemente que, em períodos históricos regressivos e obscurantistas, o fenômeno inverso pode ocorrer, debilitando esse elemento natural do contrato empregatício).

Existem, de toda maneira, situações laborais restritas em que esse elemento natural não comparece: a mais enfática era aquela que envolvia o empregado doméstico (antigo texto do art. 7º, “a”, da CLT; antiga Lei n. 5.859/72, que vigorou por cerca de 40 anos; antigo texto do parágrafo único do art. 7º da Constituição, que vigorou até 2013). Ora, este trabalhador jamais teve fixadas pela ordem jurídica normas relativas à jornada de trabalho – até, finalmente, a reforma constitucional implementada no art. 7º, parágrafo único, da CF por força da EC n. 72, publicada em 3.4.2013, momento em que o elemento natural da jornada de trabalho passou a se aplicar à categoria doméstica.

O art. 62 da CLT também trata de duas situações contratuais excludentes das regras relativas à jornada de trabalho, que ainda estão em plena vigência: o ocupante de cargo/função de confiança e o exercente de labor externo incompatível com controle de jornada. A essas duas situações tradicionais, foi acrescido, pela Lei n. 13.467/2017, o regime de teletrabalho (novo inciso III do art. 62 da CLT).

A Lei n. 13.467/17 também instituiu contrato em que a jornada (e o próprio salário) podem ser sumamente imprecisos e voláteis, até mesmo não se concretizando em certos meses. Trata-se do contrato de trabalho intermitente, regulado pelos novos arts. 443, *caput* e § 3º, e 452-A, *caput* e §§ 1º até 9º, da CLT.⁽²⁶⁾

3. Elementos Acidentais do Contrato: condição e termo

Elementos acidentais do contrato são aqueles que, embora circunstanciais e episódicos no contexto dos pactos celebrados, alteram-lhes significativamente a estrutura e efeitos, caso inseridos em seu conteúdo. Os elementos acidentais classicamente enfatizados pela doutrina civilista são o *termo* e a *condição*.

(26) A respeito do ocupante de cargo, função de confiança, consultar neste Curso o Capítulo XI, item III. Relativamente ao trabalhador exercente de labor externo incompatível com controle de jornada e o trabalhador em teletrabalho, reportar-se ao Capítulo XXIII, item V. No tocante ao empregado doméstico, consultar, neste Curso, no Capítulo XI, o seu item IV (“Empregado Doméstico”). Por fim, no tocante ao novo contrato de trabalho intermitente, ele será estudado no Capítulo XVI, item VI (“O Contrato de Trabalho Intermitente”).

No Direito do Trabalho também o termo e a condição surgem como elementos acidentais do contrato empregatício, já que têm frequência francamente circunstancial e episódica no conjunto dos contratos celebrados. A existência de *termo* (certo ou incerto) nos contratos de trabalho é situação excetiva, viável apenas se configuradas hipóteses legais tipificadas e expressas (art. 443 da CLT ou Lei n. 9.601/98, por exemplo). A regra geral incidente (e presumida) no cotidiano justralhista reporta-se aos contratos sem termo final prefixado. O tipo contratual dos pactos por tempo indeterminado considera-se presumido, caso não comprovada a lícita inserção de termo final no contrato em exame (Súmula 212 do TST)⁽²⁷⁾.

Mais rara ainda é a presença da *condição* (pelo menos a expressa) nos contratos empregatícios. A CLT prevê uma hipótese (extremamente incomum) de condição resolutiva expressa em contrato de trabalho: trata-se do empregado substituto de trabalhador afastado por razões previdenciárias e que tenha especificada em seu pacto empregatício cláusula de rompimento contratual automático em face do simples retorno do titular do cargo (art. 475, § 2º, da CLT). Registre-se, ademais, poder-se considerar revogado o referido preceito, tacitamente, pela Constituição (art. 7º, I, CF/88: *não recepção*), uma vez que a *indenização* ali referida é expressão que no ramo justralhista não pode sofrer interpretação ampliativa.

Pode-se ponderar que a condição resolutiva tácita comparece com maior frequência do que a expressa no cotidiano juslaboral. Ilustrativamente, ela estaria implicitamente vinculada a uma ou outra parcela contratual cuja percepção possa se frustrar em face da modalidade de ruptura do contrato empregatício correspondente (por exemplo, 13º salário proporcional em dispensas por justa causa). Poder-se-ia também enxergar uma condição resolutiva implícita nos contratos por tempo indeterminado, hábil a subordinar a extinção do pacto contratual a evento futuro e incerto (por exemplo, à vontade de uma das partes: rescisão unilateral; à vontade de ambas as partes: rescisão bilateral ou distrato; à inadimplência contratual culposa de uma das partes ou de ambas: resolução contratual; à decretação de nulidade do pacto: rescisão).

IV. VÍCIOS E DEFEITOS DO CONTRATO DE TRABALHO — NULIDADES

Nulidade é a *invalidação da existência e/ou dos efeitos jurídicos de um ato ou seu componente em virtude de se chocar com regra jurídica imperativa*. Ou, ainda, a “consequência jurídica prevista para o ato praticado em desconformidade com a lei que o rege, que consiste na supressão dos efeitos jurídicos que ele se destinava a produzir”⁽²⁸⁾.

(27) Os contratos por tempo determinado serão examinados nos Capítulos XVI e XVII deste Curso.

(28) GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Nulidades no Processo*. Rio de Janeiro: Aidé, 1993, p. 12.

A nulidade deriva da ocorrência de defeitos ou vícios no ato ou seu elemento integrante. Tais defeitos e vícios, como se sabe, podem ter origem em aspectos subjetivos vinculados às próprias partes contratuais (por exemplo, ausência de capacidade adequada à prática válida do ato em exame) ou à higidez da manifestação de vontade dessas partes (como ocorre com os defeitos denominados erro, dolo ou coação). Podem tais defeitos e vícios também ter origem em aspectos objetivos vinculados ao ato mesmo ou seus elementos e aspectos integrantes. É o que se passa quer com os denominados vícios sociais (simulação e fraude à lei trabalhista), quer com a afronta a requisitos legais dirigidos aos elementos jurídico-formais do contrato (por exemplo, ilicitude do objeto contratual ou desrespeito a formalidade contratual imperativa).

1. Teoria Trabalhista de Nulidades

O Direito do Trabalho construiu uma teoria específica com relação ao problema das nulidades.

Como se sabe, no Direito Civil, prevalece a conduta normativa geral indicadora de que, verificada a nulidade, o ato (ou seu componente viciado) deve ser suprimido do mundo sociojurídico, reposicionando-se as partes à situação fático-jurídica anterior. Segundo a diretriz civilista, aquilo que for tido como absolutamente nulo nenhum efeito jurídico poderá ensejar, eliminando-se, em consequência, até mesmo as repercussões faticamente já verificadas (art. 158, CCB/1916; art. 182, CCB/2002). Vigora, pois, no tronco jurídico geral do Direito Comum a regra da retroação da decretação da nulidade, o critério do efeito *ex tunc* da decretação judicial da nulidade percebida.

O Direito do Trabalho é distinto, nesse aspecto. Aqui vigora, em contrapartida, como regra geral, o critério da *irretroação da nulidade decretada*, a regra do efeito *ex nunc* da decretação judicial da nulidade percebida. Verificada a nulidade comprometedora do conjunto do contrato, este, apenas a partir de então, é que deverá ser suprimido do mundo sociojurídico; respeita-se, portanto, a situação fático-jurídica já vivenciada. Segundo a diretriz trabalhista, o contrato tido como nulo ensejará todos os efeitos jurídicos até o instante de decretação da nulidade — que terá, desse modo, o condão apenas de inviabilizar a produção de novas repercussões jurídicas, em face da anulação do pacto viciado.

Essa diferenciação da teoria justralhista de nulidades em contraponto à teoria civilista tradicional resulta da conjugação de alguns fatores que despontam com profunda relevância no cotidiano operacional do Direito do Trabalho. Em primeiro lugar, a circunstância de que se torna inviável, faticamente, após concretizada a prestação efetiva do trabalho, o reposicionamento pleno das

partes à situação anterior ao contrato nulo: o trabalho já foi prestado, e seu valor transferido, com apropriação completa pelo tomador de serviços.

Em segundo lugar, o fato de a transferência e apropriação do trabalho em benefício do tomador criar uma situação econômica consumada de franco desequilíbrio entre as partes, que apenas pode ser corrigida — mesmo que parcialmente — com o reconhecimento dos direitos trabalhistas ao prestador. À medida que a prestação obreira já foi efetivamente quitada com o cumprimento dos serviços, surgiria como imoral enriquecimento sem causa do tomador a negativa de incidência sobre ele dos demais efeitos justralhistas da relação socioeconômica desenvolvida. Ou seja, o reconhecimento de direitos trabalhistas ao obreiro prestador de serviços é a contrapartida inevitável da prestação laborativa já consumada.

Em terceiro lugar, a convicção de existir uma prevalência incontestável conferida pela ordem jurídica em seu conjunto (ênfaticamente pela Constituição da República, a propósito) ao *valor-trabalho* e aos direitos trabalhistas. Ora, tal prevalência induz à construção de um critério de salvaguarda desse valor e dos direitos que lhe são decorrentes quando em confronto com outros valores e normas que a mesma ordem jurídica também elege como relevantes. Esse critério de salvaguarda determina a repercussão de efeitos justralhistas ao trabalho efetivamente cumprido (embora negando tais repercussões a partir do instante em que a nulidade é reconhecida).

A) Aplicação Plena da Teoria Trabalhista — Há algumas situações bastante comuns que ensejam a *plena* aplicação da teoria justralhista de nulidades (afastando-se, pois, por inteiro, a clássica teoria do Direito Civil).

Ilustrativamente, o defeito concernente ao elemento jurídico-formal da *capacidade*. Tratando-se de trabalho empregatício prestado por pessoa menor de 16 anos (ou 14, antes da EC n. 20, de 15.12.98), cabe o reconhecimento de *todos* os efeitos justralhistas ao contrato irregularmente celebrado. É verdade que deverá o juiz, ao mesmo tempo, decretar a nulidade do ato, inviabilizando a permanência da nulidade desde então (se o menor ainda estiver abaixo de 16 anos — salvo o aprendiz — na época do exame judicial, evidentemente).

Da mesma maneira procede-se em certos defeitos concernentes à *forma* (como, por exemplo, a falta de lavratura de instrumento escrito em contrato de atleta profissional empregado). Verificada a relação de emprego, mesmo sem a observância da formalidade legal imperativa, *todas* as repercussões justralhistas deverão ser reconhecidas ao contrato irregularmente celebrado, em virtude da aplicação da teoria justralhista das nulidades.

Outro exemplo corrente verifica-se com o trabalhador migrante irregular que tenha prestado efetivo trabalho a alguém, com os elementos da relação

de emprego mas sem a necessária autorização administrativa. Nesse caso, desponta vício também na forma (ou rito) inerente ao contrato tacitamente celebrado. Não obstante a existência do defeito em um dos elementos integrantes do contrato, devem ser reconhecidas todas as repercussões justralhistas quanto ao contrato irregularmente formado, em decorrência da aplicação da teoria especial de nulidades do Direito do Trabalho.

B) Aplicação Restrita da Teoria Trabalhista — A teoria justralhista especial de nulidades nem sempre, contudo, é passível de *plena* aplicação aos casos concretos colocados a exame do operador jurídico.

Na verdade, *o tipo de defeito emergente do ato jurídico e o bem jurídico afrontado por esse defeito são aspectos que tendem a ensejar uma gradação relativa no que toca à aplicação dessa teoria especial de nulidades*. Essa gradação pode se estender desde a aplicação plena da teoria justralhista especial de nulidades até a inteira rejeição, no caso concreto, à aplicabilidade dessa teoria especial (prevalecendo, assim, a teoria civilista clássica). Entre esses dois polos, podem ser encontrados casos que ensejam uma *aplicação atenuada* da teoria justralhista especial.

Do ponto de vista prático, é preciso deixar claro que se o bem jurídico afrontado pela irregularidade disser respeito fundamentalmente a interesse obreiro (ou não agredir interesse estritamente *público*), a teoria especial de nulidades aplica-se em sua plena abrangência (casos do trabalho irregular de obreiro menor ou de contrato irregular de artista ou atleta profissional, por exemplo, como acima examinado).

Porém, à medida que os bens tutelados aproximam-se do interesse público (confrontando o valor trabalho a outro valor também de inquestionável interesse público), tende-se a restringir, proporcionalmente, a aplicação da teoria justralhista especial.

É o que se tem percebido com a situação de contratação empregatícia irregular (falta de concurso público) por entes estatais, em agressão ao art. 37, *caput*, II e § 2º, da Constituição de 1988. Há duas posições polares surgidas com respeito a tais casos: a primeira, negando qualquer possibilidade de aplicação da teoria justralhista especial de nulidades, ao fundamento de que o interesse público envolvido suplantaria, por inteiro, o interesse laboral. A teor desta posição, negar-se-ia o pagamento de verbas contratuais trabalhistas ao trabalhador contratado irregularmente (ou admitir-se-ia o pagamento apenas da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, conforme Súmula 363 do mesmo Tribunal, a par dos depósitos de FGTS — art. 19-A, Lei n. 8.036/90).

A segunda posição polar tem insistido na plena e irrestrita aplicabilidade da teoria justralhista especial, com todos os direitos laborais daí advin-

dos (direitos salariais e não salariais), inclusive aquelas parcelas inerentes à dispensa injusta, se for o caso. Aos fundamentos clássicos da aplicação da teoria especial trabalhista (prevalência jurídica do valor trabalho; não enriquecimento sem causa; inviabilidade de devolução do labor já efetivamente cumprido), esta vertente acrescentaria outro fundamento, hábil a justificar a obrigação estatal também pelas verbas rescisórias específicas à dispensa desmotivada: a norma constitucional vedatória estaria dirigida apenas ao administrador público e não ao obreiro.

Esse par de posições polares não absorve, entretanto, como um todo coerente e sistemático, o conjunto normativo e de princípios da Constituição Republicana; por isso, acaba por produzir escolhas excludentes, que são inaceitáveis à luz do próprio conjunto harmônico da Constituição de 1988.

Nesse quadro, a leitura hábil a conferir eficácia e coerência ao conjunto dos textos constitucionais (tanto os que proíbem ao *administrador* e aos *cidadãos* o ingresso no aparelho de Estado sem concurso público, como os que insistentemente elegem o respeito ao *trabalho* como um dos valores essenciais da ordem econômica, social e jurídica brasileiras) é *aplicar-se a teoria justralhista das nulidades quanto ao período de efetiva prestação de serviços, tendo-se, porém, como anulado o pacto em virtude da inobservância à formalidade essencial do concurso*. Em consequência, *manter-se-iam como devidas todas verbas contratuais trabalhistas ao longo da prestação laboral, negando-se, porém, o direito a verbas rescisórias próprias à dispensa injusta (aviso-prévio, 40% sobre FGTS e seguro desemprego), dado que o pacto terá (ou teria) sido anulado de ofício* (extinção por nulidade e não por dispensa injusta).⁽²⁹⁾

Registre-se, porém, estar pacificada a jurisprudência do TST (e mesmo do STF) no sentido de se conferirem efeitos restritos ao vínculo irregular formado: assegura-se ao trabalhador somente *o pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o valor da hora do salário mínimo, e dos valores referentes aos depósitos do FGTS* (Súmula 363, TST).

C) Inaplicabilidade da Teoria Especial Trabalhista — Há situações, porém, em que o tipo de nulidade existente inviabiliza, de modo cabal e absoluto, a aplicação da teoria especial justralhista (prevalecendo, pois, a teoria clássica do Direito Civil — negando-se, desse modo, a produção de qualquer efeito trabalhista à prestação laborativa efetivada). Em tais situações, a nulidade percebida é tão intensa, afrontando bem social tão

(29) A respeito desta situação específica de nulidade, por afronta ao certame público para admissão nas entidades estatais, consultar também GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: Método, 2007, p. 108. Fica registrado ao leitor, de todo modo, que a jurisprudência tem firmemente convergido para a linha interpretativa inserida na Súmula 363 do TST.

relevante, que o Direito do Trabalho cede espaço à regra geral do Direito Comum, também negando qualquer repercussão justralhista à prestação laborativa concretizada.

Na verdade, em tais situações sequer se configura o *valor-trabalho* tutelado pela Constituição — por ser este um valor sempre aferido sob a perspectiva social, mesmo que individualmente apropriado pelas partes. É o que se passaria com o chamado “*trabalho*” *ilícito*. Aqui, sequer existe efetivo trabalho (à luz da perspectiva constitucional, que enfoca o labor como a produção humana de bens e serviços sob a ótica social), mas, sim, *atividade que conspira francamente contra o interesse público*, não merecendo, a qualquer fundamento, proteção qualquer da ordem jurídica. Nas situações de atividade ilícita (ilicitude criminal, evidentemente), afasta-se a incidência da teoria justralhista especial de nulidades, retornando-se ao império da teoria geral do Direito Comum, negando-se qualquer repercussão trabalhista à relação socioeconômica entre as partes.

2. Tipos de Nulidades

A nulidade, como se sabe, pode ser *total* ou *parcial* e, ainda, *absoluta* ou *relativa*.

A) Nulidade Total e Parcial — *Total* é aquela nulidade que, por resultar de defeito grave em elemento essencial do contrato, estende seus efeitos ao conjunto do pacto. As situações acima examinadas, por atingirem elemento essencial do contrato, importam na análise da *nulidade total* do vínculo.

Parcial é, em contrapartida, a nulidade que, por resultar de defeito em elemento não essencial do contrato ou em uma ou algumas de suas cláusulas integrantes, não tem o condão de macular o conjunto do pacto. Implica, desse modo, situações menos graves do que as anteriores, atingindo o vício mera cláusula do contrato (e não um seu elemento constitutivo essencial).

Sendo parcial a nulidade (restrita, pois, a mera cláusula do pacto empregatício), sua decretação far-se-á com o objetivo de retificar, corrigir o defeito percebido, preservando-se o conjunto do contrato (máxima jurídica geral informadora de que “o útil não se contamina pelo inútil”). Nesse quadro, a anulação da cláusula defeituosa operará efeitos *ex tunc*, retroagindo à data do surgimento do vício (respeitada, obviamente, a prescrição, se for o caso). Noutras palavras, o preceito legal ou normativo que se pretendeu elidir com a cláusula nula incidirá, soberanamente, desde a data de sua efetiva afronta, agora anulada.⁽³⁰⁾

(30) A respeito das inovações trazidas pela Lei n. 13.467/2017 com relação às nulidades de cláusulas de convenção coletiva e/ou acordo coletivo de trabalho (introduzidas, ilustrativamente, no art. 611-A, §§ 2º e 4º, da CLT), consultar, neste Curso, o Capítulo XXXVI (“Negociação Coletiva Trabalhista”).

B) Nulidade Absoluta e Relativa — A nulidade pode ser, ainda, *absoluta* ou *relativa*. Nulidade relativa (anulabilidade) ocorre quando são feridas, no contrato de emprego, normas de proteção ao trabalho concernentes a interesses estritamente individuais, privatísticos. Caso típico é o da alteração do critério ajustado de pagamento de salário, em prejuízo ao empregado.

Nulidade absoluta ocorre quando são feridas, no contrato, normas de proteção ao trabalho concernentes a interesses que se sobrepõem aos meramente individuais, envolvendo uma tutela de interesse público concomitantemente ao privatístico referenciado. A distinção derivaria, pois, da natureza predominante do interesse protegido pela norma e do tipo de tutela jurídica por esta concedida. Caso típico de nulidade absoluta é o concernente à assinatura de CTPS.

A distinção teórica entre nulidade absoluta e nulidade relativa não é tão transparente — e tão relevante — no Direito do Trabalho quanto no Direito Civil. Chegam a existir vozes no cotidiano trabalhista que negam qualquer validade a tal diferenciação no plano juslaboral; enfatizam tais vozes que no Direito Laboral existiria uma única categoria de nulidade, aquela identificada pelos *atos infringentes* (expressão provinda da redação original do art. 11, CLT), isto é, atos agressores da norma justralhista, todos tratados do mesmo modo pelo Direito do Trabalho.

A simplificação, porém, não se justifica. O Direito do Trabalho demarca, sim, distinção entre atos nulos e anuláveis (nulidade absoluta e nulidade relativa) e confere-lhe efeitos jurídicos compatíveis. Hoje, inclusive, com o avanço do Direito Coletivo do Trabalho e da negociação coletiva sobre direitos oriundos da legislação heterônoma estatal, mais relevante está se tornando semelhante distinção.

Note-se que se um ato empresarial afrontar norma protetiva de vantagem obreira que tenha projeção e interesse públicos, este ato será absolutamente nulo, *independentemente de prova de ter causado real prejuízo ao trabalhador* (assinatura de CTPS, por exemplo). Contudo, se o ato afrontar norma protetiva de interesse obreiro estritamente individual (modalidade de salário, por exemplo), *a nulidade do ato dependerá da evidência de efetivo prejuízo ao trabalhador* — não sendo, assim, *absolutamente* nulo.

É necessário ressaltar, de toda maneira, que a Lei n. 13.467/2017 ampliou os poderes unilaterais do empregador no contrato trabalhista (que já é de adesão!), propiciando alterações que, considerados os padrões clássicos do Direito do Trabalho, seriam tidas como nulas. Nessa linha, por exemplo, a “livre estipulação” mencionada no novo parágrafo único do art. 444 da CLT; se esta regra nova não for considerada inconstitucional ou não sofrer interpretação conforme à Constituição, eliminando ou atenuando o seu rigor e desproporcionalidade, pode propiciar, pela força da vontade irremediável do empregador (o contrato é de adesão, lembre-se), efetiva segregação de trabalhadores no âmbito da empresa e de seus estabelecimentos.

3. Nulidade e Prescrição

Uma última observação com respeito às nulidades: seu vínculo com o instituto da prescrição.

Aponta-se, na doutrina, a seguinte diferenciação: sendo também público o interesse protegido pela norma (nulidade absoluta, portanto), a prescrição só começaria a correr da data de extinção do contrato. Sendo meramente privado o interesse trabalhista protegido pela norma (nulidade relativa, pois), a prescrição já correria desde o instante de verificação do ato, mesmo no curso do contrato (ex.: anulação de alteração contratual).

Embora seja interessante a relação diferenciadora proposta, deve ela ser recebida com ressalvas. É que não possui abrangência plena na realidade justralhista: de fato, tal critério de cômputo da prescrição não contempla, uniformemente, todas as parcelas trabalhistas de interesse público *versus* interesse meramente privado.

De qualquer modo, há outro efeito diferencial concernente à prescrição. É que embora a *prescrição parcial* atinja indistintamente tanto parcelas de tutela e interesse públicos como as de interesse meramente privado, o inverso não ocorre. Efetivamente, a chamada *prescrição total* não atinge parcelas de tutela e interesse públicos. Segundo a jurisprudência, a prescrição total abrangeria apenas pretensões não protegidas diretamente por *preceito de lei* (Súmula 294, TST). Isso, evidentemente, exclui da incidência da prescrição total todos os direitos tidos como patamar civilizatório mínimo da comunidade, insculpidos em textos de leis trabalhistas, na Constituição da República e em tratados e convenções internacionais (equiparados à lei, no mínimo; ou tendo *status* supra legal, caso regendo Direitos Humanos, como são os direitos individuais e sociais trabalhistas). A propósito, a diferenciação entre prescrição total *versus* prescrição parcial, oriunda da jurisprudência trabalhista, foi recentemente sufragada pelo novo art. 11, § 2º, da CLT, inserido pela Lei n. 13.467/2017.⁽³¹⁾

V. CONTEÚDO CONTRATUAL — ABRANGÊNCIA E PECULIARIDADES. O SISTEMA DE COTAS NO CONTRATO DE TRABALHO

A análise do conteúdo do contrato de trabalho será feita, neste item V, em dois subitens, para fins estritamente pedagógicos: o primeiro, referindo-se

(31) A respeito desse *piso* normativo trabalhista, ver o princípio da adequação setorial negociada, na obra deste autor: *Introdução ao Direito do Trabalho* (capítulo relativo aos *princípios*). No presente Curso, consultar o Livro III, sobre Direito Coletivo do Trabalho, no Capítulo XXXIV, concernente aos *princípios*.

mais amplamente ao tema, e o segundo subitem, enfatizando uma inovação importante deflagrada pela Constituição de 1988: o sistema de cotas no contrato de trabalho.

1. Conteúdo Contratual: abrangência e peculiaridades

O contrato de trabalho ostenta um conteúdo clausular de natureza complexa, com múltiplos direitos e obrigações de ambas as partes, porém com destaque especial para a grande variedade de direitos individuais trabalhistas de titularidade do trabalhador.⁽³²⁾

Esse conteúdo contratual resulta, naturalmente, de um lado, do exercício da vontade das partes contratuais, mesmo que reconhecida a inevitável ênfase na vontade do empregador, por se tratar de um manifesto contrato de adesão.

De outro lado, chama atenção o fato de uma dimensão significativa desse vasto conteúdo contratual resultar de regras imperativas, fora do âmbito decisório do próprio empregador, estipuladas especialmente pela Constituição da República, Convenções Internacionais ratificadas, em particular da OIT, Consolidação das Leis do Trabalho e inúmeras leis extravagantes à CLT, além de regras de Convenções Coletivas de Trabalho ou Acordos Coletivos de Trabalho aplicáveis às respectivas categorias econômica e profissional a que se integram empregador e empregado. Trata-se do conteúdo heterônomo típico do contrato de trabalho ou da *tendência à determinação heterônoma* inerente a essa espécie de contrato.

Tal peculiaridade do conteúdo contratual trabalhista, caracterizada por sua tendência à determinação heterônoma, vai além dos simples direitos individuais estabelecidos por norma imperativa em benefício do empregado. Atinge também diversos *deveres* impostos ao empregador, inclusive de natureza administrativa, além de deveres com respeito à gestão do estabelecimento e da empresa, que ostentam caráter sanitário, ambiental, de segurança e outras dimensões similares. O descumprimento desses deveres administrativos e ambientais do trabalho (que correspondem a verdadeiro *conteúdo implícito* do contrato de trabalho) pode gerar repercussões nitidamente contratuais, sem dúvida, em favor do próprio empregado; entretanto, pode também propiciar outras repercussões jurídicas, seja de caráter administrativo (autuações e multas de natureza administrativa), seja até mesmo de caráter indenizatório, em favor da comunidade mais ampla do

(32) O contrato de trabalho também deflagra importante conjunto de direitos previdenciários para o trabalhador, na qualidade de *segurado obrigatório* do INSS. Embora esses direitos tenham como efetiva devedora a Previdência Social (INSS), ao invés de especificamente o empregador, não há como se negligenciar o papel do contrato de trabalho como centro propulsor da inserção previdenciária da grande maioria das pessoas na economia e na sociedade.

que a simples realidade contratual bilateral (por exemplo, indenizações por danos morais coletivos).

A partir da Constituição de 1988, esses deveres do empregador se ampliaram, com a fixação de regras importantes de inclusão social, econômica e profissional, dirigidas particularmente para empresas e instituições de maior porte. Trata-se do *sistema de cotas* característico do novo Direito do Trabalho brasileiro, a partir de diretrizes vindas da Constituição da República e de Convenções Internacionais ratificadas pelo Brasil.

2. O Sistema de Cotas no Contrato de Trabalho

A Constituição Federal de 1988, com seu conceito estruturante de *Estado Democrático de Direito*, pelo qual também a sociedade civil, com suas pessoas e instituições componentes, inclusive as empresas, devem se mostrar democráticas e inclusivas, instigou a crescente criação de cotas no Direito do Trabalho do País, em favor de grupos de pessoas ou tipos de contratos considerados como relevantes para o aperfeiçoamento democrático e inclusivo do sistema social, profissional, econômico, cultural e jurídico brasileiro. Embora alguns poucos exemplos dispersos já existissem na legislação anterior a 1988 (ilustrativamente, o contrato de aprendizagem), a verdade é que somente desde a nova Constituição da República é que se organizou, paulatinamente, um sistema e uma política de cotas nitidamente aplicáveis ao Direito do Trabalho brasileiro.⁽³³⁾

Dois notáveis exemplos desse sistema de cotas que atinge os contratos de trabalho, direta ou indiretamente, são: a) o instituto do contrato de aprendizagem (percentuais de 5 a 15% de trabalhadores); b) o instituto da cota protetora dos empregados beneficiários previdenciários reabilitados ou pessoas com deficiência (percentuais de 2 a 5%).

No tocante ao *contrato de aprendizagem*, regulado tradicionalmente pela CLT (arts. 428 a 433), ele sofreu importante reestruturação normativa na primeira década do século XXI (Lei n. 10.097/2000; Lei n. 11.180/2005; Lei n. 11.788/2008), de maneira a aperfeiçoar sua estrutura, abrangência e papel inclusivo. Dispõe a CLT, em sua nova redação, que os “estabelecimentos de qualquer natureza são obrigados a empregar e matricular nos cursos dos Serviços Nacionais de Aprendizagem número de aprendizes equivalente a

(33) Para a análise do conceito de *Estado Democrático de Direito*, com seus elementos integrantes, inclusive a sociedade civil, *necessariamente democrática e inclusiva*, consultar DELGADO, Mauricio Godinho. “Constituição da República, Estado Democrático de Direito e Direito do Trabalho”, texto situado dentro da obra dual de DELGADO, M. G. e DELGADO, G. N. *Constituição da República e Direitos Fundamentais — Dignidade da Pessoa Humana, Justiça Social e Direito do Trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2017 (Capítulo II).

cinco por cento, no mínimo, e *quinze por cento*, no máximo, dos trabalhadores existentes em cada estabelecimento, cujas funções demandem formação profissional” (art. 429, *caput*, conforme Lei n. 1.097/2000; grifos acrescidos). Esclarece, com sabedoria, razoabilidade e proporcionalidade, o § 1º-A do mesmo art. 429 da CLT que o “limite fixado neste artigo não se aplica quando o empregador for *entidade sem fins lucrativos, que tenha por objetivo a educação profissional*” (grifos acrescidos). Refere-se também o novo texto legal à possibilidade de participação de *pessoas com deficiência* nas cotas da aprendizagem, inclusive com regras próprias e distintivas (por exemplo: ausência de limite temporal para o contrato — não apenas dois anos —; ausência de limite etário para a continuidade contratual do aprendiz — não somente até antes de completar 24 anos —, tudo conforme o disposto no art. 428, § 3º, *in fine*, e § 5º, da CLT).⁽³⁴⁾

No que diz respeito às *cotas protetoras dos empregados beneficiários de licença previdenciária em processo de reabilitação e também protetoras das pessoas com deficiência*, a Lei Previdenciária n. 8.213/1991, em seu art. 93, *caput*, fixa a seguinte regra geral: “A empresa com 100 (cem) ou mais empregados está obrigada a preencher de 2% (dois por cento) a 5% (cinco por cento) dos seus cargos com beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência habilitadas, na seguinte proporção: (...)”. Em seguida, o preceito legal estipula os seguintes percentuais, que se elevam em proporção ao tamanho da empresa empregadora: de 100 até 200 empregados – pelo menos 2% de trabalhadores beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência; de 201 a 500 empregados — 3%; de 501 a 1.000 empregados — 4%; de 1.001 em diante — 5% (art. 93, *caput*).

Para resguardar o sistema de cotas fixado no *caput* do art. 93 da Lei n. 8.213/91, agrega o § 1º desse mesmo art. 93 que a dispensa de trabalhador reabilitado ou de deficiente habilitado ao final de contrato por prazo determinado de mais de 90 dias e a dispensa imotivada em contrato por tempo indeterminado “...só poderá ocorrer após a contratação de substituto de condição semelhante”. Na mesma linha de resguardo desse sistema de cotas, acrescenta o § 2º do art. 93 que o então Ministério do Trabalho e Previdência Social “deverá gerar estatísticas sobre o total de empregados e as vagas preenchidas por reabilitados e deficientes habilitados, fornecendo-as, quando solicitadas, aos sindicatos ou entidades representativas dos empregados”.

(34) Maiores referências sobre o contrato de aprendizagem são encontradas, neste Curso, no Capítulo XVII (“Tipos de Contratos a Termo”), em seu item II, subitem “5. Contrato de Aprendizagem (Empregado Aprendiz)”. Esclareça-se que o *Estatuto da Pessoa com Deficiência* (Lei n. 13.146, vigente a partir de 4.1.2016) agregou mudanças no art. 428 da CLT (novo texto para o § 6º e inserção de novo § 8º), conferindo nova redação também ao art. 433, I, da CLT, relativamente a aspectos peculiares ao *contrato de aprendizagem da pessoa com deficiência*. Tais aspectos serão examinados no item II.5 — “Contrato de Aprendizagem (Empregado Aprendiz)”, constante do Capítulo XVII deste Curso.

Cabe pontuar que o *Estatuto da Pessoa com Deficiência*, aprovado pela Lei n. 13.146/15, vigorando desde 4.1.2016, promoveu três mudanças no texto do art. 93 da Lei Previdenciária n. 8.213/91. Conferiu nova redação ao § 1º: “A dispensa de pessoa com deficiência ou de beneficiário reabilitado da Previdência Social ao final do contrato por prazo determinado de mais de 90 (noventa) dias e a dispensa imotivada em contrato por prazo indeterminado somente poderão ocorrer após a contratação de outro trabalhador com deficiência ou beneficiário reabilitado da Previdência Social”. O EPD (Lei n. 13.146/15) também promoveu nova redação ao § 2º do art. 93 da Lei n. 8.213/91: “§ 2º Ao Ministério do Trabalho e Emprego incumbe estabelecer a sistemática de fiscalização, bem como gerar dados e estatísticas sobre o total de empregados e as vagas preenchidas por pessoas com deficiência e por beneficiários reabilitados da Previdência Social, fornecendo-os, quando solicitados, aos sindicatos, às entidades representativas dos empregados ou aos cidadãos interessados”. Por fim, o mesmo Estatuto acrescentou novo § 3º ao art. 93: “§ 3º Para a reserva de cargos será considerada somente a contratação direta de pessoa com deficiência, excluído o aprendiz com deficiência de que trata a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT)...”.⁽³⁵⁾

(35) A Constituição da República refere-se à expressão “trabalhador portador de deficiência” (art. 7º, XXXI), que é, de certo modo, também utilizada pela Lei Previdenciária n. 8.213, de 1991 (“pessoas portadoras de deficiência” é o que diz o art. 93, *caput*, da Lei n. 8.213/91). Entretanto, correntes respeitáveis das Ciências Sociais, inclusive da Psicologia Social, tendem a se valer da expressão “pessoas portadoras de necessidades especiais”. Mais recentemente, porém, a ordem jurídica internacional e a nacional fizeram clara opção pela expressão “pessoas com deficiência”. É o que se percebe da *Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo*, aprovada pela Organização das Nações Unidas (ONU) em 2007. Esta Convenção da ONU foi, inclusive, ratificada pelo Brasil em 2008 (Decreto Legislativo n. 186, de 9.7.2008), com promulgação pelo Decreto do Presidente da República n. 6.949, de 2009 (aliás, trata-se de Convenção Internacional sobre Direitos Humanos aprovada com o quórum especial do art. 5º, § 3º, da Constituição Federal e, por esta razão, ostentando o *status* de *emenda constitucional*). A mesma expressão se vê no recente *Estatuto da Pessoa com Deficiência*, aprovado, no Brasil, pela Lei n. 13.146, de 2015. A propósito, sobre o assunto, consultar a seguinte fundamental obra: LORENTZ, Lutiana Nacur. *A Norma da Igualdade e o Trabalho das Pessoas com Deficiência*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2016.

CONTRATO DE TRABALHO — MODALIDADES

I. INTRODUÇÃO

O contrato de trabalho, que viabiliza a concretização da relação jurídica empregatícia tipificada pelo *caput* dos arts. 2º e 3º da CLT, assume modalidades distintas, segundo o aspecto focado em face do universo de pactos laborais existentes. Diversas tipologias de contratos empregatícios podem ser construídas, elegendo-se para cada uma delas um tópico de comparação e diferenciação entre eles.

Os contratos de trabalho podem, desse modo, ser *expressos* ou *tácitos*, conforme o tipo de expressão da manifestação de vontade característica do pacto efetivado.

Podem ser, ainda, *individuais* (contrato individual de trabalho) ou *plúrimos*, conforme o número de sujeitos ativos (empregados) componentes do respectivo polo da relação jurídica.

Podem, ademais, ser por tempo indeterminado ou *por tempo determinado* (contratos a prazo), conforme a previsão de sua duração temporal.

A Lei n. 13.467/2017 instituiu, por fim, figura anômala, o *contrato de trabalho intermitente*, com tamanhas peculiaridades que deve ser posto em tópico à parte.

Há que se examinar, por fim, o fenômeno do *paralelismo contratual*, isto é, a concomitância, dentro de uma relação social envolvendo as mesmas pessoas, de contratos de natureza diversa, o pacto empregatício e outro contrato de distinta natureza jurídica.

II. CONTRATOS EXPRESSOS E CONTRATOS TÁCITOS

O ajuste contratual trabalhista pode firmar-se mediante duas modalidades de expressão (ou revelação) da vontade das partes. A primeira, concernente a uma revelação explícita, pela qual as partes estipulam o conteúdo básico de seus direitos e obrigações recíprocas — ou ao menos o conteúdo que não seja automaticamente derivado da legislação imperativa (o FGTS, por exemplo, deriva da lei e não da vontade contratual). Trata-se dos *contratos expressos*.

A segunda modalidade de revelação da vontade das partes é a tácita. Pelo ajuste tácito o contrato revela-se em face de um conjunto de atos (e certas omissões) coordenados das partes, indicativos da presença de uma pactuação empregatícia entre elas, sem que exista um instrumento expreso enunciador dessa pactuação. Trata-se dos *contratos tácitos*.

O Direito do Trabalho admite, regra geral, a celebração expressa ou tácita da pactuação empregatícia (*caput* dos arts. 442 e 443 da CLT). Aqui o ramo justralhista segue a tendência geral do Direito Comum, em que a formalidade é requisito *excepcional* no tocante à manifestação de vontade das partes contratantes (art. 129, CCB/1916, art. 107, CCB/2002). Na verdade, o Direito do Trabalho aprofunda essa tendência civilista, colocando a exigência de enunciado expreso do contrato como rara exceção na órbita justralhista.

Cabe enfatizar que essa informalidade não elimina, contudo, a importância da documentação dos atos contratuais trabalhistas. É que tal documentação faz *prova preconstituída*, cumprindo importante papel na aferição futura acerca dos direitos e obrigações contratuais.

É oportuno completar, por fim, que, sendo tácita ou expressa a contratação, obviamente ela não poderá afrontar o universo de regras e direitos trabalhistas componentes da ordem heterônoma e autônoma justralhista aplicável.

Há uns poucos contratos justralhistas, contudo, que têm, por força de lei, o caráter de relativamente formais (ou solenes). A formalidade exigida é modesta — em geral requer-se apenas que sejam lançados em instrumento escrito; mas, de todo modo, configuram-se, tecnicamente, como contratos expressos formais. São exemplos desses tipos contratuais — todos exigindo forma escrita — o contrato de trabalho temporário (art. 11, Lei n. 6.019/74), o de artista profissional (art. 9º, Lei n. 6.533/78), o de atleta profissional (antigo art. 3º, Lei n. 6.354/76; arts. 28,29 e 30 da Lei n. 9.615/98, com alterações subsequentes, inclusive da Lei n. 12.395/2011), o de aprendizagem (art. 428, CLT), o *contrato provisório de trabalho* (Lei n. 9.601/98), e outros pactos legalmente tipificados⁽¹⁾. Também exige celebração escrita o novo *contrato de trabalho intermitente* (art. 452-A, *caput*, CLT).

Nesse quadro de contratos relativamente solenes, uma posição singular é ocupada pelo *contrato de experiência* (ou *contrato de prova*). Embora não seja, em princípio, formal — a CLT não faz menção a tal requisito (art. 443, § 2º, “c”) —, a jurisprudência já sedimentou que tal pacto não é passível de ajuste tácito,

(1) O *contrato provisório*, que foi instituído pela Lei n. 9.601/98, é examinado no Capítulo XVII do presente Curso. O *contrato temporário* (Lei n. 6.019, de 1974) está estudado no Capítulo XIII deste Curso, em seu item V (“A Terceirização por Meio da Lei n. 6.019/74”). O *contrato de aprendizagem* (arts. 428 a 433 da CLT) está analisado, neste Curso, no Capítulo XVII, item II.5: “Contrato de Aprendizagem (Empregado Aprendiz)”.

devendo provar-se através de formalização escrita. A construção hermenêutica justifica-se em virtude de o prazo curto desse contrato (máximo de 90 dias: art. 445 da CLT) somente poder ser delimitado através de *termo prefixado* (art. 443, § 1º, da CLT), dia certo, portanto — elemento que exigiria uma enunciação contratual clara, firme e transparente desde o nascimento do pacto (o contrato de prova será examinado em tópico específico do capítulo seguinte).

III. CONTRATOS INDIVIDUAIS E CONTRATOS PLÚRIMOS. A EXPRESSÃO CONTRATO COLETIVO DE TRABALHO. CONTRATO DE EQUIPE

1. Distinções

O contrato de trabalho é, evidentemente, ato jurídico *bilateral*, à medida que duas partes comparecem para sua celebração e cumprimento. Não é, desse modo, seguramente, ato jurídico unilateral. No entanto, o ramo justralhista refere-se, classicamente, à noção de contrato *individual* de trabalho, valendo-se, pois, de expressão aparentemente contraditória.

A contradição é, como já sugerido, apenas aparente. Ao se reportar a contrato *individual* de trabalho, enfoca o ramo justralhista a *unidade do prestador de serviços* (um único indivíduo, em contraponto à pluralidade de prestadores); enfoca ainda esse ramo jurídico especializado o *caráter estritamente individual* — sob a perspectiva obreira — da relação jurídica pactuada pelo contrato. Assim, do mesmo modo que Direito *Individual* do Trabalho é expressão que se justifica em virtude de se reportar a uma relação (bilateral, é claro) entre *seres individuais* — ao menos o ser contratual obreiro — em contraponto ao Direito *Coletivo* do Trabalho — que se constrói em torno de uma relação entre seres coletivos (o empresarial e o obreiro) —, a expressão contrato *individual* de trabalho justifica-se por enfatizar o polo individual do contratante empregado na relação jurídica formada.

Os contratos empregatícios podem ser *individuais* (contrato individual de trabalho) ou *plúrimos*, conforme o número de sujeitos ativos (empregados) componentes do respectivo polo da relação jurídica.

Contrato individual de trabalho é aquele que tem um único empregado no polo ativo da relação jurídica formada, ao passo que *contrato de trabalho plúrimo* é aquele que tem mais de um ou diversos obreiros no polo ativo dessa mesma relação. A noção de pluridade constrói-se em função do sujeito operário da relação e não se enfocando o sujeito empresarial. Por essa razão é que se manterá como contrato individual de trabalho (e não plúrimo) aquele pacto formado entre um empregado e diversos entes integrantes de grupo econômico para fins trabalhistas (Súmula 129 do TST).

2. A Expressão Contrato Coletivo de Trabalho

Os contratos plúrimos são também, vez por outra, designados sob o epíteto de *contratos coletivos de trabalho*. A expressão é, porém, claramente equívoca, isto é, apropriada com significados nitidamente distintos. Há um sentido inerente ao Direito Individual do Trabalho (contrato coletivo como sinônimo ou, pelo menos, modalidade de contrato plúrimo); há, por outro lado, um sentido inerente ao Direito Coletivo do Trabalho (contrato coletivo como uma das modalidades de diplomas normativos resultantes da negociação coletiva sindical). Os dois conteúdos conceituais não se confundem, nem sequer se aproximam.

A utilização do epíteto contrato coletivo de trabalho como sinônimo de contrato plúrimo (ou contrato de equipe) é menos usual do que aquela própria às figuras da negociação coletiva trabalhista. Passemos à análise dessa segunda acepção.

Contrato coletivo de trabalho corresponde a figura do Direito Coletivo do Trabalho, mediante a qual seres coletivos empresariais e obreiros pactuam cláusulas assecuratórias de direitos e obrigações entre si e dispositivos fixadores de normas jurídicas autônomas aplicáveis à respectiva base econômico-social. A referida denominação já esteve presente na CLT, sob a influência do texto jurídico corporativo italiano precedente à Segunda Guerra Mundial. Na época, a Consolidação reportava-se ao contrato coletivo de trabalho como o “convênio de caráter normativo pelo qual dois ou mais sindicatos representativos de categorias econômicas e profissionais estipulam condições que regerão as relações individuais de trabalho, no âmbito da respectiva representação” (antigo *caput* do art. 611 da CLT).

Na segunda metade da década de 1960, nova redação conferida ao Título VI da CLT substituiu a expressão antiga por convenção coletiva de trabalho, ao mesmo tempo em que tipificava a figura do acordo coletivo de trabalho (art. 611 da CLT, com redação do Decreto-Lei n. 229, de 1967).

Com o sopro de democratização do modelo juscoletivo brasileiro, propiciado pela Constituição de 1988, ressurgiu nos debates concernentes ao Direito Coletivo do País a expressão contrato coletivo de trabalho. Essa revivescência da antiga expressão não guardava, contudo, vínculo com a velha tradição corporativista da CLT, já que buscava invocar uma modalidade moderna e democrática de pactuação de normas autônomas trabalhistas (ou seja, a antiga expressão não guardava, contudo, vínculo com a tradição precedente da CLT, já que buscava invocar uma modalidade nova de pactuação de normas autônomas trabalhistas (ou seja, a antiga expressão foi retomada com outro conteúdo, referindo-se a outro conceito, que superasse os limites das CCTs e dos ACTs).

Do ponto de vista estritamente jurídico essa invocação permaneceu, porém, incompleta. É que não houve tipificação da nova figura juscoletiva anunciada, não se tendo clareza sobre os aspectos em que ela suplantara

e se distinguiria das tradicionais figuras da convenção coletiva de trabalho e acordo coletivo de trabalho. A Lei n. 8.542, de 1992, chegou até mesmo a fixar uma referência normativa ao contrato coletivo de trabalho (por meio de seu art. 1º), mas também sem delinear os contornos da figura aventada. O que se supõe é que a figura desponte (se for o caso) como instrumento para a superação das limitações ainda percebidas nas CCTs e nos ACTs – embora os caminhos e a extensão dessa superação ainda não estejam inteiramente delineados, até o presente momento.⁽²⁾

3. Contratos Plúrimos e de Equipe

Plúrimos são os contratos de trabalho em que comparece mais de um trabalhador no polo ativo da relação empregatícia pactuada. A *causa* da formação do contrato vincula-se à presença de uma unidade laborativa entre os trabalhadores contratados, que se apresentam ao tomador como se fossem um todo unitário (uma orquestra, por exemplo). Nessa acepção, os contratos plúrimos não se distinguiriam dos contratos de equipe.

Há referências doutrinárias, entretanto, diferenciando *contrato plúrimo* de *contrato de equipe*⁽³⁾. Na primeira modalidade (contrato plúrimo), inexistiria “unidade de interesse jurídico” entre os empregados contratados, que se vinculariam por meio de pactos específicos ao tomador de serviços. O conjunto de trabalhadores não se reuniria por laços hábeis a formar um todo unitário e específico em face do empregador. Já na segunda modalidade (contrato de equipe), os empregados manter-se-iam vinculados ao empregador por uma unidade indissociável de interesses, formando uma “relação jurídica única, tendo por sujeito o próprio grupo”⁽⁴⁾.

(2) Na verdade, passados mais de 25 anos da promulgação da Constituição de 1988 — e considerado, para reflexão, o período de 1988 a 2013/15 —, com a sedimentação de vários relevantes avanços democráticos instituídos pelo texto constitucional original de 25 atrás, acrescidos de inovações feitas por duas importantes Emendas Constitucionais na área do Direito Coletivo do Trabalho (a EC n. 24, de 1999, e a EC n. 45, de 2004), além do surgimento de algumas leis significativas nessa área temática (como a *Lei das Centrais Sindicais*, de 2008) e a ratificação de importantes Convenções Internacionais também nesse campo jurídico (como a Convenção n. 135, ratificada em 1989, e a Convenção n. 151 da OIT, ratificada em 2010), o fato é que, em tal período (1988-2013/15), pode-se perceber impressionante avanço no Direito Coletivo do Trabalho no País, em comparação com o padrão precedente a 1988, embora sem, necessariamente, a absorção de certas fórmulas que, no início da década de 1990, pareciam ostentar instigante destaque político e jurídico (como o contrato coletivo do trabalho, por exemplo). A respeito deste debate sobre a evolução do Direito Coletivo do Trabalho no Brasil depois da Constituição de 1988 até 2013/2015, consultar o artigo de Mauricio Godinho Delgado, “Constituição da República, Sistema Trabalhista Brasileiro e Direito Coletivo do Trabalho — reflexões complementares”, que integra, a partir da 6ª edição, o Capítulo VIII de seu livro *Direito Coletivo do Trabalho* (São Paulo: LTr, 2015).

(3) Nessa direção, PINTO, José Augusto Rodrigues. *Curso de Direito Individual do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1995, p. 232-234.

(4) PINTO, J. A. R., loc. cit.

Há autores que sustentam a produção de efeitos jurídicos específicos pelo contrato de equipe. *Rodrigues Pinto* aponta, ilustrativamente, que a retribuição do trabalho seria fixada para todo o grupo e repartida entre seus integrantes, de acordo com sua qualificação. Caso existisse um líder da equipe, tocar-lhe-ia a responsabilidade de fazer a distribuição salarial entre os trabalhadores, que poderiam acionar o empregador diretamente ou o próprio líder em caso de retenção de parcela salarial por este. O mesmo autor indica que, em tais contratos, o poder disciplinar poderia não se individualizar perante os integrantes da equipe, exercendo-se sobre o conjunto dos obreiros, razão pela qual uma falta lançada sobre um dos integrantes poderia produzir efeitos rescisórios negativos sobre todo o grupo⁽⁵⁾.

Há problemas, contudo, no tocante ao posicionamento doutrinário exposto. É que, no Direito brasileiro, há inegável silêncio normativo acerca da modalidade plúrima de contratos empregatícios em geral e, inclusive, sobre o chamado contrato de equipe (se se considerar válida a distinção entre as figuras). Esse silêncio tem levado a jurisprudência a considerar que os contratos plúrimos não receberam regência normativa especial no País, hábil a lhes conferir estrutura, dinâmica e efeitos próprios, distintos daqueles característicos dos chamados contratos individuais de trabalho. A ordem jurídica pátria ter-lhes-ia atribuído o caráter de mero conjunto de contratos individuais entre cada empregado e o empregador comum, embora seja inquestionável que os objetos de tais contratos vincular-se-iam em conexão orgânica, sendo que a própria prestação de trabalho somente ganharia sentido se efetuada em harmônica integração. Nesse quadro normativo e jurisprudencial, ainda que haja apenas um único instrumento de contrato, formar-se-iam relações jurídicas empregatícias específicas entre cada obreiro e o empregador comum, podendo, desse modo, cada um deles demandar individualmente o empregador. É o que ocorreria, por exemplo, com os músicos integrantes de uma orquestra vinculada estruturalmente a um clube de dança.

IV. CONTRATOS POR TEMPO INDETERMINADO

1. Aspectos Gerais

Os contratos de trabalho podem, finalmente, classificar-se em pactos por *tempo indeterminado* ou por *tempo determinado* (estes últimos identificados também como *contratos a termo*), em conformidade com a previsão de sua permanência temporal.

(5) PINTO, J. A. R., loc. cit. O autor discorre, no mesmo texto, sobre outros possíveis efeitos dessa figura contratual específica.

Contratos *indeterminados* são aqueles cuja duração temporal não tenha prefixado termo extintivo, mantendo duração indefinida ao longo do tempo. Já contratos a termo são aqueles cuja duração temporal é preestabelecida desde o nascimento do pacto, estipulando como certa e previsível a data de extinção da avença.

A *indeterminação* da duração dos contratos constitui regra geral incidente aos pactos empregatícios.

O caráter de regra geral que é deferido pela ordem jurídica ao contrato por tempo indeterminado confere-lhe *status* privilegiado: o *status* de presunção jurídica de sua existência em qualquer contexto de contratação empregatícia (Súmula 212 do TST). Ou seja, *se há pactuação de relação de emprego, presume-se ter sido ela efetivada mediante contrato por tempo incerto*. Em coerência a essa presunção, o Direito do Trabalho considera, ao contrário, *excetivos* os pactos empregatícios a termo existentes na realidade sociojurídica.

Dois aspectos principais atuam em favor desse direcionamento imposto pela ordem justralhista à estrutura e dinâmica dos contratos firmados no mercado de trabalho.

Em primeiro lugar, a *indeterminação* da duração contratual é meio de se conferir concretude ao essencial princípio justralhista da *continuidade da relação de emprego*. A prefixação de um termo final ao contrato conspiraria contra a efetivação, na prática cotidiana do mercado, desse princípio específico do Direito do Trabalho (a relação empregatícia já teria sua morte pré-anunciada). Por essa razão é que as autorizações legais para pactuação de contratos a prazo surgiram como claras exceções no estuário normativo justralhista.

Em segundo lugar, a *indeterminação* da duração contratual também melhor realizaria, na prática, o princípio da *norma mais favorável*. Isso porque é característica inerente aos contratos sem termo prefixado a existência de maior potencialidade no tocante à aquisição de direitos trabalhistas pelo empregado ao longo do tempo (o empregador tende a *investir* mais no empregado, e este, a alcançar maior número de direitos no transcorrer dos anos). Além disso, os contratos por tempo indeterminado asseguram ao obreiro um conjunto maior de direitos rescisórios no instante da ruptura do pacto empregatício.

2. Efeitos Específicos do Contrato por Tempo Indeterminado

O contrato por tempo indeterminado tem efeitos próprios e específicos, se contraposto aos contratos a termo. Esses efeitos jurídicos tendem, de maneira geral, a ser francamente mais favoráveis ao empregado, elevando o nível de pactuação da força de trabalho no mercado.

Abrangem tais efeitos três dimensões principais da dinâmica contratual: as repercussões da interrupção e suspensão do contrato; as repercussões das garantias especiais de emprego e estabilidade empregatícia; o número de parcelas rescisórias incidentes no instante da ruptura do contrato.

A) Interrupção e Suspensão Contratuais — No tocante à primeira dessas dimensões, cabe notar que a indeterminação da duração contratual importa na repercussão plena sobre o contrato empregatício dos fatores normativos de interrupção (afastamento previdenciário *até* 15 dias, por exemplo) e suspensão do contrato de trabalho (por exemplo, afastamento previdenciário *após* 15 dias). Verificado qualquer desses fatores normativos preserva-se em absoluto vigor o contrato de trabalho, inviabilizando, ilustrativamente, a dispensa pelo empregador (até o fim da causa interruptiva ou suspensiva, obviamente).

B) Estabilidade e Garantias de Emprego — No concernente à segunda dessas dimensões, deve ser ressaltado que a *indeterminação* contratual também assegura a plena repercussão sobre o pacto empregatício das garantias especiais de emprego (e estabilidade, se existente). Tais garantias especiais (do dirigente sindical, do cipeiro — ou cipista —, do diretor de cooperativa obreira, da gestante, do acidentado, etc.) inviabilizam, juridicamente, a ruptura arbitrária do pacto empregatício, mantendo hígido o contrato até o fim da correspondente garantia. Ainda que a jurisprudência venha compreendendo que algumas dessas garantias não ensejam necessariamente a reintegração ao serviço em casos de dispensa arbitrária (garantias estritamente normativas, por exemplo), é inquestionável que todas elas ensejam, pelo menos, a indenização relativa ao período de garantia desrespeitado pela atitude rescisória do empregador.

C) Efeitos Rescisórios — Finalmente, a indeterminação do tempo contratual importa em verbas rescisórias *específicas*, cujo conjunto é claramente mais favorável do que o elenco de verbas devidas em casos de ruptura de contrato a prazo. Citem-se o aviso-prévio de 30 dias — que se projeta no pacto, ampliando correspondentemente o tempo de serviço (e parcelas rescisórias) para todos os fins (art. 487, § 1º, *in fine*, da CLT; art. 7º, XXI, da CF/88); a proporcionalidade do aviso-prévio, para contratos de duração indeterminada com pelo menos um ano de serviço prestado na mesma empresa, conforme modulação feita pela Lei n. 12.506/2011 (Diário Oficial de 13.10.11);⁽⁶⁾ os 40% suplementares sobre o FGTS (Lei n. 8.036/90); a indenização adicional do art. 9º da Lei n. 7.238/84, se for o caso (Súmulas 182, 242 e 314, do TST); a indenização adicional devida em rupturas contratuais

(6) A proporcionalidade do aviso-prévio, estipulada pelo art. 7º, XXI, da Constituição e regulada pela Lei n. 12.506, de 2011, está minuciosamente examinada no Capítulo XXIX, item VII, do presente Curso.

verificadas no período de vigência da antiga URV (de fevereiro a junho/94), instituída pela MPr. n. 434/94 (art. 29) e suas posteriores reedições, com conversão na Lei n. 8.880/94 (art. 31)⁽⁷⁾.

Aduza-se que todas essas parcelas rescisórias específicas dos contratos de duração indeterminada somam-se à ampla maioria das parcelas devidas em rescisões de contratos a termo (férias proporcionais, com 1/3; 13º salário proporcional; liberação de depósitos de FGTS), acrescidas, ainda, dos efeitos da projeção do aviso-prévio.

Os efeitos rescisórios do contrato indeterminado podem, contudo, alterar-se em decorrência do tipo de causa ensejadora da ruptura contratual. Cada uma das causas de ruptura do vínculo empregatício enseja correspondente modalidade de extinção contratual, comportando efeitos rescisórios distintos. Tais efeitos estendem-se desde o leque mais largo de parcelas rescisórias devidas ao empregado (parcelas decorrentes da dispensa injusta, por exemplo) até o leque mais exíguo possível, em que o empregador apenas tem obrigação de quitar as parcelas contratuais já vencidas, comunicar a ruptura do contrato e conferir a “baixa” na CPTS obreira (caso de dispensa por justa causa operária).

As modalidades mais comuns de extinção contratual em contratos de duração indeterminada — e suas repercussões rescisórias — são as seguintes:

a) dispensa arbitrária (ou despedida injusta). Tal modalidade de ruptura incorpora o maior número de verbas rescisórias trabalhistas (ao lado da ruptura contratual por infração empresarial, a rescisão indireta). Importa, assim, no pagamento de todas as parcelas acima mencionadas, próprias aos contratos sem prazo prefixado (as indenizações obviamente ficam na dependência de suas hipóteses de incidência). Tem o empregador ainda de emitir a documentação administrativa para saque do seguro-desemprego, caso enquadrado o período contratual no prazo da respectiva legislação;

b) pedido de demissão. Esta modalidade restringe significativamente as verbas rescisórias. O empregado demissionário receberá apenas o 13º salário proporcional e as férias proporcionais com 1/3 (Súmulas 261 e 328, TST). Não receberá aviso-prévio — caso não o labore; não terá liberado FGTS, nem receberá os 40% correspondentes nem receberá os 40% correspondentes (sem prejuízo do saque meramente administrativo do saldo do Fundo de Garantia perante a CEF, nas hipóteses *não* rescisórias previstas no art. 20 da Lei n. 8.036/90); perderá a proteção das garantias de emprego, se houver; *não* receberá guias para saque do seguro-desemprego. Registre-se que antes da Res. 121/2003, a Súmula 261 considerava, com

(7) A respeito da *contribuição social* de 10%, em caso de dispensa do obreiro sem justa causa, criada pela Lei Complementar n. 110, de 2001, consultar o Capítulo XXVIII, item VI, do presente Curso.

suporte nos arts. 146 e 147 da CLT, que o pedido de demissão em contratos inferiores a doze meses, comprometia o direito às férias proporcionais com 1/3. Pela nova redação sumular, eliminou-se semelhante restrição, em face da Convenção 132 da OIT.

No tocante ao aviso-prévio, cabe esclarecer que, na qualidade de obrigação do empregado demissionário, tem prazo de 30 dias, em conformidade com o disposto no art. 7º, XXI, da Constituição e arts. 487 a 491 da CLT. Pode o pré-aviso do empregado demissionário ser cumprido, dentro dos 30 dias, com redução de duas horas diárias (art. 488, *caput*, CLT) ou mediante falta obreira em sete dias desse prazo (art. 488, parágrafo único, CLT). Note-se que a proporcionalidade regulada pela Lei n. 12.506/2011 não afeta tais critérios explicitados na CLT, não se aplicando ao pedido de demissão pelo trabalhador.⁽⁸⁾

c) dispensa com justa causa operária. Esta modalidade suprime ao trabalhador o direito ao recebimento de qualquer das parcelas rescisórias acima mencionadas;

d) dispensa por infração empresarial (rescisão indireta). Tal modalidade confere o direito às verbas rescisórias amplas da chamada dispensa arbitrária;

e) extinção do estabelecimento. Trata-se de modalidade de ruptura contratual que tem merecido da jurisprudência, em geral (excluídas poucas situações excepcionais, como a extinção por *factum principis* — art. 486, CLT), receituário normativo semelhante ao da dispensa injusta. Portanto, em geral, a extinção do estabelecimento (ou da empresa) implica o pagamento das mesmas verbas rescisórias da despedida injusta. Isso decorre da aplicação do princípio da assunção dos riscos do empreendimento pelo empregador (art. 2º, *caput*, CLT; Súmula 44, TST) e da existência de clássica orientação legal nesse sentido (arts. 497 e 498, CLT).

f) extinção por mútuo acordo entre as partes. Esta modalidade extintiva foi introduzida pela Lei n. 13.467, vigente desde 11.11.2017. Regrada pelo novo art. 484-A da CLT, ela prevê verbas rescisórias algo diferenciadas: *pela metade*, tanto o aviso-prévio, se indenizado, como também o acréscimo rescisório sobre o FGTS (que cai para 20%, portanto); *na integralidade*, as demais verbas rescisórias (incisos I e II do novo art. 484-A, CLT). O art. 484-A, § 1º, autoriza o trabalhador, nessa hipótese, movimentar a sua conta vinculada do FGTS, respeitando o limite de até 80% dos depósitos. Porém, em tal hipótese rescisória, não há possibilidade de ingresso do ex-empregado no Programa do Seguro Desemprego (§ 2º do art. 484-A, CLT).⁽⁹⁾

(8) Maiores esclarecimentos sobre o aviso-prévio, inclusive sobre a proporcionalidade prevista pelo art. 7º, XXI, da CF/88 mas somente regulada pela Lei n. 12.506/11 (Diário Oficial de 13.10.2011), estão apresentados no Capítulo XXIX, item VII, deste Curso.

(9) A respeito dessa nova fórmula rescisória, consultar, neste Curso, o Capítulo XXIX, item VI.1 (“Extinção por Acordo Bilateral (novo art. 484-A, CLT)”).

Informe-se, a propósito, ao leitor que as mais importantes modalidades de terminação do contrato de trabalho serão analiticamente estudadas neste Curso, em seus Capítulos XXVIII até XXXI.

V. CONTRATOS POR TEMPO DETERMINADO (A TERMO)

A *indeterminação* da duração contratual constitui, como visto, regra geral incidente aos contratos empregatícios. Em harmonia a essa regra clássica, a ordem justrabalhista considera excetivos os pactos por prazo prefixado existentes na realidade sociojurídica.

Na qualidade de exceção, os pactos a prazo somente podem ser celebrados em estritas hipóteses legalmente especificadas (a Lei n. 9.601/98, instituidora de novo contrato por tempo determinado, esclareça-se, rompeu com algumas dessas restrições aos contratos a termo, como será examinado no Capítulo XVII deste Curso).

Pactuados regularmente os contratos a termo (ou contratos a prazo), eles irão firmar clara especificidade também no tocante a suas características, regras e efeitos jurídicos. Nesse quadro, eles se distinguem por estarem submetidos a lapsos temporais geralmente estreitos e rígidos; por se pautarem segundo normas rigorosas, quer no tocante à sua sucessividade por outro contrato da mesma natureza, quer quanto à prorrogação contratual (a Lei n. 9.601/98 também atenuou o rigor de tais normas, a propósito); por produzirem repercussões rescisórias mais restritas do que as típicas aos contratos sem prazo prefixado; finalmente, distinguem-se por não se subordinarem à mesma amplitude de efeitos própria à interrupção e à suspensão contratuais e às garantias jurídicas de emprego, em contraponto aos contratos de duração indeterminada.

1. Hipóteses de Pactuação

Tratando-se de inquestionável exceção no contexto do Direito do Trabalho, os contratos a prazo submetem-se às hipóteses legais tipificadas — e estritas — no tocante à possibilidade de sua pactuação regular. Excluídas tais hipóteses legais, será irregular a contratação empregatícia mediante contratos de duração prefixada.

Três são as hipóteses de pactuação de contrato a termo *previstas na CLT* (art. 443, § 2º, CLT).

Ao lado desse conjunto específico, pode-se arrolar uma quarta hipótese normativa de pactuação, consistente nos contratos de duração prefixada tipificados por legislação extravagante à CLT, como ocorre com os contratos de atleta profissional de futebol, artista profissional e outros.

A partir da Lei n. 9.601/98, surgiu uma quinta hipótese de pactuação a termo, abrangente de qualquer profissão ou categoria profissional e não submetida às restrições do art. 443 da CLT: trata-se do *contrato provisório*, dotado de direitos trabalhistas ainda mais restritos do que os característicos aos demais contratos a termo (esta figura contratual será examinada no Capítulo XVII deste Curso).

As hipóteses de pactuação firmadas pela CLT são muito claras. Em primeiro lugar situa-se o serviço cuja natureza ou transitoriedade justifique a predeterminação do prazo (art. 443, § 2º, “a”, CLT); em segundo lugar as atividades empresariais de caráter transitório (art. 443, § 2º, “b”, CLT); em terceiro lugar a pactuação mediante contrato de experiência (art. 443, § 2º, “c”, CLT).

O tipo legal dos *serviços cuja natureza ou transitoriedade justifique a predeterminação do prazo do contrato* é bastante recorrente no cotidiano trabalhista. Trata-se, ilustrativamente, de contratos a termo para atendimento a substituição de empregado permanente, em gozo de férias ou licença previdenciária. Do mesmo modo, contratações efetivadas para atendimento a acréscimo extraordinário e provisório de serviços empresariais (elevação de vendas no período natalino, por exemplo). Na verdade, as mesmas hipóteses de pactuação que autorizam a contratação de *trabalho temporário* (referimo-nos, evidentemente, à figura terceirizante da Lei n. 6.019, de 1974) — atendimento a necessidade transitória de substituição de pessoal regular e permanente ou acréscimo extraordinário de serviços da empresa tomadora — autorizam a contratação celetista por tempo determinado⁽¹⁰⁾.

Também pode ser contratado a termo o trabalho certo e delimitado em sua dimensão temporal — como, por exemplo, uma obra específica (caso de pedreiro e serventes admitidos para a construção de um muro). A jurisprudência, sensatamente, tem considerado, porém, que a indistinção ou a sucessividade de obras específicas (reforma de um prédio, com obras na fachada, no pátio, na portaria, nos lavatórios, no passeio, etc.) descaracterizam a certeza e delimitação temporal restritiva que a ordem jurídica quer reservar para os contratos a prazo, tornando indeterminado o pacto contratual realizado nesses últimos casos⁽¹¹⁾.

O tipo legal das *atividades empresariais de caráter transitório* é menos recorrente no cotidiano trabalhista do que o anterior. Aqui a transitoriedade não diz respeito à atividade do trabalhador (como no caso acima), mas é

(10) Essa é a opinião classicamente já expressada por Amauri Mascaro Nascimento, em *Iniciação ao Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1994, p. 200-201.

(11) De certo modo, também se enquadra nesta hipótese de pactuação o recente *contrato rural por pequeno prazo*, a ser capitaneado pelo *produtor rural pessoa física*, para o *exercício de atividades de natureza temporária*, por dois meses (novo art. 14-A da Lei n. 5.889/73, conforme Lei n. 11.718/08) — pacto a ser examinado no Capítulo XVII, item II.2, deste Curso.

aferida em vista das próprias atividades da empresa. A atividade da empresa é que é passageira, fugaz, justificando, assim, que ela pactue contratos a prazos preestabelecidos. Trata-se, ilustrativamente, de atividades empresariais em feiras industriais, comerciais ou agropecuárias; atividades circenses em determinadas comunidades; atividades empresariais sazonais (vendas de fogos de artifício em períodos juninos), etc.

O tipo legal do *contrato de experiência* é, seguramente, hoje, o mais recorrente no cotidiano trabalhista entre os três aventados pela Consolidação. Essa recorrência deriva talvez do laconismo com que a CLT tratou a figura examinada, não especificando, aparentemente, qualquer hipótese delimitada para sua incidência no plano concreto das relações empregatícias. Esse silêncio legal (eloquente, no caso) permite colocar sob regência do contrato de experiência, em princípio, qualquer relação de emprego, em seu nascimento.

O laconismo normativo não traduz, obviamente, conivência com a burla ao sentido essencial da legislação: se, por exemplo, o trabalhador for recontratado, após extinção de contrato a prazo ou outro contrato de experiência, para exercer as exatas mesmas funções, no exato mesmo contexto empresarial, torna-se injustificável novo contrato de experiência. Esta estrita situação de afronta ao sentido e objetivos centrais do tipo legal examinado não pode ser, contudo, generalizada, a ponto de se considerar o contrato a contento inválido para aferição inicial da relação empregatícia concernente a *certas categorias de trabalhadores*. O texto lacônico celetista expressa exatamente a intenção de não diferenciar situações ou pessoas, certamente na sensata intenção legal de apreender no contrato de prova um instrumento útil de aferição não somente da qualificação profissional do trabalhador, mas, também, na mesma intensidade, de sua aptidão de inserção comunitária no ambiente de trabalho. Na mesma linha, a aferição, pelo(a) trabalhador(a), acerca da própria higidez moral e material do ambiente e empresa a que acabou de se vincular.

As hipóteses de pactuação de contrato a termo firmadas por *legislação extravagante à CLT* obedecem, evidentemente, aos termos estritos de cada diploma específico enfocado. Na verdade, contudo, de maneira geral (excluída a Lei n. 9.601/98, é claro), esses diplomas elegem o contrato a termo como instrumento válido de contratação dos profissionais a que se reportam exatamente por se tratar de situações envolventes a serviços cuja natureza ou transitoriedade justifica a predeterminação do prazo contratual (uma peça de teatro, em geral, compreende uma temporada delimitada, por exemplo).⁽¹²⁾

(12) As hipóteses de contratação a termo nas relações empregatícias domésticas, especificadas pela Lei Complementar n. 150/2015, são também similares: contrato de experiência (art. 4º, *caput* e inciso I) e contrato a prazo para atender a necessidades familiares de natureza transitória e para substituição temporária de empregado doméstico com contrato de trabalho interrompido ou suspenso (art. 4º, inciso II).

Há situações, entretanto, em que a lei especial busca efetivamente fugir do modelo indeterminado de contratação empregatícia. Curiosamente afasta-se desse modelo padrão trabalhista como meio de assegurar melhores condições de pactuação à força de trabalho. É que estão envolvidos, normalmente, profissionais altamente qualificados (artistas, atletas, etc.), que, seguramente, tendem, ao longo do tempo, a aperfeiçoar sua habilidade técnica e ampliar seu prestígio no mercado; não se justifica, pois, que não possam, de tempos em tempos, repactuar, por inteiro, suas cláusulas contratuais com o empregador a que se vinculam. Está-se diante, portanto, de algumas poucas situações trabalhistas em que a indeterminação contratual não favoreceria necessariamente à própria figura do trabalhador — razão por que optou a ordem jurídica pelo modelo excepcional de contratação a termo.

No grupo de situações em que a norma jurídica fixa contratos a termo por razões peculiares, embora também protecionistas, pode-se englobar ainda o contrato de aprendizagem, tipificado pelo art. 428 da CLT.

2. Meios de Fixação do Termo Final

Termo, como se sabe, “é o dia, no qual tem de começar ou de extinguir-se a eficácia de um negócio jurídico”⁽¹³⁾.

A doutrina classifica o termo em *certo* e *incerto*. Não há contradição nessa tipologia. O termo sempre será certo — *quanto à sua ocorrência* (distingue-se, assim, da *condição*, que é incerta quanto à sua própria ocorrência: art. 114, CCB/1916; art. 121, CCB/2002). Mas pode haver imprecisão quanto à efetiva data de verificação do termo; assim, a diferenciação quanto à *precisão temporal do termo* é que justifica a tipologia ora examinada.

Termo certo (*certus an, certus quando*) é aquele cuja exata incidência já está prefixada no tempo, sabendo-se, antecipadamente, sua precisa verificação cronológica. É exemplo dessa modalidade o chamado termo fixo, isto é, o termo indicado através de data especificada (31 de maio do próximo ano, por exemplo).

Termo incerto (*certus an, incertus quando*) é aquele cuja exata incidência ainda não está prefixada no tempo, não se sabendo, antecipadamente, sua *precisa* verificação cronológica, embora seja *segura* sua ocorrência em lapso futuro firmemente previsível. É exemplo dessa modalidade o chamado termo fixado em vista da ocorrência de um acontecimento suscetível de previsão aproximada (final da temporada de verão em região praieira, por exemplo).

A normatividade justralhista estipula três meios de fixação do termo final do contrato a prazo (art. 443, § 1º, CLT): mediante termo fixo

(13) BEVILACQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*. V. I, Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1949, p. 399.

(termo certo) — data prefixada — (trata-se, pois, de meio submetido a critério estritamente cronológico); mediante termo previsto em função da execução de serviços previamente especificados (termo incerto); mediante termo previsto em função da realização de determinado acontecimento suscetível de previsão aproximada (termo incerto).

A primeira modalidade de estipulação de termo (critério estritamente cronológico) é utilizada em *contratos de experiência*. Embora a lei seja lacônica com respeito à eleição exclusiva desse tipo de termo para os contratos a contento (arts. 443, § 2º, “c”, e 445, parágrafo único, CLT), a jurisprudência tem se mostrado firme na direção dessa exclusividade. E é sensata tal interpretação normativa. É que o franqueamento largo dos contratos de experiência — admissíveis para qualquer tipo de trabalhador empregaticamente contratado, como visto — torna relevante a garantia de transparência no concernente à modalidade de contrato efetivada entre as partes. Além disso, a aprovação ou desaprovação na experiência jamais teria caráter de efetivo *termo*, já que é fato incerto quanto à sua própria ocorrência (aproximando-se mais de uma *condição*, portanto). Nesse contexto, não poderia o final do contrato ser fixado em função de serviço especificado (*experiência não é serviço*), nem em função de acontecimento suscetível de previsão aproximada (não se sabe ao certo se a experiência terá êxito ou não). Logo, não somente por necessidade de transparência inequívoca acerca de cláusula contratual importante e restritiva, como também por exclusão lógica das duas outras modalidades de fixação de termo final estipuladas no § 1º do art. 443 da CLT é que se tem como inexorável a só utilização de termo cronológico nos contratos de prova (termo certo).

Registre-se que, evidentemente, o termo estritamente cronológico também pode ser utilizado em outros tipos de contrato a prazo, sejam contratos regulados por normas especiais (atletas profissionais, artistas, etc.), sejam contratos a prazo pactuados nas duas outras hipóteses mencionadas pela CLT (serviço cuja natureza ou transitoriedade justifique a predeterminação do prazo e atividades empresariais de caráter transitório). Nestes dois últimos casos as partes podem substituir a imprecisão da data de incidência do termo por uma data certa, que o transforme licitamente em termo certo.

A segunda modalidade de estipulação de termo (execução de serviços especificados) é utilizada em distintos contratos a prazo. Trata-se de uma modalidade que se funda no esgotamento do objeto central do contrato, sob a perspectiva do empregador, isto é, a prestação de fazer pactuada. Tanto pode se concretizar em uma obra contratada, quanto em um serviço pactuado. O essencial é que seja especificado o serviço ou a obra, escapando à indeterminação do objeto da prestação de fazer que tende a caracterizar os contratos de duração incerta.

A terceira modalidade de estipulação de termo (realização de determinado acontecimento suscetível de previsão aproximada) também é utilizada

em distintos contratos a prazo. Trata-se de modalidade que não se funda em uma precisa obra ou serviço pactuado, podendo a obrigação objeto do contrato assumir a mesma indeterminação que tende a possuir nos contratos por tempo incerto. Contudo, sua transitoriedade emerge em face das circunstâncias envolvidas à contratação, justificadoras da pactuação a prazo, nos termos da CLT. É o que se passa, por exemplo, nos contratos de safra (o final da safra é suscetível de previsão aproximada).

3. Prazos Legais

O contingenciamento que o Direito do Trabalho impõe aos contratos a termo expressa-se também em seus prazos de vigência. A lei fixa prazos máximos de duração aos contratos a termo. De maneira geral, segundo a regra celetista, tais contratos não podem exceder a dois anos (art. 445, *caput*, CLT). Sendo de experiência o contrato a termo, seu prazo não pode exceder a 90 dias (parágrafo único do art. 445). Leis especiais que se refiram a contratos a termo específicos podem fixar prazos distintos, evidentemente.

O desrespeito ao parâmetro máximo do prazo contratual (contrato a contento que ultrapasse os 90 dias, por exemplo) conduz à automática modificação objetiva do contrato — que se indetermina, em consequência.

4. Prorrogação e Sucessividade Contratuais

O contingenciamento normativo próprio aos contratos a prazo regidos pela CLT manifesta-se também nas restritas possibilidades de prorrogação e sucessividade que a lei concede a esse tipo de pacto. Desrespeitadas tais alternativas restritas, o contrato a termo descaracteriza-se, indeterminando-se, para todos os efeitos legais.

Prorrogação consiste na dilação temporal do termo final preestabelecido para o contrato. Tal prorrogação pode ser feita — expressa ou tacitamente — *uma única vez* (art. 451, CLT): uma segunda prorrogação gera a automática indeterminação do contrato (a Lei n. 9.601, de 1998, escapa a essa restrição celetista). Ainda assim, a primeira prorrogação somente será regular (não gerando a alteração contratual) *desde que a soma dos dois períodos contratuais* (anterior e posterior à dilação temporal) *não ultrapasse o prazo máximo dos contratos a termo* — dois anos, como regra geral, ou 90 dias, caso se trate de contrato de experiência.⁽¹⁴⁾

(14) O *contrato provisório de trabalho*, regulado pela Lei n. 9.601/98, que pode ser prorrogado mais de uma vez (várias vezes, na verdade), será estudado no Capítulo XVII, item III, deste Curso.

A prorrogação, como visto, pode ser expressa ou tácita (art. 451). Contudo, a hipótese de sua ocorrência deve constar do conteúdo contratual originário (30 dias, prorrogáveis, automaticamente, por mais 60, por exemplo), *sob pena de ser necessária uma manifestação expressa das partes nessa direção* (assinatura de um adendo contratual, por exemplo).

A *sucessividade* consiste na celebração de novo contrato a termo após a extinção próxima de um contrato anterior da mesma natureza. A sucessividade importa em distintos pactos contratuais, ao passo que a prorrogação funda-se e se concretiza no contexto de um mesmo contrato a prazo.

As regras celetistas restritivas da sucessividade contratual informam que um contrato a termo somente pode ser licitamente sucedido por outro, entre as mesmas partes, *se transcorridos seis meses do contrato anterior* (art. 452). Celebrados dois contratos a termo em lapso temporal inferior a seis meses do término do primeiro contrato, o segundo contrato sofrerá modificação objetiva automática, considerando-se como pacto de duração indeterminada.

É interessante perceber que essa distância temporal mínima entre contratos passou a ser incorporada pela jurisprudência como parâmetro para uma importante presunção justrabalhista — abrangente inclusive de contratos sem termo prefixado: a presunção de fraude em contextos de rupturas e repactuações contratuais sucessivas, em lapsos temporais de curto período.

Entretanto, ultrapassados seis meses do final do anterior contrato a prazo, será válido o novo contrato a termo pactuado — ao menos em face do fundamento da distância temporal mínima entre os pactos subscritos.

O que a lei busca com essa regra estritamente formal (prazo mínimo de distância entre contratos a termo) é evitar a fraude em contratações a prazo. Por essa razão, a CLT não elimina, inteiramente, a possibilidade de pactuação lícita de sucessivos contratos a termo, mesmo em lapsos temporais inferiores a seis meses entre os diversos pactos. O essencial é que efetivamente não haja fraude em tais pactuações. Nesse quadro será válida a contratação em distâncias temporais inferiores a seis meses *desde que* o contrato anterior tenha expirado pela execução dos serviços especializados (ou *especificados*: § 1º do art. 443) motivadores do pacto, *ou* tenha se extinguido em face da realização de certos acontecimentos suscetíveis de previsão aproximada ensejadores do contrato (art. 452, CLT).

A propósito, cabe se ressaltar que a jurisprudência, sensatamente, já pacificou que a aparente assincronia entre o texto dos art. 452 e § 1º do art. 443, ambos da CLT, não tem conteúdo normativo, ou seja, as normas são absolutamente harmônicas e recorrentes entre si. Por essa razão os

serviços especializados referidos pelo texto do art. 452 não se distinguem dos *serviços especificados* autorizativos do contrato a termo e mencionados pelo § 1º do art. 443.

5. Indeterminação Contratual Automática (“Novação”)

A prevalência juslaboral do princípio da continuidade da relação de emprego, favorecendo a incidência dos contratos por tempo indeterminado no cotidiano justralhista, em detrimento dos contratos a termo, faz com que qualquer irregularidade nas regras de pactuação, duração, prorrogação ou sucessividade destes últimos contratos conduza à indeterminação de seu prazo contratual. A alteração automática e imperativa, resultante de comando legal (alteração *ex lege*), do tipo do contrato (de determinado para indeterminado) é efeito relevante na dinâmica justralhista. A doutrina comumente tem chamado tal efeito de *novação contratual*.

Novação é a figura consistente na criação de uma obrigação nova com o fito de extinguir uma anterior (“é a extinção de uma obrigação pela formação de outra, destinada a substituí-la”⁽¹⁵⁾). Na teoria civilista é modalidade de extinção de obrigações⁽¹⁶⁾, tanto que estabelece o Código Civil que, *inexistindo ânimo de novar*, a segunda obrigação confirma simplesmente a primeira (art. 1.000, CCB/1916; art. 361, CCB/2002). A novação pode ser subjetiva (alteração de sujeitos contratuais) ou objetiva (alteração do conteúdo do contrato).

Na verdade, a indeterminação automática imperativa da duração contratual, em situações de desrespeito às regras de pactuação, temporalidade, prorrogação e/ou sucessividade de contratos empregatícios a termo, *não* pode ser confundida com novação. É que não há extinção das obrigações anteriores (ao contrário, elas se afirmam no novo tipo contratual); além disso, não deriva tal modificação da vontade das partes, e sim de imperativo legal. A menos que se queira adotar a nomenclatura para designar um tipo legal específico e diferenciado de novação, inconfundível com a figura clássica civilista — ilustrativamente, “novação trabalhista” (novação *ex lege*) —, não se justifica a identificação da figura celetista examinada com o tradicional instituto de Direito Civil.

São várias as situações de indeterminação imperativa do contrato a termo. Em primeiro lugar, caso não seja pactuado nas estritas hipóteses legais de sua contratação (serviço cuja natureza ou transitoriedade justifique a predeterminação do prazo; atividade empresarial de caráter transitório;

(15) GOMES, Orlando. *Obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 1972, p. 157.

(16) GOMES, O., *ob. cit.*, p. 156-159. Na mesma direção, MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*, 4ª Vol., 1ª parte. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 293-298.

contrato de experiência; hipóteses previstas por legislação extravagante à CLT, inclusive Lei n. 9.601/98). Em segundo lugar, caso seja pactuado por lapso temporal superior ao parâmetro máximo lançado pela legislação (90 dias, tratando-se de contrato de experiência; 2 anos, nas demais situações celetistas). Em terceiro lugar, caso seja prorrogado (expressa ou tacitamente) mais de uma vez; ou, mesmo que submetido a uma única prorrogação, esta se faça por além do prazo legal permitido. Em quarto lugar, quando o pacto for seguido por outro contrato a prazo, antes de seis meses da conclusão do primeiro, desde que este não tenha se expirado em virtude da execução dos serviços especializados ou especificados motivadores da contratação primitiva, ou tenha se extinguido pela realização dos acontecimentos que ensejaram a contratação a termo.

Evidentemente que os contratos a termo extravagantes à CLT (inclusive o instituído pela Lei n. 9.601/98) não se submetem a *todas* as hipóteses de indeterminação acima especificadas, em função de sua regência normativa parcialmente distinta.

6. Efeitos Rescisórios nos Contratos a Termo

Os contratos a termo propiciam parcelas rescisórias mais restritas em favor do empregado, se comparadas àquelas características aos contratos indeterminados no tempo. O rol dessas parcelas guarda pequena diferenciação entre si, conforme a modalidade de ruptura contratual verificada nesses contratos a termo (o pacto provisório da Lei n. 9.601/98 merece análise especial também no que tange a este tópico).

As modalidades principais de ruptura contratual verificadas são: a) extinção normal, em face do cumprimento do prazo; b) extinção anormal, em face de dispensa antecipada pelo empregador (resilição unilateral por ato empresarial); c) extinção anormal, em face de pedido de demissão antecipada pelo empregado (resilição unilateral por ato obreiro); d) extinção anormal, em face de pedido de demissão ou dispensa antecipadas, havendo no contrato cláusula assecuratória do direito recíproco de antecipação rescisória; e) extinção anormal, em face de mútuo acordo entre empregado e empregador.

As parcelas rescisórias devidas, em conformidade a cada um dos tipos de ruptura contratual, assim se dispõem:

a) extinção normal do contrato (cumprimento do prazo prefixado) — 13º salário proporcional; férias proporcionais com 1/3 (Súmula 328, TST); liberação de FGTS (sem 40%);

b) extinção contratual em face da dispensa antecipada pelo empregador — as mesmas verbas acima mencionadas (13º salário proporcional, férias proporcionais com 1/3 e liberação de FGTS). A tais parcelas acresce-se a

indenização do art. 479 da CLT (valor no importe da metade dos salários que seriam devidos pelo período restante do contrato). São cabíveis, também, os 40% de acréscimo sobre o FGTS.

Há entendimentos de que esses 40% se compensariam com a indenização do art. 479 da CLT por atenderem as duas parcelas à mesma causa e objetivos jurídicos — a reparação pela dispensa imprevista. Tal posição choca-se, contudo, com texto expresso do diploma regulamentador do Fundo de Garantia, que determina o pagamento, nos contratos a termo, dos 40% sobre o Fundo, em situações de dispensa antecipada por ato empresarial, e dos 20% de acréscimo fundiário, em situações de dispensa antecipada por culpa recíproca (arts. 14 e 9º, §§ 1º e 2º, Decreto n. 99.684, de 1990). Em substância jurídica, contudo, havendo efetivo *bis in idem* (como, de fato, ocorre), prevalece a dedução.

Ressalte-se, de todo modo, ser inquestionável e pacífico, na jurisprudência (já muito antes da Constituição de 1988), a compreensão de que os depósitos principais do Fundo não poderiam ser compensados com a indenização do art. 479 da CLT, por atenderem a objetivos distintos (Súmula 125, TST).

c) extinção contratual em face do pedido de demissão antecipada pelo empregado — as parcelas devidas serão o 13º salário proporcional e as férias proporcionais com 1/3 (Súmulas 328 e 261 do TST, esta com nova redação, desde novembro de 2003: Res. 121/TST). Aqui, o trabalhador não saca, na rescisão, o FGTS. Mais ainda: pela CLT, o obreiro poderá ser compelido a indenizar o empregador pelos prejuízos resultantes da ruptura antecipada (art. 480, *caput*), indenização que não poderá suplantar “àquela a que teria direito o empregado em idênticas condições” (parágrafo único do art. 480 combinado com art. 479, CLT);

d) extinção contratual em face de pedido de demissão ou dispensa antecipadas, havendo no contrato cláusula assecuratória do direito recíproco de antecipação rescisória — incidem todas as parcelas rescisórias típicas de contratos de duração indeterminada, caso se trate de dispensa efetivada pelo empregador (aviso-prévio, inclusive com projeção no contrato; 13º salário proporcional; férias proporcionais com 1/3; FGTS com 40%).

Caso se trate de pedido de demissão, incidem as verbas próprias ao pedido de demissão clássico.

Portanto, estando prevista semelhante cláusula, e sendo acionada, a rescisão opera-se segundo regras de contratos de duração indeterminada, incidindo o aviso-prévio, em vez da indenização calcada à base da metade da remuneração devida pelo prazo final do contrato (arts. 481 e 479, CLT). A parcela proporcional do aviso-prévio, regulada pela Lei n. 12.506/11 (Diário

Oficial de 13.10.2011), aplica-se somente a contrato com um ano completo — ou mais — de serviço (três dias de acréscimo por ano), agregando-se, sequencialmente, aos 30 dias originais do aviso (art. 1º e parágrafo único, Lei n. 12.506/2011). Em princípio, a proporcionalidade é vantagem exclusiva do trabalhador, se incidente no caso concreto, não sendo, desse modo, aplicável a pedidos de demissão pelo obreiro.⁽¹⁷⁾

A aplicação a tais casos dos “princípios que regem a rescisão dos contratos por prazo indeterminado” (art. 481, CLT) não deve conduzir à conclusão que até mesmo as garantias de emprego e indenizações especiais por ruptura contratual desmotivada incidem em tais situações empregatícias, caso seja a ruptura provocada por ato empresário desmotivado. O contrato continua a ser a termo, com as regras e restrições que lhe são próprias; apenas o conjunto de *verbas rescisórias* é que se amplia, em face da cláusula autorizadora da rescisão antecipada.

A referida cláusula assecuratória do direito recíproco de rescisão é bastante irracional, se considerados contratos de curta duração (como o contrato de experiência, por exemplo). Contudo, se considerados lapsos contratuais mais largos (superiores a um ano, ilustrativamente), semelhante cláusula (e seus efeitos especificados no art. 481, CLT) torna-se inquestionavelmente funcional, já que reduz os ônus de uma eventual ruptura contratual antecipada por interesse de qualquer das duas partes contratuais.

e) extinção por mútuo acordo entre empregado e empregador, conforme novo art. 484-A da CLT, vigente desde 11.11.2017 (Lei n. 13.467/2017) — nesta fórmula nova de ruptura, são devidas, pela metade, o aviso-prévio, se indenizado, e a indenização rescisória sobre o FGTS (20%, ao invés de 40%). As demais verbas rescisórias são devidas em sua integralidade. O FGTS pode ser sacado pelo obreiro até o limite de 80% de seus depósitos. Nesta hipótese rescisória, não cabe o seguro-desemprego.

7. Suspensão e Interrupção nos Contratos a Termo. Garantias de Emprego e Contratos a Termo

O contingenciamento que o Direito do Trabalho produz com respeito aos contratos a termo é bastante coerente, se considerados os objetivos centrais desse ramo jurídico especializado de aperfeiçoar as condições de pactuação da força de trabalho no mercado, elevando o patamar de oferta e gerenciamento dessa força de trabalho. É que a lógica dos contratos a termo

(17) Naturalmente ainda há divergências de interpretação sobre os efeitos da Lei n. 12.506, publicada no Diário Oficial de 13 de outubro de 2011. Para melhor exame do tema, consultar neste livro o Capítulo XXIX, item VII.

é perversa, não permitindo qualquer possibilidade de maior integração do trabalhador na empresa, além de já preestabelecer o final do próprio vínculo empregatício, meta contra a qual todo o Direito do Trabalho se contrapõe.

Essa mesma perversidade demonstra-se no tocante aos institutos da suspensão e interrupção contratuais e das garantias de emprego: tais institutos são inábeis de produzir, no contexto dos contratos a termo, a mesma extensão de efeitos que seguramente propiciam na seara dos contratos indeterminados.

Ciente de que os contratos a termo não atendem aos objetivos básicos do Direito do Trabalho, a legislação busca restringir ao máximo suas hipóteses de pactuação e de reiteração no contexto da dinâmica justralhista. Contudo, caso licitamente pactuados, não retira o ramo justralhista as consequências próprias e específicas a esse modelo de contratação empregatícia.

Entre tais consequências está aquela que informa que, nos contratos a prazo, os institutos da interrupção e suspensão contratuais não produzem os mesmos efeitos típicos aos contratos indeterminados. Duas posições principais despontam a esse respeito.

A primeira delas considera que a interrupção e a suspensão sustariam os efeitos contratuais, mas apenas dentro do lapso temporal já prefixado ao contrato, sem terem o condão de prorrogar o termo final do contrato a prazo. O contrato extinguir-se-ia normalmente, em seu termo conclusivo prefixado, ainda que o obreiro esteja afastado do trabalho em virtude de causa suspensiva ou interruptiva legalmente tipificada (licença previdenciária, por exemplo).

A segunda posição admite a restrição de efeitos da suspensão/interrupção no contexto dos contratos a prazo, mas pondera que a causa suspensiva/interruptiva teria o condão de prorrogar o vencimento do termo final do contrato até o instante de desaparecimento do fator de suspensão/interrupção do pacto, momento em que o contrato extinguir-se-ia automaticamente.

A CLT claramente acolhe semelhante restrição de efeitos da suspensão/interrupção contratual, ao estabelecer que nos “contratos por prazo determinado, o tempo de afastamento, *se assim acordarem as partes interessadas*, não será computado na contagem do prazo para a respectiva terminação” (§ 2º do art. 472, CLT; grifos acrescidos). Quer a norma dizer, portanto, que, inexistindo pactuação favorável efetuada pelas partes, o tempo de afastamento por suspensão ou interrupção *será computado no prazo para a respectiva terminação do contrato*.

Os mesmos fundamentos inviabilizam, efetivamente, conferir-se incidência às garantias de emprego no âmbito dos contratos a prazo. A prefixação de um termo final ao contrato, em hipóteses legalmente já restringidas, torna

incompatível o posterior acoplamento de uma consequência legal típica de contratos de duração incerta — e que teria o condão de indeterminar o contrato, alargando o lapso contratual por período múltiplas vezes mais amplo do que o curto período licitamente pactuado.

A) Acidente de Trabalho: exceção relevante — As causas suspensivas do contrato podem atuar, no máximo, como fatores de prorrogação do vencimento do respectivo pacto empregatício, estendendo seu termo final à data do retorno do obreiro ao serviço, sempre sem prevalência de qualquer das garantias de emprego legalmente tipificadas — conforme já estudado.

Pode-se falar a existência de exceção a essa regra geral celetista (art. 472, § 2º, CLT): a derivada dos afastamentos por acidente de trabalho (ou doença profissional, é claro).

De fato, aqui, a *causa* do afastamento integra a essência sociojurídica de tal situação trabalhista, já que se trata de *suspensão provocada por malefício sofrido pelo trabalhador em decorrência do ambiente e processo laborativos, portanto em decorrência de fatores situados fundamentalmente sob ônus e risco empresariais*. Ora, sabe-se que no Direito a causa somente afeta de modo substantivo as regras e efeitos do ato caso seja tida como *fator determinante* de sua ocorrência (art. 90, CCB/1916; art. 140, CCB/2002); na presente situação suspensiva, a causa do afastamento do obreiro é, inegavelmente, fator determinante da regência e efeitos normativos especiais resultantes da ordem jurídica.

Note-se que a CLT, em sua origem, parecia não prever a situação excepcional enfocada (art. 472, § 2º, CLT). Contudo, nesse aspecto, ela teve de se ajustar ao comando mais forte oriundo da Constituição de 1988, determinando tutela especial sobre as situações envolventes à saúde e segurança laborais (art. 7º, XXII, CF/88): a Constituição de 1988, afinal, fala em *redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança*. Em tal quadro, a garantia de emprego de um ano, que protege trabalhadores acidentados ou sob doença profissional, após seu retorno da respectiva licença acidentária (art. 118, Lei n. 8.213/91), incide, sim, em favor do empregado, ainda que admitido, na origem, por pacto empregatício a termo.

Trata-se de isolada exceção (que não abrange sequer afastamento por outras doenças não ocupacionais ou por serviço militar ou outro fator) — mas que decorre da própria ordem constitucional e suas repercussões sobre o restante da ordem jurídica.⁽¹⁸⁾

(18) O entendimento deste autor foi inicialmente exposto em obras da década de 1990, apresentando-se neste Curso desde sua primeira edição (2002). A respeito, consultar, ilustrativamente, DELGADO, M. G. *Contrato de Trabalho* — caracterização, distinções, efeitos. São Paulo: LTr, 1999, p. 59 e 94. DELGADO, M. G. *O Novo Contrato por Tempo Determinado*.

A jurisprudência, após mais de uma década de maturação, passou, felizmente, a acolher a presente situação excetiva: em um primeiro passo, por meio da aplicação da garantia constitucional aos contratos de experiência; depois, pela sua aplicação a qualquer contrato a termo — conforme demonstram acórdãos da maioria das turmas do TST e, em 2011, até mesmo de sua SDI-1.⁽¹⁹⁾ Finalmente, em 2012, foi inserido novo item III na Súmula 378 nessa direção: “*O empregado submetido a contrato de trabalho por tempo determinado goza da garantia provisória de emprego decorrente de acidente de trabalho prevista no art. 118 da Lei n. 8.213/91*”.

B) Garantia à Gestante e ao Nascituro: outra exceção relevante —

Uma segunda exceção desponta com respeito às restrições de contratos a termo quanto a garantias de emprego: a garantia da trabalhadora grávida, que também foi reconhecida pela Constituição da República (art. 10, II, “b”, ADCT da CF/88). Conforme se sabe, a Constituição estipulou que “*fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa (...) da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto*”.

Em conformidade com a jurisprudência, tal garantia é objetiva, desde a confirmação da gestação — isto é, *desde a concepção* —, independentemente da ciência do fato pelo empregador e até mesmo pela própria trabalhadora. É irrelevante, ademais, a data de realização do exame laboratorial acerca da gravidez, já que se entende por confirmação a específica concepção, ou seja, a circunstância objetiva que confirma a gravidez. Nesta linha a Súmula 244, I, do TST.

Essa garantia, dotada de força constitucional, ultrapassa o âmbito do interesse estrito da empregada grávida, por ter manifestos fins de saúde e

2. ed. São Paulo: LTr, 1999, p. 40-41. Também DELGADO, M. G. *Curso de Direito do Trabalho*. 1. ed., 1ª tiragem, São Paulo: LTr, 2002, p. 524 e p. 1070-1071. Registre-se que excelente estudo sobre a presente situação excetiva também se encontra em CABRAL JÚNIOR, Ézio Martins. *Acidente do Trabalho e Contrato a Termo*. São Paulo: LTr, 2003.

(19) Na verdade, a partir de 2010, tornaram-se mais comuns e recorrentes decisões de distintas turmas do Tribunal Superior do Trabalho reconhecendo a incidência da garantia do art. 118 da Lei n. 8.213/91 nos contratos a termo de experiência (em algumas dessas decisões, até mesmo em qualquer contrato a termo). Cinco entre as oito turmas da Corte Superior assim já haviam se posicionado, a saber: *1ª Turma*, RR 85600-82.2002.5.15.0096, DEJT 18.06.2010, Relator: Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho; *3ª Turma*, RR 120400-62.2008.5.24.0004, DEJT 19.03.2010, Relatora: Ministra Rosa Maria Weber; *5ª Turma*, RR 700-37.2002.5.05.0132, DEJT 14.05.2010, Relatora Ministra Kátia Magalhães Arruda; *6ª Turma*, RR-119400-38.2007.5.04.0030, DEJT 01.10.2010, Relator Ministro Mauricio Godinho Delgado; *8ª Turma*, RR 156900-12.2008.5.09.0242, DEJT 24.09.2010, Relatora Ministra Dora Maria da Costa. Em 2011, a SDI-I do TST, que tem a incumbência de promover uniformização jurisprudencial na Corte Superior, determinou, por maioria de votos, em recurso de *embargos*, a aplicação da garantia estabilitária prevista no art. 118 da Lei n. 8.213/91 a trabalhador acidentado, mesmo que signatário de contrato por prazo determinado (TST-E-ED-RR-700-37.2002.5.05.0132, SBDI-1, Rel. Min. Horácio Senna Pires, 27.6.2011). Em 2012, por fim, editou-se o item II da Súmula 378 do TST nessa mesma direção.

assistência social não somente com respeito à própria mãe trabalhadora como também em face de sua gestação e da criança recém-nascida.

Havendo, desse modo, evidente interesse público com vista às proteções à mãe trabalhadora, sua gestação e parto, além do período inicial da maternidade, interesse público que se estende também à criança nascitura, ganha destaque a garantia constitucional, afastando o óbice criado pela CLT com respeito aos contratos a termo (art. 472, § 2º, CLT).

Há que se registrar, contudo, que a jurisprudência trabalhista por longo período não absorveu essa situação excetiva, considerando incompatível com contratos a termo a garantia de emprego da trabalhadora gestante e parturiente (antigo item III da Súmula 244 do TST). Em contrapartida, o STF vinha brandindo com insistência a efetividade da garantia fixada pelo art. 10, II, “b”, do ADCT da CF/88, mesmo nos casos de relações administrativas precárias e a prazo no âmbito da Administração Pública.⁽²⁰⁾

Reaberto o debate na comunidade jurídica, parece-nos irremediável a tendência ao alargamento da efetividade dos direitos humanos e sociais trabalhistas, em especial quando possuem matriz na própria Constituição. Foi o que, felizmente, acolheu o TST ao conferir nova redação ao item III de sua Súmula 244: *“A empregada gestante tem direito à estabilidade provisória prevista no art. 10, inciso II, alínea ‘b’, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, mesmo na hipótese de admissão mediante contrato por tempo determinado”* (Res. n. 185/TST, divulgada em 25.9.2012).

8. Contratos a Termo: forma e prova

Os contratos a prazo são considerados excetivos no Direito do Trabalho. Nem por isso são necessariamente formais, isto é, solenes, submetidos a uma formalidade essencial à sua própria existência no plano do Direito. Nesse quadro, há contratos a termo que são apenas consensuais, podendo se provar por qualquer meio probatório admissível em juízo. É o que se passa, por exemplo, com o contrato de safra (art. 14, Lei n. 5.889/73) e com grande parte dos pactos a termo motivados por serviço cuja natureza ou transitoriedade justifique a predeterminação do prazo ou por atividade empresarial de caráter transitório (alíneas “a” e “b” do § 2º do art. 443, CLT).

(20) Eis algumas decisões do STF, ocorridas entre 2001 e 2010, que tratam da efetividade ampla dessa garantia constitucional, mesmo em relações jurídicas precárias ou a termo no âmbito da Administração Pública: a) **RE** 234.186, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 5.6.2001. 1ª Turma, DJ de 31.8.2001; b) **RMS** 21.328, Rel. Min. Carlos Veloso, julgamento em 11.12.2001. 2ª Turma, DJ de 3.5.2002; c) **RMS** 24.263, Rel. Min. Carlos Veloso, julgamento em 1.4.2003. 2ª Turma, DJ de 9.5.2003; d) **RE** 287.905, Rel. p/o Acórdão Joaquim Barbosa, julgamento em 28.6.2005. 2ª Turma, DJ de 30.6.2006; e) **RE** 600.057-AgR, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 29.9.2009. 2ª Turma, DJE de 23.10.2009; f) **RE** 597.989-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 9.11.2010. 1ª Turma, DJE de 29.3.2011.

A inexistência de uma formalidade imperativa à celebração desses contratos a termo não elimina a importância da forma em sua dinâmica. É que a forma (instrumento escrito, por exemplo) constitui meio relevante à evidência probatória de tais pactos empregatícios, não devendo, assim, ser descuidada pelo devedor trabalhista. À medida que a exceção tem de ser provada por quem a alega (art. 818, CLT; art. 333, CPC-1973; art. 373, CPC-2015), o empregador que alegue a existência de um contrato a termo envolvendo a relação jurídica entre as partes terá o ônus de efetuar a prova de suas alegações — momento em que a formalidade escrita, se observada, poderá vir em seu socorro.

Há, porém, contratos a termo realmente formais; isso significa que sua existência não pode prescindir de celebração em instrumento escrito. A formalidade trabalhista é singela (em geral, um simples instrumento escrito), mas não pode ser dispensada em tais casos. É o que se passa, por exemplo, com os contratos de atleta profissional (antiga Lei n. 6.354/76, § 3º; arts. 28, 29 e 30 da Lei n. 9.615/98, com subseqüentes alterações, inclusive da Lei n. 12.395/2011), artista profissional (Lei n. 6.533/78, art. 9º), aprendizagem (art. 428, CLT) trabalho temporário (Lei n. 6.019/74, art. 11), contrato provisório (Lei n. 9.601/98) e outros⁽²¹⁾.

Finalmente, desponta uma figura singular nesse quadro. Trata-se do contrato de experiência. Embora a CLT efetivamente não estabeleça o requisito da *forma* no tocante à sua existência (nada há a esse respeito nos textos da alínea “c” do § 2º do art. 443 e parágrafo único do art. 445, CLT), a jurisprudência tem firmemente colocado a necessidade de certa formalidade mínima à configuração válida desse tipo contratual. Assim, seja por um instrumento contratual escrito, seja por uma anotação na CTPS obreira, exige-se uma enunciação expressa mínima do contrato a contento. Essa formalidade, de todo modo, seria o único mecanismo hábil a demonstrar a existência de um termo final cronológico (data prefixada) em semelhante contrato.⁽²²⁾

9. O Tempo de Serviço nos Contratos a Termo

A utilização de distintos contratos no contexto empregatício pode ensejar o problema concernente à contagem do tempo de serviço do empregado perante o mesmo empregador. Ainda que seja lícita a sucessividade dos contratos a termo celebrados, ou na hipótese de sucessão de contrato a

(21) Evidentemente que o formalismo dos contratos temporários e provisórios é mais acentuado do que o inerente aos demais tipos contratuais a termo.

(22) A Lei Complementar n. 150/2015 determina, expressamente, que o contrato de experiência (e demais contratos a termo, se for o caso) conste da anotação original da CTPS do empregado doméstico (art. 9º, *in fine*) — o que significa o lançamento do pacto nas “Anotações Gerais” da Carteira de Trabalho.

termo por outro sem prazo prefixado, em todas essas situações é viável colocar-se o tema da contagem (ou não) dos respectivos tempos de serviço prestados pelo mesmo empregado em face do mesmo empregador.

Cabe se esclarecer, de antemão, que o tempo de serviço considerado envolve o período à disposição do empregador (art. 4º, CLT) e não apenas o período efetivamente laborado. A par disso tudo, não prejudicam a noção de tempo de serviço faltas simples, justificadas ou não, além de ausências legalmente autorizadas (interrupções contratuais). Os lapsos temporais de suspensão contratual não se contam, porém, para fins de *accessio temporis*.

São regras incidentes à *accessio temporis* ocorrida em contratos a prazo:

a) para haver soma do tempo de serviço é preciso, sempre, que os contratos cotejados sejam do tipo empregatício, já que não se somam períodos de contratos de natureza diversa (contrato empregatício e contrato civil, por exemplo);

b) também é necessário que se considerem contratos empregatícios firmados com o mesmo empregador singular ou, pelo menos, com empresas do mesmo grupo econômico (Súmula 129, TST);

c) é preciso, ainda, em regra, que o último contrato seja por *tempo indeterminado*. A *accessio temporis* afetará, portanto, essencialmente apenas o contrato de duração indeterminada, fazendo repercutir sobre ele os lapsos temporais do(s) precedente(s) contrato(s) a termo. Tem-se considerado, porém, que, nos casos de contratos de safra e de obra certa, em que há indenização por tempo de serviço, mesmo sendo determinados os últimos contratos, produz-se a *accessio temporis*;

d) os períodos descontínuos são somados, em princípio, na ampla maioria das modalidades de ruptura contratual (art. 453, CLT, *caput, ab initio*). Desse modo, incide a *accessio temporis* em casos de ruptura do(s) contrato(s) precedente(s) por cumprimento de seu termo final prefixado, por dispensa desmotivada, por extinção do estabelecimento e, até mesmo, segundo a jurisprudência, por pedido obreiro de demissão (Súmula 138, TST).

No tocante à aposentadoria voluntária do trabalhador, prevaleceu por décadas o entendimento em favor da contagem do tempo precedente (antiga Súmula 21 do TST); esta interpretação enfraqueceu-se após o cancelamento da referida súmula (Res. 30/1994, TST). Revigorou-se, contudo, hoje, em vista da decisão do STF de que a aposentadoria voluntária obreira sequer constitui fator de extinção do contrato de emprego (ADIN n. 1.721-3, julgada em 11.10.2006)⁽²³⁾.

(23) A decisão do Supremo Tribunal Federal levou, inclusive, ao cancelamento, pelo TST, da OJ 177 de sua SDI-I (Diário Oficial de 30.10.2006). Posteriormente, editou-se a OJ 361 da SDI-I do TST, em linha com a decisão do STF.

e) note-se que a sucessão trabalhista (arts. 10, 448 e 448-A, CLT) não prejudica a *accessio temporis*. Respeitadas as regras acima, conta-se o tempo de serviço relativo ao(s) contrato(s) precedente(s) à sucessão perpetrada.

Há situações, em contrapartida, que inviabilizam a *accessio temporis*. Tais situações podem ser facilmente inferidas, pelo simples contraponto ao rol acima especificado. Não obstante, é prudente enfatizá-las.

Em primeiro lugar, inviabilizam a *accessio temporis* as situações estranhas àquelas acima especificadas. Ilustrativamente, contratos sucessivos, mas de natureza jurídica diversa; contratos sucessivos com distintos empregadores, sem que se configure hipótese de grupo econômico ou de sucessão trabalhista.

Em segundo lugar, há algumas situações envolventes à ruptura contratual que *não* autorizam a contagem do tempo de serviço anterior. Trata-se daquelas situações mencionadas, expressamente, pelo art. 453, *caput*, *in fine* da CLT: dispensa por justa causa e ruptura com pagamento de indenização legal. Quanto à aposentadoria voluntária referida no *caput* do dispositivo, não impediu, por décadas, a *accessio temporis* (antiga Súmula 21 do TST, cancelada em 1994). Hoje este entendimento favorável voltou a se revigorar, em virtude de o STF ter firmado compreensão de que a aposentadoria voluntária não extingue, por si somente, o contrato de emprego (ADIN n. 1.721-3, julgada em outubro de 2006; cancelamento subsequente, pelo TST, da OJ 177 de sua SDI-I: Diário Oficial de 30.10.2006).

No tocante à dispensa por justa causa, poucas dúvidas emergem: configurada tal modalidade de ruptura e não desconstituída judicialmente, inviável torna-se a *accessio temporis* relativa ao período contratual rompido por justa causa obreira.

No que diz respeito ao pagamento de *indenização legal*, há dúvidas sobre a amplitude do dispositivo. Obviamente que ele abrange a velha indenização celetista (*caput* do art. 477, CLT), em suas antigas hipóteses pertinentes (anteriores à CF/88), referindo-se também à indenização própria a contratos a termo (arts. 479 e 481, CLT). Entretanto, pela data de vigência da norma (1975, ano em que vigorou a Lei n. 6.204, que conferiu a atual redação ao *caput* do art. 453, CLT), poder-se-ia ponderar que teria abrangido também o saque do FGTS e seu acréscimo rescisório (10% antes da Constituição de 1988; 40% em seguida à nova Constituição). Semelhante interpretação, contudo, é claramente extensiva de norma jurídica desfavorável (e excetiva), razão por que não parece compatível quer com as regras interpretativas clássicas, quer com as preponderantes especificamente no Direito do Trabalho.⁽²⁴⁾

(24) Sobre a indenização por tempo de serviço especificamente mencionada no tradicional *caput* do art. 477 da CLT, é preciso enfatizar que a jurisprudência é pacífica, há décadas, no

Observe-se, ademais, que nos contratos a prazo extintos em seu termo final não há indenização legal paga — o que autorizaria a incidência da regra geral da *accessio temporis*. Além disso, se o empregado tinha direito à indenização pela ruptura contratual e não a recebeu, deixando prescrever a ação assecuratória de sua exigibilidade judicial, preservará em seu favor, pelo menos, a *accessio temporis*.

Finalmente, esclareça-se que, tendo sido paga a indenização e, em curto prazo, logo a seguir, readmitido o empregado, em situação de fraude à lei, também caberá o cômputo de todo o tempo de serviço anterior⁽²⁵⁾.

VI. O CONTRATO DE TRABALHO INTERMITENTE

A Lei da Reforma Trabalhista (n. 13.467/17), vigente desde 11.11.2017, inseriu figura contratual controvertida na CLT, denominada de *contrato de trabalho intermitente* (art. 443, *caput* e § 3º; art. 452-A, *caput* e §§ 1º até 9º, todos da Consolidação).⁽²⁶⁾ Eis a regulação legal produzida:

“Art. 443. O contrato individual de trabalho poderá ser acordado tácita ou expressamente, verbalmente ou por escrito, por prazo determinado ou indeterminado, ou para prestação de trabalho intermitente.

.....

§ 3º Considera-se como intermitente o contrato de trabalho no qual a prestação de serviços, com subordinação, não é contínua, ocorrendo com alternância de períodos de prestação de serviços e de inatividade, determinados em horas, dias ou meses, independentemente do tipo de atividade do empregado e do empregador, exceto para os aeronautas, regidos por legislação própria.”

“Art. 452-A. O contrato de trabalho intermitente deve ser celebrado por escrito e deve conter especificamente o valor da hora de trabalho, que não pode

sentido de que essa regra indenizatória não foi recepcionada pela Constituição de 1988, que eliminou tal antiga indenização temporal e a estabilidade decenal no emprego, a ela vinculada. Em 11.11.2017, por fim, o *caput* do art. 477 da CLT recebeu nova redação, sem mais qualquer referência à antiga indenização por tempo de serviço.

(25) O antigo Enunciado 20, que presumia essa fraude, caso o trabalhador fosse em curto período readmitido, foi cancelado pela Resolução 106 do TST, de 21.3.2001. Mas, é claro, a fraude pode ficar evidenciada, viabilizando a contagem do tempo de serviço.

(26) Durante curto período (de 14.11.2017 até 23.4.2018), a MPr. n. 808, editada em 14.11.17, inseriu mudanças e acréscimos na CLT no tocante ao recém-instituído contrato de trabalho intermitente. Entretanto, não tendo sido convertida em lei ou explicitamente rejeitada pelo Parlamento, a MPr. esgotou a sua vigência no dia 23 de abril de 2018. Com isso, prevalece na CLT o texto original da Lei n. 13.467/2017. Para exame particularizado de todas as modificações feitas pela Lei da Reforma Trabalhista — inclusive com análise *em separado* dos dispositivos da MPr. n. 808/17 —, consultar a segunda edição da seguinte obra: DELGADO, M. G.; DELGADO, G. N. *A Reforma Trabalhista no Brasil* — com os comentários à Lei n. 13.467/2017. 2. ed. São Paulo: LTr, 2018.

ser inferior ao valor horário do salário mínimo ou àquele devido aos demais empregados do estabelecimento que exerçam a mesma função em contrato intermitente ou não.

§ 1º O empregador convocará, por qualquer meio de comunicação eficaz, para a prestação de serviços, informando qual será a jornada, com, pelo menos, três dias corridos de antecedência.

§ 2º Recebida a convocação, o empregado terá o prazo de um dia útil para responder ao chamado, presumindo-se, no silêncio, a recusa.

§ 3º A recusa da oferta não descaracteriza a subordinação para fins do contrato de trabalho intermitente.

§ 4º Aceita a oferta para o comparecimento ao trabalho, a parte que descumprir, sem justo motivo, pagará à outra parte, no prazo de trinta dias, multa de 50% (cinquenta por cento) da remuneração que seria devida, permitida a compensação em igual prazo.

§ 5º O período de inatividade não será considerado tempo à disposição do empregador, podendo o trabalhador prestar serviços a outros contratantes.

§ 6º Ao final de cada período de prestação de serviço, o empregado receberá o pagamento imediato das seguintes parcelas:

- I — remuneração;
- II — férias proporcionais com acréscimo de um terço;
- III — décimo terceiro salário proporcional;
- IV — repouso semanal remunerado; e
- V — adicionais legais.

§ 7º O recibo de pagamento deverá conter a discriminação dos valores pagos relativos a cada uma das parcelas referidas no § 6º deste artigo.

§ 8º O empregador efetuará o recolhimento da contribuição previdenciária e o depósito do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, na forma da lei, com base nos valores pagos no período mensal e fornecerá ao empregado comprovante do cumprimento dessas obrigações.

§ 9º A cada doze meses, o empregado adquire direito a usufruir, nos doze meses subsequentes, um mês de férias, período no qual não poderá ser convocado para prestar serviços pelo mesmo empregador.

O novo contrato de trabalho intermitente, conforme se pode perceber, inscreve-se entre as mais disruptivas inovações da denominada reforma trabalhista, por instituir modalidade de contratação de trabalhadores, via CLT, sem diversas das proteções, vantagens e garantias estruturadas pelo Direito do Trabalho.

Pacto formalístico, necessariamente celebrado por escrito, busca afastar ou restringir as garantias que a ordem jurídica confere à jornada de

trabalho e, do mesmo modo, ao salário, colocando o trabalhador em situação de profunda insegurança quer quanto à efetiva duração do trabalho, quer quanto à sua efetiva remuneração.

Ademais, por meio da rigorosa correlação que fixa entre o estrito trabalho prestado e o estrito salário devido, não só viabiliza eliminar (ou restringir) diversas parcelas e garantias inerentes à contratação empregatícia padrão, tais como, por exemplo, tempo à disposição, intervalos intra e interjornadas, descansos semanais remunerados, descansos em feriados. A par disso, instiga o empregador a não preencher, com o seu empregado intermitente, a duração padrão diária, semanal e mensal do contrato (oito horas ao dia, 44 horas na semana, 220 horas no mês — neste caso já considerados os descansos semanais remunerados), tornando, com essa estratégia, muito mais desvalorizado, precário, barato mesmo, o trabalho humano.

Nesse quadro, embora a fórmula engendradora seja uma prova da essencialidade do trabalho empregatício para o funcionamento estrutural do sistema capitalista, ela busca, ao mesmo tempo, permitir o manejo da relação de emprego sem grande parte das conquistas civilizatórias alcançadas pelo Direito do Trabalho.

Não obstante o rigor do texto literal da lei, a verdade é que a interpretação jurídica pode civilizar algo da nova figura instituída. Nesse sentido, tratando-se a modalidade remuneratória desse contrato específico de *remuneração variável*, pode-se considerar incidente à sua concretização a norma constitucional expressa de “garantia de salário, nunca inferior ao mínimo, para os que percebem remuneração variável” (art. 7º, VII, CF/88). A propósito, julgados diversos do STF com respeito a servidores celetistas da Administração Pública direta, autárquica e fundacional — ou seja, empregados estatais regidos pela CLT — têm reconhecido a garantia constitucional do salário mínimo *mensal* a tais empregados (OJ n. 358, II, do TST). Embora o TST não estenda tal garantia aos demais empregados do País (OJ n. 358, I), está claro que firmou esse tipo de interpretação em contexto fático e jurídico meramente residual — contexto que desapareceu com o advento do contrato de trabalho intermitente.

Esclareça-se que, segundo o art. 452-A, § 6º, da CLT, a remuneração e demais parcelas especificadas no § 6º do art. 452-A da CLT (remuneração; férias proporcionais com 1/3; 13º salário proporcional; repouso semanal remunerado) devem ser pagas ao empregado de imediato, ao “final de cada período de prestação de serviços” (art. 452-A, § 6º).

Naturalmente que esse rol de parcelas mencionadas no art. 452-A, § 6º, ostenta caráter meramente exemplificativo. De fato, dependendo do caso concreto, pode ele ser acrescido de outras verbas (por exemplo, direitos estipulados em CCTs ou ACTs). A propósito, o direito ao Vale Transporte é devido

a esse trabalhador, no tocante a todos os dias em que for convocado, ocorra ou não trabalho efetivo — salvo se houver prévia recusa obreira à convocação (§§ 1º e 2º do art. 452-A da CLT, combinados com o art. 1º da Lei n. 7.418/1985, com redação conferida pela Lei n. 7.619/1987).

Agregue-se que o recibo de pagamento ao empregado deverá informar as parcelas e valores discriminadamente (§ 7º do art. 452-A da CLT).

Por fim, dispõe a CLT (§ 8º do art. 452-A) que o recolhimento da contribuição previdenciária e o depósito de FGTS deverá ser efetuado, pelo empregador, “na forma da lei, com base nos valores pagos no período mensal”, com o fornecimento ao empregado do comprovante do cumprimento dessas obrigações.

VI. PARALELISMO OU CONCOMITÂNCIA CONTRATUAL – CARACTERIZAÇÃO E EFEITOS JURÍDICOS

No estudo científico do contrato de trabalho há que se fazer referência, finalmente, a um fenômeno relativamente raro, embora instigante, que concerne à concomitância, dentro de uma mesma relação social envolvendo as mesmas pessoas, de contratos de natureza diversa, ou seja, o pacto empregatício e outro contrato de distinta natureza jurídica.

Trata-se do *paralelismo contratual* ou, conforme expressão consagrada pelo jurista José Martins Catharino, do fenômeno da *promiscuidade contratual*. Essas situações de dubiedade contratual ou dubiedade de relações sociais podem ensejar dificuldades práticas no enquadramento jurídico a ser realizado pelo intérprete e aplicador do Direito.

Naturalmente que se, nesse paralelismo, mostrar-se mais intensa a relação empregatícia, ou mais intensa a relação empregatícia regulada pela CLT em contraponto a uma relação de emprego juridicamente fragilizada (como foi, durante décadas, a relação de emprego doméstica), deve o intérprete realizar o enquadramento pela aplicação do *princípio da norma mais favorável*, de maneira a afastar um resultado interpretativo que conduza a manifesta precarização trabalhista.

Alice Monteiro de Barros, a propósito, analisando o paralelismo contratual no campo doméstico, explica que se houver concomitância na prestação de serviços domésticos e serviços em atividade lucrativa para um mesmo credor do trabalho, deve prevalecer o ordenamento jurídico celetista, por ser o mais favorável ao trabalhador⁽²⁷⁾.

(27) BARROS; Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 1. ed. São Paulo: LTr, 2005, p. 325 (*Idem, ibidem*, 9. ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 278).

A autora Vólia Bomfim Cassar, por sua vez, indica a presença de três teorias aplicáveis ao exame de “situações promíscuas ou híbridas”, em que ocorre o exercício simultâneo de trabalho doméstico e não doméstico para o mesmo empregador ou para “tomadores distintos, mas a pedido e mando do mesmo empregador”: a *teoria da preponderância*; a *teoria do contágio, da atração ou da norma mais favorável* e a *teoria dos dois contratos*⁽²⁸⁾.

Segundo a autora, para a *teoria da preponderância*, “o contrato é único, observando-se a legislação que rege a atividade preponderante”; para a *teoria do contágio, da atração ou da norma mais favorável*, “havendo conflitos de leis a serem aplicadas ao mesmo trabalhador, deve-se optar pelo princípio da norma mais favorável, que contagia todo o contrato”; para a *teoria dos dois contratos*, existiriam dois contratos, “(...) um formado com a pessoa física, regido pela lei dos domésticos e outro com a pessoa jurídica, regido pela CLT”⁽²⁹⁾.

Naturalmente que o paralelismo contratual pode ocorrer também fora do contexto doméstico das relações sociais e trabalhistas, percebendo-se sua presença – ainda que rara – tanto no campo como nas relações sócio-econômicas urbanas.

As teorias acima mencionadas podem também se aplicar ao paralelismo contratual acontecido em outras esferas da vida trabalhista e civil. Essa aplicação deve se fazer, naturalmente, a partir das peculiaridades do caso concreto em análise, de modo a se apreender, inclusive, o caráter relevante ou meramente residual de alguma das duas atividades comparadas.

Nesse cotejo de situações ou relações paralelas envolvendo os mesmos atores sociais e jurídicos, é prudente, de toda maneira, ponderar o seguinte: uma presença realmente significativa de exercício de atividades efetivamente empresariais pelo próprio profissional, mas em paralelo às atividades tipicamente empregatícias fartamente evidenciadas, poderá conduzir a um enquadramento jurídico diferenciado para cada esfera de atuação da mesma pessoa física, reconhecendo-se a existência de uma relação de emprego, de um lado, em óbvia (embora rara) concomitância com a relação civil ou comercial entre as mesma partes.

(28) CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014, p. 344-346.

(29) CASSAR, Vólia Bomfim. Ob. cit., p. 344-346.

CAPÍTULO XVII

TIPOS DE CONTRATOS A TERMO

I. INTRODUÇÃO

Há certos tradicionais contratos a termo que, seja em função de sua recorrência no cotidiano trabalhista, seja em virtude da especificidade de algumas de suas regras, merecem exame pormenorizado. Entre esses pactos, destacam-se o contrato de experiência, o contrato de safra⁽¹⁾, o contrato de obra certa e o contrato de temporada. Há que se registrar ainda o contrato de aprendizagem.

Ao lado de tais modalidades clássicas de contratos a termo, surge a figura tipificada pela Lei n. 9.601/98 (contrato provisório).

Todos esses tipos jurídicos de contratos a prazo serão objeto de estudo no presente capítulo.

II. TIPOS CLÁSSICOS DE CONTRATOS A TERMO

1. Contrato de Experiência

Contrato de experiência é o acordo bilateral firmado entre empregado e empregador, com prazo máximo de 90 dias, em que as partes poderão aferir aspectos subjetivos, objetivos e circunstanciais relevantes à continuidade ou extinção do vínculo empregatício. *É contrato empregatício cuja delimitação temporal justifica-se em função da fase probatória por que passam geralmente as partes em seguida à contratação efetivada.*

Chama-se também de contrato a contento, contrato de tirocínio ou contrato de prova.

A lei é lacônica com respeito ao contrato de experiência (alínea “c” do § 2º do art. 443, CLT), não estabelecendo que tipos de aspectos podem ser aferidos na experimentação efetuada. Evidentemente tais aspectos podem abranger a dimensão circunstancial da prestação de serviços (horário, local, ambiente de trabalho, etc.), podendo também abranger a dimensão objetiva do contrato (prestação salarial, por exemplo). Até mesmo a dimensão subjetiva concernente às partes pode ser avaliada — como, ilustrativamente, a efetiva qualificação profissional do trabalhador ou sua aptidão para cumprir eficazmente a função pactuada, do mesmo modo que a efetiva natureza das atividades desempenhadas pela empresa.

(1) No estudo do contrato de safra (item II.2, à frente), proceder-se-á também à análise da recente figura jurídica do *contrato rural por pequeno prazo* (Lei n. 11.718, de 2008).

A dimensão subjetiva da avaliação da experiência pode, entretanto, suscitar algumas dúvidas. É que essa dimensão não é, seguramente, tão larga a ponto de poder autorizar procedimentos discriminatórios ou ofensivos por parte do empregador: assim, aspectos pessoais, cuja consideração valorativa seja vedada pelo Direito, não poderão ser levados em conta na aferição da experiência (por exemplo, etnia, cor, sexo, orientação sexual, origem, estado civil, etc.). Tal conduta seria, desse modo, discriminatória, e, portanto, ilícita.

A dimensão subjetiva, porém, certamente pode abranger determinados aspectos pessoais das figuras do empregado e do empregador, *desde que estritamente relacionados ao objeto do contrato* — e que não sejam tidos como discriminatórios. A própria CLT refere-se à noção de *condição pessoal* quando estabelece um parâmetro supletivo de encontro da função profissional objetivada pelo contrato empregatício (parágrafo único do art. 456, CLT).

O laconismo legal no tocante aos tipos de aspectos que podem ser objeto da experiência (embora, obviamente, excluídos aspectos que envolvam discriminação ou agressão à dignidade das pessoas naturais envolvidas) manifesta-se também no tocante aos tipos de relações empregatícias que podem ser pactuadas mediante contrato a contento. Não especifica o art. 443, da CLT, qualquer situação delimitada para incidência do contrato de prova no plano concreto das relações empregatícias. Esse silêncio legal, carregado de conteúdo normativo, permite submeter à regência do contrato de experiência, em princípio, qualquer relação de emprego, em seu nascimento.

É evidente que esse laconismo normativo não traduz — como já se afirmou — compactuação com a burla ao sentido essencial da ordem jurídica: se, por exemplo, o trabalhador for recontratado, após a extinção de contrato empregatício, para exercer as exatas mesmas funções, no exato mesmo contexto empresarial, torna-se injustificável novo contrato de experiência. Do mesmo modo, se exerceu, como trabalhador temporário, funções específicas na empresa tomadora, sendo, em seguida, contratado por esta empresa, diretamente, para o exercício dessas mesmas funções, naturalmente que não se justifica a celebração de contrato de experiência.

Tais situações de afronta ao sentido e objetivos centrais do tipo legal examinado não podem ser, contudo, generalizadas, a ponto de se considerar o contrato a contento inválido para aferição inicial da relação empregatícia concernente a certas categorias de trabalhadores. O texto lacônico celetista expressa exatamente a intenção de não discriminar situações ou pessoas, certamente na sensata intenção legal de apreender no contrato de prova um instrumento útil de aferição não somente da qualificação profissional do trabalhador, mas, também, na mesma intensidade, de sua aptidão de inserção comunitária no ambiente de trabalho, além de outros aspectos

lícitos. Na mesma linha, a aferição, pelo(a) trabalhador(a), acerca da própria higidez moral e material do ambiente e empresa a que acabou de se vincular.

Por essas razões, a posição restritiva de algumas vozes da doutrina no sentido de que o contrato de experiência não seria aplicável à contratação de trabalhadores sem significativa qualificação profissional tem sido francamente rejeitada pela maioria dos autores e pela jurisprudência hegemônica.

A) Caracterização — O contrato de experiência caracteriza-se como contrato a prazo, cujo lapso temporal máximo não pode ultrapassar 90 dias (arts. 443, § 2º, “c” e 445, parágrafo único, CLT).

No tocante à sua formalidade, esse tipo de contrato ocupa, como já mencionado, uma posição singular no Direito do Trabalho: embora efetivamente não seja, em princípio, formal, solene — a CLT não faz menção a tal requisito (art. 443, § 2º, “c”) —, a jurisprudência já pacificou não ser ele passível de contratação meramente tácita; isso significa que deve, necessariamente, provar-se por meio de um mínimo de formalização escrita. Essa construção hermenêutica justifica-se em virtude de o prazo curto desse contrato (máximo de 90 dias) somente poder ser delimitado através de *termo prefixado* (art. 443, § 1º, CLT), dia certo, portanto — elemento que exige enunciação contratual clara, firme e transparente desde o nascimento do pacto.

Conforme já se ponderou, afirma-se como sensata tal interpretação normativa. É que o franqueamento largo dos contratos de experiência — admissíveis para qualquer tipo de trabalhador empregaticamente contratado — torna relevante a garantia de transparência no que tange à modalidade de contrato efetivado entre as partes. Além disso, a aprovação ou desaprovação na experiência jamais teria caráter de efetivo *termo*, uma vez que é fato incerto quanto à sua própria ocorrência (aproximando-se mais de uma *condição*, portanto). Nesse contexto, não poderia o final do contrato ser fixado em virtude de serviço especificado (*experiência* não é *serviço*), nem em função de acontecimento suscetível de previsão aproximada (não se sabe ao certo se a experiência terá êxito ou não). Logo, não somente por necessidade de transparência inequívoca acerca de cláusula contratual restritiva (que é o termo), como também por exclusão lógica das duas outras modalidades de fixação de termo final estipuladas no § 1º do art. 443 da CLT, é que se tem como inexorável a só utilização de termo cronológico nos contratos de prova.

B) Efeitos Contratuais — Caracterizado o contrato a contento como típico contrato a prazo, incidem sobre ele, em princípio, os efeitos próprios a essa modalidade contratual, segundo o estuário normativo da CLT.

Nesse quadro, pode o contrato a contento ser objeto de prorrogação — desde que por uma única vez, respeitado o prazo máximo de 90 dias, somados os dois períodos, o primitivo e o prorrogado. Do mesmo modo, a extinção contratual rege-se pelas regras comuns aos contratos a prazo, quer na ruptura por término do prazo prefixado, quer na ruptura antecipada por

exercício da vontade de uma das partes, quer na ruptura antecipada ocorrida em vigência de cláusula assecuratória de direito recíproco de antecipação de rescisão. Finalmente, a transformação legal automática do tipo contratual em pacto indeterminado também ocorre aqui, segundo o mesmo padrão normativo verificado com os demais contratos a termo.

Dois aspectos, contudo, devem ser ressaltados com relação aos efeitos dos contratos de experiência. Em primeiro lugar, raramente será válida a sucessividade contratual, no presente caso, ao contrário das duas hipóteses de validade previstas no final do art. 452 da CLT. Não parece viável a pactuação de um contrato de experiência após a extinção do anterior — já que, nesse caso, o pacto precedente não se extinguiu em função da execução de serviço especificado ou da verificação de certo acontecimento (como quer o art. 452): extinguiu-se em função do cumprimento do prazo autorizado de experimentação. A sucessividade de contratos a contento (ou mesmo de um contrato de prova posterior a um outro contrato indeterminado) tenderá a configurar, desse modo, evidente fraude trabalhista (art. 9º, CLT) — presunção de difícil desconstituição na prática juslaboral.

Em segundo lugar, há posições doutrinárias que enxergam uma especificidade rescisória nos contratos de prova. Para tais vertentes, os contratos a contento seriam contratos a termo com cláusula resolutiva inserta, apta a permitir a rescisão contratual sem ônus para a parte que exerceu a condição potestativa resilitória. Nesse quadro, admitir-se a indenização (art. 479, CLT) ou o aviso-prévio (art. 481, CLT) seria desnaturar-se e tornar sem sentido tal contrato especial⁽²⁾. Semelhante leitura, contudo, não se ajusta ao modelo legal celetista vigente de contrato de experiência, nem à compreensão hoje dominante na doutrina e jurisprudência a respeito do tema.

C) Natureza Jurídica do Contrato de Experiência — A Figura do Período de Experiência — O Direito do Trabalho brasileiro apresenta poucas referências legais acerca do fenômeno da experiência no contexto da relação de emprego. A CLT, em seus artigos 443, § 2º, “c” e 445, parágrafo único, menciona, laconicamente, a figura do *contrato de experiência*, estipulando-lhe o prazo máximo de duração (90 dias). A mesma Consolidação, entretanto, no § 1º do art. 478, refere-se à figura do *período de experiência*, que ocorreria no primeiro ano de contrato empregatício.

Nesse quadro de parcos — e aparentemente contraditórios — dispositivos, a doutrina discute acerca da natureza jurídica da experiência no Direito brasileiro. As posições mais recorrentes são as que a classificam como ensejadora de um *contrato preliminar* (“promessa de contrato”), as que a enquadram como *cláusula condicional* de um contrato empregatício e,

(2) A respeito, ver MAGANO, Octavio Bueno. *Manual de Direito do Trabalho*. V. II. São Paulo: LTr, 1986, p. 143, e MARANHÃO, Délio. *Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro: Fundação da Getúlio Vargas, 1987, p. 161.

finalmente, as que a tipificam como ensejadora de um *contrato empregatício autônomo* (no sentido de constituir um contrato próprio, específico, um contrato empregatício do tipo a termo)⁽³⁾.

A vertente explicativa do *contrato preliminar* (“contrato rudimentar” ou promessa de contrato) é francamente insatisfatória no contexto jurídico brasileiro, sendo inábil a posicionar, adequadamente, o contrato probatório no conjunto jurídico de figuras correlatas. É que o contrato de prova produz todos os efeitos jurídicos característicos aos contratos empregatícios, qualificado apenas pelo receituário de consequências deferidas pela lei aos contratos a prazo. Não há, inclusive, no modelo jurídico brasileiro, possibilidade de se vislumbrar obrigação de pactuar novo contrato no contexto da experimentação legalmente autorizada: essa pactuação apenas ocorre se for expressamente firmada pelas partes ou se verificados os fatores ensejadores da indeterminação do contrato a contento originalmente celebrado. Em síntese: a experiência pode, inclusive, ser tida como favorável, mas ainda assim manter-se o rompimento do pacto contratual no instante de incidência de seu termo conclusivo prefixado.

Há, por outro lado, importantes vertentes doutrinárias que classificam a experiência como cláusula corporificadora de uma *condição*. Seria a experiência, assim, uma cláusula subordinante do “efeito do ato jurídico a evento futuro e incerto” (art. 114, CCB/1916; art. 121, CCB/2002).

A classificação em torno da *condição suspensiva* é, porém, pouco prestigiada. É que, efetivamente, o contrato de prova, tão logo vigorante, produz todos os efeitos jurídicos trabalhistas regulares: a bem-sucedida experimentação não lhe susta consequências; ao contrário, a experimentação só ocorre em virtude da plena vigência do contrato. Nesse quadro, não há como assimilar-se a figura a uma condição suspensiva.

Contudo, é relativamente prestigiada a vertente que enxerga a experiência como *cláusula condicional resolutiva*. Fundamenta essa concepção a circunstância de o resultado positivo ou negativo da experimentação empregatícia não ser sabido de antemão (noção de incerteza quanto ao evento), só podendo ser aferido após certo lapso contratual (noção de futuro). A cláusula experimental atuaria, assim, como condição resolutiva, propiciando a extinção (ou continuidade) do vínculo em face da futura aferição produzida.

O enquadramento da experiência como cláusula condicional resolutiva ajustava-se, de fato, à figura legal do *período de experiência*, mencionada pelo § 1º do art. 478 da CLT. Dizia o preceito celetista que “o primeiro ano de duração do contrato por prazo indeterminado é considerado como período de experiên-

(3) Diversas concepções sobre a natureza jurídica do contrato de experiência estão em CATHARINO, José Martins. *Compêndio de Direito do Trabalho*. V. I. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 309-312.

cia, e, antes que se complete, nenhuma indenização será devida”. Dentro desse modelo normativo exposto poderia, de fato, o empregador, a qualquer tempo, respeitado o lapso máximo de um ano, considerar aferida a experiência, dando fim ao contrato sem o pagamento da indenização do *caput* do art. 477, da CLT (a velha indenização celetista). O resultado da experiência surgiria, pois, aqui como inequívoco evento futuro e incerto, possibilitador da ruptura contratual.

A classificação da experiência como cláusula contratual de caráter condicional resolutivo seria satisfatória ainda hoje ... se o modelo normativo brasileiro não tivesse sofrido significativa alteração, nesse aspecto, desde a década de 1960. Com a emergência da Lei do FGTS, em 1966 (Lei n. 5.107), prevendo o saque do fundo mesmo em contratos unilateralmente rompidos pelo empregador *em prazos inferiores a um ano* — saque acrescido de um percentual de 10%, na época, sobre o conjunto dos depósitos —, o tipo legal do § 1º do art. 478 da CLT começou a perder substância social, reduzindo-se as situações fáticas em que esse tipo legal poderia incidir. É que para os empregados optantes pelo FGTS já não teria aplicação a figura do período de experiência celetista.⁽⁴⁾

Uma segunda alteração radical ocorreu nesse tema já em 1967: o Decreto-Lei n. 229, de 28.2.67, conferindo nova redação ao artigo 443 da CLT, instituiu, expressamente, a figura do *contrato de experiência*. Ora, desde então, a ordem jurídica acolheu, expressamente, a experiência como ensejadora de um contrato próprio, específico — *contrato a termo*. Desse modo, o novo art. 443, ao criar um novo modelo legal, abrangente e incompatível com o anterior (art. 2º, § 2º, Lei de Introdução ao Código Civil), revogou, tacitamente, por incompatibilidade e amplitude de abrangência, o modelo legal tradicional do art. 478 da CLT. Portanto, desde 1967, a figura do período de experiência estava revogada, ou praticamente vazia de possibilidade concreta de incidência.⁽⁵⁾

Insista-se: ainda que não se admita aquela revogação tácita em 1967, tem-se que considerar que a nova Constituição eliminou a possibilidade de novos prazos contratuais trabalhistas dentro do modelo tradicional do art. 477, *caput*, e 478, § 1º, da CLT, ao tornar universal o FGTS, eliminando o antigo sistema indenizatório celetista (art. 7º, I e III, CF/88). Noutras palavras, a

(4) A partir da Constituição de 1988 (art. 10, I, do ADCT), o percentual de acréscimo rescisório sobre os depósitos de FGTS passou para 40% (ao invés dos antigos 10%), nos casos de dispensa sem justa causa, elevando-se para 20% (ao invés dos anteriores 5%) nos casos de ruptura contratual por culpa recíproca. A subsequente Lei n. 8.036/1990 incorporou tais novos percentuais oriundos do texto constitucional original.

(5) A Lei de Introdução ao Código Civil, aprovada pelo Decreto-lei n. 4.657, de 1942, passou, em 2010, a ser denominada *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro* pela Lei n. 12.376, de 30.12.2010.

nova Constituição suprimiu, definitivamente, qualquer situação fática que pudesse ser contemplada pelo modelo do chamado *período de experiência*.

Por essas mesmas razões é que não se pode deixar de considerar a experiência, no Direito brasileiro, como inquestionável *contrato próprio, específico, autônomo* (é claro que se está falando de autonomia perante *outro* contrato empregatício, mas *não* autonomia *na* prestação de serviços: afinal, está-se diante de um indubitável contrato de emprego). A sua natureza jurídica de contrato próprio, específico perante o contrato empregatício subsequente resulta de uma definição normativa expressa acolhida pelo Direito do Trabalho pátrio, sepultando o debate sobre a natureza jurídica do instituto (alínea “c” do § 2º do art. 443, CLT). A opção legal efetuada pelo art. 443 não afrontava a função e o conteúdo básicos do Direito do Trabalho; ao contrário, ela claramente buscava equilibrar valores significativos no âmbito empregatício. De um lado, reduzia a insegurança das partes (obviamente, em especial do trabalhador) na aferição da experiência, preferindo firmar regra objetiva para os sujeitos trabalhistas — a regra do simples contrato a termo, em contraponto ao contrato condicionado. De outro lado, acentuou ainda mais a redução dessa insegurança, sob a perspectiva obreira, ao firmar um prazo contratual sumamente exíguo para o contrato a contento — apenas 90 dias, no máximo. Finalmente, garantiu, em contrapartida, a desnecessidade de evidenciação da correta aferição da experiência produzida, ao permitir que o pacto se extinguisse, inexoravelmente, em seu termo final prefixado.

É evidente que, tratando-se de contrato a termo, o pacto a contento pode sofrer indeterminação automática (como ocorre com qualquer outro contrato a termo). Tal indeterminação provocará a unicidade dos dois períodos contratuais (o período a termo e o subsequente, sob contrato por tempo indeterminado), tornando irrelevante, na prática do pacto em exame, o debate sobre sua natureza jurídica (este debate preserva efetivo valor principalmente se o contrato extinguir-se em seu termo final).⁽⁶⁾

2. Contrato de Safra

Contrato de safra é o *pacto empregatício rural a prazo, cujo termo final seja fixado em função das variações estacionais da atividade agrária*. Embora previsto pela Lei de Trabalho Rural (art. 14, Lei n. 5.889/73), esse tipo de contrato, na verdade, não se afasta das características básicas dos contratos a termo celetistas. Regulado em certo período pelo antigo Decreto-Lei n. 761,

(6) A proibição de exigência de *experiência prévia superior a seis meses no mesmo tipo de atividade*, para fins de contratação empregatícia, instituída pela Lei n. 11.644/2008 (novo art. 442-A da CLT), não tem pertinência com o debate travado neste item 2.1 (*Contrato de Experiência e Período de Experiência*). Esta nova regra proibitiva será examinada no Capítulo XXVI, item II, deste Curso, no tópico sobre *Formação Contratual Trabalhista*.

de 1969, passou tal contrato à regência das normas celetistas comuns aos contratos a termo, em virtude da revogação expressa do DL n. 761 pelo art. 21 da Lei n. 5.889/73.

É o contrato de safra um pacto autorizado em face de “serviço cuja natureza ou transitoriedade justifique a predeterminação do prazo” (art. 443, § 2º, “a”, CLT). Seu termo pode ser fixado nos moldes celetistas (§ 1º do art. 443, CLT), quer “pela execução de serviços especificados” concernentes à safra (plantio, colheita, etc.), quer pela realização de “certo acontecimento suscetível de previsão aproximada” (extinção do período de safra, por exemplo), quer mesmo pelo termo cronológico — desde que este se ajuste à efetiva “variação estacional da atividade agrária”.

Embora a expressão *safra* reporte-se mais diretamente à noção de produção e colheita, tem a jurisprudência compreendido que o lapso temporal dedicado ao preparo do solo e plantio também pode dar ensejo a um regular contrato de safra. O regulamento normativo da Lei n. 5.889/73 já se encaminha nessa direção ampliativa: referindo-se às “variações estacionais das atividades agrárias” dispunha estarem assim englobadas “...as tarefas normalmente executadas no período compreendido entre o *preparo do solo para o cultivo* e a colheita” (parágrafo único do art. 19 do Decreto n. 73.626/74; grifos acrescidos).

O termo final desse contrato é, *em geral*, incerto (*certus an, incertus quando*). O tipo de serviço contratado (trabalho em colheita, por exemplo) leva a que não se possa fixar, de modo taxativo, a exata data de término da prestação pactuada e nem mesmo alcançar a completa coincidência entre os termos finais dos contratos de todos os empregados envolvidos em uma mesma safra. Não é incomum a ocorrência de situações em que a safra, após atingido um clímax de concentração de trabalho, inicie um paulatino e cada vez mais acentuado roteiro de descenso de atividades, eventualmente provocando o rompimento de distintos contratos a termo em distintos dias do final da safra.

O presente contrato não é do tipo formalístico (não há tal requisito no art. 14, Lei n. 5.889/73), podendo ser tacitamente ajustado (art. 442, *caput*, CLT). Pode ele, desse modo, provar-se através de qualquer meio probatório lícito (art. 332, CPC/1973; art. 369, CPC/2015). Evidentemente, não obstante a autorização legal para o ajuste tácito do contrato de safra, também neste caso a adoção da forma escrita surge como recomendável às partes, por consistir o instrumento escrito um dos mecanismos probatórios mais clássicos e convincentes.

Aplicam-se ao contrato de safra todas as regras características aos contratos a termo, acima examinadas (sucessividade, tempo de serviço, rescisão, etc.).

Há uma parcela especial, porém, aventada pelo art. 14, da Lei n. 5.889/73: a indenização por tempo de serviço. Prevê a Lei de Trabalho Rural que, expirado o contrato em seu termo final, o empregador pagará ao safrista, “a título de indenização do tempo de serviço”, valor correspondente a 1/12 do salário mensal obreiro, por mês de serviço ou fração acima de 14 dias.

A partir de 5.10.1988, uma nova controvérsia surgiu. À medida que a Constituição estendeu o FGTS a todo empregado (exceto o doméstico), também o safrista passou a ter direito a essa parcela trabalhista (art. 7º, III, CF/88). Terá sido revogada, tacitamente (fenômeno da *não recepção*), a regra concessora da indenização especial do tempo de serviço (art. 7º, I, CF/88 *versus* art. 14, parágrafo único, Lei n. 5.889/73)?

Duas posições existem a esse respeito. A primeira, sustentando que a norma constitucional citada não teria recepcionado qualquer das indenizações por tempo de serviço existentes, desde a do art. 477, *caput*, da CLT, até a do empregado safrista.

A segunda posição entende que a indenização do contrato de safra (que é contrato a termo) não se confunde com a indenização tradicional da CLT, que era inerente apenas a contratos indeterminados. Esta última é que teria sido revogada (*rectius*: não recepcionada) pela Constituição, que previa, em seu art. 7º, I, “relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa...”. Ora, o texto constitucional dirigir-se-ia apenas aos contratos por tempo indeterminado, por não se cogitar, em regra, de garantia de emprego em contrato a termo. O comando constitucional não estaria dirigido, pois, às regras dos contratos a termo existentes.

Para esta segunda posição interpretativa, a discussão proposta seria semelhante àquela já enfrentada com respeito aos contratos a termo em geral, no tocante à indenização do art. 479 da CLT — não havendo por que não se estender a mesma conduta interpretativa (Súmula 125, TST). Neste quadro, seria bastante lógico aferir-se que não teria havido tal revogação, por inexistir incompatibilidade de institutos. É que o FGTS tornou-se direito *geral* dos empregados, devido em contratos meramente indeterminados ou com duração prefixada. Nestes últimos, seu saque é autorizado desde que se extinga o contrato em seu termo final ou seja ele rompido por decisão unilateral antecipatória do empregador. A compensação que poderia ser ventilada, no máximo, seria aquela envolvente apenas aos 40% do Fundo (dado que o art. 10, I, do ADCT constitucional equipara os 40% mencionados à indenização compensatória pela dispensa que menciona no art. 7º, I) — se ocorrida, obviamente, dispensa antecipada do safrista. O mesmo fundamento não permitiria, contudo, a compensação relativa aos próprios depósitos do Fundo, já que estes passaram a se constituir em parcela autônoma à eventual indenização.

Na direção da segunda corrente interpretativa já se encaminhava o texto da Súm. 125/TST (embora anterior a 1988). Por fim, o decreto regulamentar do Fundo de Garantia especificou que não existe compensação ou supressão sequer dos 40% de acréscimo sobre o FGTS em situações de ruptura antecipada por ato empresarial (art. 14, Decreto n. 99.684/90). Embora o efetivo *bis in idem* deva ser repellido (indenização rescisória mais os 40% sobre o Fundo), não pode haver dúvida de que a indenização especial safrista não se prejudica pelo saque dos simples depósitos de FGTS.

Contrato Rural por Pequeno Prazo — A Lei n. 11.718/2008 (conversão da MP n. 410, de 28.12.2007), inserindo novo art. 14-A na Lei do Trabalho Rural (n. 5.889/73), criou o *contrato rural por pequeno prazo*, com duração máxima de dois meses (art. 14-A, *caput* e § 1º, Lei n. 5.889/73, conforme Lei n. 11.718/08).

Este novo pacto agropastoril pode ser capitaneado pelo *produtor rural pessoa física* (art. 14-A, *caput* e § 4º), para o *exercício de atividade de natureza temporária* (*caput* do art. 14-A). O novo contrato enquadra-se, sem dúvida, no grupo de pactos que tenham como causa *serviços cuja natureza ou transitoriedade justifique a predeterminação do prazo*.

Na verdade, trata-se de extensão da possibilidade de pactuação a termo (já acobertada, em boa medida pelo contrato de safra) para *atividades de natureza transitória* vivenciadas pelo *produtor rural pessoa física*, fora das situações inerentes à safra (por exemplo, acréscimo extraordinário de serviços no tratamento do gado; melhorias de cercas, equipamentos e instalações da fazenda, a par de outras atividades de natureza transitória surgidas).

O novo pacto pode ser concretizado, administrativamente, de duas maneiras alternativas: a) inclusão do trabalhador na guia fundiária e previdenciária denominada GFIP, com anotação em CTPS e em Livro ou Ficha de Registro de Empregados (art. 14-A, § 2º e § 3º, I, Lei n. 5.889/73); b) mera formalização por contrato escrito em duas vias (uma para cada parte), em que constem, no mínimo: expressa autorização da convenção ou acordo coletivos; identificação do produtor rural e do imóvel rural e respectiva matrícula; identificação do trabalhador e seu respectivo Número de Inscrição do Trabalho — NIT (art. 14-A, § 3º, II, “a”, “b” e “c”), tudo sem prejuízo da filiação obrigatória do empregado à Previdência Social e inscrição no FGTS, mediante guia GFIP (§ 2º do art. 14-A).

Os direitos trabalhistas são os próprios aos contratos a termo (art. 14-A, § 8º), dispondo a lei que *todas as parcelas devidas ao trabalhador de que trata este artigo serão calculadas dia a dia e pagas diretamente a ele mediante recibo* (§ 9º do art. 14-A).

Embora a lei use a expressão *atividades de natureza temporária*, não se trata, como é óbvio, definitivamente de terceirização, mas vínculo direto entre empregado e empregador rural pessoa física.

3. Contrato de Obra Certa

Contrato de obra certa é o *pacto empregatício urbano a prazo, qualificado pela presença de um construtor em caráter permanente no polo empresarial da relação e pela execução de obra ou serviço certo como fator ensejador da prefixação do prazo contratual.*

Embora previsto pela Lei n. 2.959/56, esse tipo de contrato, na verdade, também não se afasta das características básicas dos contratos a termo celetistas, submetendo-se, em princípio, também às regras gerais dos contratos a prazo instituídas pela CLT. As especificidades da Lei n. 2.959, em face dos contratos padrão do art. 443 da CLT, são, na verdade, apenas três: a qualidade empresarial do empregador, o motivo justificador da predeterminação do prazo e, finalmente, a presença de uma indenização por ruptura contratual referida pela Lei n. 2.959/56.

No tocante à qualidade do empregador, exige a Lei n. 2.959/56 que este seja um *construtor*, “desde que exerça a atividade em caráter permanente” (art. 1º). Portanto, o empregador há que tratar-se, necessariamente, de um ser econômico, isto é, um ente organizado como empresa e que tenha como objeto de sua atividade empresarial a construção civil.

O motivo justificador do contrato é a realização de obra ou serviço certos, vinculados ao objeto empresarial do construtor contratante do obreiro. A Lei n. 2.959/56, na verdade, não foge do padrão do art. 443 da CLT, mas faz uma opção acerca dos motivos ali arrolados como ensejadores do contrato.

Duas correntes despontam quanto à interpretação desses motivos justificadores do contrato. De um lado, pode-se focar a noção de obra ou serviço sob a perspectiva da atividade empresarial (a obra ou serviço desenvolvido pelo empresário construtor); nessa linha, o presente contrato efetivamente tratar-se-ia de contrato a termo, justificado para atendimento a *atividades empresariais transitórias*, à semelhança do disposto no art. 443, § 2º, “b”, da CLT⁽⁷⁾. De outro lado, pode-se focar a noção de obra ou serviço sob a perspectiva da atividade obreira no contrato; nessa linha, este contrato tratar-se-ia, ao contrário, de contrato a termo justificado para atendimento de serviço cuja natureza ou transitoriedade justifique a predeterminação do prazo, à semelhança do disposto no art. 443, § 2º, “a”, da CLT⁽⁸⁾.

(7) Nessa direção, MAGANO, Octavio Bueno. *Manual de Direito do Trabalho*. V. II. São Paulo: LTr, 1993, p. 183.

(8) Nessa direção parece encaminhar-se Amauri Mascaro Nascimento, ao afirmar que “... perdurará a relação jurídica enquanto a obra tiver continuidade e até o seu fim.(§) Porém, não há a necessidade do término total da obra para a extinção do contrato. Basta que o setor ou o serviço do trabalhador tenha concluído, embora a obra inteira não”. In: *Compêndio de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr/EDUSP, 1976, p. 415.

Algumas dificuldades surgem com relação à primeira vertente. É que a Lei n. 2.959 exige, expressamente, que as atividades do construtor sejam exercidas “em caráter permanente” — o que afasta a noção de transitoriedade empresarial tipificada pelo art. 443 celetista. Além disso, o conjunto de uma construção edificada (obra em sentido lato) envolve uma multiplicidade tão significativa de obras e serviços (obra em sentido estrito) que se torna inviável reduzir tal conjunto, sob o ponto de vista justrabalista, a uma única unidade (uma obra ou um serviço).

Nesse quadro, a tipicidade do fator ensejador do contrato previsto pela Lei n. 2.959/56 parece, inquestionavelmente, situar-se no serviço cuja natureza ou transitoriedade justifique a predeterminação do prazo, situado esse serviço no contexto da atividade de construção civil. Enfoca-se, portanto, a noção de obra ou serviço sob a perspectiva do trabalho realizado pelo empregado e não sob a perspectiva do empreendimento empresarial envolvido.

No que concerne à parcela indenizatória, dispõe a Lei n. 2.959 que, extinto o contrato em seu termo final, em face do término da obra ou serviço, assegurar-se-á ao empregado com período contratual superior a doze meses uma indenização “por tempo de trabalho”, na forma do art. 478 da CLT, reduzida em 30% (art. 2º). Como se percebe essa indenização especial não incide quanto a períodos contratuais inferiores a 12 meses. De todo modo, como já examinado, semelhante indenização, quando cabível, não prejudica a percepção do FGTS, em face do comando expresso da Constituição de 1988 (art. 7º, III). Se a dispensa for antecipada pelo empregador, caberá, também, o acréscimo de 40% sobre os depósitos de FGTS (art. 14, Decreto n. 99.684/90): contudo, por haver *bis in idem*, se incidir a indenização especial da Lei n. 2.959, esta se compensa com os 40% de FGTS.

Aplicam-se, por fim, a este contrato a termo as demais regras características aos contratos a prazo, acima examinadas (sucessividade, prazo, tempo de serviço, rescisão, etc.).

4. Contrato por Temporada

Contratos por temporada são *pactos empregatícios direcionados à prestação de trabalho em lapsos temporais específicos e delimitados em função da atividade empresarial*. São também chamados de contratos adventícios ou contratos de trabalhadores adventícios.

Duas correntes surgem no tocante à tipificação e classificação desses contratos. Uma considerando-os como contratos por tempo indeterminado; a outra considerando-os como contratos a termo.

A primeira corrente compreende que tais contratos são do tipo assimilador de uma prestação laboral seccionada e intermitente no tempo (contratos de duração intermitente), em contraponto aos contratos de prestação laboral contínua no tempo (contratos de duração contínua). Os dois tipos, contudo, classificar-se-iam como contratos por tempo indeterminado, distinguindo-se apenas no tocante à intermitência ou não da efetiva prestação laboral. Para esta vertente interpretativa, os contratos de temporada, na qualidade de pactos de prestação laboral intermitente, abrangeriam desde aqueles contratos que preveem curto espaçamento na efetiva prestação laboral (empregado em banca de feira, que, por longos anos, sempre labora uma ou duas vezes por semana para o mesmo feirante) até aqueles em que o espaçamento é sumamente significativo (empregado de hotel de veraneio, que, por longos anos, sempre labora na temporada de verão no respectivo hotel)⁽⁹⁾.

A segunda corrente restringe a figura do contrato de temporada apenas àqueles pactos empregatícios que se formem em virtude da prestação de serviço que, por sua transitoriedade, considerado certo lapso temporal, justifique a predeterminação do prazo contratual (art. 443, § 2º, “a”, CLT). Desse modo, classifica os contratos de temporada como contratos a termo, englobando apenas pactos que, sendo repetidos ou não na história das partes contratuais, formem-se em virtude de uma concentração temporal delimitada no que tange ao tipo de serviço prestado. Seu mais típico exemplo seria, assim, o contrato empregatício de trabalhador de hotel de veraneio, firmado, sucessivamente, ao longo de vários anos, apenas com relação à prestação de serviços na respectiva temporada anual de verão. Essa modalidade de contrato associar-se-ia, inclusive, a contratos a termo correlatos, que também se formam em função das variações estacionais da atividade empresarial (ver contrato de safra, por exemplo). Para cada período de prestação laborativa haveria, desse modo, um contrato a termo, que se extinguiria ao final da temporada.

Note-se que, mesmo se considerado esse contrato como a termo (o que parece mais correto), não pode haver dúvida sobre a possibilidade da contagem sucessiva dos períodos contratuais precedentes a cada novo contrato a prazo firmado — desde que a dispensa não tenha se dado por justa causa. É que a simples ruptura do contrato em seu termo final não inviabiliza a incidência da regra da *accessio temporis* em benefício obreiro, já que não há o pagamento da indenização legal mencionada pela CLT (art. 453, *caput*).

5. Contrato de Aprendizagem (Empregado Aprendiz)

O contrato de aprendizagem é pacto a termo que ostenta, como peculiaridade relevante, a combinação de objetivos educacionais e

(9) A respeito, NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr/EDUSP, 1976, p. 406.

profissionalizantes com os trabalhistas que igualmente lhe são próprios. Consiste, ademais, em importante instrumento de inclusão, no mundo do trabalho, de pessoas mais vulneráveis.

A) Aspectos Gerais — O contrato de aprendizagem é regulado pela própria CLT, em seus arts. 428 até 433, cuja redação foi alterada de maneira significativa pela Lei n. 10.097, de 19.12.2000 e, especialmente, pelas Leis n. 11.180/2005, n. 11.788/2008 e n. 12.594/2012. Seus preceitos constam do interior do Capítulo IV do Título III da CLT (arts. 402 até 441), que trata “Da Proteção do Trabalho do Menor”. Embora essa inserção continue válida, em virtude das peculiaridades do contrato e da ênfase constitucional e legal à tutela especial sobre a pessoa humana com idade abaixo de 18 anos, o fato é que, desde a Lei n. 11.180/05, publicada em 26.9.2005, o contrato de aprendizagem pode abranger trabalhadores entre 14 anos (arts. 7º, XXXIII, e 227, § 3º, I, CF/88; art. 428, CLT) até o limite etário *menor de 24 anos* (novo texto do art. 428 da CLT, conforme Lei n. 11.180/05); portanto, pode ser estendido também a trabalhadores adultos.

Trata-se de contrato formalístico (pactuado por escrito: art. 428, *caput*, CLT), por tempo determinado, até o limite de dois anos (art. 428, *caput* e § 3º). Esse limite bienal e também o limite máximo etário (menor de 24 anos) não se aplicam quando se tratar de aprendiz pessoa com deficiência (§§ 3º e 5º do art. 428 e *caput* do art. 433, CLT).

Define-se, segundo a CLT (art. 428, *caput*), como o contrato de trabalho especial, ajustado por escrito e por tempo determinado, em que o empregador se compromete a assegurar ao maior de 14 anos e menor de 24 anos, inscrito em programa de aprendizagem, formação técnico-profissional metódica, compatível com o seu desenvolvimento físico, moral e psicológico, e o aprendiz, a executar com zelo e diligência, as tarefas necessárias a essa formação.

Constitui efetivo contrato de emprego, com CTPS anotada, inscrição e recolhimentos previdenciários pertinentes, além da incidência dos direitos trabalhistas clássicos. Entretanto, ostenta algumas regras justralhistas especiais, voltadas a incentivar o empregador a realmente promover esse contrato especial (por exemplo, FGTS mensal à base de apenas 2%, ao invés de 8%: art. 15, § 7º, Lei n. 8.036/90, conforme redação da Lei n. 10.097/2000; não aplicação das regras dos arts. 479 e 480 da CLT nos casos de extinção contratual antecipada previstos no art. 433 da CLT). Independentemente desses incentivos, a CLT atua também de modo imperativo: ela obriga os estabelecimentos de qualquer natureza a empregar aprendizes e os matricular em cursos de formação técnico-profissional metódica, observado o seguinte percentual: entre 5%, no mínimo, e 15%, no máximo, “dos trabalhadores existentes em cada estabelecimento, cujas funções demandem formação

profissional” (art. 429, *caput, in fine*, CLT). Entretanto, ficam dispensadas de contratar aprendizes as microempresas e empresas de pequeno porte (Lei Complementar n. 123/2006, art. 51, III; anteriormente, também nesta linha excetiva, a Lei n. 9.841/1999, art. 11).⁽¹⁰⁾

Outras regras especiais desse contrato trabalhista formalístico se voltam a assegurar sua diretriz de formação técnico-profissional metódica. Ilustrativamente, jornada padrão reduzida de seis horas ou, excepcionalmente, até oito horas, computadas as horas destinadas à aprendizagem teórica, para os aprendizes que já tiverem completado o ensino fundamental (art. 432, CLT); no mesmo sentido restritivo, a vedação à prorrogação e à compensação da jornada de trabalho (art. 432, *caput*). Note-se que ao trabalhador aprendiz também se garante o salário mínimo hora, salvo condição mais favorável (arts. 7º, IV, e 227, § 3º, I e II, CF/88; art. 428, § 2º, CLT, desde a Lei n. 10.097/2000).

A validade desse contrato especial formalístico por tempo determinado pressupõe a *matrícula e frequência do aprendiz na escola*, caso não haja concluído o ensino médio, e a sua *inscrição em programa de aprendizagem desenvolvido sob orientação de entidade qualificada em formação técnico-profissional metódica* (art. 428, § 1º, CLT). Tal entidade qualificada tende a ser os Serviços Nacionais de Aprendizagem (SESC, SENAI, SENAT, etc.) ou outras entidades qualificadas em formação técnico-profissional metódica (art. 430, CLT).

O contrato de aprendizagem se extingue nas seguintes situações especificadas no art. 433 da CLT: a) em seu termo final prefixado (art. 433, *caput*); b) quando o aprendiz completar 24 anos, salvo em se tratando de trabalhador portador de deficiência (art. 433, *caput*, e art. 428, § 5º, CLT); c) quando houver “desempenho insuficiente ou inadaptação do aprendiz” (art. 433, I)⁽¹¹⁾; d) quando ocorrer falta disciplinar grave (art. 433, II); e) quando ocorrer “ausência injustificada à escola que implique perda do ano letivo” (art. 433, III); f) a pedido do próprio aprendiz (art. 433, IV, CLT). Conforme já exposto, não se aplicam as regras dos artigos 479 e 480 da Consolidação a todas essas hipóteses de extinção do contrato especificadas no art. 433 do diploma celetista.

(10) GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Curso de Direito do Trabalho*. 6. ed. Rio de Janeiro: GEN/Forense, 2012, p. 254.

(11) A partir de 4 de janeiro de 2016, entrou em vigência alteração do item I do art. 433, por força de nova redação conferida pelo *Estatuto da Pessoa com Deficiência* (Lei n. 13.146/2015). Eis o novo texto legal: “Art. 433 (...) I — desempenho insuficiente ou inadaptação do aprendiz, salvo para o aprendiz com deficiência quando desprovido de recursos de acessibilidade, de tecnologias assistivas e de apoio necessário ao desempenho de suas atividades” (o texto grifado é que foi inserido pela Lei n. 13.146/15).

Naturalmente que o rol do art. 433 não é exaustivo, uma vez que a rescisão indireta (art. 483, CLT), por exemplo, também pode ser manejada pelo trabalhador, se for o caso.

B) Aprendiz com Deficiência — As regras concernentes ao contrato de aprendizagem têm estruturado um conjunto normativo específico dirigido à pessoa com deficiência. Com a remodelação desse contrato especial na primeira década do século XX, despontaram três dispositivos de relevante interesse para a pessoa com deficiência: a possibilidade de a aprendizagem ultrapassar o limite etário tradicional de 18 anos, estendendo-se até um dia antes de o trabalhador completar 24 anos (*caput* do art. 428 da CLT, conforme redação dada pela Lei n. 11.180/2005); a possibilidade de o contrato de aprendizagem se estender por além de dois anos, “quando se tratar de aprendiz portador de deficiência” (§ 3º do art. 428 da CLT, segundo redação dada pela Lei n. 11.788/2008); a possibilidade de a idade máxima de “até 24 anos” não se aplicar “a aprendizes portadores de deficiência” (§ 5º do art. 428 da CLT, em conformidade com redação conferida pela Lei n. 11.180/2005).

Essa tríade de regras jurídicas recebeu importante acréscimo legal, com o advento do *Estatuto da Pessoa com Deficiência*, aprovado pela Lei n. 13.146/2015 — diploma que entrou em vigor em 4.1.2016.

O novo Estatuto conferiu nova redação ao § 6º do art. 428, alargando-lhe a diretriz inclusiva: “Para os fins do contrato de aprendizagem, a comprovação da escolaridade de *aprendiz com deficiência* deve considerar, sobretudo, *as habilidades e competências relacionadas com a profissionalização*” (grifos acrescidos)⁽¹²⁾. O EPD conferiu ainda maior ênfase à formação técnico-profissional metódica do aprendiz com idade igual ou superior a 18 anos, ao estatuir que, para ele, “a validade do contrato de aprendizagem pressupõe anotação na CTPS e *matrícula e frequência em programa de aprendizagem desenvolvido sob orientação de entidade qualificada em formação técnico-profissional metódica*” (novo § 8º do art. 428 da CLT, inserido pela Lei n. 13.146/2015).

Relativamente à terminação da aprendizagem, o Estatuto da Pessoa com Deficiência introduziu regra de equidade no que tange a um dos fatores permissivos da ruptura antecipada e motivada desse contrato especial: *o desempenho insuficiente ou a inadaptação do aprendiz* (art. 433, I, da CLT). O novo texto do preceito legal destaca substantiva ressalva: “I — desempenho insuficiente ou inadaptação do aprendiz, *salvo para o aprendiz com deficiência quando desprovido de recursos de acessibilidade, de tecnologias*

(12) A redação anterior da CLT, oriunda da Lei n. 11.180/2005, era mais restritiva, pois favorecia apenas o *aprendiz portador de deficiência mental*, a saber: “Art. 428. (...) § 6º Para os fins do contrato de aprendizagem, a comprovação da escolaridade de aprendiz portador de deficiência mental deve considerar, sobretudo, as habilidades e competências relacionadas com a profissionalização”.

assistivas e de apoio necessário ao desempenho de suas atividades” (redação conferida ao art. 433, I, da CLT pela Lei n. 13.146/15; grifos acrescidos).

Cabe esclarecer, por outro lado, que o sistema de *cotas* que favorece os contratos de aprendizagem (relembre-se que 5% a 15% dos trabalhadores existentes em cada estabelecimento, cujas funções demandem formação profissional, *devem ser admitidos mediante esse contrato especial*, em conformidade com o art. 429, *caput*, da CLT) — esse sistema de cotas não prevê um percentual específico interno dirigido estritamente às pessoas com deficiência. Além disso, as admissões por contratos de aprendizagem de pessoas com deficiência não integram a cota estabilitária prevista no art. 93, *caput* e § 1º, da Lei Previdenciária n. 8.213/91; nesta linha é o que aduz o novo § 3º do art. 93 da Lei n. 8.213, inserido pela própria Lei n. 13.146/15.⁽¹³⁾

III. UMA ESPECIFICIDADE ENTRE OS CONTRATOS A TERMO: O CONTRATO PROVISÓRIO DA LEI N. 9.601/1998

A indeterminação da duração contratual tem constituído, no Direito do Trabalho, como já exaustivamente analisado, a regra geral aplicável aos contratos empregatícios. Em harmonia a essa regra clássica, a ordem justaltrabalhista sempre considerou excetivos os contratos a termo. Na qualidade de exceção, os pactos a termo somente poderiam ser celebrados em estritas hipóteses legalmente especificadas; caracterizavam-se por lapsos temporais geralmente estreitos e rígidos; submetiam-se a normas rigorosas quanto à sua sucessividade por outro contrato da mesma natureza e também quanto à própria prorrogação contratual. Além de tudo isso, produziam repercussões rescisórias mais restritas do que as típicas aos contratos indeterminados, não se caracterizando, ademais, pela amplitude de efeitos inerentes às figuras da interrupção e suspensão contratuais e das garantias jurídicas de emprego.

A Lei n. 9.601, vigorante desde 22 de janeiro de 1998, veio alterar, de modo substancial, esse quadro normativo. O novo diploma não apenas diminuiu as restrições à pactuação dos contratos a termo — o que, por si só, compromete de modo grave a eficácia de alguns princípios fundamentais do Direito do Trabalho (em particular, os princípios da norma mais favorável e da continuidade da relação de emprego). A nova lei teve a preocupação, ainda, de aprofundar a carência de direitos trabalhistas já característica dessa espécie contratual.

(13) Eis o texto do novo dispositivo da Lei Previdenciária n. 8.213/91: “Art. 93. (...) § 3º Para a reserva de cargos será considerada somente a contratação direta de pessoa com deficiência, excluído o aprendiz com deficiência de que trata a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT)...” Análise minuciosa sobre a pessoa com deficiência no mundo do trabalho, inclusive mediante o contrato de aprendizagem, consta de LORENTZ, Lutiana Nacur. *A Norma da Igualdade e o Trabalho das Pessoas com Deficiência*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2016.

É claro que o modelo jurídico da Lei n. 9.601/98 é também o de um contrato a termo. Nesse sentido, a nova lei cria figura que se enquadraria no tipo legal do art. 443 e correlatos da CLT (embora não se enquadre, porém, nas hipóteses de pactuação de contratos a prazo clássicas da CLT). Assim, sendo também um contrato a termo, existem, de fato — como será examinado — normas gerais celetistas que se aplicam ao novo contrato a prazo. Contudo, a Lei n. 9.601/98 atenuou, significativamente, os cuidados que a ordem jurídica estabelecia para a pactuação de contratos a termo (ciente a ordem jurídica clássica de que tais contratos conspiram contra princípios e objetivos fundamentais do Direito do Trabalho); mais do que isso, o diploma legal novo aprofundou as restrições de direitos já características dos contratos a termo.

Do ponto de vista prático, contudo, o modelo contratual instituído pela Lei n. 9.601, de 21.1.1998 — passados 20 anos de sua criação —, não se generalizou no País, não sendo largamente adotado no mercado de trabalho. Por essa razão, seus efeitos de precarização trabalhista não se propagaram genericamente na economia e sociedade brasileiras.

No presente item III deste Capítulo XVII serão sumarizados os traços mais significativos do contrato de trabalho provisório instituído em 1998.⁽¹⁴⁾

1. Caracterização do Contrato Provisório de Trabalho

No presente item 2, serão examinados, de maneira sintética, os pontos característicos do contrato provisório de trabalho. Nesse grupo estão arrolados os seguintes aspectos: *denominação* do respectivo contrato; suas *hipóteses de pactuação*; as *características* do contrato provisório de trabalho; as *parcelas rescisórias* aplicáveis a esse contrato; os *direitos trabalhistas* aplicáveis ao mesmo contrato; as *vantagens tributárias e creditícias* adicionadas pela lei em favor do empregador relativamente a esse contrato trabalhista.⁽¹⁵⁾

No que concerne à *denominação* desse contrato a termo especial, a Lei n. 9.601/98 preferiu não eleger qualquer epíteto. Com isso, algumas sugestões surgiram para designar a denominação desse contrato específico tipificado em lei. As mais destacadas foram: *contrato diferenciado por tempo* (ou *prazo*) *determinado*, *contrato especial por tempo determinado*, *novo contrato temporário*, *novo contrato por tempo* (ou *prazo*) *determinado*, *contrato de trabalho precário*, *contrato provisório de trabalho* e outras similares.

(14) Estudo mais abrangente acerca das alterações trazidas ao Direito brasileiro pela Lei n. 9.601/98 encontra-se na obra deste autor: *O Novo Contrato por Tempo Determinado*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1998. Consultar também DELGADO, M. G. *Curso de Direito do Trabalho*, 16. ed. São Paulo: LTr, 2017, Capítulo XVII, item III, p. 646-673 (“III. Novo Pacto a Termo: O Contrato Provisório da Lei n. 9.601, de 1998”).

(15) Para análise mais minuciosa de todos esses pontos destacados, consultar os textos constantes da referência bibliográfica imediatamente anterior.

Todas as denominações ostentam, evidentemente, vantagens e desvantagens. Nesse contexto, firmou-se na doutrina a escolha mais conveniente, por ser, ao mesmo tempo, específica, diferenciada e também expressiva das características do contrato. Trata-se do epíteto *contrato provisório de trabalho*. Será essa, portanto, a denominação adotada no presente item III deste Capítulo XVII deste Curso.

As **hipóteses de pactuação** desse tipo de contrato a termo são, conforme já adiantado, distintas das regras fixadas no art. 443 da CLT. Autoriza a Lei n. 9.601/98 que este contrato seja celebrado *em qualquer atividade desenvolvida pela empresa ou estabelecimento*, independentemente das três hipóteses aventadas pelo § 2º do art. 443 da Consolidação.

Exige a lei especial apenas o cumprimento de dois requisitos: que o contrato provisório de trabalho seja *instituído por negociação coletiva* (no caso, especialmente o ACT), com a participação do respectivo sindicato obreiro (art. 1º, Lei n. 9.601/98; art. 8º, VI, CF/88); que tal contrato a termo seja instituído para pactuar *admissões que representem acréscimo no número de empregados*.

Esse segundo requisito, porém, é atenuado pela própria lei criadora desse contrato especial: é que o seu art. 3º, ao eleger a média semestral anterior como parâmetro de cálculo do limite máximo de contratações a termo, permite o artifício de dispensar-se o montante de obreiros que se situem acima da média semestral anterior, admitindo novos empregados por meio da nova figura contratual. Dessa maneira, não se pode deixar de perceber ser fundamentado o temor dos críticos da Lei n. 9.601 de que o diploma, em vez de incrementar o número de postos laborativos, tenha vindo apenas aduzir artificial desequilíbrio ao mercado de trabalho, pela troca crescente de empregos mais vantajosos por outros mais precários para os obreiros. Além disso, não se pode deixar de perceber que o referido temor se explica, também, em decorrência da dificuldade *prática* de se fiscalizar o preciso cumprimento da hipótese de pactuação permitida pela Lei n. 9.601/98.

No tocante às **características** do contrato provisório de trabalho, há que se registrar a presença de características comuns aos contratos a termo, em geral, ao lado da presença de características peculiares a esse tipo jurídico criado pela Lei n. 9.601/98.

As características comuns mais salientes são as seguintes:

a) *duração do prazo contratual* — também se limitam ao máximo de dois anos (art. 1º, *caput*, Lei n. 9.601/98), tal como ocorre com a generalidade dos contratos a termo (art. 445, *caput*, CLT);

b) *meios de fixação do termo final do contrato* — o termo certo, com data certa (3.3.2013, por exemplo), é o mecanismo mais adequado para a fixação do termo final do contrato provisório de trabalho. Entretanto, não se pode con-

siderar necessariamente irregular fixar-se o seu termo final segundo o critério previsto no art. 443, § 1º, CLT: *execução de serviços especificados ou realização de certo acontecimento suscetível de previsão aproximada* — o termo incerto, portanto. A escolha mais segura é a primeira (data certa); mas a escolha do segundo critério também não se mostra, necessariamente, irregular.

c) *sucessividade contratual* — a Lei n. 9.601/98 afasta a incidência da regra celetista limitadora das prorrogações do pacto empregatício a termo, fixada no art. 451, CLT (limite de apenas uma prorrogação) — conforme será examinado mais abaixo (esta, aliás, uma das características peculiares do contrato provisório de trabalho). Entretanto, silencia-se sobre as regras concernentes à sucessividade contratual (art. 452, CLT). Uma vez que não há incompatibilidade entre estas últimas regras e o contrato provisório, deve-se inferir que prevaleçam na regência da nova figura justralhista.

As regras celetistas restritivas da sucessividade contratual informam que um contrato a termo somente pode ser licitamente sucedido por outro, entre as mesmas partes, *se transcorridos seis meses do contrato anterior* (art. 452). Celebrados dois contratos a termo em lapso temporal inferior a seis meses do término do primeiro contrato, o segundo contrato sofrerá modificação objetiva automática, considerando-se como pacto de duração indeterminada. Ultrapassados seis meses do final do anterior contrato a prazo, será válido o novo contrato a termo pactuado — ao menos em face do fundamento da distância temporal mínima entre os pactos subscritos.

d) *tempo de serviço (accessio temporis)* — As regras gerais concernentes à contagem cumulativa do tempo de serviço do obreiro que tenha se vinculado ao mesmo empregador, por distintos períodos e contratos (regras da chamada *accessio temporis*), também se aplicam às situações envolvidas ao contrato provisório. Não há, a princípio, incompatibilidade entre essas regras e a figura instituída pela Lei n. 9.601/98. Afinal, o contrato provisório é contrato empregatício, instaurador de uma relação de emprego entre as partes, não havendo distinção de natureza entre as relações jurídicas comparadas (ao contrário do que há, por exemplo, entre o contrato empregatício e o contrato de trabalho autônomo).

Reiteramos aqui, portanto, as observações já feitas sobre a *accessio temporis* nos contratos a termo que foram realizadas no Capítulo XVI, item V.9: “O Tempo de Serviço nos Contratos a Termo (*accessio temporis*)”.

e) *extensão da garantia de emprego especial conferida ao empregado que tenha sofrido acidente do trabalho ou doença ocupacional/profissional*, assim como *da garantia de emprego especial da empregada gestante e/ou parturiente*. A extensão dessas duas garantias a todos os contratos a termo foi assegurada, nos últimos anos, pelo avanço jurisprudencial resultante da interpretação do ordenamento jurídico trabalhista, inclusive constitucional. Aplicam-se, portanto, aos contratos provisórios de trabalho os fundamentos

já explicitados no Capítulo XVI deste Curso, em seus itens V.7.A (“Acidente do Trabalho: exceção relevante”) e V.7.B (“Garantia à Gestante e ao Nascituro: outra exceção relevante”).

As características especiais mais destacadas do contrato provisório de trabalho são as seguintes:

a) *pactuação do contrato provisório* — conforme já exposto, esse contrato a termo especial pode ser pactuado sem observância das restrições contidas no art. 443, § 2º, da CLT. O que requer a Lei n. 9.601/98, apenas, é que haja *autorização negocial coletiva* para a respectiva contratação e que esta se volte para admissões que representem *acréscimo no número de empregados*.

b) *formalidade contratual* — Embora os contratos a termo previstos pelo art. 443 da CLT não sejam, em princípio, de maneira geral, contratos solenes, formais, o fato é que o contrato provisório de trabalho previsto pela Lei n. 9.601/98 é, efetivamente, um contrato formal, solene. A forma é de sua substância; assim, o descumprimento de suas formalidades comprometerá a própria validade do contrato para o mundo do Direito.

Citem-se, sinteticamente, algumas das formalidades imperativas prevista na Lei n. 9.601/98: aprovação prévia da contratação por negociação coletiva trabalhista; documento contratual bilateral escrito; publicidade, no âmbito do estabelecimento, do respectivo contrato provisório, com o nome do empregado, número de sua CTPS e de inscrição no PIS e datas de início e término do contrato a prazo; cópia do correspondente contrato deve ser depositada no órgão local do Ministério do Trabalho. O regulamento normativo da Lei n. 9.601 (Decreto n. 2.490/98) prevê também a anotação na CTPS do empregado da condição de contrato a termo e a confecção em separado da folha de pagamento dos empregados com contratos provisórios de trabalho.

c) *prorrogação contratual* — conforme antevisto, não se aplica ao contrato provisório de trabalho a regra celetista (art. 451) de que a prorrogação do prazo contratual, *mais de uma vez*, implica a indeterminação do respectivo prazo (art. 1º, § 2º, Lei n. 9.601/98). Pela Lei n. 9.601/98, *as prorrogações do prazo contratual, respeitada a duração máxima de dois anos, não provocam a descaracterização do contrato de trabalho provisório*. O regulamento da nova lei chega a enfatizar a permissão para que este novo pacto sofra “...*sucessivas prorrogações*, sem acarretar o efeito previsto no art. 451 da CLT” (art. 3º, *caput*, Decreto n. 2.490/98; grifos acrescidos).⁽¹⁶⁾

(16) Naturalmente que essa regra autorizadora de prorrogações sucessivas (em dois anos, em tese, é possível a ocorrência de até 23 prorrogações mensais sucessivas desse contrato) afronta vários princípios constitucionais, tais como o da segurança — sob a perspectiva do trabalhador —, o da igualdade em sentido substancial, o do bem-estar individual e social, o da centralidade da pessoa humana na ordem jurídica e na vida socioeconômica e, se não

No que concerne às **parcelas rescisórias** inerentes a esse peculiar contrato a prazo, caracterizam-se por serem ainda mais restritivas, em alguns casos, do que o padrão geral celetista dos contratos a termo.

a) *extinção normal do contrato (cumprimento do prazo prefixado)* — 13º salário proporcional; férias proporcionais com 1/3; liberação de FGTS (sem 40%); liberação dos depósitos bancários vinculados previstos na norma coletiva, caso já não tenham sido sacados (parágrafo único do art. 2º, Lei n. 9.601/98).

b) *extinção contratual em face de dispensa antecipada pelo empregador* — as mesmas verbas acima mencionadas (13º salário proporcional, férias proporcionais com 1/3; liberação de FGTS e liberação dos depósitos bancários especiais da Lei n. 9.601/98).

Os 40% sobre o total do FGTS também aqui se aplicam: é que a Lei n. 9601/98 não excluiu esta verba (mas somente as indenizações dos arts. 479 e 480, CLT), mantendo-se, pois, a regra geral de sua incidência nas rupturas antecipadas por ato empresarial (art. 18, § 1º, Lei n. 8.036/90; Lei n. 9.491/97; arts. 14 e 9º, §§ 1º e 2º, Decreto n. 99.684/90).

Há que se observar, ainda, a indenização normativa substitutiva daquela prevista no art. 479 da CLT (art. 1º, § 1º, I, Lei n. 9.601/98). É verdade que esta indenização substitutiva pode ser menor do que a tradicional (valor indenizatório no importe da metade dos salários que seriam devidos ao obreiro pelo período restante do contrato, prevê a CLT); contudo, inexistindo estipulação normativa, o critério da CLT passa a incidir, subsidiariamente.

A nova lei inviabiliza a dispensa *antecipada* de obreiros favorecidos por circunstâncias ensejadoras de garantias de emprego. Assegura o diploma legal as chamadas *estabilidades provisórias* “durante a vigência do contrato por prazo determinado, que não poderá ser rescindido antes do prazo estipulado pelas partes” (§ 4º do art. 1º da Lei n. 9.601/98).

c) *extinção contratual em face de pedido de demissão antecipada pelo empregado* — são devidas as parcelas de 13º salário proporcional e férias proporcionais com 1/3 (Súmulas 328 e 261, esta com nova redação dada pela Res. 121/2003, com suporte na Convenção n. 132 da OIT). O trabalhador não saca o FGTS — como se passa em qualquer situação de pedido de demissão.

Note-se que os depósitos bancários especiais previstos pela Lei n. 9.601/98 também poderão ser sacados pelo obreiro (se não autorizado seu saque anterior), uma vez que a nova lei não condiciona sua retirada ao tipo de ruptura contratual.

bastasse, o próprio princípio da dignidade do ser humano. Para exame das objeções constitucionais mais amplas ao contrato provisório de trabalho e de suas regras peculiares restritivas, consultar o texto mais analítico constante de DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 16. ed. São Paulo: LTr, 2017, Capítulo XVII, item III, p. 646-673 (“III. Novo Pacto a Termo: O Contrato Provisório da Lei n. 9.601, de 1998”).

A CLT, conforme já estudado, prevê a hipótese de o obreiro ser compelido a indenizar o empregador pelos *prejuízos resultantes* da ruptura antecipada (art. 480, *caput*), indenização que não poderá suplantará “àquela a que teria direito o empregado em idênticas condições” (parágrafo único do art. 480 combinado com art. 479 da CLT). A regra (e critério de cálculo) desta indenização transfere-se, no tocante ao contrato de trabalho provisório, para o instrumento normativo autorizador de tais contratos especiais (art. 1º, § 1º, I, Lei n. 9.601/98).

d) *extinção contratual em face de pedido de demissão ou dispensa antecipadas, havendo no contrato cláusula assecuratória do direito recíproco de antecipação rescisória* — Há, no presente caso, uma indagação preliminar: esta hipótese de ruptura (regulada no art. 481, CLT) aplica-se ou não ao novo contrato de trabalho? A resposta, certamente, será positiva, uma vez que a lei especial não excluiu a incidência do referido preceito celetista (o art. 1º, § 1º, inciso I da Lei n. 9.601/98 menciona apenas os arts. 479 e 480).

Neste quadro, havendo, no contrato, a cláusula mencionada no dispositivo da CLT — e sendo acionada —, prevalecerão os efeitos rescisórios ali especificados. É bem verdade que, do ponto de vista do empregador, a permissão para prorrogações diversas no prazo do contrato de trabalho provisório reduziu (se não eliminou, inteiramente) a eventual utilidade de se lançar mão desse tipo de cláusula, notadamente em contratos de duração mais longa.

Ocorrendo, de todo modo, a dispensa antecipada nos moldes do art. 481 da CLT, incidirão todas as parcelas rescisórias típicas de contratos indeterminados (aviso-prévio, inclusive com projeção no contrato; parcela proporcional do aviso, se o trabalhador tiver um ano ou mais de serviço na empresa; 13º salário proporcional; férias proporcionais com 1/3; FGTS com 40%). Portanto, *estando prevista semelhante cláusula e sendo acionada* (art. 481, CLT), a rescisão operar-se-á segundo regras de contratos de duração indeterminada (incidindo, pois, o aviso-prévio em vez da indenização convencional substitutiva da parcela indenizatória dos artigos 479 e 480 da CLT).

Observe-se que a Lei n. 9.601/98 inviabiliza a dispensa antecipada em situações de obreiros favorecidos por garantia de emprego. Embora se saiba que tais garantias não abrangem, inteiramente, contratos a termo, elas têm o condão, pelo menos, de assegurar a continuidade do contrato até seu termo final originalmente prefixado. É o que dispõe, de modo expresso, o § 4º do art. 1º da Lei n. 9.601/98 (“São garantidas as estabilidades provisórias ... durante a vigência do contrato por prazo determinado, que não poderá ser rescindido antes do prazo estipulado pelas partes”).

No que se refere aos ***direitos trabalhistas aplicáveis ao contrato provisório de trabalho***, cabe se distinguir entre as parcelas comuns aos demais

contratos, as parcelas anteriormente existentes mas modificadas pela Lei n. 9.601/98 quanto ao contrato provisório e, por fim, as parcelas peculiares ao contrato provisório de trabalho.

Quanto às parcelas comuns aos demais contratos, cabe esclarecer que diversas parcelas características dos contratos empregatícios a termo em geral se mostram presentes no contrato de trabalho provisório. É o que ocorre, por exemplo, com as distintas verbas salariais e suas garantias, com os institutos da jornada de trabalho e dos descansos trabalhistas e inúmeros outros direitos e regras estipulados pelo ramo juslaboral. Na verdade, aplica-se aqui o padrão celetista dos contratos a termo — com as especificidades expressamente trazidas pela Lei n. 9.601/98.

Com respeito às parcelas que receberam tratamento legal especial, destaca-se o FGTS. É que a Lei n. 9.601/98 estipulou que os depósitos mensais do Fundo poderiam se manter, durante o contrato provisório, no nível de apenas 2% da remuneração obreira (abaixo, pois, dos 8% previstos pela Lei n. 8.036/90).

Neste grupo de parcelas incorporadas com modificações pode ser englobada a indenização pela ruptura antecipada do novo contrato a termo. A Lei n. 9.601 determina a não aplicação dos arts. 479 e 480 da CLT, transferindo ao diploma coletivo negociado a tarefa de estabelecer o critério indenizatório pertinente. A norma coletiva pode, evidentemente, sufragar o tradicional critério celetista — ou estipular critério distinto. A ausência de qualquer estipulação, contudo, implicará a incidência subsidiária da CLT, já que não se concebe, no Direito do Trabalho, injustificado inadimplemento contratual pelo devedor trabalhista sem ressarcimento compatível⁽¹⁷⁾.

Por fim, quanto às parcelas novas criadas em 1998, há que se enfatizar que a Lei n. 9.601 (art. 2º, parágrafo único) instituiu um depósito bancário trabalhista, de periodicidade mensal, a ser efetuado pelo empregador em conta vinculada do obreiro. O instrumento negocial coletivo é que fixará os demais critérios de cálculo e saques periódicos da respectiva verba — porém sua existência não poderá deixar de ser contemplada pela negociação coletiva. Essa nova figura não ostenta caráter salarial (art. 4º, § 3º, Decreto n. 2.490/98), atenuando a perda obreira propiciada pela mesma lei com respeito aos depósitos de FGTS.

No que concerne às **vantagens tributárias e creditícias franqueadas ao empregador**, há que se destacar que a Lei n. 9.601 reduziu, desde janeiro de 1998, a 50% de seu valor em janeiro de 1996, as contribuições sociais destinadas às seguintes entidades: SESI, SESC, SEST, SENAI,

(17) Há conclusões mais rigorosas a esse respeito: a falta da indenização substitutiva implicaria a própria irregularidade do contrato, que se tornaria, em consequência, indeterminado.

SENAC, SENAT, SEBRAE e INCRA. No mesmo montante e prazo, reduziu as contribuições sociais referentes aos seguintes programas oficiais: salário-educação e seguro de acidente do trabalho⁽¹⁸⁾.

Esclarece a legislação que tais reduções (inclusive a concernente ao FGTS) “serão asseguradas desde que, no momento da contratação: I — o empregador esteja adimplente junto ao Instituto Nacional do Seguro Social — INSS e ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço — FGTS; II — o contrato de trabalho por prazo determinado e a relação mencionada no § 3º deste artigo tenham sido depositados no Ministério do Trabalho” (art. 4º, Lei n. 9.601/98).

Determina o mesmo diploma legal que as referidas reduções “...subsistirão enquanto: I — o quadro de empregados e a respectiva folha salarial, da empresa ou estabelecimento forem superiores às respectivas médias mensais dos seis meses imediatamente anteriores ao da data de publicação desta Lei; e II — o número de empregados contratados por prazo indeterminado for, no mínimo, igual à média referida no parágrafo único do art. 3º” (§ 1º do art. 4º, Lei n. 9.601/98).

No tocante às *vantagens creditícias*, estipula a Lei n. 9.601/98 que as empresas que, desde 22 de janeiro de 1998, ampliarem seu quadro de pessoal em relação à média mensal do número de empregos no período de julho a dezembro de 1997 “...terão preferência na obtenção de recursos no âmbito dos programas executados pelos estabelecimentos federais de crédito, especialmente junto ao Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social — BNDES”. (art. 5º, Lei n. 9.601/98).

2. Lei n. 9.601, de 1998: reflexões complementares

Efetuada a análise técnico-jurídica do diploma normativo promulgado em janeiro de 1998 — ainda que sumarizada —, cabe se proceder a algumas reflexões complementares, vinculadas ao papel que os formuladores da lei a ela atribuíam e a sua repercussão na ordem justralhista e constitucional brasileiras.

Trata-se das reflexões sobre o impacto da lei perante o problema social do desemprego, o papel do diploma legal no quadro da chamada flexibilização do Direito do Trabalho e, finalmente, suas relações com o cenário trabalhista normatizado pela Constituição Republicana promulgada dez anos antes da lei em estudo.

(18) As reduções (inclusive do FGTS) fizeram-se, originalmente, por 18 meses, a contar de janeiro de 1998; posteriormente, foram postergadas: para 36 meses (por exemplo, Medida Provisória n. 2.076-32, de 27.12.2000) e, em seguida, 60 meses — ou seja, até *janeiro de 2003* (por exemplo, Medida Provisória n. 2.164-41, de 24.8.2001). A partir de 2003 não houve renovação dessas vantagens para fiscais ao empregador.

A) Lei n. 9.601/98 e Desemprego — O diploma em referência foi apresentado pelo Poder Executivo ao Parlamento — e por este aprovado — como veículo para combate ao desemprego no País. O argumento oficial era de que a redução do custo direto e indireto da força de trabalho que a lei implementa (pela diminuição dos direitos trabalhistas e dos recolhimentos parafiscais que menciona) seria instrumento eficaz para gerar novos empregos no mercado laborativo.

São conhecidas, porém, as críticas ao mecanismo adotado pela lei. Pondera-se que nenhum empresário, em sã consciência, iria criar novos postos de trabalho simplesmente pelo fato de se tratar de postos menos onerosos (o raciocínio empresarial é outro: eleva-se a produção apenas se o mercado justificar tal acréscimo). A equação postos de trabalho mais onerosos *versus* menos onerosos apenas justificaria a *substituição de trabalhadores*, eliminando-se os postos mais dispendiosos pelos menos dispendiosos e igualmente produtivos.

Para tal linha reflexiva, a criação efetiva de empregos passaria por raciocínio distinto, de dimensão macroeconômica, *não se vinculando à práticas de apenação unilateral do trabalhador* (práticas adotadas em países cujos salários básicos já se situam entre os menores, no quadro dos parâmetros ocidentais minimamente comparáveis).

Nessa esteira de argumentação, no caso brasileiro da época (fim da década de 1990 e início do novo milênio), o cenário macroeconômico é que estaria a demonstrar os reais nódulos obstaculizadores da geração de empregos dentro de nossas fronteiras: ilustrativamente, uma política cambial por longos anos artificial e inflexível (de 1995 a 1999, pelo menos) — implementada, ademais, *sem qualquer contrapeso* —, produzindo profunda e perversa repercussão sobre o parque industrial do País (por exemplo, como se sabe, o setor têxtil reduziu-se a cerca de um terço de sua dimensão de sua dimensão anterior, no Brasil, na década de 1990 até o final de 1998; o setor de brinquedos praticamente pulverizou-se no mesmo período). Também apenas ilustrativamente, a política de tratados e relações internacionais, com as curiosas e perversas reservas de mercado que chegaram a criar *contra* os interesses da produção realizada no País (houve situações grotescas, como a transferência ou realinhamento de segmentos produtivos para países vizinhos com vistas à exportação ... de volta para o Brasil!?! — como ocorreu até início de 1999 com respeito ao Mercosul). Ilustrativamente, também, a política de juros elevados, comprometendo o crescimento empresarial e do mercado laborativo, como um todo. Ainda para ilustração, a estratégia de redução genérica de investimentos estatais em múltiplos setores, inclusive até mesmo os infraestruturais, comprometendo o crescimento e desenvolvimento do País e a própria geração de empregos.

Pondera esta linha de reflexão que, mesmo considerado o cenário estritamente trabalhista, *outro tipo de política social é que se mostraria eficaz no combate ao desemprego*: a redução da jornada de trabalho, o cerceamento à prática de horas suplementares habituais, além do combate decidido à informalidade trabalhista, por exemplo.

Outra crítica dirige-se ao tratamento conferido pela nova lei às contribuições parafiscais que menciona (SESI, SESC, SEST, SENAI, SENAC, SENAT, SEBRAE, INCRA, salário-educação e seguro de acidente do trabalho). Argumenta-se que a redução dessas contribuições parafiscais não poderia implicar a correlata redução dos direitos trabalhistas, uma vez que, do ponto de vista lógico, não há efetiva relação entre os dois tipos de componentes do *custo empresarial*. A lei poderia, simplesmente, no contexto do incentivo que pretendesse implementar, reduzir tais obrigações sociais em troca da elevação do respectivo montante de empregados, *sem* diminuição de direitos trabalhistas para o obreiro.

Além disso, deveria também a lei — por coerência a seu propalado objetivo — excluir da base de cálculo dessas contribuições parafiscais o parâmetro dos salários (substituindo a base de cálculo pelo faturamento mensal, por exemplo — ou outro critério). Com tal medida, estaria eliminando o artificial e também perverso incremento do custo *indireto* da força de trabalho para o empregador que o atual sistema provoca⁽¹⁹⁾.

B) Lei n. 9.601/98 e Flexibilização Trabalhista — A Lei n. 9.601/98 consagra um dos aspectos dominantes da política trabalhista dos governos brasileiros, regra geral, na década de 1990, acentuada na gestão iniciada em 1995: a flexibilização das normas jurídicas trabalhistas clássicas.

É bem verdade que a *ideia geral* flexibilizatória remonta ao final da década de 1980, com a Constituição então aprovada. De fato, a Constituição retirou do Direito Individual do Trabalho a rigidez intocável que caracterizava suas normas ao longo das décadas anteriores. A nova Constituição, no contexto da democratização que absorveu e incentivou no País, permitiu

(19) O argumento acerca do elevado custo da força de trabalho no Brasil não resiste a um contraponto real de dados. Estêvão Mallet, por exemplo, com suporte em pesquisa realizada pela entidade norte-americana, *Morgan Stanley Research*, indica que, “enquanto o custo médio da hora de trabalho no setor industrial, no ano de 1993, corresponde a U\$ 24,87 na Alemanha Ocidental, a U\$ 16,91 no Japão, a U\$ 16,40 nos Estados Unidos da América, a U\$ 16,26, na França, a U\$ 11,73 na Espanha, a U\$ 4,64 em Portugal e a U\$ 4,21 em Hong Kong, no Brasil sequer atinge U\$ 3,00, ficando apenas em U\$ 2,68”. MALLET, Estêvão. *O Novo Contrato de Trabalho por Prazo Determinado*. São Paulo: LTr, *Revista LTr*, ano 62, n. 07, julho de 1998, p. 880. A pesquisa do *Morgan Stanley Research* também está mencionada em SANTOS, Anselmo Luis dos. Encargos Sociais e Custo do Trabalho no Brasil, in: OLIVEIRA, Carlos Alonso Barbosa de, e MATTOSO, Jorge Eduardo Levi. *Crise e Trabalho no Brasil — modernidade ou volta ao passado?* 2. ed. São Paulo: Scritta-Edições Sociais, 1997. p. 235 e seguintes.

à *negociação coletiva sindical* adequar, em certa medida, apenas adequar parte das normas gerais trabalhistas às necessidades e especificidades de segmentos socioeconômicos e profissionais. Desse modo, o Direito Individual do Trabalho passou a sofrer, a partir de 1988, modificações tópicas, setorizadas e circunstanciais, adaptado por normas coletivas negociadas mediante a participação dos sindicatos obreiros. Com respaldo na orientação constitucional de 1988, passou-se a atenuar o rigor provindo da excessiva generalidade das normas heterônomas estatais trabalhistas em benefício da adequação às especificidades de certos segmentos produtivos e profissionais, *respeitando-se, sempre, o patamar civilizatório mínimo consagrado pela ordem jurídica, conforme apreendido pelo princípio da adequação setorial negociada*. Não se trata (ou tratava) de renúncia ou redução de direitos ... porém apenas de uma adequação setorial, via negociação coletiva, respeitado o piso conferido pela ordem jurídica imperativa heterônoma existente⁽²⁰⁾.

Este é o modelo jurídico novo e democrático — prudente e sob controle, como visto — de flexibilização (ou melhor, *adequação*) autorizado pela Constituição da República.

A Lei n. 9.601/98, entretanto, pareceu querer firmar marco distinto e mais extremado do processo flexibilizatório trabalhista no País. Pelo texto desse diploma normativo, a linha flexibilizatória deixa de preponderar pela simples adequação do caráter genérico das leis trabalhistas às circunstâncias e especificidades de segmentos do mercado de trabalho e setores produtivos e profissionais, por meio da negociação coletiva. Preferiu o novo diploma, ao revés, apontar na direção da franca e direta redução dos direitos laborais decorrentes da ordem jurídica. Passou-se a perceber na norma jurídica heterônoma estatal e na negociação coletiva instrumentos de pura e simples redução de direitos.

Essa inflexão no processo de modernização do Direito Individual do Trabalho, que fora sugerida e incentivada, desde anos atrás, pela Constituição da República tem sido identificada, por alguns críticos, pelo epíteto singelo, porém grave, de *precarização*: precarização de direitos trabalhistas e das condições básicas de pactuação da força de trabalho no mercado.

(20) Esse piso conferido pela ordem jurídica (patamar civilizatório mínimo) é dado pela Constituição da República, pelas normas de Tratados e Convenções Internacionais ratificados pelo Brasil e pela legislação heterônoma federal. A respeito do princípio da adequação setorial negociada e das possibilidades e limites que estabelece para a negociação coletiva sindical, ver o Capítulo V (“Princípios do Direito do Trabalho”) da obra deste autor, *Introdução ao Direito do Trabalho*, 3. ed. São Paulo: LTr, 2001. Também o Capítulo XXXIV deste Curso (“Princípios Especiais do Direito Coletivo do Trabalho”). Consultar ainda TEODORO, Maria Cecília Máximo. *O Princípio da Adequação Setorial Negociada no Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2007. Na presente edição deste Curso, em seu Capítulo XXXIV, supra citado (“Princípios Especiais do Direito Coletivo do Trabalho”), já se enfrentam os desafios trazidos pela recente reforma trabalhista no País — elaborada na mesma linha do ideário da década de 1990; tal reforma, como se sabe, foi implementada pela Lei n. 13.467/2017, vigente desde 11.11.2017.

O caminho normativo escolhido pela Lei n. 9.601/98 encontra, contudo, dificuldades de compatibilização ao texto constitucional vigente (conforme será examinado, a seguir, neste final de capítulo)⁽²¹⁾.

C) Lei n. 9.601/98 e Constituição da República — O modelo jurídico implementado pela Lei n. 9.601/98 apresenta significativas dificuldades de compatibilização com a Constituição da República. Algumas dessas dificuldades são globais, abrangendo o conjunto do novo modelo jurídico; outras são localizadas, incidindo sobre alguns dispositivos inseridos no novo diploma legal.

a) Incompatibilidades Globais — A primeira incompatibilidade derivaria do dispositivo genérico inserido no *caput* do art. 7º da Constituição de 1988 (“São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social...”). Por tal dispositivo, vê-se que a Constituição claramente incorpora, como preceito normativo, o *princípio da norma mais favorável* (dispõe a CF/88: *além de outros que visem à melhoria de sua condição social*).

O caráter informativo e normativo do princípio da norma mais favorável, com atuação na fase pré-jurídica de construção da norma legal (fase política, na qual se constroem as regras de Direito), e também na fase tipicamente jurídica, quando já construída a regra de Direito, foi, desse modo, enfaticamente incorporado pela Constituição. O Texto Máximo não autoriza ao legislador que elabore norma legal trabalhista que conspire contra os objetivos básicos do Direito do Trabalho (elevar as condições de pactuação da força de trabalho no mercado) e contra o essencial princípio da norma mais favorável (norma que melhor aperfeiçoe as condições de pactuação da força de trabalho no contexto social).

Nessa medida, a Lei n. 9.601/98, ao instituir o alargamento das possibilidades de contratação laborativa precária no tempo e, ademais, precária no tocante às vantagens trabalhistas asseguradas, arremessar-se-ia em flagrante contradição ao comando constitucional genérico analisado.

A segunda incompatibilidade derivaria do inciso I do mesmo art. 7º já referido. A Constituição prevê, como direito laboral, “*relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos*”. Não se desconhece que a jurisprudência pacificou que este dispositivo não assegura — até que seja regulamentado por lei complementar — qual-

(21) Para análise do processo flexibilizatório no Direito do Trabalho, com seus marcos mais amplos e aspectos específicos na ordem jurídica brasileira, consultar GONÇALVES, Antônio Fabrício de Matos. *Flexibilização Trabalhista*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. No presente Curso, examinar o Capítulo I, em seu item IX, intitulado “Temas Recorrentes: Flexibilização e Desregulamentação Trabalhistas”.

quer *garantia de emprego*⁽²²⁾. Entretanto, esta pacificação não retira do preceito constitucional a natureza de norma de eficácia contida, isto é, norma que produz, no plano da ordem jurídica, como se sabe, certo patamar, ainda que restrito, de repercussões jurídicas. Entre essas repercussões está a de manter como regra geral, no Direito brasileiro, o princípio da continuidade da relação de emprego e, por consequência, manter também com a qualidade de regra geral os contratos trabalhistas por tempo *indeterminado* (únicos que podem assegurar a concretização deste último princípio).

Ora, a Lei n. 9.601/98 retira o caráter de excepcionalidade das contratações a termo, *autorizando-as para qualquer atividade, circunstância ou empregador*, desde que negociada coletivamente a autorização e dirigidas as contratações a assegurar acréscimo no número de empregados.

Além disso, o novo diploma, ao alargar as hipóteses de pactuação do contrato a termo, praticamente inverte a equação jurídica anteriormente dominante, permitindo, em inúmeras situações, que o contrato a termo nela previsto se rivalize, em termos numéricos, com os contratos por tempo indeterminado. É que a Lei n. 9.601 autoriza 50% de contratações por prazo certo em *estabelecimentos* que tenham até 50 empregados vinculados a pactos indeterminados (observado o critério do art. 3º da Lei do Contrato Provisório). Note-se que a lei fala em *estabelecimento* (e não empresa), o que significa que quase toda agência bancária ou loja comercial do País poderá se enquadrar nos parâmetros flácidos da nova legislação.

b) Incompatibilidades Tópicas — Haveria incompatibilidades tópicas e localizadas, também, no novo diploma normativo em face do texto da Constituição. A mais notória de tais incompatibilidades tópicas é aquela que permite reduzir a obrigação trabalhista do FGTS a somente 2% da remuneração obreira (em contraponto aos 8% devidos nos demais contratos empregatícios: Lei n. 8.036/90).⁽²³⁾

É verdade que, paralelamente, à redução enfocada fixou a Lei n. 9.601/98 que o instrumento normativo instaurador do contrato de trabalho precário deveria estabelecer *obrigação de o empregador efetuar, sem prejuízo do disposto no inciso II deste artigo, depósitos mensais vinculados, a favor do empregado, em estabelecimento bancário, com periodicidade determinada de saque*. Esta correlata obrigação, sem dúvida, pode vir a compensar, quantitativamente, a perda financeira propiciada pela redução do percentual de recolhimento do Fundo de Garantia.

(22) Assim entendeu o Supremo Tribunal Federal (7 votos a 4), em setembro/97, ao julgar ação direta de inconstitucionalidade relativa à Convenção n. 158 da OIT.

(23) Conforme esclarecido (item III.5 deste Capítulo), esta redução do FGTS, desde janeiro de 2003, já não mais poderia ser feita.

Esclareça-se, de todo modo, que a incompatibilidade entre o preceito redutor do direito aos depósitos fundiários mensais (de 8% para 2%) e a Constituição da República não residiria na análise do art. 7º, III, CF/88: é que este dispositivo constitucional estabeleceu ser o FGTS direito dos empregados, mas não fixou seu percentual de cálculo — o que significa que a alíquota poderia, evidentemente, ser alterada por norma infraconstitucional.

Contudo, a incompatibilidade está em que a Constituição de 1988 não aceita discriminação entre indivíduos situados na mesma posição sociojurídica (art. 5º, *caput*: “*todos são iguais perante a lei...*”, além do inciso I do mesmo artigo: “*homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição*”). Não aceita a nova Constituição, especificamente, discriminação no ambiente laborativo (art. 7º, XXXII: *proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos*).

Nesta linha reflexiva, não poderia a lei fixar rol distinto de direitos trabalhistas (ou dimensão distinta de um mesmo direito) para empregados vinculados ao mesmo empregador, submetidos ambos a contrato trabalhista a prazo. O regime jurídico é o mesmo: empregatício; a modalidade contratual, a mesma: a termo. A distinção essencial está em que o contrato de trabalho precário pode ser pactuado em hipóteses mais amplas do que as fixadas na CLT — contudo, os direitos trabalhistas que decorrem dos dois pactos laborativos teriam de ser os mesmos.

De todo modo, caso o depósito bancário alternativo previsto no diploma negocial coletivo (conforme estipulado no parágrafo único do presente art. 2º) seja equivalente à diferença faltante de FGTS, pode-se considerar aplicável o instituto da compensação, nos moldes já acolhidos, em situações semelhantes, pela jurisprudência trabalhista (por exemplo, ver critério seguido pela antiga Súm. 145 e a vigente Súmula 202 do TST) — sanando a irregularidade neste específico aspecto.⁽²⁴⁾

(24) A respeito do tipo de pensamento econômico e jurídico que inspirou a Lei n. 9.601/98, de desvalorização do emprego e da pessoa humana que dele vive, consultar DELGADO, Mauricio Godinho. *Capitalismo, Trabalho e Emprego* — entre o paradigma da destruição e os caminhos de reconstrução. 3. ed. São Paulo: LTr, 2017 (a 1ª edição da obra é de 2006).

CONTRATO DE TRABALHO E CONTRATOS AFINS

I. INTRODUÇÃO

Há, no mundo sociojurídico, inúmeros contratos que têm como elemento central ou relevante de seu objeto a prestação de serviços por uma pessoa natural a outrem. O enfoque nesse elemento central permite a classificação de tais pactos em um grupo próprio e distintivo, o grupo dos *contratos de atividade*.

Contratos de Atividade — Em distintos segmentos do Direito há exemplos marcantes de contratos de atividade. No Direito Civil, as figuras contratuais da prestação de serviços (antiga locação de serviços), da empreitada e ainda do mandato; no Direito Agrário/Direito Civil, as variadas figuras de parceria agrícola e pecuária; no Direito Comercial clássico (ou Direito Empresarial), a figura da representação mercantil (aproximada, de certo modo, pelo novo Código Civil, ao *contrato de agência e distribuição*). No plano do Direito Civil e Comercial, em conjunto, pode-se ainda mencionar a figura contratual da sociedade. A área jurídica trabalhista apresentaria, ainda, contratos de atividade diferenciados entre si: o mais relevante é o contrato empregatício, embora se possa mencionar também o contrato de trabalho avulso.

Os *contratos de atividade* situam-se, pela semelhança do sujeito pessoa física e do objeto, em uma fronteira próxima à seara do contrato empregatício. Embora seja evidente que com ele não se confundem, guardando pelo menos uma ou algumas distinções essenciais, essa diferenciação nem sempre é claramente visível no cotidiano sociojurídico. A recorrência prática de tais situações fronteiriças torna prudente o exame comparativo de algumas dessas figuras contratuais similares⁽¹⁾.

É claro que, sendo a prestação de serviços pactuada efetivamente por pessoa jurídica, tais tipos de contrato irão se afastar, sumamente, da relação de emprego e, até mesmo, do próprio conceito de *relação de trabalho* — inerente à pessoa humana, como se sabe.

(1) Sobre o tema, consultar o excelente estudo “Contratos de Trabalho. Contratos Afins. Contratos de Atividade”, do Professor Manuel Cândido Rodrigues, In: BARROS, A. M. (Coord.). *Curso de Direito do Trabalho* — estudos em homenagem a Célio Goyatá. V. I, 3. ed. São Paulo: LTr, 1997, p. 426-462.

II. CONTRATO EMPREGATÍCIO E CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS

Prestação de serviços é o contrato mediante o qual uma (ou mais) pessoa(s) compromete(m)-se a realizar ou mandar realizar uma ou mais tarefas para outrem, sob a imediata direção do próprio prestador e mediante uma retribuição material especificada.

O contrato de prestação de serviços (*locação de serviços*, segundo o antigo CCB — art. 1.216 e seguintes) corresponde ao tipo legal previsto para a pactuação da grande maioria de relações de prestação *autônoma* de serviços que se conhece no mundo moderno (o novo CCB inclusive reverencia esse seu caráter generalizante: art. 593). Com raízes na antiga *locatio conductio operarum* romana, a figura expandiu-se no mundo atual, regendo distintas modalidades de *prestação de serviços*, quer efetuadas por pessoas naturais, quer por pessoas jurídicas. Anteriormente ao surgimento do Direito do Trabalho, consistia ainda no tipo legal em que a ordem jurídica buscava enquadrar a novel relação de emprego despontada na sociedade industrial recente.

O prestador autônomo de serviços é, em geral, um profissional no tocante às tarefas para as quais foi contratado. Nesse sentido, tende a ter razoável conhecimento técnico-profissional para cumprir suas tarefas de modo autossuficiente. Essa circunstância não reduz, porém, esse tipo de contrato apenas a profissionais especializados, uma vez que é viável a prestação autônoma de serviços por trabalhadores não qualificados (por exemplo, limpeza de um lote ou lavagem externa de trouxas de roupas). O fundamental é que, nesses casos de trabalhadores não qualificados, o rudimentar conhecimento do obreiro seja bastante para que ele cumpra seus singelos serviços contratados sob sua própria condução e análise — portanto, de modo autônomo.

A prestação de serviços pode ser pactuada com ou sem pessoalidade no que tange à figura do prestador laboral. Caso a infungibilidade da pessoa natural do prestador seja característica àquele contrato específico firmado, ele irá se posicionar mais proximamente à figura da relação de emprego. Pactuado sem pessoalidade, o contrato de locação de serviços distanciar-se-á bastante do pacto empregatício por acrescentar um segundo elemento essencial de diferenciação em contraponto ao tipo legal do art. 3º, *caput*, da CLT — a pessoalidade.

Contudo, a diferença essencial a afastar as duas figuras é a dicotomia autonomia *versus* subordinação. A prestação de serviços abrange, necessariamente, prestações laborais autônomas, ao passo que o contrato empregatício abrange, necessariamente, prestações laborais subordinadas.

As duas figuras, como se sabe, manifestam-se no tocante ao *modo* de prestação dos serviços e não no tocante à pessoa do trabalhador. *Autonomia laborativa consiste na preservação, pelo trabalhador, da direção cotidiana sobre sua prestação de serviços; subordinação laborativa, ao contrário, consiste na concentração, no tomador de serviços, da direção cotidiana sobre a prestação laboral efetuada pelo trabalhador.*

No plano concreto, nem sempre é muito clara a diferença entre autonomia e subordinação. É que dificilmente existe contrato de prestação de serviços em que o tomador não estabeleça um mínimo de diretrizes e avaliações básicas à prestação efetuada, embora não dirija nem fiscalize o cotidiano dessa prestação. Esse mínimo de diretrizes e avaliações básicas, que se manifestam principalmente no instante da pactuação e da entrega do serviço (embora possa haver uma ou outra conferência tópica ao longo da prestação realizada) não descaracteriza a autonomia. *Esta será incompatível, porém, com uma intensidade e repetição de ordens pelo tomador ao longo do cotidiano da prestação laboral. Havendo ordens cotidianas, pelo tomador, sobre o modo de concretização do trabalho pelo obreiro, desaparece a noção de autonomia, emergindo, ao revés, a noção e realidade da subordinação.*

Naturalmente que o conceito de subordinação (e, portanto, de autonomia) tem sofrido ajustes, adequações e aperfeiçoamentos ao longo do tempo, de modo a se compatibilizar com o dinamismo da vida econômica e social. Assim é que a doutrina e a jurisprudência trabalhistas têm alargado, em certa medida, o conceito de subordinação (e, desse modo, reduzido a amplitude da ideia de autonomia), estendendo o âmbito de incidência do Direito do Trabalho na prática concreta das relações sociais e econômicas. Evidência desse alargamento são as três dimensões destacadas no fenômeno subordinativo, quais sejam, a *tradicional* (ou clássica), a *objetiva* e a *estrutural*. O manejo desse novo arsenal de análise pode ampliar, sem dúvida, a esfera de enquadramento da relação de emprego e, portanto, de incidência do Direito do Trabalho.⁽²⁾

A Lei da Reforma Trabalhista inseriu, na CLT, o art. 442-B, no seguinte sentido: “*A contratação do autônomo, cumpridas por este todas as formalidades legais, com ou sem exclusividade, de forma contínua ou não, afasta a qualidade de empregado prevista no art. 3º desta Consolidação*”. O preceito, entretanto — conforme já exposto anteriormente neste Curso — refere-se ao *real e efetivo* autônomo, isto é, ao profissional que preserve consigo a plena direção sobre a sua prestação de serviços e não incorra em qualquer das diversas dimensões da subordinação jurídica. Se a contratação não elimina

(2) Para melhor exame dessas três dimensões do fenômeno subordinativo, consultar, neste Curso, em seu Capítulo IX — “Relação de Emprego — Caracterização” —, o item II.2.E, alínea “c”, sob o título “Dimensões da Subordinação: clássica, objetiva, estrutural”.

a convergência efetiva e real dos cinco elementos da relação empregatícia, traduzindo mero simulacro para encobrir esse tipo de relação socioeconômica e jurídica, ela não terá esse condão, prevalecendo, para todos os fins, o vínculo empregatício entre as partes.⁽³⁾

III. CONTRATO EMPREGATÍCIO E CONTRATO DE EMPREITADA

Empreitada é o contrato mediante o qual uma (ou mais) pessoa(s) compromete(m)-se a realizar ou mandar realizar uma obra certa e especificada para outrem, sob a imediata direção do próprio prestador, em contraponto a retribuição material predeterminada ou proporcional aos serviços concretizados.

A empreitada tem raízes na antiga *locatio conductio operis* romana, abrangendo as modalidades de contratação de prestação laboral autônoma que enfatizem como objeto a obra resultante do trabalho pactuado. A noção e realidade da obra contratada (*opus*), e não exatamente da prestação laboral em si, é o que distingue esse pacto de trabalho autônomo do contrato de locação de serviços.

Contrato também regulado pela lei comum (art. 1.237 e seguintes, CCB/1916; art. 610 e seguintes CCB/2002), a empreitada pode abranger apenas o fornecimento, pelo empreiteiro (pessoa física ou jurídica), do trabalho necessário à consecução da obra (*empreitada de labor*) ou o conjunto do trabalho e respectivo material.

Na empreitada, a figura contratual constrói-se vinculada à obra resultante do trabalho (*opus*), e não segundo o mero desenvolvimento de uma atividade. Em virtude dessa característica, a retribuição material ao trabalhador empreiteiro faz-se por um critério de concentração da unidade de obra (valor da obra produzida) e não por um critério de referência à unidade de tempo (tempo despendido).

As diferenças entre o contrato de empreitada e o contrato empregatício são marcantes. Em primeiro lugar, há a distinção quanto ao objeto do pacto: é que na empreitada enfatiza-se a obra concretizada pelo serviço, ao passo que, no contrato de emprego, emerge relativa indeterminação no que tange ao resultado mesmo do serviço contratado. Embora o empregado esteja vinculado a uma função (isto é, um conjunto orgânico e coordenado de tarefas), recebe distintas e intensas orientações ao longo da prestação laboral, que alteram o próprio resultado alcançado ao longo do tempo.

Essa diferença quanto ao objeto não é, contudo, essencial — embora seja comum e recorrente no cotidiano do mercado de trabalho. É que

(3) Maiores considerações sobre esse tipo de fraude, que não impede o pleno reconhecimento da relação de emprego, caso configurados os seus cinco elementos fático-jurídicos componentes, encontra-se no Capítulo X, item V (“Trabalho Autônomo”), deste Curso.

pode existir contrato empregatício cujo objeto seja a prestação de serviços vinculada a uma obra específica e determinada, efetuada, porém, com os elementos fático-jurídicos da relação de emprego (trabalho por pessoa física, com personalidade, não eventualidade, subordinação e onerosidade).

Em segundo lugar, surge o elemento diferenciador da personalidade. É comum que a empreitada seja pactuada sem cláusula de infungibilidade do prestador ao longo do contrato, substituindo-se esse prestador, reiteradamente, no transcorrer da concretização da obra. Caso não se evidencie a infungibilidade da pessoa física do empreiteiro, não se pode confundir a presente situação fático-jurídica com a relação de emprego, por falta do elemento personalidade.

Contudo, a diferenciação pela personalidade não é absoluta, dado que é viável a contratação de empreitada com pessoa natural em que a cláusula e a prática da personalidade sejam integrantes do contrato civil celebrado.

Nesse quadro, a diferença de caráter absoluto reside no binômio autonomia *versus* subordinação. Sendo autônoma a prestação contratada, isto é, preservando o empreiteiro a direção sobre a concretização cotidiana da obra pactuada, não se está perante o tipo legal do art. 3º, *caput*, da CLT, mas diante da figura civilista examinada. Realizando, contudo, o aparente empreiteiro a obra sob a incidência dos elementos fático-jurídicos da relação de emprego, inclusive com seus serviços cotidianamente dirigidos pelo tomador, passa a se tipificar como real empregado, descaracterizando-se o contrato civil.

Pequena Empreitada na CLT — A CLT faz referência a uma modalidade de empreitada. No art. 652, “a”, III, dispõe competir aos Magistrados das Varas de Trabalho (EC n. 24/99)⁽⁴⁾ “*conciliar e julgar (...) os dissídios resultantes de contratos de empreitadas em que o empreiteiro seja operário ou artífice*”. Dois problemas esse artigo suscita, um de natureza material, outro de natureza material/processual.

O primeiro problema, de caráter essencialmente material, diz respeito à tipificação de tal empreiteiro (ou de tal empreitada). A CLT utiliza-se de expressão dúbia: fala em “*empreiteiro operário*” (ora, se o trabalhador for

(4) O texto tradicional do art. 652, *caput*, da CLT se referia às Juntas de Conciliação e Julgamento. Com a EC n. 24/1999, que extinguiu a representação classista na Justiça do Trabalhista, a leitura correta a se realizar teria de ser “Compete aos Magistrados (Juiz Titular e Juiz Substituto, quando houver) das Varas de Trabalho ...”. A Lei n. 13.467/2017, ao atualizar a letra do texto do preceito legal, cometeu o erro técnico de explicitar, no *caput* do art. 652 da CLT, o seguinte: “Compete às Varas do Trabalho ...”. Ora, à Vara não compete julgar, e sim ao Juiz Titular ou Substituto que esteja atuando na Vara do Trabalho, no regular exercício da jurisdição. A leitura lógico-racional e sistemática do preceito lhe resgata, naturalmente, o sentido próprio.

operário, isto é, empregado, não será, em princípio, empreiteiro); o diploma trabalhista acopla, ainda, à primeira expressão citada uma disjuntiva: “*ou artífice*”. O que pretendeu a norma jurídica em exame, afinal?

Parece certo que a intenção da CLT (manifestada em linguagem tecnicamente imprópria, como tão recorrente a diversos textos celetistas) foi inquestionavelmente delimitar a figura da empreitada a ser trazida ao Juízo Trabalhista àqueles *contratos concernentes a pequenas obras, cujo montante não seja economicamente significativo e cuja realização se faça com o simples concurso do trabalhador empreiteiro*. A teor desta vertente interpretativa (dominante nos tribunais, a propósito), excluir-se-iam do tipo legal do art. 652, “a”, III, da CLT, as grandes obras contratadas por empreitada e, até mesmo, aquelas pequenas obras que se realizem com procedimentos empresariais, ao invés de mediante o simples labor pessoal do empreiteiro mesmo.

Tratando-se, pois, de contrato de empreitada realizado com o concurso de diversos trabalhadores, não se tipifica a figura objetivada pela CLT, que apenas quis franquear ao profissional simples os mecanismos mais singelos e econômicos de acesso ao Judiciário existentes no processo trabalhista.

O segundo problema, que transita entre a fronteira material e a processual, concerne aos efeitos do próprio texto celetista: serão eles estritamente processuais ou serão repercussões processuais e materiais, estendendo ao contrato de pequena empreitada todos os direitos empregatícios existentes e compatíveis?

A jurisprudência dominante tem se posicionado em direção à primeira vertente, enxergando no dispositivo legal efeitos meramente competenciais. De fato, o art. 652, em sua integralidade, fixa a competência dos Juízes do Trabalho, nas respectivas Varas (feita a adequação à EC n. 24, de 1999); reporta-se, em seu parágrafo único, à ordem preferencial de algumas lides que menciona. Portanto, é norma estritamente processual, situada, a propósito, no Título VIII da Consolidação, que trata da estrutura, composição, funcionamento e competência da Justiça do Trabalho, na seção que estabelece a “jurisdição e competência das Juntas” (*rectius*: Juízes). Neste quadro, torna-se difícil sustentar, portanto — ao menos se respeitado certo rigor técnico-jurídico —, que o referido preceito *processual* tenha também incorporado em seu comando a determinação de extensão de direitos trabalhistas ao contrato civil que menciona (abrangendo também, desse modo, norma de natureza material). A interpretação largamente extensiva, neste caso, estaria alterando a própria natureza da norma jurídica interpretada, lançando-lhe importante conteúdo (Direito Material), de caráter muito diverso daquele que lhe seria próprio (Direito Processual).

Com a EC 45/2004, ampliando a competência da Justiça do Trabalho para lides oriundas da *relação de trabalho* (art. 114, I, CF/88), confirmam-se os efeitos processuais já consolidados na cultura jurídica do País.

É evidente que a interpretação dominante não elimina a possibilidade fática de a relação civil pactuada encobrir real vínculo empregatício. Se a pequena empreitada for meramente simulatória, conferindo aparência civil à relação jurídica do tipo empregatício (inclusive com a subordinação do prestador de serviços e não sua autonomia perante o tomador), evidentemente que a matéria será trabalhista (por força da incidência dos arts. 2º e 3º, *caput*, da CLT — e não das regras processuais fixadoras de competência judicial).

IV. CONTRATO EMPREGATÍCIO E CONTRATO DE MANDATO

Mandato é o contrato mediante o qual uma pessoa “recebe de outrem poderes, para, em seu nome, praticar atos, ou administrar interesses” (art. 1.288, CCB/1916; na mesma direção o art. 653 do CCB/2002). A procuração é instrumento de exteriorização desse tipo de contrato.

Há autores que chegaram a perceber no mandato a própria natureza jurídica do contrato empregatício (por exemplo, *Troplong*)⁽⁵⁾. Nessa linha, o empregado seria mandatário, e o empregador, mandante.

Embora haja evidente exagero em tamanha assimilação de figuras, é também inquestionável que existem semelhanças tópicas entre as duas modalidades de contrato. De um lado, sabe-se que ambos são *contratos de atividade*; de outro lado, *parece* haver relativa subordinação do mandatário perante o mandante, já que aquele não pode extrapolar os poderes outorgados por este. Acresça-se a isso a circunstância de a representação — inerente ao mandato — poder também se verificar no contrato empregatício. Finalmente, aduza-se que a onerosidade, elemento atávico ao contrato de emprego, também pode comparecer ao contrato de mandato.

Entretanto, muito mais significativas do que as semelhanças são as diferenciações existentes entre o contrato de mandato e o de emprego. Em primeiro lugar, embora ambos sejam contratos de atividade, é sumamente distinta a natureza da atividade englobada pelos dois pactos: enquanto o mandatário realiza *atos jurídicos*, o empregado essencialmente pratica *atos materiais* (apenas os altos empregados é que tendem também a realizar, como parte do contrato empregatício, atos jurídicos em nome do empregador).

Em segundo lugar, a *subordinação* é elemento fático-jurídico essencial ao contrato de trabalho, ao passo que ela não é da essência do contrato de mandato. Na verdade, a relação mandante/mandatário é francamente dúbia, uma vez que, ao mesmo tempo em que o mandatário está jungido às fronteiras dos poderes lançados pelo mandante, este também fica comprometido com

(5) A respeito, NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 271-272.

o exercício de poderes concretamente realizado pelo mandatário. De todo modo, não parece próprio até mesmo falar-se em subordinação no mandato: o que ocorre, tecnicamente, é uma *especificação prévia de poderes*, e não exatamente subordinação. Efetivamente, ao contrário do que ocorre no contrato empregatício, o mandante, no pacto de mandato, não pode exercer uma sequência contínua e indeterminada de ordens sobre o mandatário: é que, ao lhe outorgar o mandato, o mandante já estabelece os limites máximos e mínimos de poderes transferidos, deixando ao mandatário a direção sobre o real exercício desses poderes.

Em terceiro lugar, a *representação* é nota característica indissociável do mandato, ao passo que é elemento meramente circunstancial no contrato empregatício. Nestes, ela tende a comparecer apenas nos contratos envolvendo a altos empregados, sendo estranha à larga massa de contratos de emprego que caracteriza o mercado de trabalho.

Em quarto lugar, a *onerosidade* é elemento fático-jurídico essencial ao contrato de trabalho, sem cuja presença esse tipo contratual sequer se forma no mundo sociojurídico. No mandato, ao contrário, a onerosidade surge como elemento circunstancial do pacto celebrado, não comparecendo em um largo universo de mandatos pactuados no contexto social.

Além de todas essas decisivas diferenças, cabe ainda se enfatizar que no mandato a *relação jurídica é tríplice* (mandante, mandatário e terceira pessoa), enquanto no contrato de trabalho é essencialmente *dúplice* a relação jurídica formada.

O mandato, por fim, é sempre revogável; a revogabilidade é-lhe inerente. Já o contrato empregatício tende à permanência (princípio da continuidade da relação de emprego), sendo que, às vezes, sequer pode ser extinto, validamente, pela só vontade do empregador (hipóteses de estabilidade e garantias de emprego).

V. CONTRATO EMPREGATÍCIO E CONTRATO DE PARCERIA RURAL

Parceria rural é o contrato mediante o qual uma ou mais pessoas comprometem-se a realizar ou mandar realizar uma ou mais tarefas agrícolas ou pecuárias, em área rural ou prédio rústico, para um tomador de serviços rural, sob a imediata direção do próprio prestador e mediante uma retribuição especificada. Segundo o antigo Código Civil, poderia a parceria rural ser *agrícola* ou *pecuária* (art. 1.410 e seguintes, CCB/1916). O Estatuto da Terra, regulando a matéria (Lei n. 4.504, de 1964), mencionou, ainda, as parcerias agroindustrial e extrativa (art. 92). Evidentemente que o pacto pode também

ser misto. Contudo, como bem ressaltado por *Lélia Carvalho Ribeiro*, pode-se considerar que as demais modalidades *da figura* são, essencialmente, espécies da parceria agrícola e pecuária.⁽⁶⁾

Na *parceria agrícola* o trabalhador recebe do tomador rural um imóvel rural ou prédio rústico para ser cultivado pelo obreiro ou sob sua ordem, dividindo-se os resultados do cultivo entre as partes, na proporção por elas fixada. Trata-se, desse modo, de modalidade de contrato societário, em que uma das partes comparece necessariamente com o trabalho principal da lavoura, enquanto a outra, com o imóvel em que será concretizado esse trabalho. O tipo contratual admite variações relativamente extensas, em que as partes repartem entre si os ônus da utilização de maquinário, implementos agrícolas e de outras necessidades ao cultivo pactuado. Filiando-se à modalidade de contratos de sociedade, a parceria agrícola não prevê remuneração periódica para o parceiro trabalhador, que recebe sua retribuição econômica calculada sobre o resultado final da colheita, sofrendo, portanto, inclusive os reveses eventualmente ocorridos no montante da safra.

Na *parceria rural* o trabalhador recebe do tomador rural um ou mais animais para, pessoalmente ou sob sua ordem, pastoreá-los, tratá-los e criá-los, dividindo-se os resultados do criatório entre as partes, na proporção por elas fixada.

Trata-se, como visto, também de tipo de contrato de sociedade, em que uma das partes comparece necessariamente com o trabalho principal da criação e pastoreio, enquanto a outra, com o lote de animais em que será desenvolvido esse trabalho. Esta espécie contratual, à semelhança da parceria agrícola, também admite variações relativamente extensas, em que as partes repartem entre si os ônus da oferta do imóvel rústico ou prédio rural em que será concretizada a parceria, assim como da utilização de maquinário, implementos agrícolas e de outras despesas correlatas.

O Código Civil de 1916 (art. 1.410 e seguintes) disciplinava a parceria rural, que recebeu, contudo, novo tratamento normativo na década de 1960. Destacam-se, em especial, o Estatuto da Terra (Lei n. 4.504/64, arts. 92 a 96), seu regulamento (Decreto n. 59.566/66) e Lei n. 4.947/66 (arts. 13 a 15). O CCB/2002 não tratou especificamente do referido instituto jurídico.

A situação econômico-social dos parceiros — em geral muito próxima à dos empregados — fez com que a Lei n. 5.889, de 1973 (Lei do Trabalho Rural), determinasse a aplicação das regras justralhistas a tal categoria, *no que fosse compatível* (art. 17). A jurisprudência, contudo, não tem retirado consequências largas desse preceito da Lei de Trabalho Rural.

(6) RIBEIRO, Lélia Guimarães Carvalho. A Parceria Rural. Belo Horizonte: RCJ, in: *Revista Ciência Jurídica*, ano XV, n. 97, janeiro-fevereiro de 2001, p. 44.

De todo modo, é evidente que o trabalhador parceiro que celebre contratos como verdadeiro empresário rural, também ele próprio arregimentando força de trabalho para cumprir suas obrigações de cultivo ou pastoreio nesse tipo de sociedade, não se enquadra no tipo legal objetivado pela norma extensiva do art. 17 da Lei de Trabalho Rural.

Ao lado da possibilidade de aplicação extensiva das normas trabalhistas ao trabalhador parceiro, *no que couber*, a jurisprudência tem sido rigorosa na aferição do efetivo contrato civil/agrário de parceria. Desse modo, despontando traços de um direcionamento acentuado do tomador sobre o efetivo cumprimento da parceria pelo obreiro, desfaz-se o envoltório agrário/civil formulado, enquadrando-se a relação jurídica como contrato empregatício rural típico (arts. 2º e 3º, *caput*, Lei n. 5.889/73).

As diferenciações principais que separam a parceria rural do contrato empregatício rural residem essencialmente na pessoalidade e na subordinação. Não é incomum uma parceria rural que seja cumprida sem pessoalidade no tocante à figura do prestador de serviços; não sendo infungível a pessoa do obreiro na pactuação e *prática* do contrato de parceria, não se pode considerar simulatório o pacto formado, não surgindo, desse modo, o contrato de emprego entre as partes.

A subordinação, porém, é o elemento definitivo de diferenciação. Mantendo-se com o trabalhador parceiro a direção cotidiana dos serviços de parceria contratados, surge clara a autonomia na prestação firmada, inexistindo contrato de emprego entre as partes. Contudo, caso o tomador produza repetidas ordens no contexto da execução da parceria, concretizando uma situação fático-jurídica de subordinação do trabalhador, esvai-se a tipicidade da figura civilista/agrária, surgindo a relação de emprego entre os sujeitos envolvidos (observados, evidentemente, os demais elementos fático-jurídicos da relação empregatícia).

VI. CONTRATO EMPREGATÍCIO E CONTRATO DE SOCIEDADE

Contrato de sociedade é o pacto mediante o qual duas ou mais pessoas “mutuamente se obrigam a combinar seus esforços ou recursos, para lograr fins comuns” (art. 1.363, CCB/1916). O novo Código Civil reserva para as *associações* os pactos de união de pessoas estruturados *para fins não econômicos* (art. 53, CCB/2002), deixando a expressão *sociedade* para pactos dirigidos *ao exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados* (art. 981). De todo modo, a expressão sociedade pode ser utilizada como gênero de contrato de união de pessoas visando fins econômicos ou não.

Esse tipo de pacto bilateral ou plurilateral dá origem a direitos e obrigações recíprocas entre os sócios, propiciando também o surgimento de um feixe de direitos e obrigações entre tais sócios e o ente societário surgido em face do negócio jurídico celebrado.

Há, evidentemente, pontos de aproximação entre o contrato empregatício e o contrato de sociedade. Tais pontos já foram inclusive acentuados por certos autores (*Chatelain, Villey*, entre outros) com o fito de apreender no contrato de sociedade a suposta natureza jurídica da relação de emprego e seu contrato propiciador⁽⁷⁾. O argumento construía-se no sentido de que, em ambos os pactos examinados, despontaria uma comunhão de esforços das partes contratuais em prol de um objetivo comum — o desenvolvimento das relações laborais e da empresa, em benefício de todos. A noção e realidade da colaboração (presente em qualquer dos dois tipos contratuais enfocados) assumiria o primeiro plano do cotejo comparativo entre as duas figuras sociojurídicas, justificando a assimilação do instituto empregatício ao modelo geral oriundo do Direito Comum.

Embora se possa compreender a relevância do aspecto colaborativo enfatizado por tal vertente doutrinária — aspecto que tende a se acentuar com a maior democratização das relações de trabalho —, é tecnicamente insustentável a confusão entre as duas figuras de contrato.

De fato, as distinções entre o contrato de sociedade e o contrato empregatício são substantivas. Em primeiro lugar, os sujeitos de um e outro contratos são distintos, com posição jurídica distinta. A contraposição de interesses jurídicos (veja-se a dualidade salário *versus* trabalho; ou a dualidade interrupção do contrato *versus* salário) é a marca central das obrigações decorrentes do contrato de trabalho, ao passo que a convergência de interesses jurídicos em função da ideia e realidade da sociedade é a marca central das obrigações decorrentes do contrato societário.

Em segundo lugar, há marcante diferença quanto ao objeto contratual. O objeto principal do contrato empregatício é a prestação de serviços por uma das partes subordinadamente à parte tomadora, em troca de contraprestação econômica. Já na sociedade o objeto principal do contrato é a *formação de determinada entidade*, com a conseqüente obtenção de resultados concretos em decorrência de seu surgimento e atuação (inclusive lucro, se for o caso). Além disso, nessa figura jurídica, relacionam-se os sócios em posição de igualdade ou disparidade entre si, conforme sua participação no capital social, porém sem que existam a noção e a realidade de subordinação entre eles.

(7) A respeito, consultar a obra deste autor, já referida, *Introdução ao Direito do Trabalho*, em seu Capítulo VIII (“Relação de Trabalho e Relação de Emprego”). Neste Curso, examinar o Capítulo IX, item IV.

Em terceiro lugar, na sociedade prepondera — e é essencial — o elemento especial da *affectio societatis*, que faz convergir os interesses dos sócios para o mesmo fim. No contrato de trabalho, embora existam a ideia e a realidade de certa confiança mínima entre as partes contratuais, não há, no relacionamento entre elas, o elemento subjetivo da *affectio societatis*; na verdade, pode prevalecer, até mesmo e sem prejuízo do tipo contratual empregatício, um frontal choque de interesses entre os sujeitos contratuais (como próprio aos períodos mais autocráticos de gestão trabalhista, por exemplo).

Em quarto lugar, os sócios participam, em conjunto, da formação da vontade social; essa confluência de vontades é parte integrante da ideia, estrutura e dinâmica próprias à figura societária. No contrato de trabalho, em vez disso, o poder de direção concentrado no empregador e a subordinação jurídica a que se sujeita o empregado levam, regra geral, a um recorrente unilateralismo na formação da vontade no contexto empregatício. Evidentemente que a democratização das relações de trabalho poderá atenuar, cada vez mais, essa dissincronia de vontades no âmbito da relação de emprego; mas tal atenuação não será apta a romper os limites básicos de poder firmados pela própria existência da propriedade desigual entre os sujeitos contratuais.

Em quinto lugar, os riscos do empreendimento, na figura societária, necessariamente recaem sobre os sócios, embora a legislação admita uma gradação variável na responsabilidade de cada um. No contrato de trabalho, ao invés, os riscos, como regra, não podem ser imputados ao empregado, admitindo a ordem justralhista apenas algumas poucas hipóteses de atenuação de sua regra geral.

A tudo isso pode se acrescentar, finalmente, nova distinção, vinculada à retribuição material dos sujeitos contratuais. Na sociedade, a retribuição dos sócios é incerta, aleatória, podendo jamais se concretizar. É o que se verificaria em entidades sem fins econômicos, por exemplo, ou em sociedades em constante situação de prejuízo.

Já na relação empregatícia é impensável a ocorrência desse tipo de repercussão jurídica. De fato, não há como pensar-se, juridicamente, em contrato empregatício sem um mínimo de retribuição material ao sujeito empregado, seja pelo fato de ser a onerosidade elemento fático-jurídico constitutivo da relação de emprego, seja pelo caráter *forfetário*⁽⁸⁾ do salário (que mantém a obrigação empresarial de pagamento da parcela mesmo em situação de insolvência da empresa).

(8) Neologismo oriundo da expressão francesa *à forfait*, presente, por exemplo, na obra de GOMES, Orlando e GOTTSCHALK, Elson: *Curso de Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro: Forense, 1972, p. 212-214. A respeito ver também PINTO, José Augusto Rodrigues. *Curso de Direito Individual do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1965, p. 278-279.

Registre-se que, mesmo com respeito ao empregador, será *remota* a ocorrência *efetiva* de pactuação de um contrato de trabalho sem um mínimo de real prestação laborativa em favor da empresa (embora neste caso, tecnicamente, isto seja possível: art. 4º, CLT).⁽⁹⁾

VII. CONTRATO EMPREGATÍCIO E CONTRATO DE REPRESENTAÇÃO COMERCIAL (E/OU CONTRATO DE AGÊNCIA E DISTRIBUIÇÃO)

Contrato de representação mercantil é o pacto pelo qual uma pessoa física ou jurídica se obriga a desempenhar, em caráter oneroso, não eventual e autônomo, em nome de uma ou mais pessoas, a mediação para realização de negócios mercantis, agenciando propostas ou pedidos para os transmitir aos representados, praticando ou não atos relacionados com a execução dos negócios⁽¹⁰⁾.

Regulado há mais de cinco décadas pela Lei n. 4.886/65, tal pacto recebeu repercussões normativas do novo Código Civil, no instante em que este regulou o *contrato de agência e distribuição* (arts. 710 a 721, CCB/2002). É que os dois contratos, na prática jurídica, tanto podem estar assimilados (especialmente as noções de *agência* e de *representação comercial*), como podem preservar distinção entre si, em consonância com o formato de sua operação concreta. De toda maneira, a normatização promovida pelo novo CCB não alterou a estrutura central da clássica *representação mercantil*, que continua a se reger, naquilo que permanecer compatível, pela antiga Lei n. 4.886 (art. 721, *in fine*, CCB/2002)⁽¹¹⁾.

(9) Entre as inúmeras peculiaridades da recente reforma trabalhista está a criação de um contrato empregatício em que pode se tornar possível — e até comum — a não ocorrência de qualquer prestação laborativa e/ou tempo de disponibilidade do empregado perante o seu empregador, com a não ocorrência de qualquer pagamento salarial — ao menos até pouco antes de se completar um ano. Trata-se da figura do *contrato de trabalho intermitente* (art. 443, *caput* e § 3º, CLT, c./c. art. 452-A, *caput* e §§ 1º até 9º, da Consolidação). De todo modo, a novel figura não escapa da incidência da norma contida no art. 7º, VII, da Constituição da República: “VII — garantia de salário, nunca inferior ao mínimo, para os que percebem remuneração variável”. Sobre esse novo contrato trabalhista, consultar, neste Curso, o Capítulo XVI (“Contrato de Trabalho — Modalidades”), item VI (“O Contrato de Trabalho Intermitente”). (10) Nesta linha o art. 1º da Lei n. 4.886, de 1965, a que se reporta a definição exposta. Ressalte-se que a Lei n. 4.886/65 sofreu nova redação, em diversos de seus dispositivos, com acréscimo inclusive de novos artigos, pela Lei n. 8.420, de 8.5.1992.

(11) O processualista civil e civilista Humberto Theodoro Júnior, por exemplo, reportando-se também ao comercialista Rubens Requião, sustenta que o nome jurídico *contrato de agência* corresponde à antiga denominação *contrato de representação comercial*. Porém, cuidadosamente, ressalva que o novo CCB não revogou as antigas Leis n. 4.886 e n. 8.420. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Do Contrato de Agência e Distribuição no Novo Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, in *Revista dos Tribunais*, ano 92, vol. 812, junho de 2003, p. 22-40.

Nos subitens 1 e 2, a seguir, serão tratadas, englobadamente, as figuras contratuais da representação comercial e da agência e distribuição, em face de sua aproximação jurídica.

1. Representação Comercial e/ou Agência e Distribuição: dinâmica jurídica

A) Caracterização — O representante comercial (ou o agente e distribuidor) não é tido como simples mandatário, uma vez que sua função não se restringe à prática de atos jurídicos conclusivos que comprometam o representado. Na verdade, ele próprio provoca a ocorrência dos atos jurídicos, dos quais pode em seguida participar. Nesse quadro, constitui parte nuclear de suas funções também tarefas envolventes a atos materiais concretos, como a divulgação, o convencimento em favor do negócio e outras condutas próprias à atividade mercantil. Por tais razões é que a doutrina o tem prevalentemente qualificado como um *colaborador jurídico* (em vez de um mero mandatário).

Deve ser esclarecido, ainda, que esse profissional não presta serviços mediante contrato de prestação de serviços, fazendo-o através de um contrato típico específico, regulado pela Lei n. 4.886, de 1965 (com alterações da Lei n. 8.420/92) e, mais recentemente, o CCB de 2002. De todo modo, as duas figuras tipificadas não poderiam ser efetivamente confundidas, dado que o objetivo do contrato de representação mercantil ou agência e distribuição — ao contrário do pacto de prestação de serviços — é o *resultado útil* do trabalho e não o serviço como um valor em si.

B) Remuneração — A retribuição material do agente ou distribuidor (ou representante mercantil) é estipulada à base de comissões. Essa modalidade de retribuição é a que melhor corresponde ao objetivo contratual, que se enfoca, como visto, no trabalho *útil*, e não no serviço, tomado como valor em si.

As comissões calculam-se, em geral, percentualmente ao montante dos negócios agenciados. À falta de ajuste expresso a seu respeito, as comissões serão fixadas conforme usos e costumes do lugar onde se cumprir o contrato.

É oportuno repisar-se que, segundo o modelo do contrato *autônomo* aqui analisado, as comissões não constituem retribuição pelo *trabalho* prestado, mas *contraprestação resultante da utilidade decorrente da mediação feita*. Elas somente serão devidas, em consequência, com a conclusão do negócio ou à proporção de sua efetuação pelo interessado. Devem, porém, ser quitadas com periodicidade máxima mensal, *salvo ajuste ao contrário* (art. 33, § 2º, Lei n. 4.886/65, com redação da Lei n. 8.420/92).

C) Rescisão Contratual — A ordem jurídica tipifica um rol de *motivos justos* para o representado rescindir o contrato: a) desídia do representante;

b) prática de atos que importem descrédito comercial do representado; c) descumprimento de obrigação; d) condenação definitiva por crime contra o patrimônio; e) força maior (art. 35, Lei n. 4.886/65).

Não serão devidos, em todos esses casos, indenização e aviso-prévio (parágrafo único do art. 40, Lei n. 4.886/65; art. 717, CCB/2002).

Da mesma maneira tipifica a ordem jurídica um rol de *motivos justos* para o representante comercial rescindir o respectivo contrato: a) redução da esfera de atividade do representante; b) quebra, direta ou indireta, da exclusividade prevista no contrato; c) fixação abusiva de preços na zona do representante, com o fito de lhe impossibilitar o regular exercício de seu mister; d) não pagamento de sua contraprestação na época devida; e) força maior (art. 36, Lei n. 4.886/65; art. 721, CCB/2002). Nesses casos, exceto a força maior (alínea “j” do art. 27, Lei n. 4.886), o representado pagará ao representante uma indenização e um aviso-prévio (art. 34 e parágrafo único do art. 40, Lei n. 4.886/65; art. 718, CCB/2002).

A verba indenizatória está fixada em montante não inferior a 1/12 do total da retribuição auferida durante o tempo em que exerceu a representação (art. 27, “j”, e parágrafo único do art. 40, Lei n. 4.886, com alterações da Lei n. 8.420/92). Já a figura do aviso-prévio equivalerá a 30 dias ou 1/3 das comissões dos últimos 3 meses — se o contrato for superior a 6 meses (art. 34, diploma citado). Tal prazo foi estendido a 90 dias pelo CCB/2002 (art. 720).

2. Representação Mercantil e/ou Agência e Distribuição versus Contrato Empregatício: contrapontos

O contrato ora examinado refere-se a uma relação jurídica não empregatícia, caracterizada pela autonomia do representante comercial ou agente e distribuidor perante o representado ou proponente. Portanto, a primeira diferença que afasta tal tipo legal mercantil do tipo legal dos arts. 2º e 3º, *caput*, e 442, *caput*, da CLT é o elemento *autonomia*, em contraponto ao elemento *subordinação* inerente ao contrato de trabalho. A relação mercantil/civil em análise é necessariamente autônoma, ao passo em que é necessariamente subordinada a relação trabalhista de emprego.

Ao lado da autonomia (importando, pois, na ausência de subordinação), o presente contrato civil/comercial tende também a se caracterizar pela impessoalidade da figura do representante ou agente, que pode agenciar os negócios através de prepostos por ele credenciados. Embora não seja um elemento atávico e imprescindível à figura da representação mercantil, é comum, na prática, a *fungibilidade* da figura pessoal do representante no cotidiano da representação comercial. É que o credenciamento de prepostos potencia, significativamente, a capacidade laborativa e de produção do representante, tornando-se quase um imperativo de lógica e sensatez nesse tipo de atividade.

De todo modo, não obstante essas duas importantes diferenciações, são também muito recorrentes, nessa área, casos de relações sociojurídicas turvas, imprecisas, cujos elementos fático-jurídicos constitutivos não transparecem com clareza em sua estrutura e dinâmica operacional. Nesses casos, a relação de trabalho, *lato sensu*, de representação mercantil ou agência e distribuição aproxima-se da relação de emprego, podendo com ela se confundir. Desfaz-se, em consequência, o envoltório civil/comercial que encobre a relação socioeconômica concreta, despontando o caráter empregatício do pacto efetivamente formado.

O operador jurídico, porém, em tais situações fronteiriças deve examinar, topicamente, os elementos que compõem a relação sociojurídica efetiva, para apreender se está diante de uma relação civil/comercial ou de uma meramente empregatícia. Trata-se, na verdade, de um exame da matéria fática, que deve ser efetivada a partir das provas trazidas a juízo e das presunções incidentes sobre o tema.

Duas grandes pesquisas sobrelevam-se nesse contexto: a pesquisa sobre a existência (ou não) da *personalidade* e a pesquisa sobre a existência (ou não) da *subordinação*.

Tipifica a *personalidade* a circunstância de a prestação do trabalho concretizar-se através de atos e condutas estritamente individuais do trabalhador mesmo. O prestador laboral não pode, em síntese, cumprir o contrato mediante interposta pessoa, devendo fazê-lo pessoalmente. No plano da subjetividade do prestador de serviços, prevalece, portanto, a regra da infungibilidade.

A fungibilidade do prestador laboral — afastando, inexoravelmente, a possibilidade de configuração da relação de emprego — desponta em situações nas quais o trabalhador contrata outros obreiros (ditos *prepostos*, na linguagem mercantil) para cumprimento concomitante da representação contratada. Nesse caso, o representante ou agente organiza-se como um *pequeno empresário*, cumprindo frações mais ou menos significativas do pacto efetivado através de agentes credenciados seus.

Inexistindo, porém, essa prática de delegação de funções entre o profissional e outros trabalhadores (por realizar o representante mercantil, pessoalmente, todas as funções decorrentes do contrato), não há como se desconhecer a presença da personalidade na relação socioeconômica formada.

A *subordinação*, por sua vez (ao menos em sua dimensão clássica), é elemento de mais difícil aferição no plano concreto desse tipo de relação entre as partes. Ela tipifica-se pela *intensidade*, *repetição* e *continuidade de ordens do tomador de serviços com respeito ao obreiro, em direção à forma de prestação dos serviços contratados*. Se houver continuidade, repetição e

intensidade de ordens do tomador de serviços com relação à maneira pela qual o trabalhador deve desempenhar suas funções, está-se diante da figura trabalhista do *vendedor empregado* (art. 2º e 3º, *caput*, CLT; Lei n. 3.207, de 1957). Inexistindo essa contínua, repetida e intensa ação do tomador sobre o obreiro, fica-se diante da figura regulada pela Lei Comercial n. 4.886/65 e Código Civil de 2002.

Naturalmente que, nesta específica relação socioeconômica e jurídica, de inegável caráter fronteiro, podem despontar com maior nitidez as dimensões objetiva e estrutural do fenômeno subordinativo. Nessa análise, o operador jurídico deverá manejar com sensatez, ponderação e equilíbrio o conjunto do instrumental analítico a respeito do fenômeno subordinativo, de maneira a melhor enquadrar os fatos nos sentidos dos modelos jurídicos em contraponto: de um lado, o modelo da CLT, absorvido e reverenciado pelo art. 7º, *caput* e incisos, da Constituição da República, e de outro lado, aquele regido pela Lei n. 4.886/65 e novo Código Civil.

Nesse quadro, existem certos traços concretos que tendem a caracterizar a subordinação, isto é, a concentração no tomador da direção central e cotidiana da prestação de serviços efetivada pelo obreiro. Em situações fronteiriças, quanto mais global for a reunião desses traços, mais inequívoca será a presença de uma relação de subordinação entre as partes. Despontando apenas um ou outro de tais traços, deverá o operador jurídico aferir, no *conjunto* dos demais elementos do vínculo sociojurídico existente, a *tendência preponderante* conferida à relação pactuada (seja a tendência pela subordinação, seja a tendência pela autonomia).

São estes os traços usualmente identificados, cuja convergência tende a configurar o nexu subordinante entre tomador e prestador laborativo: reporte *cotidiano* do trabalhador ao tomador de serviços, descrevendo o roteiro e tarefas desempenhadas; controle *cotidiano*, pelo tomador, das atividades desenvolvidas pelo obreiro; exigência estrita de cumprimento de *horário de trabalho*; existência de *sanções disciplinares*.

Ressalte-se, contudo, que há outros traços que, mesmo despontando no plano concreto, *não* têm a aptidão de traduzir, *necessariamente*, a existência de subordinação. É que são aspectos comuns quer ao contrato de representação mercantil ou agência e distribuição, quer ao contrato de vendedor empregado (CLT e Lei n. 3.207/57). São estes os traços fronteiros usualmente identificados: remuneração parcialmente fixa; cláusula de não concorrência; presença de diretivas e orientações *gerais* do representado ao representante; presença de planos específicos de atividades em função de certo produto.

Finalmente, é oportuno ponderar-se sobre uma dualidade curiosa: é que não obstante a *exigência de horário* conduzir à conclusão de existência

de relação de emprego entre as partes, isso não significa que a ausência de horário prefixado e controlado elimine a possibilidade fática de ocorrência de relação de emprego. É que, afinal, a lei trabalhista prevê, expressamente, a figura do empregado vendedor externo, não submetido a qualquer controle de jornada laborativa (art. 62, I, CLT).

Caso desconstituído o envoltório civil/comercial da relação socioeconômica formada entre as partes, tipificando-se a relação de emprego, afasta-se, em consequência, a incidência das normas da legislação específica (Leis ns. 4.886/65 e 8.420/92 e CCB/2002, se for o caso), aplicando-se aos contratantes as normas juslaborais próprias aos empregados vendedores viajantes ou praticistas (Lei n. 3.207/57 e arts. 62, I, e 466, CLT) e demais regras gerais justralhistas.

3. Empregado Vendedor: regras próprias

O *empregado* vendedor tem sua situação jurídica regulada por diploma trabalhista especial (Lei n. 3.207, de 1957). Além desse diploma normativo, recebe incidência de outros preceitos celetistas, reguladores da modalidade preponderante de sua remuneração, o comissionamento (arts. 457, 478, § 4º, 142, § 3º e 466 da CLT). Caso exerça labor externo, não submetido a controle de horário, sofre efeitos ainda do disposto no art. 62 da CLT.

Ao empregado vendedor não se aplica, como já visto, a Lei Comercial n. 4.886, de 1965, nem os artigos 710 a 721 do CCB/2002.

Os problemas principais regulados por essas normas jurídicas *trabalhistas* especiais dizem respeito à remuneração por comissões; à data regular para pagamento da comissão devida; à presunção de data de ultimação da transação; à distribuição do risco relativo ao negócio referenciado pela comissão; ao trabalho de inspeção e fiscalização pelo vendedor; à exclusividade da zona de labor; à viabilidade (ou não) do estabelecimento da cláusula *star del credere* no contrato de trabalho respectivo⁽¹²⁾.

A) Comissões — estrutura e dinâmica jurídicas — A modalidade de pagamento salarial por meio de comissões é usualmente utilizada no cotidiano dos profissionais vendedores, sejam os que laboram no próprio estabelecimento (como padronizado no comércio urbano), sejam os que laboram externamente à planta empresarial (caso dos vendedores viajantes, por exemplo).

O sistema comissionado pode, licitamente, corresponder ao mecanismo exclusivo de remuneração contratual (“comissionamento puro”) ou associar-se a uma parcela salarial fixa (“comissionamento misto”).

(12) A respeito da presente figura de empregado, consultar CARDONE, Marly A. *Viajantes e Praticistas no Direito do Trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 1998.

a) *Conceito e Natureza* — As comissões consistem em *parcelas contraprestativas pagas pelo empregador ao empregado em decorrência de uma produção alcançada pelo obreiro no contexto do contrato, calculando-se variavelmente em contrapartida a essa produção*.

Têm elas evidente natureza jurídica de salário, já que retribuem o empregado pela existência do contrato, embora proporcionalmente ao resultado alcançado na concretização de seu trabalho. A doutrina, contudo, diverge no tocante à modalidade de parcela salarial que elas configuram.

Duas são as principais posições existentes a respeito. A primeira classifica as comissões como *tipo salarial por unidade de obra*. A segunda posição entende que as comissões consubstanciam *modalidade de percentagens*.

A primeira vertente (salário por unidade de obra) é a que melhor se harmoniza ao real sentido e dinâmica do instituto. De fato, não obstante a comissão seja calculada, regra geral, à base percentual sobre o valor do negócio concretizado pelo obreiro, nada obsta que ela seja calculada também à base de uma tabela diferenciada de valores fixos, e não percentuais. Contudo, o seu caráter de verba aferida segundo o montante produzido pelo trabalhador (salário produção, portanto) permanece como uma constante em sua estruturação e funcionamento concretos.

b) *Dinâmica Comissional* — O empregado comissionista puro não sofre segregação no tocante a outras verbas salariais (repouso semanal remunerado e horas extras, por exemplo): apenas possui fórmula de cálculo dessas verbas compatível com a especificidade da dinâmica da figura da comissão.

Assim, no caso do repouso semanal (Súmula 27, TST), o cálculo faz-se na forma da Lei n. 605/49: o montante do reflexo corresponderá ao quociente da divisão por seis da importância total das comissões percebidas na semana (art. 7º, alíneas “c” e “d”, Lei n. 605/49). No caso das horas extras, o cálculo faz-se pela aplicação do respectivo adicional de sobrejornada sobre o valor das comissões referentes a essas horas (Súmula 340, TST).

Sendo a comissão salário, sujeita-se à regra da irredutibilidade, “salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo” (art. 7º, VI, CF/88). Evidentemente, a irredutibilidade aqui se ajusta ao caráter variável da parcela salarial. Isso significa que o empregador não poderá diminuir o parâmetro de cálculo das comissões. Caso ele altere esse parâmetro, terá que garantir que a média apurada final não traduza efetiva redução dos ganhos salariais obreiros (assegurando, como remuneração mínima, salário equivalente à *média dos 12 últimos meses laborados* — § 2º do art. 2º, Lei n. 3.207).

As comissões se sujeitam também à regra da integração ao conjunto salarial obreiro. Desse modo, elas produzirão reflexos sobre quaisquer

parcelas que se computem com suporte no parâmetro salarial. Assim, irão repercutir, consideradas em sua média, em verbas de FGTS, férias com 1/3, 13º salário, repouso semanal remunerado e recolhimentos previdenciários.

É a comissão, como visto, modalidade de *salário variável*. Por essa razão ela se sujeita à regra protetiva fixada tanto pelo art. 78 da CLT, como pelo art. 7º, VII, da CF/88: garantia de salário nunca inferior ao mínimo aplicável para qualquer empregado comissionista. *Mínimo mensal*, esclareça-se, conforme claramente se infere do art. 7º, VII, c./c. art. 7º, IV (conceito de salário mínimo especificado na mesma Constituição).⁽¹³⁾

B) Pagamento da Comissão — Regra geral, o pagamento da comissão ao vendedor deve ser efetivado mensalmente (*caput* do art. 4º da Lei n. 3.207).

Contudo, autoriza a Lei n. 3.207/57 que, mediante acordo meramente bilateral, proceda-se a esse pagamento até três meses após a aceitação do negócio (parágrafo único do art. 4º). Como se vê, surge aqui destacada exceção à regra celetista de pagamento salarial no lapso temporal máximo de um mês (art. 459, *caput*, CLT).

Nas vendas a prazo, o pagamento das comissões pode ser efetuado proporcionalmente às ordens de recebimento das prestações devidas pelo adquirente (art. 5º) — observados os lapsos temporais básicos do mês ou trimestre, conforme estipulado pelo art. 4º da Lei dos Vendedores Comissionistas.

Ressalte-se que, mesmo no caso de cessação do contrato empregatício, por qualquer fundamento, ou de não consumação do negócio por ato ou omissão do empregador, preserva-se o direito obreiro às comissões relativas às vendas já ultimadas, por se tratar de trabalho já concretizado (art. 6º, Lei n. 3.207). A partir dessa regra, pode-se concluir que o negócio efetivamente agenciado pelo vendedor e não aceito no prazo — mas posteriormente realizado — tende a gerar o direito à comissão ao vendedor que pactuou a venda.

C) Ultimação do Negócio — data presumida — A CLT estipula que o “*pagamento de comissões e percentagens só é exigível depois de ultimada a transação a que se referem*” (art. 466, *caput*, CLT). Quer isso dizer que a

(13) Embora as leis do salário mínimo se refiram, naturalmente, ao salário mínimo mensal, diário e horário, elas assim o fazem para fins de cálculo de parcelas contratuais e legais, no que for pertinente. Contudo, é óbvio que a garantia inculpada no art. 7º, VII, da Constituição (“garantia de salário, nunca inferior ao mínimo, para os que percebem remuneração variável”) se reporta ao conceito de *salário mínimo mensal* (art. 7º, IV), por ser este o único que pode concretizar os objetivos expressamente fixados no próprio art. 7º da Constituição de 1988: “IV — salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, *capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social*, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada a sua vinculação para qualquer fim”. (grifos acrescidos).

comissão é devida em função da *ultimção do negócio* e não em vista de sua efetiva liquidação. Por essa razão é que se torna relevante determinar-se a data de ultimção do negócio agenciado pelo vendedor comissionista.

Apresentada, pelo empregado vendedor comissionista, ao cliente, a proposta da empresa empregadora, ela obriga o empregador proponente, regra geral (art. 427, Código Civil). Sendo aceita pelo cliente, passa-se à ultimção do negócio, que pode se verificar por meio de operação imediata e simples (tal como a compra e venda de produtos no comércio varejista praticista, de maneira geral). Neste ato, está ultimado o negócio.

Faculta a Lei do Vendedor Comissionista, entretanto — certamente visando operações mais complexas de compra e venda do que as verificadas no dia a dia do varejo —, que o empregador tenha certo prazo (10 dias, regra geral; 90 dias, em face de cliente situado em outro Estado ou no exterior) para recusar por escrito o fechamento do negócio (prazo certamente estendido pela lei para viabilizar a análise de cadastro ou outros aspectos inerentes a tal tipo de operação). Não pode, é claro, o empregador regatear sua própria proposta já apresentada e aceita pelo cliente, podendo, entretanto, examinar o cadastro econômico-financeiro do cliente, se for o caso, ou algo similar. Ultrapassado esse prazo, considera-se ultimado negócio (repita-se que, regra geral, esse prazo desaparece, do ponto de vista prático, uma vez que tal análise do cadastro do cliente faz-se no próprio instante de exame e aceitação da proposta).

Nessa direção é que dispõe o art. 3º da Lei n. 3.207/57: a “transação será considerada aceita se o empregador não a recusar por escrito, dentro de 10 (dez) dias, contados da data da proposta” (art. 3º, *ab initio*). No tocante a operações distantes, como visto, tal prazo é estendido pelo art. 3º da Lei n. 3.207: “Em se tratando de transação a ser concluída com comerciante ou empresa estabelecida noutro Estado ou no estrangeiro, o prazo para aceitação ou recusa da proposta de venda será de 90 (noventa) dias”. Completa a lei, ainda, que este último prazo pode “ser prorrogado, por tempo determinado, mediante comunicação escrita feita ao empregado” (art. 3º, *in fine*, Lei n. 3.207/57).

D) Risco Concernente às Vendas — O princípio justrabalhista da alteridade coloca, como se sabe, os riscos concernentes aos negócios efetuados em nome do empregador sob ônus deste (art. 2º, *caput*, CLT).

A Lei n. 3.207 atenua, porém, essa regra geral. É que o art. 7º do diploma estabelece que, “verificada a insolvência do comprador, cabe ao empregador o direito de estornar a comissão que houver pago”.

Esse preceito, que reduz vantagem obreira clássica, deve ser, entretanto, interpretado estritamente: desse modo, somente a *insolvência* do adquirente — e não seu mero inadimplemento — é que autoriza o estorno mencionado pela lei especial.

E) Inspeção e Fiscalização pelo Vendedor — A atividade profissional definidora do vendedor empregado é a *intermediação com o objetivo da mercancia*; para isso ele foi, em princípio, contratado e é regularmente remunerado. Em consequência, a atividade de cobrança, por exemplo, não é função tida como *inerente* a essa espécie de contrato empregatício.

Por essa razão estipula a Lei do Vendedor Comissionista um adicional específico pelo exercício de função suplementar à de simples intermediação para mercancia. Determina o art. 8º do referido diploma que quando “... for prestado serviço de inspeção e fiscalização pelo empregado vendedor, ficará a empresa vendedora obrigada ao pagamento adicional de 1/10 (um décimo) da remuneração atribuída ao mesmo”.

F) Exclusividade de Zona de Trabalho — A exclusividade de área de atuação profissional não é imperativa no conjunto das regras sobre a categoria do vendedor empregado, mas apenas uma vantagem adicional que pode ser prevista pelo contrato. Entretanto, se estipulada a vantagem, a esse vendedor empregado serão devidas todas as comissões sobre vendas efetuadas na correspondente zona, sejam as ultimadas diretamente por ele, sejam as ultimadas diretamente pela empresa ou outro seu representante ou preposto (art. 2º, Lei n. 3.207/57).

Autoriza a lei que o empregador amplie ou reduza a zona de trabalho do vendedor. Nesses casos, porém, deve respeitar a irredutibilidade da correspondente remuneração obreira (art. 2º, § 1º).

Autoriza ainda a lei a transferência unilateral de zona de trabalho do vendedor, mesmo “com redução de vantagens”: nesse caso, contudo, deverá ser assegurado ao vendedor, “como mínimo de remuneração, um salário correspondente à média dos 12 (doze) últimos meses, anteriores à transferência” (§ 2º do art. 2º da Lei n. 3.207/57).

G) Cláusula “*Star del Credere*” — Esta cláusula teria o condão de tornar o trabalhador solidariamente responsável pela solvabilidade e pontualidade daqueles com quem pactuar por conta do empregador. Noutras palavras, autoriza a cláusula examinada a divisão dos riscos concernentes aos negócios ultimados. Em decorrência da cláusula *star del credere*, pagaria o empregador uma sobrecomissão ao vendedor (ou uma comissão especial, suplementar), assegurando-se, em contrapartida, de que este iria lhe ressarcir uma percentagem sobre o montante da venda não cumprida.

A ordem justralhista é silente acerca da aplicabilidade de semelhante cláusula ao Direito do Trabalho e, em especial, ao vendedor comissionista empregado.

O silêncio da CLT e da Lei n. 3.207/57 é, contudo, inquestionavelmente, eloquente. *Ele está a sugerir a inviabilidade de se incorporar tal cláusula*

de acentuado risco, que pode envolver expressivos valores, no interior do contrato empregatício — por conspirar essa incorporação contra as garantias básicas da prestação alimentícia salarial e o estuário normativo e de princípios inerente ao núcleo definidor essencial do Direito do Trabalho.

Na verdade, o máximo possível de assunção de riscos pelo vendedor empregado já foi absorvido pela legislação especial da categoria, por meio da autorização de estorno das comissões pagas em caso de insolvência do comprador (art. 7º, Lei n. 3.207). Caminhar-se além de tais fronteiras importaria ou na descaracterização completa do ramo trabalhista especializado ou na assunção de que a figura de trabalhador aqui examinada não se confunde com a do empregado, assimilando-se melhor a um profissional autônomo, gerenciador da sorte e dos riscos de seu empreendimento pessoal.

Não obstante, já houve posições doutrinárias em sentido contrário. Sustentava-se que poderia ser válida essa inserção da cláusula *star del credere* no contrato empregatício, desde que efetuada expressamente e acompanhada ainda de uma autorização expressa de realização de descontos no salário obreiro vendedor, sob alegação de dano (art. 462, § 1º) — forma de se evitar a vedação genérica a descontos, inserta no *caput* do art. 462 da CLT⁽¹⁴⁾.

Tal posição doutrinária, contudo, não recebeu, ao longo dos anos, resposta positiva da jurisprudência trabalhista hegemônica. Após 1992, com o surgimento da Lei n. 8.420 (que deu nova redação à antiga Lei dos Representantes Comerciais Autônomos, n. 4.886/65), proibindo expressamente a cláusula *star del credere* mesmo em contratos referentes àqueles profissionais autônomos (art. 43, Lei n. 4.886, após redação da Lei n. 8.420/92), deixou de existir, efetivamente, qualquer mínima viabilidade jurídica à incorporação de tal dispositivo em contratos empregatícios. Se a cláusula é vedada até para o profissional autônomo — que pode assumir, em geral, certos riscos concernentes a seu trabalho — muito mais inassimilável será para os contratos empregatícios (onde o empregado não pode, por definição, assumir semelhantes riscos).⁽¹⁵⁾

(14) Nesta última direção, MARANHÃO, Délio. *Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1987, p. 177.

(15) O novo Código Civil, ao regular o contrato de agência e distribuição, não alterou a vedação à referida cláusula no pacto autônomo que normatiza (arts. 710 a 721).

CAPÍTULO XIX

EFEITOS DOS CONTRATOS DE TRABALHO: PRÓPRIOS E CONEXOS. AS INDENIZAÇÕES POR DANOS MORAIS E MATERIAIS NO ÂMBITO TRABALHISTA DOS DANOS EXTRAPATRIMONIAIS NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

I. INTRODUÇÃO

O contrato de trabalho é ato jurídico de conteúdo complexo, hábil a provocar larga multiplicidade de direitos e obrigações entre as partes pactuantes. Há efeitos obrigacionais incidentes sobre a figura do empregador, assim como incidentes sobre a figura do empregado.

Os efeitos resultantes do contrato de trabalho podem ser *classificados* em duas grandes modalidades, segundo sua vinculação mais ou menos direta ao conteúdo contratual trabalhista: *efeitos próprios* ao contrato e *efeitos conexos* ao contrato de trabalho.

Próprios são os efeitos inerentes ao contrato empregatício, por decorrerem de sua natureza, de seu objeto e do conjunto natural e recorrente das cláusulas contratuais trabalhistas. São repercussões obrigacionais inevitáveis à estrutura e dinâmica do contrato empregatício ou que, ajustadas pelas partes, não se afastam do conjunto básico do conteúdo do contrato. As mais importantes são, respectivamente, a obrigação de o empregador pagar parcelas salariais e a obrigação de o empregado prestar serviços ou colocar-se profissionalmente à disposição do empregador.

Conexos são os efeitos resultantes do contrato empregatício que não decorrem de sua natureza, de seu objeto e do conjunto natural e recorrente das cláusulas contratuais trabalhistas, mas que, por razões de acessoriedade ou conexão, acoplam-se ao contrato de trabalho. Trata-se, pois, de efeitos que não têm natureza trabalhista, mas que se submetem à estrutura e dinâmica do contrato de trabalho, por terem surgido em função ou em vinculação a ele.

São exemplos significativos desses efeitos conexos os direitos intelectuais devidos ao empregado que produza invenção ou outra obra intelectual no curso do contrato e não prevista no objeto contratual. Também ilustram tais efeitos conexos as indenizações por dano moral e por dano material.

As indenizações por danos morais, inclusive estéticos, e por danos materiais tornaram-se um dos efeitos conexos ao contrato de trabalho mais relevantes nas últimas décadas do cotidiano trabalhista, a partir de seu reconhecimento pela Constituição de 1988. Elas serão examinadas neste

Capítulo, no item IV (“*Efeitos Conexos: Indenizações por Danos Morais e Materiais Sofridos pelo Empregado*”) e também no item V (“*Efeitos Conexos: O Universo da Personalidade do Trabalhador e a Tutela Jurídica Existente*”).

Com o advento da reforma trabalhista implementada pela Lei n. 13.467/2017, o assunto passou a ser tratado sob o epíteto de *reparações por danos extrapatrimoniais* (sem prejuízo das indenizações por danos materiais), mediante a inserção do novo Título II-A na CLT (“Do Dano Extrapatrimonial”), integrado pelos arts. 223-A até 223-G. As novas regras trazidas pela Lei da Reforma Trabalhista serão já consideradas ao longo de todo o presente Capítulo XIX, no que for pertinente, além de serem especificamente estudadas no novo item VI deste mesmo capítulo (“*VI. Reforma Trabalhista: Danos Extrapatrimoniais nas Relações de Trabalho*”).⁽¹⁾

II. EFEITOS CONTRATUAIS PRÓPRIOS

Os efeitos contratuais próprios abarcam obrigações dos dois sujeitos trabalhistas: empregador e empregado.

Desdobram-se em obrigações de dar, fazer e não fazer distribuídas entre os dois agentes da relação de emprego.

1. Obrigações do Empregador

Os principais efeitos próprios ao contrato empregatício, que ficam sob responsabilidade do empregador, consubstanciam-se, essencialmente, em *obrigações de dar*, isto é, obrigações de pagamento. São manifestações desse conjunto de obrigações de dar o pagamento das verbas salariais e das outras diversas parcelas econômicas decorrentes do contrato (ainda que verbas trabalhistas sem natureza salarial, como o vale-transporte, o FGTS e outras).

O contrato origina, porém, certas *obrigações de fazer*, a serem adimplidas pelo empregador. A assinatura de CTPS e a emissão do documento CAT (Comunicação de Acidente de Trabalho) em situação de infortúnio do trabalho são exemplos desse tipo de efeito resultante do contrato empregatício.

2. Obrigações do Empregado

Já os principais efeitos próprios ao contrato empregatício, que ficam sob responsabilidade do obreiro, consubstanciam-se, essencialmente, em

(1) A MPr. n. 808, em seu curto período de vigência (de 14.11.2017 até 23.4.2018), inseriu mudanças nas regras recém-introduzidas na CLT por meio do novo Título II-A e seus arts. 223-A a 223-G. Porém, não tendo sido a MPr. convertida em lei, nem explicitamente rejeitada pelo Parlamento, ela perdeu efeitos após 23 de abril, voltando a prevalecer o texto original imposto pela Lei n. 13.467/2017.

obrigações de fazer, isto é, obrigações de conduta. A principal manifestação desse conjunto de obrigações de fazer é, como visto, a prestação de serviços efetuada pelo obreiro.

Ao lado dessa principal obrigação, surgem diversas outras obrigações de conduta que se associam à própria prestação de serviços. Assim ocorre com o comportamento de boa-fé, diligência e assiduidade na execução laboral. Do mesmo modo, a conduta de fidelidade quanto aos segredos da empresa.

Há obrigações de conduta consubstanciadas em omissões (isto é, obrigações de não fazer). É o que se passa com a obrigação de abstenção de concorrência com as atividades do empregador, se tal for da essência da atividade contratada ou cláusula expressa ou tácita do contrato.

Na verdade, o caráter fiduciário do contrato empregatício termina por resultar em distintas obrigações de conduta (fazer e não fazer) incidentes sobre o trabalhador, como instrumento para observância da fidúcia inerente ao contrato.

O pacto empregatício pode originar, porém, certas obrigações de dar a serem adimplidas pelo empregado. A devolução dos instrumentos de trabalho ao final do expediente (ou do contrato) é uma dessas possibilidades propiciadas pelo cotidiano justralhista.

3. Poder Empregatício como Efeito do Contrato

Importante efeito próprio do contrato de trabalho é o *poder empregatício*. Em qualquer de suas manifestações concretas (diretiva, regulamentar, fiscalizatória e disciplinar), esse poder inquestionavelmente inscreve-se como um dos efeitos mais relevantes inerentes ao contrato de trabalho.

De maneira geral, o poder empregatício consubstancia um conjunto de prerrogativas colocadas à disposição do empregador para direcionamento concreto e efetivo da prestação de serviços pactuada. Tal poder, portanto, como regra, incide em benefício do empregador, atribuindo ao obreiro a obrigação de uma conduta de acatamento das ordens *lícitas* decorrentes do exercício de tal poder.

A análise do poder empregatício — por sua larga abrangência — deverá, porém, ser objeto de capítulo próprio, no contexto do presente Curso: Capítulo XX — “O Poder no Contrato de Trabalho — *diretivo, regulamentar, fiscalizatório, disciplinar*”.

III. EFEITOS CONEXOS: DIREITOS INTELECTUAIS

Direitos intelectuais — ou direitos derivados da propriedade intelectual — são os que se relacionam à autoria e utilização de obra decorrente da

produção mental da pessoa. São *vantagens jurídicas concernentes aos interesses morais e materiais resultantes de qualquer produção científica, literária ou artística*.

Tais direitos — em especial os chamados *direitos do autor* — são, hoje, universalmente consagrados. Constam, inclusive, da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10.12.1948: “Todo homem tem direito à proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de qualquer produção científica, literária ou artística da qual seja autor” (art. 27. 2). No Brasil, a Constituição de 1988 também incorporou tal consagração, estabelecendo diversas normas e princípios convergentes sobre o assunto (art. 5º, XXVII, XXVIII e XXIX, CF/88).

1. Direitos Intelectuais: modalidades e natureza

Os direitos intelectuais podem ser desdobrados em alguns tipos específicos, cuja regência é regulada por textos normativos próprios. Nesse conjunto, citem-se os direitos do autor, os direitos da propriedade industrial e, finalmente, os direitos relativos à criação e utilização de *software* (programas de computação).

Os *direitos do autor* são referidos pelo art. 5º, incisos XXVII e XXVIII da Constituição de 1988, regendo-se também pela antiga Lei n. 5.988/73 e, hoje, pela nova Lei de Direitos Autorais (Lei n. 9.610, de 19.2.1998).

Os *direitos da propriedade industrial* estão englobados no art. 5º, XXIX, do Texto Máximo de 1988, regulando-se também pelo antigo Código de Propriedade Industrial (Lei n. 5.772, de 1971) e, a contar de maio de 1997, pela nova Lei de Patentes (n. 9.279/96).

Finalmente os *direitos intelectuais relativos à criação e utilização de “software”*, que se englobam nos dispositivos constitucionais acima citados, regiam-se pela antiga Lei n. 7.646, de 1987; atualmente são regulados pela Lei n. 9.609, de 19.2.1998.

Natureza Jurídica — As parcelas com natureza de direito intelectual podem ser devidas pelo empregador ao obreiro no contexto do contrato empregatício. Contudo, preservam, regra geral, natureza jurídica própria, distinta da salarial. É que elas derivam de direito específico adquirido pelo trabalhador ao longo do contrato, com estrutura, dinâmica e fundamento jurídicos próprios.

Pode ocorrer, até mesmo, que o próprio título jurídico ensejador do direito intelectual não seja o contrato de trabalho, mas um contrato paralelo ao pacto empregatício original.

Em qualquer dessas hipóteses, porém, tais parcelas não se comunicam com o salário obreiro, preservando natureza jurídica específica e distinta.

2. *Direitos da Propriedade Industrial e Contrato de Emprego*

A CLT (antigo art. 454) regulava a situação jurídica envolvente aos direitos intelectuais relativos a inventos efetivados pelo empregado no curso do contrato de trabalho. O preceito celetista foi revogado, no início dos anos de 1970, pelo Código de Propriedade Industrial (Lei n. 5.772/71), que passou a tratar inteiramente da mesma matéria, regulando-a por mais de 25 anos. Na segunda metade dos anos 1990, a Lei n. 9.279 (Lei de Patentes), de 14.5.1996, revogou o referido Código (art. 244 da Lei n. 9.279), embora estabelecendo, expressamente, que tal revogação e a quase-totalidade dos novos preceitos da Lei de Patentes somente entrariam em vigor um ano após a publicação do novo diploma (art. 243, Lei n. 9.279) — o que significa vigência somente a partir de 14.5.1997.

A nova Lei de Patentes trouxe pequenas alterações no que tange aos direitos intelectuais do empregado autor de invenção ou modelo de utilidade, mantendo-se na mesma linha básica do anterior Código de Propriedade Industrial. Entretanto, em face do necessário período de transição a ser vivenciado pelas situações sociojurídicas concretas, o exame do tratamento normativo acerca dos direitos da propriedade intelectual do empregado deve ser feito mediante o contraponto dos dois diplomas legais em enfoque (Lei n. 5.772/71 e Lei n. 9.279/96).

O antigo Código (Lei n. 5.772/71) estabelecia três hipóteses normativas sobre o tema. Foi seguido, neste aspecto, inteiramente pela Lei n. 9.279, de 1996. A primeira hipótese concerne a inventos ocorridos como parte da previsão ou dinâmica contratuais empregatícias. A segunda hipótese diz respeito a inventos ocorridos *fora* da previsão ou dinâmica contratuais e *sem* o concurso de instrumentalização propiciada pelo empregador. A terceira hipótese normativa concerne a inventos ocorridos fora da previsão ou dinâmica contratuais, mas *com* o concurso de instrumentalização propiciada pelo empregador.

A) Trabalho Intelectual como Objeto do Contrato — Passa-se, assim, ao exame da primeira hipótese normativa (concernente a *inventos ocorridos como parte da previsão ou dinâmica contratuais empregatícias*).

O texto da Lei n. 5.772/71 era bastante claro no tocante à normatização da presente situação: “Pertencerão exclusivamente ao *empregador* os inventos, bem como os aperfeiçoamentos, realizados durante a vigência de contrato expressamente destinado à pesquisa no Brasil, *em que a atividade inventiva do assalariado ou do prestador de serviços seja prevista, ou ainda que decorra da própria natureza da atividade contratada*” (art. 40, *caput*; grifos acrescidos). Aduz o § 1º do preceito mencionado: “Salvo expressa disposição contratual em contrário, a compensação do trabalho ou serviço prestado será limitada à remuneração ou o salário ajustado”. Esclarece, ainda, o § 2º

do mesmo artigo que “salvo ajuste em contrário, serão considerados feitos durante a vigência do contrato os inventos, bem como os aperfeiçoamentos, cujas patentes sejam requeridas pelo empregado ou pelo prestador de serviços até 1 (um) ano depois da extinção do mesmo contrato”.

O texto da Lei n. 9.279/96 segue a mesma direção: “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, *caput*). Aduz o parágrafo 1º que “salvo expressa disposição contratual em contrário, a retribuição pelo trabalho a que se refere este artigo limita-se ao salário ajustado”. Completa o § 2º que “salvo prova em contrário, consideram-se desenvolvidos na vigência do contrato a invenção ou o modelo de utilidade, cuja patente seja requerida pelo empregado até 1 (um) ano após a extinção do vínculo empregatício” (Lei n. 9.279/96).

A única aparente inovação da nova Lei de Patentes no tocante a esta hipótese normativa reside em seu art. 89, *caput*: “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” (grifos acrescidos). A inovação é, contudo, apenas aparente, uma vez que a retribuição material específica aqui referida também já era compatível com o sistema do Código de Propriedade Industrial, que sempre ressaltou a viabilidade jurídica de expressa disposição contratual nessa linha. De todo modo, esclarece a nova Lei de Patentes que a “participação referida neste artigo não se incorpora, a qualquer título, ao salário do empregado” (parágrafo único do art. 89, Lei n. 9.279/96). Embora o texto do Código de Propriedade Industrial não fosse expresso quanto a este tópico, é inquestionável que a natureza jurídica de tal retribuição material pelo invento ou modelo de utilidade *não* teria, efetivamente, natureza jurídica salarial.

Cabe, por fim, ressaltar-se que o fato de a lei permitir, nesta hipótese, que a *exploração industrial e comercial* do invento e modelo de utilidade mantenha-se exclusivamente com o empregador não transfere a este a *autoria* da invenção, que, obviamente, preserva-se com o empregado inventor. É o que se inferia do § 4º do art. 40 do Código de Propriedade Industrial: “A circunstância de que o invento ou o aperfeiçoamento resultou de contrato, bem como o nome do inventor, constarão do pedido e da patente”. O mesmo critério manteve-se na ordem jurídica, uma vez que a *autoria intelectual* é direito personalíssimo, na ordem jurídica do País.

B) Trabalho Intelectual sem Relação com o Contrato — *A segunda hipótese normativa diz respeito a inventos ocorridos fora da previsão ou dinâmica contratuais e sem o concurso de instrumentalização propiciada pelo empregador.*

Nessa linha o texto do Código de Propriedade Industrial: “Pertencerá exclusivamente ao empregado ou prestador de serviços o invento ou o aperfeiçoamento realizado sem relação com contrato de trabalho ou prestação de serviços ou, ainda, sem utilização de recursos, dados, meios, materiais, instalações ou equipamentos do empregador” (art. 41, Lei n. 5.772/71).

Na mesma direção, a Lei de Patentes: “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, Lei n. 9.279/96).

C) Trabalho Intelectual Favorecido por Circunstâncias Contratuais

— *A terceira hipótese normativa concerne a inventos ocorridos fora da previsão ou dinâmica contratuais mas com o concurso de instrumentalização propiciada pelo empregador.*

O Código de 1971 regulava esta terceira situação da seguinte maneira: “Salvo expressa estipulação em contrário, o invento ou aperfeiçoamento realizado pelo empregado ou pelo prestador de serviços não compreendido no disposto no art. 40, quando decorrer de sua contribuição pessoal e também de recursos, dados, meios, materiais, instalações ou equipamentos do empregador será de propriedade comum em partes iguais, garantido ao empregador o direito exclusivo da licença de exploração, assegurada ao empregado ou prestador de serviços a *remuneração que for fixada*” (art. 42, *caput*, Lei n. 5.772/71; grifos acrescidos). Aduzia ainda o Código de Propriedade Industrial que a “exploração do objeto da patente deverá ser iniciada pelo empregador dentro do prazo de 1 (um) ano, a contar da data da expedição da patente, sob pena de passar à exclusiva propriedade do empregado ou do prestador de serviços o invento ou o aperfeiçoamento” (§ 1º do art. 42). Completava o § 2º do mesmo artigo que o “empregador poderá ainda requerer privilégio no estrangeiro, desde que assegurada ao empregado ou prestador de serviços a *remuneração que for fixada*” (grifos acrescidos).

Na mesma direção normativa situa-se a Lei de Patentes: “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, meios, materiais, instalações ou equipamentos do empregador, ressalvada expressa disposição contratual em contrário” (art. 91, *caput*, Lei n. 9.279/96). Completa o § 2º do mesmo artigo: “É garantido ao empregador o direito exclusivo de licença de exploração e *assegurada ao empregado a justa remuneração*”.

Nesta última hipótese normativa é inquestionável que a retribuição concernente ao empregado em vista de sua invenção produzida *não* constitui verba trabalhista em sentido estrito — e muito menos salarial. É que, embora ambos textos legais valham-se do vocábulo *remuneração*, na verdade estão se referindo a uma retribuição por título jurídico não trabalhista, isto é, um

contrato paralelo ao contrato empregatício e a este acoplado. Isso fica claro ao se saber que o pagamento pelo invento seria feito mesmo que o inventor não fosse empregado, mas mero prestador autônomo de serviços. Desse modo, o pagamento tem como causa o invento e não a prestação de serviços ou o conteúdo contratual trabalhista.

Por fim, embora não possa haver dúvida quanto à natureza jurídica não salarial desse tipo de retribuição, a própria Lei n. 9.279/96 procurou eliminar qualquer insegurança com respeito ao tema, por meio do texto expresso de seu art. 89, parágrafo único, já examinado.

IV. EFEITOS CONEXOS: INDENIZAÇÕES POR DANOS MORAIS E MATERIAIS SOFRIDOS PELO EMPREGADO

Outra dimensão importante de efeitos conexos do contrato de emprego reside nas indenizações por danos morais e materiais sofridos pelo empregado em decorrência do contrato de emprego e sua execução.

Tais indenizações tinham campo restrito de reconhecimento na ordem jurídica anterior à Constituição de 1988. Contudo, em seguida ao Texto Máximo e ao avanço jurídico-cultural por ele propiciado, com forte (e contínuo) impacto na doutrina e jurisprudência pátrias, tais possibilidades indenizatórias se alargaram.

Há, em um primeiro plano, as indenizações por *dano moral* ou *dano à imagem* que não tenham vinculação com o campo da saúde e segurança laborativas. Neste plano situar-se-iam, por exemplo, a indenização em face de discriminação racial promovida pela empresa contra o obreiro, a par da indenização por indevido uso da imagem do trabalhador nas atividades empresariais.

Em um segundo plano, há as indenizações relativas a danos à segurança e saúde físicas e morais do empregado no contexto do cumprimento contratual (lesões acidentárias). Desponta aqui a possibilidade de distintas indenizações, todas englobadas nos efeitos conexos do contrato de trabalho: por *dano material*, por *dano moral* e, finalmente, até mesmo por *dano estético*.

Note-se, a propósito, que uma das principais inovações constitucionais de 1988 foi a inserção, no ápice da pirâmide normativa, da pessoa humana e do universo de sua personalidade, de maneira a conferir efetividade aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da centralidade do ser humano no ordenamento jurídico e na vida socioeconômica. E com essa perspectiva é que o tema dos danos morais, inclusive estéticos, com suas indenizações correlatas, ingressou no campo das relações trabalhistas, tornando-se uma das searas mais importantes do novo Direito do Trabalho constitucionalizado do País.

A Lei da Reforma Trabalhista (n. 13.467/2017) buscou atenuar esses avanços jurídicos e culturais. Não só diminuiu o anterior foco no universo da personalidade da pessoa humana trabalhadora, como também abriu, firmemente, novo foco, agora no campo dos interesses extrapatrimoniais do empregador. A par disso, procurou deslocar o *status* desse temário para um piso menor, sugestivamente indicado pela ideia genérica de *reparações por danos extrapatrimoniais* e pelo tarifamento imposto a essas reparações.

Não obstante tais mudanças — que serão estudadas, em conjunto, no novo item VI deste capítulo (“VI — Reforma Trabalhista: Danos Extrapatrimoniais nas Relações de Trabalho”) e serão também absorvidas nos itens IV e V deste Capítulo XIX —, torna-se necessário preservar, na medida adequada, o enfoque constitucional (e o enfoque também vinculado ao novo CCB de 2002) relativamente a esse importante assunto.

1. Indenização por Dano Moral, Inclusive Estético, ou Dano à Imagem

Dano moral corresponde a *toda dor psicológica ou física injustamente provocada em uma pessoa humana*. Ou, na clássica conceituação de Savatier, “é todo sofrimento *humano* que não é causado por uma perda pecuniária” (grifos acrescidos).⁽²⁾

Embora a figura seja inerente à pessoa natural, há autores que consideram viável estender-se a noção de dano *moral* também à *pessoa jurídica*. Admitida tal extensão, como faz a jurista *Maria Helena Diniz*, passaria o dano moral a ser definido como “a ofensa de interesses não patrimoniais de pessoa física ou jurídica provocada pelo fato lesivo”⁽³⁾.

Naturalmente que essa extensão deve ser, entretanto, rejeitada, por traduzir injustificável assimilação de bens e valores atávicos ao ser humano em favor da dinâmica do mundo das organizações, já satisfatoriamente regido e tutelado pela ordem jurídica (entretanto, conforme já antecipado, a Lei n. 13.467/2017 escolheu, claramente, fazer esse tipo de extensão — novos arts. 223-A a G, CLT).

Dano à imagem é todo prejuízo ao conceito, valoração e juízo genéricos que se tem ou se pode ter em certa comunidade. No tocante à presente noção, não há dúvida de que abrange também as pessoas jurídicas.

O Direito brasileiro, como se sabe, apenas assumiu, firmemente, a plausibilidade jurídica de indenização por dano moral nas situações não reguladas por texto normativo específico a contar da Constituição de 1988.

(2) SAVATIER citado por José Raffaelli Santini. *Dano Moral: doutrina, jurisprudência e prática*. São Paulo: Editora de Direito, 1997, p. 42.

(3) DINIZ, Maria Helena. *Dicionário Jurídico*. V. 2. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 5.

Até fins da década de 1980 predominava o tradicional entendimento de ser irreparável, economicamente, o dano moral estrito — a menos que houvesse texto legal inequívoco nessa direção. Este, como se sabe, somente existia em segmentos restritos, e fora da área trabalhista (por exemplo, os casos regulados pela antiga *Lei de Imprensa* — n. 5.250/67, art. 49 e seguintes — e pelo *Código Brasileiro de Telecomunicações* — Lei n. 4.117/62, art. 81 e seguintes)⁽⁴⁾.

A Constituição de 1988, entretanto, rompeu a linha normativa e jurisprudencial dominante, colocando o País em patamar avançado de tratamento do problema. Assim dispôs o inciso X do art. 5º constitucional: “*são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação*”. No mesmo capítulo, a nova Constituição acrescentou: “*é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem*” (art. 5º, V).

O dano moral decorrente da violação da *intimidade, vida privada, honra e imagem* das pessoas — e sua respectiva indenização reparadora — são situações claramente passíveis de ocorrência no âmbito empregatício (por exemplo, procedimento discriminatório, falsa acusação de cometimento de crime, tratamento fiscalizatório ou disciplinar degradante ou vexatório, etc.).

É evidente que o patrimônio moral da pessoa humana não se circunscreve ao rol mencionado no inciso X do art. 5º da Constituição (intimidade, vida privada, honra e imagem). Outros bens e valores inerentes ao ser humano integram esse patrimônio moral, cujo desrespeito enseja a proporcional reparação (art. 5º, V, CF/88). De todo modo, a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem do ser humano são formadas por um complexo de fatores e dimensões físicos e psicológicos (autorrespeito, autoestima, sanidade física, sanidade psíquica, etc.), os quais compõem o largo universo do patrimônio moral do indivíduo que a ordem constitucional protege. As agressões dirigidas a esse complexo ou a qualquer de suas partes devem ser proporcionalmente reparadas, em conformidade com o Texto Máximo de 1988.

Registre-se que, uma vez que a Constituição fala não somente em valores referentes à pessoa natural (intimidade, vida privada e honra), mencionando também o valor relativo à *imagem*, é possível acolher-se que possa o dano atingir não apenas as pessoas naturais do empregado e do empre-

(4) Os arts. 81 a 99 da Lei n. 4.117, de 1962, foram posteriormente revogados pelo art. 3º do Decreto-Lei n. 236/1967. Quanto à Lei de Imprensa (n. 5.250/1967), foi considerada, pelo STF — *21 anos depois da promulgação da CF/88* —, não recepcionada (não recebida), em sua totalidade, pela Constituição da República, em julgamento de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental — ADPF 130-DF —, concluído em 30 de abril de 2009, tendo como Relator o Ministro Carlos Ayres Britto.

gador, como até mesmo a pessoa jurídica posicionada como empregadora na relação empregatícia (isso independentemente de se produzir conceito extensivo da própria figura do dano moral)⁽⁵⁾.

2. Lesões Acidentárias: dano material, dano moral, dano estético

O cumprimento do contrato de trabalho pode dar origem também a lesões à segurança ou saúde do trabalhador, por meio das chamadas doenças ocupacionais, profissionais e do acidente de trabalho em sentido estrito.

As distintas lesões acidentárias podem se traduzir em deteriorações físico-mentais do indivíduo em decorrência do ambiente laborativo ou da forma ou postura durante o cumprimento da prestação de serviços (*doenças ocupacionais*, regra geral) ou da prática de certo ofício profissional específico impregnado de agentes agressores ao organismo humano (*doenças profissionais*, especificamente). Podem ainda tais lesões resultar de *acidente do trabalho*, que se traduz em fato ou ato unitário, regra geral, ou pelo menos concentrado no tempo, que produz significativa agressão à higidez físico-mental do trabalhador.

As lesões acidentárias podem causar *perdas patrimoniais* significativas ao trabalhador. Em primeiro lugar, no tocante aos próprios gastos implementados para sua recuperação (além daqueles previdenciariamente acobertados, se for o caso). Em segundo lugar, podem produzir restrição relevante ou, até mesmo, inviabilização da atividade laborativa do empregado, conforme a gravidade da lesão sofrida.

Tais perdas patrimoniais traduzem *dano material*, que envolve, desse modo, duas dimensões, segundo o Direito Civil: aquilo que efetivamente se perdeu (dano emergente: despesas efetivadas, por exemplo) e aquilo que razoavelmente se deixou ou deixar-se-á de ganhar (lucro cessante: por exemplo, redução ou perda da capacidade laborativa)⁽⁶⁾. Observe-se que a lei civil fixa critérios relativamente objetivos para a fixação da indenização por tais danos materiais. Esta envolve as “despesas de tratamento e dos lucros cessantes até o fim da convalescença” (art. 1.538, CCB/1916; art. 949,

(5) A respeito do tema, ver a obra clássica de Wilson Melo da Silva. *O Dano Moral e sua Reparação*. Rio de Janeiro: Forense, 1983 (a 1ª edição data de 1955). Contemporaneamente, CARMO, Júlio Bernardo do. *O Dano Moral e Sua Reparação no Âmbito do Direito Civil e do Trabalho*. Belo Horizonte: RTM, 1996; COSTA, Walmir Oliveira da. *Dano Moral nas Relações Laborais — competência e mensuração*. 2. ed./5ª tir., Curitiba: Juruá, 2007; BELMONTE, Alexandre Agra. *Curso de Responsabilidade Trabalhista — danos morais e patrimoniais nas relações de trabalho*. 2. ed., São Paulo: LTr, 2009.

(6) As noções de dano emergente e de lucro cessante estão claramente tanto no art. 1.059, CCB/1916, quanto no art. 402 do CCB/2002. Este último preceito, referindo-se às perdas do credor da indenização, menciona “além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar”.

CCB/2002), podendo abranger, também, segundo o novo Código, a reparação “de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido” (art. 949, CCB/2002). É possível que tal indenização atinja ainda o estabelecimento de “uma pensão correspondente à importância do trabalho, para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu” (art. 1.539, CCB/1916; art. 950, CCB/2002).

As lesões acidentárias também podem causar *dano moral* ao trabalhador. Este, conforme visto, consiste em *toda dor física ou psicológica injustamente provocada em uma pessoa humana*. Nesse quadro, a doença ocupacional, a doença profissional e o acidente do trabalho podem, segundo sua gravidade, provocar substanciais dores físicas e psicológicas no indivíduo, com intensidade imediata ou até mesmo permanente, ensejando a possibilidade jurídica de reparação. Ressalte-se que *tanto a higidez física, como a mental, inclusive emocional, do ser humano são bens fundamentais de sua vida, privada e pública, de sua intimidade, de sua autoestima e afirmação social e, nesta medida, também de sua honra*. São bens, portanto, inquestionavelmente tutelados, regra geral, pela Constituição (art. 5º, V e X). Agredidos em face de circunstâncias laborativas, passam a merecer tutela ainda mais forte e específica da Constituição Federal, que se agrega à genérica anterior (art. 7º, XXVIII, CF/88).

É irrelevante, registre-se, que os danos material e moral sejam oriundos do mesmo fato, uma vez que os bens tutelados são claramente distintos. Por essa razão tornam-se cumuláveis, sem dúvida, as duas indenizações. Nesta linha a Súmula 37 do Superior Tribunal de Justiça, editada após a Constituição de 1988⁽⁷⁾.

Registre-se que a quantia indenizatória por dano moral, mesmo o derivado de lesão à saúde do trabalhador, não tem como ser fixada com a objetividade inerente à indenização por danos materiais. Prevalerá, em tais casos, inegável *juízo de equidade* pelo julgador (este aspecto do tema será retomado, com maior profundidade, no item IV.4.B do presente Capítulo: “Valor Indenizatório”, logo à frente; há que se ressaltar, porém, que a Lei da Reforma Trabalhista buscou tarifar as indenizações por dano extrapatrimonial — ver, a respeito, o item VI deste Capítulo XIX).

As lesões acidentárias também podem causar *dano estético* à pessoa humana atingida. A indenização caberá, segundo *Sebastião Geraldo de Oliveira*, no caso de a lesão comprometer “a harmonia física da vítima”. Esclarece o autor que não se está diante, rigorosamente, “de um terceiro gênero de danos, mas de uma especificidade destacada do dano moral”⁽⁸⁾. Na verdade, a própria diferenciação feita pela Constituição (dano moral *ou* à

(7) A respeito dessa evolução jurídica, consultar OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de, ob. cit., p. 258-267.

(8) OLIVEIRA, S. G. de., ob. cit., p. 267-68.

imagem) permite se vislumbrar a necessária inserção do dano estético nesse quadro constitucional: é que, caso não se acolha o dano estético como parte específica do plano moral protegido, ele se encontraria englobado, de todo modo, no dano à imagem explicitamente tutelado pela Constituição.

A ordem jurídica acolhe a possibilidade de cumulação de indenizações por dano material, dano moral e dano estético, ainda que a lesão acidentária tenha sido a mesma. O fundamental é que as perdas a serem ressarcidas tenham sido, de fato, diferentes (perda patrimonial, perda moral e, além dessa, perda estética). Completa *Sebastião Geraldo de Oliveira*, que a doutrina e a jurisprudência, inclusive do STJ (esta mais recentemente, desde 1998/2000), efetivamente têm evoluído nessa direção, “quando esses danos forem passíveis de apuração em separado, com causas inconfundíveis”⁽⁹⁾.

Essencialmente, a quantia indenizatória por dano estético também resulta de um *juízo de equidade*⁽¹⁰⁾. É bem verdade que o antigo Código Civil buscava estabelecer certa objetivação nesse cálculo, fixando sua correspondência ao mesmo montante instituído como reparação por danos materiais (o art. 1.538, § 1º, do CCB/1916, dispunha que a soma fixada a título de danos materiais seria “duplicada, se do ferimento resultar aleijão ou deformidade”). Contudo, o dispositivo não mereceu regra equivalente no CCB/2002, além de traduzir certo *tarifamento*, rejeitado pela ordem constitucional (embora revivido pela Lei n. 13.467/2017)⁽¹¹⁾.

3. Responsabilidade Indenizatória: requisitos

É do empregador, evidentemente, a responsabilidade pelas indenizações por dano moral ou à imagem resultantes de conduta ilícita por ele cometida, ou por suas chefias, contra o empregado, sem relação com a infortúnica do trabalho.

Também será do empregador a responsabilidade pelas indenizações por dano material, moral ou estético decorrentes de lesões vinculadas à infortúnica do trabalho, sem prejuízo do pagamento pelo INSS do seguro social, é claro.

Tal responsabilidade se estende, por óbvio, a qualquer sujeito de direito que tenha vínculo de responsabilização por verbas derivadas do

(9) OLIVEIRA, S. G. de., ob. cit., p. 268-71. Sobre o prejuízo estético, consultar MARQUES, Christiani. *O Contrato de Trabalho e a Discriminação Estética*. São Paulo: LTr, 2002, p. 85-88.

(10) A respeito da fixação da indenização por dano moral, à imagem e estético, ver o IV.4.B do presente Capítulo (“Valor Indenizatório”). Igualmente, o novo item VI (“Reforma Trabalhista: Danos Extrapatrimoniais nas Relações de Trabalho”).

(11) Sobre o *tarifamento* de indenizações por danos morais, à imagem e estéticos, consultar dois tópicos a seguir: o subitem IV.4.B (“Valor Indenizatório”) e novo item VI (“Reforma Trabalhista: Danos Extrapatrimoniais nas Relações de Trabalho”).

contrato empregatício em face desse empregador: o tomador de serviços terceirizados, o ente integrante de grupo econômico, o sócio de entidade societária nos casos de desconsideração da personalidade desta, o membro de consórcio de empregadores, etc.⁽¹²⁾

A Lei da Reforma Trabalhista inseriu na CLT também a reparação por danos extrapatrimoniais cometidos contra a entidade empregadora (novos arts. 223-A, 223-B e 223-D da CLT). Tal dimensão do assunto será tratada no novo item VI deste Capítulo XIX (“VI — Reforma Trabalhista: Danos Extrapatrimoniais nas Relações de Trabalho”).

A) Requisitos Clássicos — Há requisitos essenciais para a responsabilização empresarial. Sem a conjugação unitária de tais requisitos, não há que se falar em responsabilidade do empregador por qualquer das indenizações acima referidas.

Tais requisitos, em princípio, são: *dano*; *nexo causal*; *culpa* empresarial.

No tocante ao *dano* alegado, é necessária a evidenciação de sua existência ou, pelo menos, a *ocorrência do fato deflagrador do próprio dano*. Tratando-se de *dano moral*, naturalmente que não cabe exigir-se a prova específica do dano (prova que pode ser até mesmo impossível), porém a demonstração do *fato* que o provocou (caso este fato não seja incontroverso). Nessa linha é que se afirma que o dano moral pode ser inclusive autoevidente, insuscetível de prova, *embora seu fato deflagrador tenha de estar evidenciado* (por exemplo, a doença; as condições materiais degradantes de trabalho; as ofensas morais; o assalto sofrido em face do exercício de função contratual perigosa, etc.).

Tratando-se de dano material, a ordem jurídica exige a comprovação não apenas do fato deflagrador do dano, porém da própria materialidade desse dano (ou seja, as perdas materiais sofridas; as despesas feitas; as despesas que devam ser realizadas em decorrência do dano; os lucros cessantes em face da perda sofrida, etc.). Isto é o que deflui das regras dispostas no art. 949 e 950 do Código Civil de 2002, por exemplo. Não sendo viável quantificar-se o montante da perda material (além do gravame inerente ao dano moral, esclareça-se), é possível, dependendo das circunstâncias do caso concreto, fixar-se por arbitramento esse valor (parágrafo único do art. 953 do CCB/2002).

É claro que no dano material resultante de lesão acidentária podem ser mensurados ou estimados com certa precisão os danos emergentes e os lucros cessantes, uma vez que atados a despesas já feitas ou a se fazer em virtude da lesão, vinculando-se ainda à perda patrimonial efetiva ou estimada

(12) Para exame das distintas situações de responsabilização no Direito do Trabalho, retornar ao Capítulo XIV deste Curso.

em decorrência da restrição ou inviabilização laborativas. No dano à imagem também é possível, muitas vezes, estimar-se com maior precisão o valor econômico do prejuízo causado.

Já no dano moral, no sentido estrito, no dano estético e em certas situações de dano à imagem torna-se mais subjetiva a aferição do dano e, desse modo, sua própria evidenciação processual. De toda maneira, a evidência pelo menos do *fato deflagrador do dano* tem de emergir do processo, sob pena de faltar um requisito essencial à incidência da indenização viabilizada pela ordem jurídica. É claro que certos danos na presente temática são, como se sabe, até mesmo *autoevidentes*, bastando a configuração do fato deflagrador da lesão, em si. Tratando-se de dano moral, particularmente, considerada sua natureza algo etérea, imprecisa, subjetiva, tende a ser mesmo presumido (não o fato causador do dano, é óbvio; porém o dano).

Esclareça-se com relação a este primeiro requisito — ocorrência do dano — que nas situações envolvidas a acidentes de trabalho, doenças ocupacionais e doenças profissionais o dano é considerado presumido, se não autoevidente. É que tal tipo de agressão à higidez física e psíquica do ser humano já traduz, em si, uma lesão ao patrimônio moral, emocional, psíquico do indivíduo.

O segundo requisito é o *nexo causal*. É também decisivo que haja evidência bastante da relação de causalidade entre a conduta do empregador ou de seus prepostos e o dano sofrido pelo empregado. A relação de causa e efeito não é, evidentemente, jurídica, mas de caráter fático. Nos casos de lesão acidentária a relação investigada poderá passar pela pesquisa concernente ao meio ambiente laborativo: se esse meio ambiente é poluído, por exemplo, de modo a provocar certa doença nos empregados, confirma-se o *nexo causal*⁽¹³⁾.

Esclareça-se no tocante a este segundo requisito — existência de *nexo causal* — que nos casos de doenças profissionais, ocupacionais e acidentes de trabalho, é possível a verificação de diversidade de causas com respeito à lesão, algumas fora da alçada do empregador (multicausalidade ou concausalidade). Essa peculiaridade não elimina a presença do *nexo* investigado, desde que haja fator próprio ao ambiente laborativo que tenha atuado para a ocorrência do malefício. Verificada a concausalidade, desponta o requisito do *nexo causal* (naturalmente que o fato de se tratar de concausa pode ser relevante no momento de fixação do valor indenizatório, de modo a o atenuar).

O terceiro requisito é, finalmente, a *culpa* empresarial. De maneira geral, segundo a doutrina e jurisprudência dominantes desde o momento de

(13) Registre-se que não se apresenta o *nexo causal*, ilustrativamente, em princípio, nos *acidentes de trabalho de percurso*, onde o trabalhador sofre lesão no transporte público urbano que o levaria até o local de trabalho.

afirmação jurídica de tais tipos de indenização, a contar da Constituição de 1988, é necessária a configuração da culpa do empregador ou de suas chefias pelo ato ou situação que provocou o dano no empregado. É que a responsabilidade civil de particulares, no Direito brasileiro, ainda se funda, predominantemente, no critério da culpa (negligência, imprudência ou imperícia), na linha normatizada pelo velho artigo 159 do CCB/1916 e art. 186 do CCB/2002.

Contudo, mesmo nessa dimensão, a Constituição trouxe importante avanço. É que no período anterior à sua vigência o STF havia sedimentado entendimento de que a indenização *acidentária* devida pelo empregador ao empregado somente caberia em caso de *dolo* ou *culpa grave* do comitente da falta (antiga Súmula 229, STF)⁽¹⁴⁾. A contar da nova Constituição, a simples culpa, em qualquer grau, seria bastante para atender a esse requisito responsabilizatório (art. 7º, XXVIII, CF/88). É bem verdade que, por coerência, sendo levíssima a culpa empresarial, tal circunstância deve, sem dúvida, afetar a estipulação do valor indenizatório, atenuando-o.

Esclareça-se, por fim, com respeito a este terceiro requisito — culpa empresarial — que, configurada a presença do *dano* e do *nexo causal* em situações de acidente de trabalho, doenças ocupacionais ou profissionais, a *culpa* do empregador deve até mesmo ser *presumida*. É que tem o empresário a direção da estrutura e da dinâmica do ambiente laborativo, atuando diretamente sobre a forma de prestação de serviços que se realiza no estabelecimento e na empresa; nesse quadro, presume-se sua negligência, imprudência ou imperícia nos casos de disfunções surgidas no ambiente sob suas ordens⁽¹⁵⁾.

B) Objetivação da Responsabilidade — Com os avanços produzidos pela Constituição, a reflexão jurídica tem manifestado esforços dirigidos a certa objetivação da responsabilidade empresarial por danos acidentários. Tal tendência à objetivação, evidentemente, não ocorre no campo dos danos morais e à imagem que não tenham relação com a infortunística do trabalho. De fato, essencialmente na seara da infortunística é que as atividades laborativas e o próprio ambiente de trabalho tendem a criar para o obreiro, regra geral, risco de lesões mais acentuado do que o percebido na generalidade de situações normalmente vivenciadas pelos indivíduos na sociedade.

Nesta linha aponta *Sebastião Geraldo de Oliveira* “a tendência na doutrina e leis mais recentes de avançar para a culpa objetiva, mesmo no caso da responsabilidade civil. Por essa teoria, basta a ocorrência do dano para gerar o direito à reparação civil, em benefício da vítima”⁽¹⁶⁾.

(14) No tocante às indenizações por dano moral ou à imagem, ocorridas no contrato de emprego mas sem vinculação com a infortunística do trabalho, prevalecia o entendimento, antes da Constituição, sobre sua irreparabilidade, conforme já exposto.

(15) Naturalmente que se trata de presunção *juris tantum*, que admite prova no sentido contrário.

(16) OLIVEIRA, S. G. de, ob. cit., p. 251.

O autor aponta, em sua obra, distintas regras jurídicas já existentes de responsabilidade sem culpa, as quais podem ter influência maior ou menor no próprio campo laborativo. Assim, a responsabilidade pelos danos nucleares (art. 21, XXIII, “c”, CF/88); também a responsabilidade por danos provocados ao meio ambiente (art. 225, § 3º, CF/88), esta certamente relacionada à noção de *meio ambiente do trabalho* (art. 200, VIII, CF/88). Na mesma direção a anterior Lei n. 6.938, de 1981, fixadora da responsabilidade objetiva do poluidor pelos “danos causados ao meio ambiente e a terceiros” (art. 14, § 1º). Cite-se, ainda, a responsabilidade objetiva do fornecedor de serviços, aventada pelo Código de Defesa do Consumidor (art. 14, Lei n. 8.078, de 1990)⁽¹⁷⁾.

Essa tendência de objetivação da responsabilidade por danos materiais, morais e estéticos de origem acidentária recebeu importante reforço por meio do novo Código Civil. Este diploma, é bem verdade, mantém a regra geral responsabilizatória vinculativa do dever de reparar à verificação de culpa do agente causador do dano, na linha tradicionalmente assentada pelo velho Código Civil (art. 159, CCB/1916). Em seu art. 186 dispõe o CCB-2002: “*Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito*”.

Entretanto, o novo diploma civil fixa também no parágrafo único de seu art. 927 preceito de responsabilidade objetiva independente de culpa “*quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem*”⁽¹⁸⁾. Ora, tratando-se de atividade empresarial, ou de dinâmica laborativa (independentemente da atividade da empresa), fixadoras de risco para os trabalhadores envolvidos, desponta a exceção ressaltada pelo parágrafo único do art. 927 do CCB/2002, tornando objetiva a responsabilidade empresarial por danos acidentários (responsabilidade em face do risco).

Note-se a sabedoria da ordem jurídica: a regra geral mantém-se com a noção da responsabilidade subjetiva, mediante aferição de culpa do autor do dano, mesmo que presumida (art. 159, CCB/1916; art. 186, CCB/2002). Entretanto, se a *atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano* (no estudo em questão, a empresa) *implicar, por sua natureza, risco* para os

(17) Conforme OLIVEIRA, S. G. de, ob. cit., p. 251-253.

(18) Art. 927, CCB/2002, vigente desde janeiro de 2003: “*Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem*”.

trabalhadores envolvidos, ainda que em decorrência da dinâmica laborativa imposta por essa atividade, incide a responsabilidade objetiva fixada pelo Direito (art. 927, parágrafo único, CCB/2002)⁽¹⁹⁾.

C) Atenuação ou Exclusão da Responsabilidade — Mesmo acolhida, a contar da vigência do novo CCB, a responsabilização objetiva do empregador, nas situações de risco aventadas pelo art. 927 do CCB-2002, há circunstâncias que atenuam tal responsabilidade, podendo, em certos casos, até mesmo, eliminá-la.

Em primeiro lugar, a não comprovação do dano ou pelo menos, a não comprovação do *fato deflagrador do dano*, especialmente nos casos de dano moral. Em segundo lugar, a não comprovação do nexo causal entre o dano e o ambiente laborativo ou entre aquele e atos ou omissões do empregador e seus prepostos. Em terceiro lugar, a comprovação, pela empresa, de culpa exclusiva pelo trabalhador no tocante ao surgimento da lesão. A culpa exclusiva obreira, evidentemente, afasta a responsabilidade empresarial.

A culpa obreira concorrente, entretanto, não tem o condão de excluir essa responsabilidade; mas pode, sem dúvida, atenuá-la, em conformidade com as circunstâncias do caso examinado. A atenuação da responsabilidade repercutirá na atenuação indenizatória, reduzindo-se, proporcional e adequadamente, o montante da respectiva reparação.

Outro fator de exclusão ou atenuação da responsabilidade é a *força maior ou o caso fortuito* (art. 393, CCB/2002) — circunstância que se verifica relativamente ao *fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir* (parágrafo único do art. 393, CCB/2002).

Naturalmente que a exclusão responsabilizatória incidirá apenas quando se tratar de causa única do infortúnio, uma vez que, tratando-se de simples concausa, a sua ocorrência pode somente atenuar o valor da indenização. Além disso, a exclusão também não incidirá quando se evidenciar mora do devedor, ocorrendo o infortúnio durante o atraso (art. 399, CCB 2002). Mais importante ainda, essa exclusão não prevalecerá se o evento danoso encontrar-se dentro do risco inerente à atividade do trabalhador ou da empresa, não se tratando, efetivamente, de fato excepcional, realmente imprevisível.⁽²⁰⁾

(19) Nesta linha, Sebastião Geraldo de Oliveira, entendendo que a regra do art. 927, parágrafo único, do novo Código Civil, “fortalece sobremaneira” a corrente da responsabilização objetiva nos casos de danos acidentários. In: ob. cit., p. 253. Observe-se que a Lei n. 13.467/2017 silencia-se sobre a responsabilidade objetiva. A respeito, consultar o novo item VI constante do final deste capítulo.

(20) Por exemplo, o motorista profissional sujeita-se, inevitavelmente, às intempéries e disfunções do trânsito urbano e das estradas, circunstâncias que se encontram naturalmente dentro do risco normal a que se submete em seu cotidiano laborativo.

A doutrina e a jurisprudência têm apontado ainda o *fato ou o ato de terceiro* como circunstância excludente da responsabilidade. Entretanto, essa ressalva também tem de ser vista com cautela: é que mesmo tratando-se de fato ou de ato de terceiro, incidirá a responsabilidade do empregador caso o evento danoso igualmente se insira dentro do risco inerente à atividade do trabalhador ou da empresa. É o que se passa, por exemplo, com os acidentes de trânsito, relativamente ao empregado motorista; também com os ferimentos e danos resultantes de assalto, relativamente ao empregado vigilante.

Essas duas últimas excludentes, a propósito (força maior ou caso fortuito, além do fato ou ato de terceiro), também não prevalecerão se as circunstâncias fáticas evidenciarem ter incidido a culpa presumida do empregador, na qualidade de organizador/gestor da empresa e do estabelecimento, inclusive do respectivo ambiente laborativo. Afinal, a preservação da higidez e da segurança do ambiente de trabalho é atribuição própria e relevante do empregador (CLT: art. 2º, *caput*; art. 154; art. 157).⁽²¹⁾

4. Aferição do Dano Moral, Estético ou à Imagem e Respetivo Valor Indenizatório

A aferição da efetiva ocorrência do dano moral (*lato sensu*) e o próprio cálculo da respectiva reparação correspondem a uma das áreas em que se apresentam as maiores dificuldades no exercício da função judicante. A natureza do dano (não patrimonial mas apenas moral, estético ou dano à imagem) reduz a possibilidade de aplicar-se um critério de pleno objetivismo na aferição da ocorrência efetiva do tipo constitucional (isto é, o efetivo prejuízo à moral, inclusive à estética, ou à imagem).

Logo em seguida, desponta novo desafio judicante, qual seja o de fixar o montante financeiro compensatório pertinente (indenização pelo dano ocorrido).

As duas operações, de maneira geral, combinam-se, correspondendo a juízos valorativos incorporados pelo órgão judicante e aplicados à análise do caso concreto posto a exame⁽²²⁾. Trata-se, em substância, de um *juízo de*

(21) Observe-se que não se considera *fato de terceiro* a lesão causada no empregado por outro empregado no ambiente laborativo; neste caso, a responsabilidade empresarial é, inclusive, *objetiva*, não só por expresso dispositivo legal (art. 932, III, CCB-2002), como também por ser o empregador o responsável pela organização e gestão de sua empresa e estabelecimentos (art. 2º, *caput*, CLT), inclusive no tocante à higidez e segurança do respectivo ambiente de trabalho (art. 225, § 3º, CF; art. 2º, *caput*, c./c. arts. 154 e seguintes da CLT).

(22) O juízo, na verdade, é necessariamente valorativo, na medida em que, conforme Aristóteles, é *obra do pensamento e da sensação* (ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. São Paulo: Mestre Jou, 1982, p. 562 — “Juízo”).

equidade, em que o órgão sentenciante deve exercitar ao ponto máximo as qualidades inerentes à função de julgador: *sensatez, equanimidade, ponderação, imparcialidade*.⁽²³⁾

A) Referências Normativas Anteriores a 5.10.1988 — O Texto Máximo de 1988 firma a direção principal para a aferição do dano moral, estético ou à imagem e para a fixação do montante da indenização. Estabelece seu art. 5º, V, que “é assegurado o direito de resposta, *proporcional ao agravo*, além da indenização por dano material, moral ou à imagem” (grifos acrescidos). Já o art. 5º, X, determina que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

A teor da Lei Maior, a diretriz da proporcionalidade é que preside a aferição do dano e, especialmente, o estabelecimento da respectiva indenização. Perderam validade, desse modo, regras existentes no período pré-constitucional, fossem especiais ou não, que fixavam critérios distintos de aferição do dano e de definição indenizatória.

Ressalte-se que antes de 5.10.1988 não havia regra geral que regulasse a presente matéria, uma vez que no império do antigo Código Civil de 1916, considerava-se, genericamente, *não ser indenizável* o dano estritamente moral. As leis especiais que vicejaram naquele remoto período, por sua vez, além de não serem passíveis de procedimento analógico, em face de sua especialidade, denotavam orientação incompatível com o comando mais largo advindo com a Constituição da República.

Coloque-se nesse bloco de antigos diplomas e regras legais incompatíveis com a Constituição de 1988, para simples registro histórico, a Lei n. 4.117, de 27.8.1962 (Código Brasileiro de Telecomunicações), por exemplo, especialmente em seu art. 84, que regia a reparação por dano moral. O preceito mencionava que na “estimação do dano moral, o Juiz terá em conta, notadamente, a posição social ou política do ofendido, a situação econômica do ofensor, a intensidade do ânimo de ofender, a gravidade e repercussão da ofensa” (art. 84, Lei n. 4.117/62, posteriormente revogado pelo DL n. 236/1967).

Ainda para fins de registro histórico, cite-se a antiga Lei n. 5.250, de 1967 (Lei de Imprensa), que determinava que “no arbitramento da indenização em reparação do dano moral, o juiz terá em conta, notadamente: I — a intensidade do sofrimento do ofendido, a gravidade, a natureza e a repercussão da ofensa e a posição social e política do ofendido; II — a intensidade do dolo ou o grau da culpa do responsável, sua situação econômica e sua condenação anterior em ação criminal ou cível fundada em abuso no exercício

(23) Uma análise acerca da função judicial em uma sociedade democrática está lançada na obra deste autor *Democracia e Justiça*. São Paulo: LTr, 1993, p. 19-68 (1º Capítulo).

da liberdade de manifestação do pensamento e informação; III — a retração espontânea e cabal, antes da propositura da ação penal ou cível, a publicação ou transmissão da resposta ou pedido de retificação, nos prazos previstos na Lei e independentemente de intervenção judicial, e a extensão da reparação por esse meio obtida pelo ofendido” (art. 53, incisos I, II e III, antiga Lei n. 5.250/67).⁽²⁴⁾

Superadas tais referências normativas históricas pela Constituição de 1988 (no caso do art. 84 da Lei n. 4.117/62, até mesmo onze anos antes da CF/88), e não existindo diploma jurídico geral que estabeleça critérios objetivos para a aferição do dano moral, estético ou à imagem pelo magistrado (ressalvado o disposto, desde 11.11.2017, no art. 223-G, *caput* e incisos I até XII, da CLT, inserido pela Lei de Reforma Trabalhista),⁽²⁵⁾ cabe inferir-se da própria experiência judicial um conjunto sistematizado de orientações a serem postas a serviço do intérprete conclusivo do Direito em casos dessa natureza.

Nesse quadro, os critérios orientadores do órgão julgante no exame da ocorrência do dano moral e da fixação do respectivo montante indenizatório estão a seguir arrolados. Enfatize-se que o manejo de tais critérios deve-se fazer mediante o máximo exercício das qualidades inerentes à função de julgador, já tanto enfatizadas neste Curso: *sensatez, equanimidade, ponderação, imparcialidade*.

B) Aferição do Dano Moral e Fixação da Indenização: critérios —

O montante indenizatório, com respeito ao dano moral (inclusive estético), é fixado pelo órgão julgante por meio de um *juízo de equidade*, conforme exposto. Efetivamente tal juízo de equidade é o único que se harmoniza com a amplitude dos comandos constitucionais incidentes à situação em análise (art. 5º, V e X, art. 7º, XXVIII, CF/88). De todo modo, a própria lei civil já previra a utilização desse critério para cálculo de reparações por atos ilícitos que não fossem regulados diferentemente pela lei (art. 1.553, CCB/1916: arbitramento). Hoje o novo Código dispõe que “a indenização mede-se pela extensão do dano” (art. 944, CCB/2002), o que, evidentemente, não afasta o justo e equilibrado arbitramento judicial em situações como as inerentes ao dano moral, por exemplo.

a) Critério Constitucional Prevalente – A partir da indução constitucional originária, construiu a jurisprudência nestas décadas desde 5.10.1988 um critério relativamente objetivo de aferição do dano e fixação do montante indenizatório.

(24) A antiga Lei de Imprensa (n. 5.250, de 1967) foi considerada *não recepcionada*, em todos os seus dispositivos, pela Constituição da República de 1988, em julgamento concluído pelo Supremo Tribunal Federal, em 30 de abril de 2009, na ADPF 130-DF, cujo acórdão foi relatado pelo Ministro Carlos Ayres Britto.

(25) As regras do novo Título II-A da CLT (arts. 223-A até 223-G) serão examinadas no novo item VI do presente Capítulo (“VI — Reforma Trabalhista: Danos Extrapatrimoniais nas Relações de Trabalho”).

Tal critério é composto de três tipos de elementos: *os referentes ao fato deflagrador do dano e ao próprio dano* (elementos objetivos); *os referentes aos sujeitos envolvidos, essencialmente a vítima e o ofensor* (elementos subjetivos); finalmente, *os referentes à própria indenização* (elementos circunstanciais).

No tocante aos elementos objetivos (*fato deflagrador do dano e o próprio dano*), é necessário apreenderem-se distintos aspectos de relevo: ilustrativamente, a gravidade da lesão provocada (este, afinal, é um dos aspectos mais importantes na avaliação do dano e na fixação do valor indenizatório, registre-se); a permanência (ou não) no tempo da respectiva lesão (quanto mais duradoura, tendencialmente mais grave será a lesão); a natureza e tipo do ato danoso (se é um tipo civil apenas ou, ao contrário, também um tipo criminal, por exemplo); a natureza e a gravidade do bem jurídico atingido pela lesão (saúde, privacidade, etc.); as circunstâncias influentes quanto à produção do dano, se agravantes ou, ao invés, se atenuantes.

No que concerne aos elementos subjetivos (*sujeitos envolvidos, em especial a vítima e o ofensor*), cabe destacar-se, de um lado, *a pessoa do ofendido*, a vítima do dano perpetrado. É preciso se aquilatar a intensidade de seu sofrimento ou desgaste, circunstância que afeta bastante o montante indenizatório. Cabe verificar-se ainda, se possível, a presença de alguma peculiaridade pessoal que exacerbe a ofensa, como, por exemplo, a posição familiar do ofendido. Porém cuidado: *não se trata de autorizar discriminação ou valoração diferenciada injustificável entre pessoas humanas*. A honra, a dignidade, a higidez física, a higidez psíquica e outros bens e valores de caráter moral são ínsitos a qualquer ser humano, independentemente de sua posição social, econômica, cultural, etc. Finalmente, cabe analisar a presença de circunstâncias agravantes (o fato de a vítima ser menor, por exemplo, se for o caso) ou circunstâncias atenuantes (o fato de a vítima ter concorrido, em alguma medida, para o evento danoso).

Ainda no que tange aos elementos subjetivos, cabe se destacar também, de outro lado, *a pessoa do ofensor* (ou do responsável pela lesão, ainda que não diretamente ofensor). Aqui há que se examinar a posição socioeconômica do ofensor; a circunstância de ser ou não empregador pessoa física; a ocorrência (ou não) de práticas reiteradas de ofensas da mesma natureza e gravidade; a intensidade do dolo e/ou culpa do praticante do ato ou por ele responsável; a presença de circunstâncias agravantes ou, ao invés, atenuantes relativamente ao ofensor.

No que diz respeito aos elementos circunstanciais (*que envolvem a própria indenização*), há que se destacar os seguintes pontos: a-1) *caráter reparador da indenização*. Ela tem natureza de remédio jurídico, devendo trazer alívio e conforto à vítima, propiciando-lhe sentimento de compensação, de paz e de justiça. a-2) *caráter pedagógico, censório e preventivo da indenização*. Ela tem sentido de advertência, para que o ofensor não somente

faça a reparação, mas também perceba a necessidade de corrigir e ajustar sua conduta, de sua empresa e de seu estabelecimento. a-3) *dimensão de política judiciária atribuída à indenização*. Não pode a indenização ser *inexpressiva*, a ponto de não cumprir qualquer de seus objetivos reparadores e pedagógicos, desprestigiando, ademais, a ordem jurídica constitucional e legal e o próprio Judiciário. Não pode também ser, ao revés, *exorbitante*, a ponto de provocar enriquecimento sem causa do beneficiado e desarrazoado dispêndio ao ofensor. Nos dois casos, seja o de valores inexpressivos, excessivamente módicos, seja o de valores exorbitantes, estratosféricos, o montante indenizatório deixa de observar os princípios cardeais da proporcionalidade e da razoabilidade, que regem o presente tema. A par disso, em qualquer dos dois casos distorcidos, desponta inegável desprestígio da ordem jurídica e do importante instituto da indenização por dano moral, além de se induzir o Poder Judiciário a inevitável descrédito.

b) *Crítérios Constitucionalmente Repelidos* — A partir do contexto normativo criado pela Constituição de 1988, tornaram-se incompatíveis certos critérios de avaliação do dano e de mensuração e fixação do valor indenizatório existentes no Direito anterior ou aventados em certos estudos ou decisões.

O primeiro desses critérios repelidos é a consideração do *status* pessoal do ofendido no plano da sociedade civil e da sociedade política. Esse parâmetro não pode ser considerado — em contraponto ao que parecia determinar, por exemplo, antes de 5.10.1988, a velha Lei de Imprensa (n. 5.250/1967): o diploma determinava que se tomasse em conta, entre outros aspectos, *a posição social e política do ofendido* (art. 53, I, *in fine*, da Lei n. 5.250/67 — não recepcionada pela CF/88, segundo decisão do STF na ADPF 130-DF, em julgamento concluído em 30.4.2009).

Ou seja, não cabe se valer, hoje, de parâmetro que incorpore discriminação ou valoração diferenciada injustificável entre pessoas humanas. A honra, a dignidade, a higidez física, a higidez psíquica e outros bens e valores de caráter moral são ínsitos a *qualquer ser humano*, independentemente de sua posição social, econômica, cultural, política, etc. Esse aspecto diferencial é tido como discriminatório, não podendo, assim, ser tomado em consideração na fixação do montante indenizatório.

O segundo dos critérios repelidos é o do *tarifamento*. A indenização, para o Texto Máximo de 1988 (art. 5º, V), há de ser proporcional ao agravo, ao dano — o que repele a noção de prévio e rigoroso tarifamento da indenização.

Aqui também a notícia histórica auxilia o exame do tema. Duas antigas leis especiais (hoje revogadas — ou não recepcionadas pela nova ordem constitucional) valiam-se do critério do tarifamento: a antiga Lei de Imprensa (n. 5.250/67, em seus arts. 51 e 52) e o antigo art. 84 do Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei n. 4.117/1962).

Por exemplo, a antiga Lei de Imprensa, de 1967, limitava o valor devido pelo jornalista responsável a 2 salários mínimos, para “publicação ou transmissão de notícia falsa, ou divulgação de fato verdadeiro truncado ou deturpado”; 5 salários mínimos, para “publicação ou transmissão que ofenda a dignidade ou decoro de alguém”; 10 salários mínimos, “nos casos de imputação de fato ofensivo à reputação de alguém”; 20 salários mínimos, “nos casos de falsa imputação de crime a alguém, ou de imputação de crime verdadeiro, nos casos em que a Lei não admite exceção da verdade” (Lei n. 5.250, art. 51, incisos I até IV). Aduzia o diploma legal que a responsabilidade civil da respectiva empresa ficava limitada a dez vezes os valores referidos no preceito anterior (art. 52, Lei n. 5.250/67)⁽²⁶⁾.

Já o art. 84 do Código Brasileiro de Telecomunicações, de 1962, embora fixando parâmetros menos acanhados do que os escolhidos pela Lei de Imprensa, de 1967, também adotou, em sua origem, o critério do tarifamento formal do valor indenizatório, à base do salário mínimo. O referido art. 84, entretanto, foi revogado pouco tempo depois pelo Decreto-Lei n. 236/67.

O tarifamento formal prefixado é, desse modo, incompatível com a Constituição da República.⁽²⁷⁾

O terceiro dos critérios repelidos pela Constituição, nessa seara temática, é a *indexação ao salário mínimo* do montante indenizatório a título de danos morais (ou danos materiais, é claro). O Texto Máximo veda semelhante mecanismo de indexação em seu art. 7º, IV, *in fine* (“...sendo vedada sua vinculação para qualquer fim”, diz o final do inciso IV mencionado).

De fato, a vinculação ao salário mínimo, como se sabe, tem sido admitida na jurisprudência apenas com respeito a critérios de fixação do próprio salário contratual inicial trabalhista, já que, nesse caso, o objetivo constitucional de inviabilizar a adoção do salário mínimo como parâmetro de preços e valores *no mercado em geral* estaria preservado; entretanto, mesmo assim não se considera válida a subsequente indexação do salário contratual quanto aos reajustes futuros do salário mínimo (a propósito, OJs. 39 e 53, SDI-I/TST,

(26) O critério do tarifamento inserido nos arts. 51 e 52 da Lei n. 5.250, de 1967, foi tido, desde 1988, como incompatível com a Constituição, não sendo seguido pela jurisprudência majoritária desde então. No tocante à decisão de se considerar *toda* a Lei de Imprensa incompatível com o Texto Máximo de 1988, somente foi tomada pelo Supremo Tribunal Federal em 30.4.2009, no julgamento final da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 130-DF), mediante acórdão relatado pelo Ministro Carlos Ayres Britto.

(27) Conforme já exposto, a Lei da Reforma Trabalhista inseriu o tarifamento nas regras sobre a reparação do dano extrapatrimonial nas relações de trabalho (art. 223-G, § 1º, incisos I até IV e §§ 2º e 3º, da CLT). Tal aspecto será, portanto, reexaminado no item VI do presente Capítulo XIX.

e Súmula 370, TST).⁽²⁸⁾ Contudo, fixar-se indenização não trabalhista com suporte no parâmetro do salário mínimo seria agredir-se, de modo franco e direto, a regra inserida no texto da Constituição.

Por todas essas razões, o *juízo de equidade* confirma-se como o instrumento juridicamente próprio para se fixar a indenização por dano moral, em sentido *lato*, na ordem jurídica do País pós-1988.⁽²⁹⁾

5. Aferição do Dano Material e Respectivo Valor Indenizatório

A aferição do dano material e a fixação do respectivo valor indenizatório — ao contrário do que ocorre com o dano moral — *não* são resultado de um *juízo de equidade* pelo órgão julgante. Devem corresponder a uma operação objetiva, mediante a evidência concreta das perdas e gastos efetivamente ocorridos ou a ocorrer (*danos emergentes*) e dos prejuízos efetivos provocados na vítima em seus ganhos subsequentes à lesão (*lucros cessantes*). Essa operação objetiva está claramente regulada pelo Código Civil de 2002.⁽³⁰⁾

Nos infortúnios ocorridos na seara trabalhista, os *danos emergentes* tendem a se traduzir nas despesas sofridas pelo trabalhador em vista da lesão, além das despesas necessárias a ocorrer no período seguinte (se for o caso), ao passo que os *lucros cessantes* tendem a se traduzir na compensação pela perda parcial ou total da capacidade de exercer o trabalho em decorrência da lesão.

No que diz respeito aos danos emergentes, envolvem as *despesas de tratamento (...)* até o fim da *convalescença* (nesta linha, art. 1538, CCB/1916; art. 949, CCB/2002). Naturalmente que podem ainda envolver a reparação “*de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido*” (art. 949, CCB/2002).⁽³¹⁾

(28) Mesmo na seara estritamente salarial trabalhista, há decisões do Supremo Tribunal Federal considerando incabível a referência ao salário mínimo. É o que se depreende do Acórdão STF RE 236.396-5 (MG) — 1ª T., 2.11.98 — Rel. Ministro Sepúlveda Pertence — “Adicional de Insalubridade — Vinculação ao Salário Mínimo — Vinculação ao salário mínimo, estabelecida pelas instâncias ordinárias, que contraria o disposto no art. 7º, IV, da Constituição”. A respeito, ver repercussões trazidas pela Súmula Vinculante n. 4, STF, de 2008, passando a não acolher o salário mínimo *como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou empregado*.

(29) Sobre critérios para fixação do dano moral no âmbito trabalhista, consultar também COSTA, Walmir Oliveira da, *ob. cit.*, p. 124-140.

(30) Na seara dos danos materiais, o arbitramento judicial do valor indenizatório é considerado excepcional. No art. 953, parágrafo único, do Código Civil de 2002 é que se ressalva regra jurídica a respeito: “Se o ofendido *não puder provar prejuízo material*, caberá ao juiz fixar, equitativamente, o valor da indenização, na conformidade das circunstâncias do caso” (grifos acrescentados).

(31) A regra do art. 949 do Código Civil de 2002 é bastante clara quanto a essa amplitude indenizatória: “*No caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até o fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido*”.

Note-se que tais despesas de tratamento abrangem as realmente concretizadas até a data do processo judicial; entretanto, podem ainda envolver outras despesas objetivamente estimadas com o tratamento “até o fim da convalescença” (art. 1538, CCB/1916; art. 949, CCB/2002).

No que diz respeito aos lucros cessantes, também devem ser reparados “até o fim da convalescença” (art. 1.538, CCB/1916; art. 949, CCB/2002). Ou seja, reparados não necessariamente por determinado número de anos de idade da vítima, porém *até o fim da convalescença* – para a sua vida toda, se for o caso. Claro que se verificando a convalescença, cessa o dever de continuar pagando a pensão estipulada.

Em se tratando de acidente do trabalho, doença ocupacional ou profissional — fatos equiparados, sob a perspectiva jurídica —, a indenização pertinente deverá corresponder à fixação de “*uma pensão correspondente à importância do trabalho, para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu*” (art. 1.539, CCB/1916; art. 950, CCB/2002). É o que dispõe o art. 950 do Código Civil de 2002: “*Se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua a capacidade de trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até o fim da convalescença, incluirá pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu*”.

O montante dessa pensão será fixado com base no *complexo salarial mensal* do empregado, envolvendo também o duodécimo do 13º salário e a média mensal incorporada de outras verbas salariais habitualmente por ele recebidas.⁽³²⁾

O valor da pensão, naturalmente, deverá ser proporcional ao percentual estimado de perda da capacidade de trabalho do empregado vítima do acidente (art. 950, *in fine*, CCB/2002). Além disso, será proporcionalmente diminuído se a vítima também tiver concorrido culposamente para o evento danoso (art. 945, CCB/2002). A proporcionalidade também poderá ocorrer nas situações de multicausalidade do evento danoso, em que se mostrar modesta a participação dos fatores sob responsabilidade do empregador.⁽³³⁾

A pensão, em princípio, durará até o fim da convalescença (art. 949, CCB/2002). Se o empregado autor da ação, contudo, fixar limite etário máximo para seu pagamento (até 65 anos, por exemplo), a sentença, por razões processuais, não pode extrapolar o pedido exordial (art. 5º, LIV, CF/88;

(32) A jurisprudência dominante do STJ e do TST tem integrado nesse complexo salarial mensal o duodécimo do terço constitucional de férias, ao fundamento de se aplicar, no cálculo da pensão, o *princípio da restituição integral*. Trata-se, porém, de interpretação questionável, por ser evidente a incompatibilidade entre a parcela de férias e a parcela de pensão mensal.

(33) Para exame mais detalhado dos fatores e circunstâncias que envolvem a diminuição ou até mesmo o afastamento do dever de reparação dos danos materiais e morais, consultar, neste Capítulo XIX, o item IV.3.C, intitulado “C) Atenuação ou Exclusão da Responsabilidade”.

arts. 128 e 460, CPC/1973; arts. 141 e 492, CPC/2015); nesse contexto, deverá estipular a pensão “até o fim da convalescença, limitada a 65 anos, prevalecendo o que ocorrer primeiro”.

A lei autoriza que o autor pleiteie o pagamento antecipado e unitário da pensão: “*O prejudicado, se preferir, poderá exigir que a indenização seja arbitrada e paga de uma só vez*” (parágrafo único do art. 950, CCB/2002). Nesse quadro, a sentença deverá estimar, segundo projeções estatísticas oficiais, o tempo de vida que teria a vítima, a fim de realizar o cálculo unitário da indenização.⁽³⁴⁾

No que tange ao cálculo da pensão alimentícia devida às pessoas naturais dependentes do trabalhador morto — situação que não permite, é claro, falar-se em convalescença —, também será feita uma estimativa, em conformidade com projeções oficiais (IBGE), da provável duração da vida da vítima, fixando-se a pensão até o termo final dessa duração estimada. É o que dispõe o art. 948, II, do CCB/2002, aplicável analogicamente à infelizmente do trabalho: “*No caso de homicídio, a indenização consiste, sem excluir outras reparações: (...) II — na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima*”.

6. Competência Judicial

Acirrado debate já ocorreu, na doutrina e na jurisprudência, acerca da competência judicial para exame dessas indenizações aplicáveis ao contexto empregatício.

Uma antiga vertente sustentava que essa competência preservava-se com a Justiça Comum Estadual, por se tratar de matéria civil (ou acidentária), ainda que vinculada aos sujeitos componentes da relação de emprego. O argumento central era que as matérias não trabalhistas entre empregado e empregador somente poderiam ser conhecidas pela Justiça do Trabalho caso existente expressa previsão legal nessa linha. Noutras palavras, a causa de pedir e o pedido empregatícios é que firmariam a competência própria do ramo judiciário do trabalho; seriam deslocadas para este ramo matérias de outra natureza apenas se expressamente determinado por texto legal.

Uma segunda vertente tem insistido, desde 5.10.88, na competência da Justiça do Trabalho para conhecer e julgar lides envolventes a tais indenizações não trabalhistas devidas pelo empregador a seu empregado. Para ela, o aspecto essencial a determinar a competência, nos parâmetros constitucio-

(34) Nesse cálculo do tempo futuro de existência da pessoa humana, a jurisprudência tem se valido da tabela de estimativa de vida da população brasileira, divulgada periodicamente pelo IBGE. Ou seja, considera-se a expectativa de sobrevida da vítima em conformidade com a tabela atuarial publicada pela Fundação IBGE.

nais, é a presença de uma *lide tipicamente entre empregado e empregador, em derivação do contrato de trabalho, colocando tais partes como credores e devedores recíprocos*. Litígio, portanto, que tenha como causa o contrato de trabalho ou seja por ele absorvido — não importando se o pedido for de natureza empregatícia e a lei reguladora, trabalhista.

Nessa linha interpretativa do art. 114, *caput*, CF/88, escapariam à competência própria do Judiciário Trabalhista apenas as relações jurídicas que, embora oriundas do ambiente empregatício, *não tenham as figuras do empregado e do empregador como seus sujeitos característicos*. É o que, por exemplo, ocorreria com lides previdenciárias, onde um dos sujeitos é o Estado; com lides acidentárias do trabalho relativas ao seguro social acidentário, onde um dos sujeitos é o Estado; com lides penais, onde um dos sujeitos é o Estado — e outras situações semelhantes.

Contudo, *enquadrar-se-iam na competência específica da Justiça do Trabalho todas as lides que tenham como sujeitos ativo e passivo as figuras jurídicas de empregado e empregador, oriundas da situação fático-jurídica empregatícia vivenciada por ambos (oriundas, pois, do fato sociojurídico do contrato), independentemente da específica natureza dos pedidos veiculados*.

Esta posição interpretativa que percebe a larga extensão do dispositivo competencial trabalhista da Constituição de 1988 foi sufragada pela Corte Constitucional (*caput* do art. 102, CF/88). Analisando problema semelhante (isto é, matéria civil decorrente da dinâmica do contrato de emprego, vinculando empregador e empregado), decidiu o STF (plenário), já em 1990, firmar a competência da Justiça do Trabalho para conhecer e julgar lide de natureza civil desde que fosse ela fulcrada e resultante do contrato de emprego, colocando como sujeitos ativos e passivos da relação correspondente empregado e empregador. Assim expôs o Ministro Sepúlveda Pertence, relator da decisão prevalecente: “Como resulta do artigo 114, no que interessa, a Constituição cometeu à Justiça do Trabalho conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores, dissídios, porém, que há de ser os decorrentes da relação de trabalho”(…) “*O fundamental é que a relação jurídica alegada como suporte do pedido esteja vinculada, como efeito à sua causa, à relação empregatícia, como parece inquestionável que se passa aqui, não obstante o seu conteúdo específico seja o de uma promessa de venda, instituto de direito civil*” (Ac. do STF — Pleno — MV — Conflito de Jurisdição n. 6.959-6 — Rel. Min. Sepúlveda Pertence — J. 23.05.90 — DJU 22.02.91, p. 1259; grifos acrescentados)⁽³⁵⁾.

(35) Citado em Valdir Florindo, “A Justiça do Trabalho e o dano moral decorrente da relação de emprego”. Curitiba: Gênesis, *Gênesis — Revista de Direito do Trabalho*, n. 27, março de 1995, p. 321-23.

Posteriormente a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, enfrentando de modo direto o tema da reparação por dano moral, reiterou a linha interpretativa antes enunciada no julgamento plenário de 1990: “*Ação de reparação de danos decorrentes da imputação caluniosa irrogada ao trabalhador pelo empregador a pretexto de justa causa para a despedida e, assim, decorrente da relação de trabalho, não importando deva a controvérsia ser dirimida à luz do Direito Civil*” (STF RE 238.737-4 — SP — Ac. 1ª T., 17.11.98 — Rel.: Ministro Sepúlveda Pertence). No corpo do julgado, completava-se o entendimento: “*Cuida-se, pois, de dissídio entre o trabalhador e empregador, decorrente da relação de trabalho, o que basta, conforme o art. 114 da Constituição, a firmar a competência da Justiça do Trabalho, nada importando que deva ser solvido à luz de normas do Direito Civil*”⁽³⁶⁾.

Os mesmos fundamentos também se aplicam à indenização acidentária potencialmente devida pelo empregador ao empregado com fulcro na Constituição (art. 7º, XXVIII; art. 5º, V e X, CF/88). Quer se trate de dano material por causa acidentária, quer se trate de dano moral ou estético também por causa acidentária, compete, sem dúvida, do ponto de vista técnico-jurídico, à Justiça do Trabalho conhecer e julgar tais lides (art. 114, CF/88), uma vez que colocam como respectivos devedor e credor, o empregador e seu empregado acidentado. Competência própria, portanto, por se tratar de lide entre empregado e empregador, baseada em lesão ocorrida em decorrência da existência e cumprimento do contrato de emprego, embora a causa de pedir e os pedidos não sejam, efetivamente, de natureza trabalhista.

Note-se que a *reforma do Judiciário* (EC 45, de dezembro/2004), ao conferir nova redação ao art. 114 da Constituição, confirmou a linha de interpretação ora exposta, uma vez que passou a se referir às “ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho” (art. 114, VI, CF/88). Na verdade, trata-se de mera explicitação de comando logicamente inserido no texto precedente do mesmo dispositivo constitucional.

Desnecessário ressaltar, a propósito, que a menção a *acidentes de trabalho* feita pelo art. 109, § 3º, da Constituição (excluindo tais feitos do âmbito da Justiça Federal e os remetendo à Estadual), envolve, obviamente, lides acidentárias entre *segurados e INSS* (União) — as quais, se não feita a remissão, deslocar-se-iam para o plano judiciário federal, em face da competência *peçoal* a este inerente. Não trata o referido preceito de lides entre particulares, empregador e empregado — que são típicas da Justiça do Trabalho (art. 114, I e V, CF/88).

Por fim, em 2005, no Conflito de Competência n. 7.204-1, relatado pelo Ministro Carlos Ayres Britto (decisão unânime: Diário da Justiça n. 148, de

(36) Acórdão cit. in: *Revista LTr*, v. 62, n. 12, dezembro de 1998, p. 1620-21.

03.08.2005), a Corte Constitucional pacificou a matéria, firmando a competência judicial *trabalhista* para examinar lides entre empregado e empregador relativas a dano material e moral, desde que vinculadas a fatos da relação empregatícia, inclusive acidente de trabalho e/ou doença profissional⁽³⁷⁾.

7. Regra Prescricional

As indenizações por danos materiais, morais, inclusive estéticos, e à imagem, são efeitos conexos do contrato de trabalho. Embora regidas pelo Direito Civil, estão fortemente vinculadas à existência da relação laborativa entre as partes trabalhistas em determinado momento. Em face desse seu vínculo de acessoriedade a um feixe relacional principal, que é regido por regras especiais, objetivas e abrangentes no que tange à prescrição, inclusive com fundo constitucional, é que tais pretensões submetem-se, de maneira geral, ao mesmo critério prescricional vigorante no Direito do Trabalho. Isso quer dizer prazo prescricional de cinco anos, respeitados dois anos da extinção do contrato de trabalho (art. 7º, XXIX, CF/88).

Tem sido hegemônica a jurisprudência no que toca à incidência do art. 7º, XXIX, da Constituição nas pretensões de dano moral, material e à imagem apresentadas judicialmente por empregados contra empregadores, envolvendo situações da vida contratual sem relação com a infortunística do trabalho (danos por ofensas de chefias, por acusações infundadas de faltas trabalhistas, por abuso do poder empregatício — assédio moral, por exemplo —, por revistas íntimas, etc.). Sedimentou essa hegemonia interpretativa o fato de tais pleitos, desde 5.10.1988, terem se firmado no âmbito da competência própria da Justiça do Trabalho, a partir da redação original do art. 114 da CF/88 — lides entre empregados e empregadores.

O Tribunal Superior do Trabalho, após firmar critério prescricional de transição para litígios concernentes a danos morais e materiais acidentários (que será examinado a seguir), decidiu, em 2010, estender esse critério de transição também para as demais situações de danos morais e conexos, em vista da ausência de completa pacificação interpretativa relativamente ao assunto, pelo menos até o advento da EC n. 45, de dezembro de 2004 (que conferiu nova redação ao art. 114 da Constituição).⁽³⁸⁾

(37) Poucos meses antes, em maio de 2005, o STF (plenário), no RE n. 438.639-9, havia considerado competente a Justiça Comum Estadual para conhecer e julgar tal tipo de lide. Felizmente, a Corte Constitucional, logo a seguir, voltou a se perfilar segundo sua linha interpretativa antes destacada, pacificando a competência judicial trabalhista nesta seara (CC n. 7.204-1).

(38) Realmente ao final de 2010, a SDI-1 do TST decidiu estender também para os casos comuns de dano moral no contrato de trabalho (ofensas físicas ou morais, acusações infundadas, assédio moral, etc.) a regra de transição gestada com respeito às indenizações por danos vinculados à *infortunística do trabalho*, ou seja, aplicação das regras civilistas até a data da EC n. 45 (31.12.2004), prevalecendo somente a partir daí o critério prescricional trabalhista. Não era este o entendimento dominante na jurisprudência, contudo.

Danos pela Infortunistica do Trabalho — transição — No tocante às pretensões de indenizações por danos materiais, morais, inclusive estéticos, derivados de lesões próprias à infortunistica do trabalho — acidente de trabalho, doenças profissionais e doenças ocupacionais —, o consenso interpretativo sobre a prescrição demorou a se construir. É que, na verdade, a própria competência da Justiça do Trabalho para conhecer e julgar semelhantes lides manteve-se controversa ao longo da década de 1990, somente se firmando no final daquela década e primeiros anos do século XXI — ainda assim mostrando-se passível de resistência jurídica e cultural. Finalmente, com a EC n. 45, publicada em 31.12.2004, ficou taxativamente assentada a competência judicial trabalhista para decidir semelhantes lides (art. 114, VI, CF/88, desde EC n. 45/2004)⁽³⁹⁾.

Essa significativa insegurança jurídica, que perdurou por cerca de 10/15 anos, conduziu a jurisprudência trabalhista a firmar regra interpretativa de transição no que tange à prescrição de ações relativas a danos acidentários nas relações de trabalho, de maneira a respeitar a hegemonia civilista incontestável no passado, mas afirmando o império prescricional trabalhista depois de encerrado o debate por norma expressa da própria Constituição (EC n. 45/2004).

Nesse quadro, a regra de transição assentada informa que, tratando-se de fato ocorrido antes da estabilização da competência trabalhista para exame de tais lides (portanto, fato ocorrido antes da EC n. 45, publicada em 31.12.04), aplicam-se as regras prescricionais estabelecidas no Direito Civil, respeitando-se inclusive a própria regra de transição inserida no art. 2028 do novo Código Civil de 2002.

A regra de transição, contudo, afasta-se caso o preceito constitucional trabalhista do art. 7º, XXIX (cinco anos para a prescrição, principalmente se o contrato não se extinguiu, como, por exemplo, em situação de aposentadoria por invalidez do empregado), desponte favoravelmente mesmo no período anterior a 31.12.2004. Trata-se, afinal, da aplicação do *princípio da norma mais favorável* inserido no *caput* do próprio art. 7º da Constituição.

Ou seja: se o fato tiver ocorrido no período anterior a 11.2.1993 (logo, mais de 10 anos antes da vigência do novo CCB, verificada em 11.2.2003), prevalece a prescrição *vintenária* do Código Civil de 1916; se o fato tiver ocorrido há menos de 10 anos da vigência do novo CCB, prevalece a prescrição *trienal* do novo Código Civil, computando-se este novo e curto prazo da data de vigência do CCB/2002 (11.2.2003). Resguarde-se, em qualquer

(39) No julgamento do Conflito de Competência n. 7.204-1, ocorrido em 29.6.2005, em que foi relator o Ministro Carlos Ayres Britto, o Supremo Tribunal Federal pacificou o debate jurisprudencial em favor da competência do Judiciário Trabalhista.

situação dessa fase transitória, o princípio da norma mais favorável (*caput* do art. 7º da CF/88), permitindo prevalecer, se pertinente, o critério do art. 7º, XXIX, da Constituição da República.

Ocorrendo o fato a partir da vigência da EC n. 45 — 31.12.2004 —, passará a receber simplesmente a incidência da prescrição trabalhista (art. 7º, XXIX, CF/88).

Registre-se, por fim, que a *actio nata*, em tais casos, somente se deflagra quando o trabalhador tiver inequívoca ciência da extensão do dano sofrido, e não necessariamente na exata data do evento. É que, comumente, o evento doença é diluído no tempo, ao passo que mesmo o acidente pode ter retardada a mensuração de suas reais consequências⁽⁴⁰⁾.

Nesse quadro, havendo afastamento por auxílio-acidente, a ciência inequívoca da extensão do dano somente ocorrerá tempos depois, seja com a aposentadoria por invalidez (que indicará a maior gravidade da lesão), seja pela suspensão do benefício previdenciário pelo INSS, determinando o retorno ao trabalho (que indicará a menor gravidade da lesão). Nos dois casos, a ciência inequívoca da incapacidade ou da capacidade laboral somente terá ocorrido mais à frente da própria data de deflagração do simples auxílio-acidente ou auxílio-doença.

Agregue-se uma última observação: há corrente que defende que, tratando-se de pleito de dano moral brandido por dependentes, herdeiros ou simples parentes da vítima (o ex-empregado), o prazo prescricional será sempre o civil, uma vez que a pretensão e o litígio não envolvem empregado e empregador, preservando sua plena e estrita configuração civil.⁽⁴¹⁾

Naturalmente que, em se tratando de dano moral ocorrido no contexto da relação de trabalho, ao invés de na relação de emprego (nova competência ampliada do art. 114, I e VI, da CF, conforme EC n. 45/2004), não há que se falar na aplicação da regra do art. 7º, XXIX, da CF relativamente à prescrição, porém apenas das regras civilistas.

V. EFEITOS CONEXOS: O UNIVERSO DA PERSONALIDADE DO TRABALHADOR E A TUTELA JURÍDICA EXISTENTE

A Constituição da República de 1988 deflagrou no Brasil uma notável série de mudanças e aperfeiçoamentos institucionais e jurídicos, permitindo ao País subir de patamar em distintas áreas de sua configuração.

(40) O Superior Tribunal de Justiça firmou jurisprudência nesta direção: “O termo inicial do prazo prescricional, na ação de indenização, é a data em que o segurado teve ciência inequívoca da capacidade laboral” (Súmula 278, STJ).

(41) Trata-se de recente interpretação que se firmou na SDI-I do TST.

No plano trabalhista, uma das mais importantes mudanças e aperfeiçoamentos foi a descoberta do universo da personalidade do trabalhador no contexto da relação de emprego.

Tal descoberta naturalmente criou inevitáveis contrapontos com o tradicional poder empregatício do empregador. Cabe, portanto, à comunidade jurídica, especialmente a jurisprudência, encontrar os caminhos interpretativos de harmonização de princípios, regras e institutos jurídicos nessa seara temática.

As inúmeras situações que envolvem o universo da personalidade do trabalhador no âmbito empregatício, com o potencial de ocorrência de dano moral na relação de emprego, podem ser enquadradas em duas perspectivas principais, muito comuns no plano do Direito do Trabalho: a individual e a coletiva.

Esses são os temas tratados nos itens abaixo.

1. Direitos da Personalidade do Trabalhador: universo jurídico

A Constituição de 1988 descortinou o universo da pessoa humana na ordem jurídica do País. Sepultando a perspectiva meramente materialista, individualista e até mesmo segregadora vigorante no Direito tradicional, alçou o ser humano ao vértice da estruturação da sociedade política e da sociedade civil, construindo seu Texto Máximo em direção ao reconhecimento e afirmação da pessoa humana na realidade econômica, social e institucional da vida em comunidade (princípio constitucional da *centralidade da pessoa humana na ordem jurídica*).

Nesse quadro, fez descortinar novo espectro de matérias no âmbito da relação empregatícia: o universo dos direitos da personalidade do trabalhador, com seus princípios, regras e institutos normativos.

Esse novo universo normativo trata, certamente, de temas como a dignidade da pessoa do trabalhador, sua intimidade e até mesmo a simples privacidade, com as diversas facetas que podem assumir no contexto da vida real no contrato de emprego e no ambiente de trabalho.

Trata também, com certeza, do tema da imagem do trabalhador, com as dimensões diversas que pode manifestar na experiência empregatícia.

Porém, tal universo é ainda mais amplo, envolvendo praticamente todos os temas imateriais que despontem da personalidade do ser humano, desde que tais temas, pela circunstância da relação de emprego, coloquem empregado e empregador como credores e devedores recíprocos.

2. Direitos da Personalidade do Trabalhador e Poder Empregatício: contrapontos e harmonização de princípios, regras e institutos jurídicos

Os direitos de personalidade são imantados de tutela jurídica significativa, de inegável potência e efetividade, não só por derivarem diretamente

da Constituição da República, como também por serem instrumento imprescindível de realização do sentido mais notável dos princípios constitucionais da centralidade da pessoa humana na ordem jurídica e da dignidade da pessoa humana, além do próprio sentido lógico e teleológico do conceito de Estado Democrático de Direito, todos claramente afirmados pelo Texto Máximo Republicano.

Nessa medida estabelecem claro contraponto ao poder empregatício, em qualquer de suas dimensões — poder normativo, diretivo, fiscalizatório e poder disciplinar.

A) Caracterização do Contraponto Jurídico — O poder empregatício é o *conjunto de prerrogativas com respeito à direção, regulamentação, fiscalização e disciplinamento da economia interna à empresa e correspondente prestação de serviços*.

É típico do contrato de trabalho, por meio do qual o Direito confere ao empregador o poder diretivo sobre a prestação de serviços, auferindo a vantagem inerente à situação jurídica de subordinação de seus empregados. Embora a mesma ordem jurídica imponha ao empregador os riscos da atividade empresarial, confere-lhe a impressionante prerrogativa de poder organizar, reger, normatizar, controlar e até punir no âmbito de seu empreendimento.

O Direito do Trabalho, entretanto, como se sabe, desde seu surgimento afirmou-se como o grande contraponto às prerrogativas do poder empregatício. Com suas regras, princípios e institutos consolidou, nos últimos 150 anos, no Ocidente, significativa barreira — ou pelo menos atenuação — ao antes incontestável exercício desse poder no mundo laborativo.

Com a Constituição de 1988 nova barreira ou atenuação despontou com indissimulável vigor: o universo dos direitos da personalidade do ser humano que vive do trabalho.

O *status* de regramento de *direitos humanos constitucionais fundamentais* que ostentam os princípios, regras e institutos que regulam os direitos de personalidade aplicáveis às relações de emprego confere-lhes nova e importante força normativa.

Esse novo contraponto jurídico, inaugurado no Brasil com a Constituição de 1988, sob o ponto de vista de sua real concepção e efetividade, remete ao debate sobre a harmonização das duas posições jurídicas contrapostas.

B) Harmonização das Dimensões Jurídicas Contrapostas — O Direito, em sua estrutura e dinâmica operacional, corresponde a um sistema, integrado por partes diferenciadas, mas que tem de se ajustar, lógica e concretamente. Na qualidade de sistema, não há no Direito antinomias inconciliáveis, que façam a ordem jurídica perder a organicidade, coerência e força normativa.

Nesse quadro, a aparente antinomia surgida em 5.10.1988 tem de se resolver de imediato, de maneira a assegurar a manutenção do caráter sistêmico e coerente do fenômeno jurídico.

Esta solução faz-se por meio da atenuação, racionalização e civilização do poder empregatício, que tem de passar a se harmonizar à relevância dos princípios, regras e institutos constitucionais que asseguram tutela aos direitos de personalidade do ser humano partícipe da relação de emprego no polo obreiro.

Esta racionalização e atenuação do poder empregatício, em suas diversas dimensões — diretiva, normativa, fiscalizatória e disciplinar —, não inviabiliza ou restringe o bom funcionamento da livre iniciativa, também garantida pela Constituição. Apenas torna a propriedade efetivamente subordinada à sua função social (art. 5º, XXIII, CF/88), colocando a livre iniciativa como valor social realmente ao lado — e não acima — do valor social do trabalho, como claramente quer a Constituição (art. 1º, IV, CF/88).⁽⁴²⁾

3. Dano Moral na Relação de Emprego: situações em destaque

A deflagração desse novo universo jurídico pela Constituição da República de 5 de outubro de 1988 tem permitido vislumbrar uma sequência significativa de situações fáticas em que se sustenta a ocorrência de violações a direitos da personalidade do trabalhador no contexto da relação empregatícia e relações jurídicas conexas.

Em várias dessas situações, naturalmente, desponta não apenas dano moral, em sentido amplo, porém ainda danos materiais, em conformidade com a peculiaridade do caso concreto. Tais situações podem ser separadas em dois grupos relevantes: dano moral individual (ou até plúrimo) e dano moral coletivo.

A) Dano Moral Individual — O dano moral possui, em regra, caráter individual, atingindo o patrimônio imaterial da pessoa humana. Atando-se ao complexo da personalidade do ser humano, espraia-se em múltiplas dimensões e facetas, capazes de produzir repercussões jurídicas diferenciadas no quadro das relações a que se integra a pessoa.

(42) A Lei da Reforma Trabalhista, conforme se sabe, buscou retomar a antiga exacerbação do poder empregatício no âmbito do mundo do trabalho, quer mediante a atenuação da imperatividade de distintas regras juslaborativas, quer alargando as possibilidades de pactuação meramente volitiva das condições laborais no interior do contrato de adesão trabalhista, quer extremando as prerrogativas da negociação coletiva trabalhista no sentido de flexibilizar direitos e garantias legalmente assegurados aos empregados. A nova regulação dos “danos extrapatrimoniais” nas relações de trabalho lançada na CLT se insere nesse novo contexto (arts. 223-A a 223-G, CLT, conforme Lei n. 13.467/2017). Entretanto, como a matriz humanística e social dos direitos da personalidade do ser humano que vive do seu trabalho resultou diretamente da Constituição de 1988, tal novo direcionamento legislativo, naturalmente, tem de ser harmonizado, em alguma medida, ao horizonte maior e superior da Constituição da República.

No contexto empregatício, são bastante diversificadas as situações que importam ao patrimônio imaterial do trabalhador, podendo gerar indenizações correspondentes.

Seguem no rol abaixo, cerca de três dezenas de situações fáticas conectadas ao assunto, que foram percebidas na jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho depois de pesquisadas decisões judiciais que abrangem, indistintamente, todos os rincões brasileiros, hoje atendidos pelas 24 regiões da Justiça do Trabalho no território do Brasil. Naturalmente que este rol possui natureza meramente ilustrativa.⁽⁴³⁾

A-1) *Pré-contratação trabalhista*: há a possibilidade de *danos*, caso verificada a ocorrência de forte expectativa injustamente frustrada e/ou de despesas necessárias efetivadas (art. 159, CCB/1916; art. 186, CCB/2002). A regra geral civilista de que a *proposta de contratação*, uma vez formulada pelo peticitante, estabelece sua vinculação (art. 1.080, CCB/1916; art. 427, CCB/2002), embora contenha exceções importantes, pode incidir sobre a situação concreta. Não obstante os dois casos refiram-se, essencialmente à hipótese de dano material, também podem ensejar dano moral, desde que as circunstâncias fáticas envolvam desproporcional ferimento de alguma dimensão do patrimônio moral da pessoa humana peticitada.⁽⁴⁴⁾

Registre-se também a possibilidade de ocorrência de danos em face da perda consistente de uma efetiva chance. A noção de *perda de uma chance* é, desse modo, compatível com a regência normativa do CCB-2002, conforme se percebe da regra contida em seu art. 402, *in fine*. O preceito menciona que “... *as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar*”.⁽⁴⁵⁾ Naturalmente que o dispositivo refere-se a chance real, significativa, com razoável plausibilidade de concretização (“...*o que razoavelmente deixou de lucrar*”, diz a regra), e não mero sonho ou expectativa otimista da pessoa envolvida.

A-2) *Dinâmica da seleção e da contratação trabalhistas*: podem incidir temas relativos a discriminação; a abuso de prerrogativas empresariais (*abuso do direito*); a ofensas morais e à imagem; à utilização de meios abusivos de

(43) A Justiça do Trabalho está presente, contemporaneamente, em todos os locais densamente habitados do território do Brasil: considerado o ano de 2014, com as leis de criação de varas e cargos de magistratura até então promulgadas, são 1.587 Varas Trabalhistas, 3.361 Juizes do Trabalho de 1º Grau (Titulares e Substitutos), 24 Tribunais Regionais do Trabalho, compreendendo todos os estados, Distrito Federal e territórios do País, além do nacional Tribunal Superior do Trabalho. Nesta medida, o presente rol de mais de 30 situações relacionadas a pleitos de dano moral oferta substantiva visão da realidade jurídica e social da vida trabalhista no Brasil.

(44) Sobre o tema, consultar neste Curso o Capítulo XXVI, item IV (“Formação Contratual: Problemas do Pré-Contrato”).

(45) Os problemas do *pré-contrato* estão examinados no presente Curso, no Capítulo XXVI, item IV.

seleção, como agressivos e desrespeitosos testes psicológicos (dinâmicas de grupo hobbesianas, por exemplo) ou, até mesmo, testes de polígrafos.⁽⁴⁶⁾

No tocante à discriminação na fase de celebração do contrato de trabalho, há dois diplomas legais seguintes à Constituição de 1988 que especificam situações potencialmente verificáveis. Trata-se da Lei n. 9.029, de 1995, e da Lei n. 9.799, de 1999. O primeiro desses diplomas, em seu texto original (vigente até 4.1.2016), proíbe a “adoção de *qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade*” (art. 1º da Lei n. 9.029/95; grifos acrescidos). Com respeito especificamente à mulher considera também práticas discriminatórias a exigência de declarações, exames e medidas congêneres relativamente a esterilização ou estado de gravidez (art. 2º, Lei n. 9.029/95). Veda, ainda, a lei a indução ou instigamento ao controle de natalidade. Porém não considera como tal “o *oferecimento de serviços e de aconselhamento ou planejamento familiar, realizados através de instituições públicas ou privadas, submetidas às normas do Sistema Único de Saúde — SUS*” (art. 2º, Lei n. 9.029/95).

A Lei n. 9.029/95 estabelece (art. 4º, *caput* e incisos I e II), sem prejuízo de penalidades administrativas mencionadas no art. 3º do diploma, que o *rompimento da relação de trabalho por ato discriminatório*, nos moldes tipificados na lei, *faculta* ao empregado *optar* entre duas alternativas reparatórias: ou a reintegração (o texto legal usa o verbete *readmissão*) com “ressarcimento integral de todo o período de afastamento, mediante pagamento das remunerações devidas, corrigidas monetariamente, acrescidas dos juros legais”, ou, ao revés, a “percepção, em dobro, da remuneração do período de afastamento, corrigida monetariamente e acrescida dos juros legais”.⁽⁴⁷⁾

A Lei n. 9.799/99, por sua vez, torna expressos parâmetros antidiscriminatórios cujo conteúdo, de certo modo, já poderia ser inferido dos textos normativos preexistentes, em especial da Constituição. Nessa linha, a utilização de referências ou critérios fundados em sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez para fins de anúncios de empregos, de critérios de admissão, remuneração, promoção ou dispensa, para oferta de

(46) Naturalmente que não se está censurando a utilização da Ciência e das técnicas da Psicologia na seleção de pessoal por empresas e instituições. De forma alguma, pois o Direito não é contrário à Ciência. Apenas considera-se que certos métodos agressivos ou desrespeitosos eventualmente utilizados podem entrar em choque com os ditames constitucionais prevaletentes.

(47) Embora o texto original do inciso I do art. 4º da Lei n. 9.029/95 mencione o verbete “readmissão”, ele se refere, tecnicamente, na verdade, ao instituto da *reintegração*, pois determina o “ressarcimento integral de todo o período de afastamento”. Esse deslize vocabular do diploma legal — passível de correção pelo simples processo interpretativo do Direito — foi sanado finalmente pela Lei n. 13.146/2015, vigente desde 4.1.2016, que, conferindo nova redação a esse inciso I, substituiu a palavra “readmissão” pela palavra *reintegração*.

vagas de formação e aperfeiçoamento profissional e situações trabalhistas congêneres (art. 373-A, CLT, conforme inserção feita pela Lei n. 9.799/99).

O *Estatuto da Pessoa com Deficiência*, aprovado pela Lei n. 13.146/2015, com vigência a partir de 4.1.2016, promoveu algumas alterações relevantes em aspectos da Lei n. 9.029/1995. Assim, conferiu nova redação ao art. 1º, de maneira a substituir a expressão “relação de emprego” por fórmula jurídica mais ampla, *relação de trabalho*; acrescentou ainda dois novos fatores de discriminação: *deficiência* e *reabilitação profissional*; por fim, deu manifesto caráter exemplificativo ao leque de fatores discriminatórios citados no preceito (embora esse caráter já pudesse ser inferido por interpretação). Eis o novo texto legal: “Art. 1º É proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à *relação de trabalho*, ou de sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar, *deficiência*, *reabilitação profissional*, idade, *entre outros*, ...” (grifos acrescentados relativamente às inovações procedidas pelo EPD). O mesmo Estatuto agregou ao art. 3º, *caput*, da Lei n. 9.029 (preceito que já recebera nova redação da Lei n. 12.288/2010) a expressa menção a preconceito em face de deficiência: “Art. 3º Sem prejuízo do prescrito no art. 2º desta Lei e nos dispositivos legais que tipificam os crimes resultantes de preconceito de etnia, raça, cor ou *deficiência*, as infrações ao disposto nesta Lei são passíveis das seguintes cominações: ...” (grifo acrescentado relativamente à inovação de redação no preceito legal). Por fim, o novo Estatuto, como dito, promoveu nova redação ao inciso I do art. 4º, para substituir a errônea palavra “readmissão” pela mais ampla e incisiva palavra *reintegração*.

A-3) *Ofensas físicas*: podem ocorrer no ambiente laborativo e, em certas circunstâncias, até mesmo fora dele, mas com repercussões contratuais. Note-se que a *inviolabilidade do direito à vida* e também à *segurança* são direitos individuais fundamentais (*caput* do art. 5º da CF/88), abrangendo em seu interior, é óbvio, a inviolabilidade física, ainda que parcial.

A-4) *Ofensas morais*: também podem ocorrer no ambiente de trabalho e até mesmo fora dele, tendo, em certas circunstâncias, repercussões contratuais. Conforme já exposto, esta dimensão da personalidade do trabalhador está explicitamente tutelada pela Constituição (art. 5º, V e X, CF/88).

A-5) *Assédio sexual*: este tipo jurídico define-se como a *conduta de importunação maliciosa e reiterada, explícita ou não, com interesse e conotações libidinosas, de uma pessoa física em relação a outra*. Trata-se de uma ofensa de natureza essencialmente emocional, psicológica, embora podendo ostentar também dimensão física. A relevância do assunto desde a Constituição de 1988 fez esta situação de dano moral transbordar do acanhado conceito de *incontinência de conduta* (infração do trabalhador: art. 482, “b”, *ab initio*, CLT) ou do tipo jurídico também indicado pelo art. 483, “e”, da CLT (infração empresarial: “*ato lesivo à honra e boa fama*”). Embora, é claro, o

fato ou a conduta que denotem assédio sexual possam ser enquadrados nesses dispositivos, para os fins jurídicos previstos pela CLT, sua caracterização é, efetivamente, ainda mais ampla.

A-6) *Revistas íntimas*: de maneira geral, revistas íntimas são consideradas ilícitas, independentemente do sexo da pessoa revistada, por força do princípio constitucional protetor da privacidade e da intimidade do ser humano (art. 5º, X, CF), além do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, c./c. art. 5º, X, CF). De todo modo, relativamente às mulheres existe regra expressa na Consolidação, que veda “proceder o empregador ou preposto a revistas íntimas nas empregadas ou funcionárias” (art. 373-A, VI, CLT, conforme redação inserida pela Lei n. 9.799/1999). Recentemente, a Lei n. 13.271, de 15.4.2016, agregou nova regra de proibição: “As empresas privadas, os órgãos e entidades da administração pública, direta e indireta, ficam proibidos de adotar qualquer prática de revista íntima de suas funcionárias e de clientes do sexo feminino” (art. 1º). Completa o art. 2º da Lei n. 13.271/16 que, pelo não cumprimento do disposto no art. 1º, ficam os infratores sujeitos a multa de R\$ 20.000,00 “ao empregador, revertidos aos órgãos de proteção dos direitos da mulher” (art. 2º, I), além de “multa em dobro do valor estipulado no inciso I, em caso de reincidência, independentemente da indenização por danos morais e materiais e sanções de ordem penal” (art. 2º, II).

A-7) *Revistas em pertences obreiros, embora não íntimas*: tema ainda bastante controvertido na jurisprudência, as *revistas em bolsas e sacolas*, por exemplo, atraem debate sobre a incidência (ou não) dos princípios da dignidade da pessoa humana trabalhadora e do respeito à sua privacidade (além do respeito à sua intimidade, em certa medida). Por não serem consideradas revistas íntimas pela maioria da jurisprudência, tem contado com o seu beneplácito interpretativo. Entretanto, há corrente jurisprudencial que condiciona a validade de tais revistas em bolsas e sacolas a certas circunstâncias objetivas, a serem consideradas no caso concreto: efetiva necessidade da revista, segundo o segmento empresarial; inviabilidade de se exercitar o poder fiscalizatório por outros meios menos invasivos.⁽⁴⁸⁾

A-8) *Limitação de uso de banheiros no ambiente laborativo*: o poder empregatício argumenta tratar-se de mera *gestão de tempo*, situada nos limites do poder de controle e das necessidades de produtividade do trabalho. Entretanto, a jurisprudência, regra geral, tem considerado abusiva a mencionada conduta do empregador, por afrontar o direito à privacidade do empregado (art. 5º, X, CF/88) e, em certa medida, o próprio princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF/88).

(48) A jurisprudência dominante do TST é no sentido de esse tipo de revista não produzir dano moral no(a) empregado(a), caso seja meramente visual, sem envolver toques no corpo da pessoa.

A-9) *Divulgação de nomes e dados contratuais de empregados, especialmente salários*: tal divulgação, caso feita pelo empregador, tem sido considerada afronta à tutela da privacidade, além da tutela da segurança, ambas de direto fundo constitucional (art. 5º, X; art. 5º, *caput*, CF/88). Naturalmente que na área pública vigora, em contrapartida, o princípio da publicidade (art. 37, *caput*, CF/88) — o qual pode levar, havendo norma imperativa nessa linha, à divulgação periódica dos valores de subsídios e da remuneração de cargos e empregos públicos. A própria Constituição da República impõe essa prática, no § 6º do art. 39: “Os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário publicarão anualmente os valores dos subsídios e da remuneração dos cargos e empregos públicos”. Contudo, mesmo na área pública, em que há regra explícita nesse sentido, tal divulgação não pode expor a pessoa específica, sua privacidade e segurança (como, a propósito, ressalva a mesma Constituição, em seu art. 5º, XXXIII, *in fine*, quando trata do direito à obtenção de informações de órgãos públicos: “ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado”). Nesse contraponto de princípios e regras constitucionais, é necessário que a divulgação, na área pública, preserve a pessoa natural, sem sua exposição manifesta e direta, indicando, por exemplo, apenas o cargo ou emprego, a matrícula e o respectivo subsídio ou remuneração. Na área privada, regra geral, não existe o mesmo contraponto de valores e regras jurídicos, o que faz prevalecer, em consequência, o princípio da tutela à privacidade e à segurança da pessoa do trabalhador.⁽⁴⁹⁾

Com o advento da Lei n. 12.527, de 18.11.2011 (*Lei da Transparência*), ficou mais óbvia, nesta seara, a distância entre os empregados de entidades públicas e os empregados de entidades privadas. A partir das induções propiciadas pelo novo diploma legal, firmou-se a jurisprudência no sentido de ser válida a divulgação em sítios de amplo acesso, tais como a internet, das informações específicas acerca da remuneração dos servidores públicos em geral, mesmo os celetistas, inclusive a referência ao nome, cargo e respectiva folha de pagamento salarial.

A-10) *Câmaras televisivas de segurança em banheiros*: a afronta aos princípios e regras constitucionais de tutela à privacidade e à intimidade das

(49) Relativamente às sociedades anônimas de capital aberto, que têm ações em bolsa de valores, surgiu no Brasil, na primeira década do século XXI (2009), a exigência de divulgação da remuneração dos *diretores e conselheiros* das respectivas companhias de capital aberto, por meio da Instrução Normativa 480, de 7.12.2009, da CVM — Comissão de Valores Mobiliários (item 13.11 do Anexo 24). Adotando a prática de *full disclosure*, oriunda do mercado bursátil norte-americano, em vista da presença de centenas de milhares de pequenos acionistas de tais empresas, a CVM revogou a antiga Instrução Normativa n. 202, de 1993, visando a inaugurar a divulgação dos dados remuneratórios dos altos executivos. Ainda que com adequações, o item 13.11 do Anexo 24 da IN n. 480/2009 da CVM conferiu concretude a essa diretriz de maior transparência.

pessoas que trabalham no respectivo estabelecimento empresarial é manifesta em tal situação aventada (banheiros, vestiários e similares), ensejando a indenização pertinente (art. 5º, V e X, CF/88). A jurisprudência, de maneira geral, também tem considerada abusiva a inserção dessas câmaras televisivas em refeitórios. Entretanto, tem-se considerado lícita a instalação de tais câmaras de segurança em outros sítios do estabelecimento, tais como portarias, pátios, corredores, locais de trabalho e similares. Afinal, o princípio da tutela à segurança é genérico, favorecendo não só o empregado mas também o empregador (art. 5º, *caput*; também Preâmbulo da CF/88).

A-11) *Dinâmica de metas de desempenho e respectivas cobranças*: embora a livre iniciativa seja reconhecida pela Constituição (art. 1º, IV, *in fine*; art. 5º, XXIII; art. 170, *caput*, II e IV, CF/88), os instrumentos para alcance de melhor e maior produtividade do trabalho tem como limites os princípios e regras constitucionais tutelares da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III; art. 170, *caput*, CF/88), da valorização do trabalho e do emprego (art. 1º, IV, *ab initio*; art. 170, *caput* e VIII, CF/88), da segurança e do bem-estar (Preâmbulo da Constituição; art. 3º, IV, *ab initio*; art. 5º, *caput*; art. 5º, III, *in fine*; art. 6º; art. 193, CF/88) e da saúde da pessoa humana trabalhadora (art. 5º, *caput*; art. 6º; art. 7º, XXII, CF/88). A adoção de métodos, técnicas e práticas de fixação de desempenho e de realização de cobranças tem de se compatibilizar com os princípios e regras constitucionais prevaletentes, sob pena de causar dano, que se torna reparável na forma prevista pela ordem jurídica (art. 5º, V e X, CF/88; art. 159, CCB/1916; art. 186, CCB/2002).

A-12) *Uso de técnicas motivacionais abusivas e desrespeitosas*: a adoção de métodos, técnicas e práticas de motivação de pessoal que fustiguem as fronteiras conferidas por princípios e regras constitucionais referentes à tutela da dignidade do trabalhador, sua segurança e bem-estar, além de sua saúde, desrespeitando ainda os princípios constitucionais da proporcionalidade e da razoabilidade, isso implica a incidência da obrigação de reparar as lesões perpetradas. É fundamental que o poder empregatício se atualize e se renove, adotando critérios e técnicas motivacionais e de críticas compatíveis com a modernidade jurídica instaurada pela Constituição de 1988.

A-13) *Assédio moral*: trata-se de figura de apreensão nova na doutrina e na jurisprudência trabalhistas, a partir de percepção de dinâmica ilícita experimentada na relação de emprego, porém sem o necessário destaque antes da Constituição de 1988. Define-se o assédio moral como a *conduta reiterada seguida pelo sujeito ativo no sentido de desgastar o equilíbrio emocional do sujeito passivo, por meio de atos, palavras, gestos e silêncios significativos que visem ao enfraquecimento e diminuição da autoestima da vítima ou a outra forma de tensão ou desequilíbrio emocionais graves*. No âmbito empregatício o assédio moral tende a ocorrer de maneira vertical, no sentido descendente — das chefias em direção a chefiado(s) —, ou também no sentido horizontal, oriundo de colegas em direção a outros(as) colegas.

Não é tão comum, entretanto, o assédio vertical ascendente — embora, é claro, possa ocorrer —, qual seja, de chefiado(s) em direção à(s) chefia(s). O assédio moral perpetrado pelo empresário ou suas chefias constitui infração do empregador, que pode se capitular, por exemplo, nas alíneas “a”, “b” ou “e” do art. 483 da CLT. Sendo cometido por colegas de trabalho, pode ser capitulado nas alíneas “b”, *in fine*, de “j” da CLT, constituindo infração do(s) trabalhador(es) assediador(es). Mesmo neste segundo caso, entretanto (infração de trabalhador contra trabalhador no ambiente de trabalho), o empregador pode ser também responsabilizado pela vítima do assédio, em virtude de a ele competir a atribuição de criar e manter ambiente hígido de trabalho no estabelecimento e na empresa (art. 157, CLT). Ao atingir o próprio núcleo do patrimônio moral da pessoa humana que vive do trabalho, este tipo de assédio pode, sem dúvida, ensejar indenização por dano moral.⁽⁵⁰⁾

A-14) Controle de correspondências e telefonemas no ambiente laborativo: a inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas de dados e das comunicações telefônicas é direito fundamental constitucional, somente podendo ser quebrado por ordem judicial (art. 5º, XII, CF/88). Atado à direta tutela do patrimônio da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem dos indivíduos (art. 5º, X, *ab initio*, CF/88), esse direito ao sigilo, sendo desrespeitado, naturalmente proporciona a reparação por dano moral. Esclareça-se, porém, que é lícito o regramento, pelo empregador, sobre a utilização dos serviços de telefonia empresariais no ambiente de trabalho (inviabilizando ligações interurbanas, por exemplo, mediante senhas e congêneres). Naturalmente que a licitude desse regramento não constitui, entretanto, autorização para a violação do sigilo das comunicações efetivamente realizadas.

A-15) Controle de correspondências eletrônicas (e-mails): o mesmo preceito constitucional referente à inviolabilidade da correspondência (art. 5º, XII, CF/88), que se conjuga com a tutela da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas (art. 5º, X, CF/88), incide na presente hipótese das correspondências eletrônicas. Entretanto, naturalmente, há que se realizar uma decisiva diferenciação nos casos de ambientação empregatícia: ou seja, os emails particulares do trabalhador em contraponto com os emails que a empresa fornece a seu empregado como estritos instrumentos

(50) A recente Lei n. 13.185, publicada em 9.11.2015, institui o “Programa de Combate à Intimidação Sistemática — (*Bullying*)”, figura que corresponde, de certa maneira, a uma forma de assédio moral. O novo diploma normativo considera *intimidação sistemática* ou *bullying* “todo ato de violência física ou psicológica, intencional e repetitivo que ocorre sem motivação evidente, praticado por indivíduo ou grupo, contra uma ou mais pessoas, com o objetivo de intimidá-la ou agredi-la, causando dor e angústia à vítima, em uma relação de desequilíbrio de poder entre as partes envolvidas”. Independentemente do conceito expressado pela nova lei, a prática do *assédio moral*, em face da Constituição da República (art. 5º, V e X, por exemplo), pode, desde 5.10.1988, ensejar a indenização pertinente.

de trabalho. Não há dúvida de que *a tutela jurídica aos emails particulares do trabalhador, mesmo quando veiculados nos computadores da empresa, mantém-se absolutamente hígida — inviolabilidade plena —, salvo autorização judicial contrária específica, em conformidade com o art. 5º, XII, da Constituição*. Entretanto, no que tange aos *emails corporativos*, desde que se restrinjam a efetivas ferramentas de trabalho fornecidas pela empresa a seus empregados para que ali realizem atos de interação com estritos fins contratuais — atos que vinculam plenamente a empresa, a propósito (art. 932, III, Código Civil: o empregador responde objetivamente pelos atos de “... seus empregados, serviços e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele”) —, nestes casos a regência normativa é diversa. Afinal, não se trata de atos de privacidade e de intimidade da pessoa trabalhadora, porém de atos jurídicos profissionais em cumprimento do contrato de trabalho, em nome do empregador e inclusive sob completa responsabilidade deste empregador. A situação fática, desde que formatada nesses limites expostos, não se enquadra nos preceitos normativos citados. De toda maneira, é prudente que o empregador, ao fornecer o email corporativo, esclareça sobre a vedação de seu uso para fins particulares ou irregulares, lembrando que os atos de privacidade, intimidade e congêneres a serem naturalmente realizados pelos trabalhadores devem ser veiculados no respectivo email pessoal, porém não no corporativo.⁽⁵¹⁾

A-16) *Controle de uso de equipamentos eletrônicos e de informática, inclusive acesso à internet*: cabe ao empregador ofertar ferramentas de trabalho a seus empregados, para uso no ambiente de trabalho, no exercício de seu poder diretivo e regulamentar (poder de direção fixado no art. 2º, caput, da CLT). Nessa linha, ele pode fixar regras internas concernentes à utilização desses equipamentos ofertados, inclusive bloqueando o acesso a sítios pornográficos, de estrito lazer e similares. Não obstante a licitude dessa regulação interna, em princípio, desponta sempre, nesses casos, uma zona fronteira propensa a ensejar dúvidas: todo e qualquer ato do trabalhador, durante a utilização desses equipamentos eletrônicos, constitui área de regência estrita da empresa ou, ao revés, há certa margem de discricionariedade em benefício do empregado, no uso de tais equipamentos? O princípio constitucional da proporcionalidade, além do princípio da razoabilidade, é que podem conferir solução a essas dúvidas normativas e de enquadramento de fatos em regras jurídicas: desde que não se trate de ato irregular do empregado e que não cause efetivo prejuízo à empresa, o uso normal dos

(51) Acórdão importante nesta seara divisória entre os *emails pessoais* (amplamente protegidos pela Constituição, em seu art. 5º, V, X, XII e LVI, CF/88) em anteposição aos *emails corporativos*, dirigidos à atuação profissional e contratual do empregado, dentro da relação de emprego (em princípio, situados fora da tutela do art. 5º, V, X, XII e LVI da Constituição), foi aprovado pela 1ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho em 2005, tendo como Relator o Ministro João Oreste Dalazen, no RR-61300-23.2000.5.10.0013, publicado em 10.6.2005.

equipamentos não se considera disfunção contratual (afinal, ninguém conseguirá tornar-se *expert* no manejo desses equipamentos se não os manejar com certa intensidade). Por outro lado, o rigor excessivo empresarial, quanto à regência normativa dessa matéria, pode alcançar o *status* de abuso de poder ou de prerrogativas. Regras claras, sensatas e prefixadas, conforme se percebe, uma vez mais são importante mecanismo para evitar divergências interpretativas e incompreensões. Mais uma vez, a conduta disfuncional do trabalhador pode ensejar o cometimento de infração legal (por exemplo, mau procedimento ou indisciplina ou até mesmo desídia — alíneas “b”, *in fine*, “h”, *ab initio* ou “e” do art. 482 da CLT). Do mesmo modo, a conduta disfuncional do empregador pode ensejar o cometimento de infração legal tipificada no art. 483 da CLT (rigor excessivo, mencionado na alínea “b”, por exemplo). Caso a disfunção empresarial atinja o patrimônio moral do trabalhador (intimidade, vida privada, honra, imagem, etc.), pode surgir a incidência da reparação de dano moral.

A-17) *Quebra de sigilo bancário de empregado de Banco*: durante certo período, a jurisprudência encontrou situação de ofensa ao patrimônio moral de empregados de instituições financeiras em situações de quebra de seu sigilo bancário pelo empregador, seja em auditoria interna, para verificação da situação financeira dos trabalhadores, seja em outras situações não explicitamente autorizadas pela Lei Complementar n. 105, de 2001. Para essa compreensão jurisprudencial, as hipóteses de quebra de sigilo bancário estariam expressamente referidas no diploma normativo que regula “o sigilo das operações de instituições financeiras”, isto é, LC n. 105/2001, entre as quais não se encontraria o exercício do poder empregatício (art. 2º, *caput*, CLT)⁽⁵²⁾. Em 2015, a jurisprudência da Corte Superior Trabalhista alterou-se, pacificando que, em face da atribuição fiscalizadora inerente ao sistema bancário, nos termos e limites da Lei Complementar n. 105/2001 (arts. 1º, § 3º e 5º, § 1º) e da Lei n. 9.613/1998 (arts. 10, II e 11, II e § 2º), não constitui ato ilícito ensejador de dano moral o monitoramento, pelo Banco Empregador, da conta corrente de seu empregado correntista, salvo comprovada conduta abusiva no exercício desse dever legal. É que o referido monitoramento pelo Banco tem de ocorrer com relação a *todos* os correntistas, em conformidade com a legislação imperativa regente do segmento, independentemente de ser empregado ou não o correntista; sendo o empregado correntista do Banco (como, de fato, acontece, na prática), ele se encontra submetido à regra geral de monitoramento financeiro.

(52) Dispõe o art. 1º, § 4º, da Lei Complementar n. 105/2001: “A quebra de sigilo poderá ser decretada, quando necessária para apuração de ocorrência de qualquer ilícito, em qualquer fase do inquérito ou do processo judicial, e especialmente nos seguintes crimes: (...)”. O diploma, de fato, não menciona explicitamente a prerrogativa de os bancos e demais instituições análogas realizarem a prospecção dos registros de movimentações financeiras pessoais de seus empregados.

A-18) *Danos derivados de acidentes do trabalho, doença ocupacional e doença profissional*: o tema da infortunística do trabalho, como se sabe, pode ensejar a reparação de danos materiais e morais, inclusive danos estéticos, em benefício do trabalhador acidentado ou sob doença ocupacional ou profissional. A importância do tema, contudo, fez esta obra destinar todo o item IV do presente Capítulo XIX à análise da matéria, para onde remetemos o leitor.

A-19) *Condições degradantes no ambiente de trabalho*: cabe ao empregador ofertar a seus empregados (e aos terceirizados também, quando houver) ambiente de trabalho hígido, regular, digno. Dispõe a Constituição que *todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado* (art. 225, caput), que é *essencial à sadia qualidade de vida* (art. 225, caput, CF/88). Com a sabedoria que tanto a caracteriza, esclarece a Lei Máxima que o *meio ambiente do trabalho* é parte integrante do *conceito constitucional de meio ambiente* (art. 200, VIII, CF/88). A CLT, por sua vez, informa que incumbe às empresas *cumprir e fazer cumprir as normas de segurança e medicina do trabalho* (art. 157, I, CLT), inclusive as diversas medidas especiais expostas no art. 200 da Consolidação e objeto de regulação especificada pelo Ministério do Trabalho, na forma do art. 155, I, da CLT e art. 7º, XXII, da Constituição (*“redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança”*). Nessa linha despontam as diversas NRs (Normas Regulamentadoras) do Ministério do Trabalho, aprovadas por Portarias Ministeriais, visando ao aperfeiçoamento dos vários tipos de meio ambiente do trabalho. A afronta a esses preceitos, de modo a submeter os trabalhadores a condições degradantes de trabalho, resulta na indenização por dano moral (art. 5º, V e X, CF/88; art. 186, Código Civil de 2002).⁽⁵³⁾

A-20) *Atrasos reiterados de salários*: a principal obrigação do empregador é o *pagamento tempestivo dos salários*, parcela que constitui a *principal vantagem trabalhista do empregado* em face de seu contrato laborativo (arts. 457 e 458, caput, da CLT). Os salários, como se sabe, têm *natureza alimentícia*, exatamente por cumprirem papel basilar no tocante ao cumprimento de *necessidades básicas, essenciais mesmo, da pessoa humana e de sua família*, quais sejam, alimentação, educação, saúde, moradia, lazer, transporte, previdência social, proteção à maternidade e à infância. Todas essas necessidades, a propósito, são consideradas *direitos sociais fundamentais* da pessoa humana, em conformidade com a Constituição (art. 6º).⁽⁵⁴⁾ A esse elenco do art. 6º da CF se acrescentam, ainda, as necessidades relativas a

(53) O rol de exigências do art. 200 da CLT tem sido utilizado como fundamento jurídico relativo a diversas ações de indenização por dano moral, fundadas em meio ambiente do trabalho irregular ou degradante.

(54) O rol original dos direitos sociais do art. 6º era: “a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados...”. Foram acrescentados os seguintes direitos: moradia (EC n. 26/2000); alimentação (EC n. 64/2010); transporte (EC n. 90/2015).

higiene e a vestuário, de maneira a completar, também, o elenco de nove necessidades essenciais ao salário mínimo, especificadas no art. 7º, IV, CF. A natureza alimentícia dos salários, registre-se, é até mesmo enfatizada expressamente pela Constituição da República (art. 100, § 1º). Ora, o atraso reiterado, significativo, dos salários do empregado constitui infração muito grave, ensejando repercussões trabalhistas severas (a rescisão indireta, por exemplo: art. 483, “d”, CLT), além de manifestamente afrontar o patrimônio moral do trabalhador, uma vez que, a um só tempo, afronta-lhe diversos direitos sociais constitucionais fundamentais (art. 6º, CF/88), além de lhe submeter a inegável e desmesurada pressão psicológica e emocional. Naturalmente que pequenos atrasos, isto é, disfunções menos relevantes, embora possam traduzir ilícito trabalhista, não teriam o condão de provocar a incidência do art. 5º, V e X, da Constituição, e art. 186 do Código Civil. Porém sendo significativos e reiterados esses atrasos, não há dúvida de que incide o dano moral e a correspondente obrigação reparatória.

A-21) *Exercício de função perigosa, não integrante do contrato*: a submissão do trabalhador ao exercício de função perigosa, sem previsão no contrato de trabalho, submete-o a injustos e desproporcionais riscos à inviolabilidade física e notório estresse emocional, ferindo seu direito constitucional à inviolabilidade do direito à vida e à segurança (*caput* do art. 5º, CF/88), além do direito a um meio ambiente equilibrado (art. 225, *caput*; art. 200, VIII; art. 7º, XXII, CF/88). Cometido o ato ilícito, em face da alteração contratual informal e irregular das funções contratuais obreiras (*caput* do art. 442, CLT), provocando as repercussões lesivas indicadas, incide a obrigação de reparar o dano moral perpetrado (art. 5º, V e X, CF/88; art. 186, CCB/2002). Tem sido comum essa ilicitude especialmente no que tange ao segmento bancário, em que se submetem certos bancários à determinação de transporte de valores monetários para abastecimento de postos de serviços ou terminais eletrônicos de operação bancária, em contraponto à previsão legal de realização desse serviço especificado somente por empresas de segurança e vigilantes armados (Lei n. 7.102, de 1983, especialmente em seu art. 3º).

A-22) *Afronta à inviolabilidade física e à segurança ou estresse acentuado, em face de violência decorrente do exercício de função perigosa*: o exercício de certas funções contratuais, ainda que dentro da esfera original do pacto empregatício (*caput* do art. 442 da CLT), tem submetido o empregado a riscos consideráveis de violência física e emocional. Embora não necessariamente se configure culpa do empregador frente a tais malefícios, desde que tome as medidas preventivas cabíveis (assaltos a bancos; sequestros de gerentes bancários e suas famílias; assaltos a ônibus, etc.), trata-se de situação fática que se enquadra na hipótese da *responsabilidade objetiva* especificada no parágrafo único do art. 927 do CCB/2002: “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade desenvolvida pelo autor do dano implicar, por

sua natureza, risco para os direitos de outrem” (grifos acrescidos). Em tais casos, a atividade da empresa — ou do próprio trabalhador, em cumprimento ao contrato — é de risco acentuado, fazendo incidir a regra mais favorável (*caput* do art. 7º da Constituição — *princípio da norma mais favorável*) fixadora da responsabilidade objetiva empresarial (art. 927, parágrafo único, CCB/2002).

A-23) *Conduta de discriminação no ambiente laborativo*: a Constituição de 1988 proibiu a discriminação em qualquer contexto da sociedade e do Estado brasileiros. Há exponenciais princípio e regras constitucionais da não discriminação na ordem jurídica do Brasil. Ver a respeito a força normativa nesta direção do Preâmbulo do Texto Máximo; do art. 1º, III; do art. 3º, I e IV; do art. 5º, *caput* e inciso I; e, finalmente, do art. 5º, III, *in fine*, todos da Constituição da República. A discriminação, como se percebe, é afronta direta à dignidade da pessoa humana. No âmbito empregatício, além da incidência desse princípio e regra gerais fixados amplamente na Constituição, há regra e princípio específicos, na mesma direção, estabelecidos no art. 7º, XXX, XXXI e XXXII. Discriminação, conforme se sabe, conceitua-se como *a diferenciação em vista de fator injustamente desqualificante*. São fatores injustamente desqualificantes na ordem constitucional e legal brasileiras, por exemplo: o sexo (ou gênero); a etnia, raça ou cor; a origem; a idade; a deficiência; o estado civil; a situação familiar; a orientação sexual; a nacionalidade e outros. A diferenciação pode ocorrer, é claro, porém desde que considerada em vista de fator essencial ou efetivamente relevante ao tipo de relação jurídica ou função objetivada no contrato ou desde que ressalvada pela própria lei em virtude de fatores importantes também considerados. São exemplos dessa diferenciação não discriminatória a proibição relativa ao trabalho de crianças e, em certa medida, dos adolescentes, fixada na própria Constituição (art. 7º, XXXIII, e art. 227, § 3º, I, CF/88); também a diferenciação quanto à remoção de pesos, fixada em 60 Kg, regra geral, para os homens (art. 198, CLT) e 20 Kg, em trabalho contínuo, ou 25 Kg, em trabalho ocasional, para as mulheres (art. 390, CLT). Outras diferenciações justificadas podem ocorrer na vida empregatícia (por exemplo, contratação apenas de homens como vigilantes armados para laborarem em certos locais e horários sumamente perigosos).

Não sendo, porém, consistente, justificada, lícita a diferenciação, desponta a ofensa ao princípio e às regras antidiscriminatórias, incidindo o dever de reparação (art. 5º, V e X, CF/88; art. 186, CCB/2002).

Conforme já apontado neste rol (alínea A-2, supra), existem dois diplomas legais no País que tratam especificamente da discriminação trabalhista no instante da contratação, durante o exercício do contrato e também no momento da extinção do contrato de trabalho. Trata-se da Lei n. 9.029, de 1995, e da Lei n. 9.799, de 1999.⁽⁵⁵⁾

(55) Sobre o presente tema, consultar neste Curso também o Capítulo XXII, item IV (“Proteções Jurídicas Contra Discriminações na Relação de Emprego”).

A jurisprudência trabalhista sedimentou importante interpretação antidiscriminatória ao editar, em 2012, a Súmula 443 do TST, no sentido de presumir “... *discriminatória a despedida de empregado portador de vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito. Inválido o ato, o empregado tem direito à reintegração no emprego.*” A interpretação jurisprudencial confere efetividade, como se nota, a diversos princípios e regras constitucionais e legais convergentes a respeito do tema da repulsa jurídica à discriminação.

A-24) *Desrespeito a direitos intelectuais, especialmente relativos à autoria*: os direitos intelectuais estão tutelados pela Constituição da República (art. 5º, XXVII, XXVIII e XXIX). Sua proteção consta inclusive da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948 (art. 27.2). Do ponto de vista legal, os *direitos do autor* encontravam-se regidos também pela antiga Lei n. 5.988, de 1973, estando hoje regulados pela Lei n. 9.610, de 1998 (Lei dos Direitos Autorais). Os *direitos de propriedade industrial* eram regulados também pela Lei n. 5.772, de 1971, estando hoje regidos pela Lei n. 9.279, de 1996 (Lei de Patentes). Já os direitos intelectuais relativos à criação e utilização de programas de computação (*software*) regiam-se pela antiga Lei n. 7.646, de 1987, regulando-se hoje pela Lei n. 9.609/98. O desrespeito a tais regras constitucionais e legais pode ensejar reparação específica, fixada nas respectivas leis (a este respeito, consultar neste Capítulo XIX, o item *III. Efeitos Conexos: Direitos Intelectuais*).

Além dessa reparação específica (que tem conteúdo fortemente material, substantivo — indenização por danos materiais), pode também incidir o dano moral, dependendo das circunstâncias da situação fática, caso verificado que a conduta lesiva afrontou também a dignidade da pessoa da vítima, sua auto-estima, seu bem-estar, sua imagem. As duas reparações, embora próximas, não se confundem, derivando de causas e títulos jurídicos diversos.

A-25) *Violação à imagem*: o conceito de imagem traduz a ideia de *projeção da pessoa em seus relacionamentos próximos e na comunidade mais ampla*. A Constituição tutela a *imagem* da pessoa, situando-a dentro do patrimônio moral do indivíduo (a imagem, como se sabe, situa-se também dentro do *patrimônio imaterial* das pessoas jurídicas, porém não a honra, a intimidade, a vida privada e outros bens e valores estritamente atávicos à pessoa humana).⁽⁵⁶⁾

(56) Conforme já exposto neste Capítulo, deve ser rejeitada certa tendência interpretativa de se conferir também às pessoas jurídicas o universo do *patrimônio moral*. Trata-se de incompreensão sobre os avanços trazidos pela Constituição de 1988 em diversos planos da ordem jurídica, especialmente quanto ao novo *status* jurídico, econômico e cultural atribuído aos seres humanos. Pessoas jurídicas, instituições e empresas, têm, sim, *patrimônio imaterial*, porém jamais patrimônio moral. No conceito de patrimônio imaterial englobam-se tanto o patrimônio moral (inerente aos seres humanos), como também o patrimônio imaterial em sentido estrito (o qual também caracteriza as pessoas jurídicas). Mas, reconheça-se — por lealdade ao leitor —, que tem se tornado cada vez mais forte essa tendência de se estender o conceito de dano moral também às pessoas jurídicas.

A imagem da pessoa humana trabalhadora pode ser violada de duas maneiras: de um lado, por meio da agressão ao próprio patrimônio moral do ser humano, de modo a lhe atingir também a imagem, sua projeção em relacionamentos próximos e no cenário da comunidade (é o que ocorreria, por exemplo, com injusta e despropositada acusação de ato ilícito feita pelo empregador a seu empregado). De outro lado, por meio da utilização não autorizada ou não retribuída da imagem do indivíduo. É o que prevê o art. 20 do CCB/2002, que estipula indenização pelo uso irregular da imagem: “*Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais*” (grifos acrescidos). O preceito legal menciona, como se percebe, três condutas mais próximas de ocorrência no contrato de emprego: a) condutas que violam a imagem, em face de agredi-la; b) condutas que se utilizam da imagem — sem a ofender, é claro —, porém sem autorização; c) condutas que se utilizam da imagem — também sem ofensas —, mas sem autorização e com fins comerciais. Segundo o Código Civil, é cabível falar-se em reparação indenizatória em qualquer desses três casos hipotéticos.

A-26) *Acusação não comprovada de ato ilícito*: a CLT prevê a possibilidade de dispensa do trabalhador por justa causa (art. 482 e alíneas, por exemplo). O simples enquadramento da conduta obreira motivadora da dispensa nos tipos jurídicos do art. 482 da CLT não enseja, regra geral, reparação por dano moral e à imagem, conforme jurisprudência amplamente dominante. Tratando-se, porém, de enquadramento em ilícito trabalhista e também ilícito criminal — tal como ocorre com o *ato de improbidade* referido pelo art. 482, “a”, da Consolidação —, a jurisprudência extrai consequências jurídicas distintas. Pode, sim, ensejar reparação por dano moral ou à imagem (art. 5º, V e X, CF/88) a acusação pelo empregador ao empregado de prática de ato ilícito, especialmente o capitulado no art. 482, “a”, da CLT. Notadamente se feita esta acusação de modo despropositado ou leviano, sem substrato probatório convincente, ou se feita de maneira descuidada, com alarde e publicidade ainda que informais. Mesmo que não transpareçam essas características circunstanciais descritas (leviandade, descuido, publicidade), a mera acusação de ato ilícito criminal, por afrontar gravemente a honra e a imagem da pessoa humana, pode ensejar danos morais, *caso não comprovada*. Claro que, tratando-se de operação consistente na avaliação minuciosa e sopesada do fato e de seu subsequente enquadramento em norma jurídica, a aferição das peculiaridades do caso concreto pode conduzir a resultados diferenciados pelo Julgador.

A-27) *Anotação desabonadora em Carteira de Trabalho*: deve o empregador lançar na CTPS estritamente as anotações obrigatórias, que estão

arroladas em lei (arts. 29, 32 e 34, CLT, por exemplo). Deve se abster de agregar outras informações, por ter o documento caráter oficial (art. 13, CLT), sendo regulado especificamente pela ordem jurídica imperativa (arts. 13 a 56 da CLT), sem espaço para a criatividade privada. O lançamento de observações indevidas na Carteira de Trabalho, mesmo que referentes à existência de ação trabalhista ou de determinação judicial quanto à anotação de dados contratuais, considera-se conduta maliciosa do empregador ou de seus prepostos, voltada a causar prejuízo ao trabalhador, ao instituir potencial discriminação em sua busca por trabalho na comunidade empresarial. Praticado tal ato de malícia (art. 187, CCB/2002), causando desnecessário e injustificável prejuízo ao trabalhador (art. 186, CCB/2002), além de propiciar a deflagração de potenciais condutas discriminatórias subsequentes (art. 3º, IV, CF/88), desponta a obrigação de reparar o dano moral.

A-28) *Dispensa discriminatória*: a conduta discriminatória, conforme já visto, é gravemente censurada pela ordem jurídica, especialmente a partir dos comandos constitucionais de 5.10.1988 (Preâmbulo do Texto Máximo; art. 1º, III; art. 3º, I e IV; art. 5º, *caput* e inciso I; art. 5º, III, *in fine*, todos preceitos da Constituição da República). Configurada a conduta discriminatória no momento da ruptura do contrato (assim como no instante de sua formação, tal como durante o desenrolar da vida do contrato), incide o dever de reparação do dano moral perpetrado (art. 5º, V e X, CF/88; art. 186, CCB/2002). Além da indenização por danos morais, cabe se aquilatarem, evidentemente, os efeitos jurídicos decorrentes do ato ilícito no que tange ao próprio rompimento do contrato. Neste quadro, a ilicitude quanto à causa da extinção contratual pode levar a três alternativas: a) à própria reintegração no emprego; b) à indenização rescisória pertinente, se incabível ou não recomendável a reintegração, conforme o caso; c) à conversão em dispensa sem justa causa do tipo de rescisão imposto pelo empregador (caso tenha ocorrido irregular dispensa por justa causa), em contexto da presença de outros fatores rescisórios relevantes. Em qualquer das três alternativas, pode incidir a indenização por danos morais, enfatize-se.

A Lei n. 9.029, de 1995, estipula regra antidiscriminatória, fixando parâmetros para os casos de dispensa em vista dos fatores de discriminação que menciona (ou seja, “*sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade*” — art. 1º).⁽⁵⁷⁾ O diploma legal, em seu art. 2º, reporta-se à situação da mulher trabalhadora, com motivos discriminatórios vinculados à temática da gestação, natalidade, maternidade e congêneres. No art. 4º, por sua vez,

(57) Com vigência a partir de 4.1.2016, o *Estatuto da Pessoa com Deficiência* conferiu nova redação ao art. 1º da Lei n. 9.029/95, substituindo a expressão “relação de emprego” pela mais ampla, *relação de trabalho*, e inserindo dois outros fatores de discriminação: *deficiência e reabilitação profissional*. Além disso, tornou expresso (“entre outros”) o caráter meramente exemplificativo do rol de fatores discriminatórios que menciona (não obstante esse caráter pudesse ser inferido por interpretação).

estabelece que a ruptura do contrato de trabalho “*por ato discriminatório, nos moldes desta lei*”, abre ao empregado a *faculdade* de optar entre: “*I — readmissão, com ressarcimento integral de todo o período de afastamento, mediante pagamento das remunerações devidas, corrigidas monetariamente, acrescidas dos juros legais*”⁽⁵⁸⁾; *II — a percepção, em dobro, da remuneração do período de afastamento, corrigida monetariamente e acrescidas dos juros legais*”. Portanto, a indenização rescisória, em tais casos de discriminação regulados pela Lei n. 9.029, de 1995, é *dobrada* (e não simples).

A Súmula 443 do Tribunal Superior do Trabalho, editada em setembro de 2012, conferindo efetividade aos princípios e regras constitucionais e legais que tratam do combate à discriminação nas relações de trabalho, estipula: “*Presume-se discriminatória a despedida de empregado portador de vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito. Inválido o ato, o empregado tem direito à reintegração no emprego.*”⁽⁵⁹⁾

A-29) *Supressão injustificável de plano de saúde*: a jurisprudência trabalhista tem considerado subsistente a obrigação empresarial de manter plano de saúde ofertado aos empregados durante o contrato de trabalho, nos casos em que a licença previdenciária estende-se no tempo, convertendo-se na chamada *aposentadoria por invalidez*, uma vez que esta não extingue o contrato de trabalho, mantendo-o apenas suspenso (art. 471, CLT; art. 47, II, Lei n. 8.213/1991; Súmula 440 do TST). Ocorrendo a supressão desse plano de saúde anteriormente ofertado, provocando afronta à higidez física e psíquica da pessoa humana, a seu bem-estar e até mesmo à sua segurança e dignidade — valores tutelados constitucionalmente —, desponta a obrigação de reparar o dano moral surgido (art. 5º, V e X, CF/88).

A-30) *Elaboração e/ou divulgação de “lista suja” de trabalhadores*: a confecção e divulgação de listas de nomes de trabalhadores que tenham proposto ação judicial contra seus empregadores (ou que tenham participa-

(58) Na verdade a lei quer dizer *reintegração*, não *readmissão*, pois determina o pagamento de todo o período de afastamento. De toda maneira, a Lei n. 13.146/2015, que aprovou o *Estatuto da Pessoa com Deficiência*, corrigiu a falha meramente formal, fazendo prevalecer no inciso I do art. 4º a palavra *reintegração* (art. 107, Lei n. 13.146/15).

(59) O combate à discriminação intensificou-se no Direito brasileiro nos 27 anos subsequentes à CF/88. A recente Lei n. 12.984, publicada no Diário Oficial de 3.6.2014, com efeitos imediatos, tipifica “o crime de discriminação dos portadores do vírus da imunodeficiência humana (HIV) e doentes de AIDS”. Estabelece o diploma legal: “Art. 1º. Constitui crime punível com reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa, as seguintes condutas discriminatórias contra o portador do HIV e doente de Aids, em razão de sua condição de portador ou de doente: I — recusar, procrastinar, cancelar ou segregar a inscrição ou impedir que permaneça como aluno em creche ou estabelecimento de ensino de qualquer curso ou grau, público ou privado; II — negar emprego ou trabalho; III — exonerar ou demitir de seu cargo ou emprego; IV — segregar no ambiente de trabalho ou escolar; V — divulgar a condição de portador do HIV ou de doente de Aids, com intuito de ofender-lhe a dignidade; VI — recusar ou retardar atendimento de saúde.”

do de movimentos paredistas, a par de outras situações similares) têm sido compreendida pela jurisprudência como conduta deflagradora de manifesto dano moral, seja com respeito a cada indivíduo presente na lista (dano moral individual ou até mesmo plúrimo), seja com respeito a toda a comunidade de trabalhadores (dano moral coletivo). É que tais *listas sujas* conteriam nítido intuito discriminatório, visando potencial retaliação de seus componentes pelo mercado empresarial circundante — em conformidade com a compreensão da experiência advinda da observação das práticas sociais no cotidiano — tão bem inferida e sopesada por juízes e tribunais. Os preceitos constitucionais violados seriam, ilustrativamente, os seguintes: Preâmbulo da Constituição (garantia de *exercício de direitos sociais e individuais*; garantia de *liberdade, segurança e bem-estar*; busca de uma *sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos*); art. 1º, III (*dignidade da pessoa humana*); art. 1º, IV (*valorização social do trabalho e da livre iniciativa*); art. 3º, I (*construção de uma sociedade livre, justa e solidária*); art. 3º, IV (*promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, ... e quaisquer outras formas de discriminação*); art. 6º (*direitos sociais ao trabalho e à segurança*). A afronta a princípios, regras e valores constitucionais, que tutelam o patrimônio moral da pessoa humana que vive do trabalho, deflagra a pertinência da indenização por dano moral (art. 5º, V e X, CF/88; art. 186, CCB/2002).

A-31) *Dano existencial*: trata-se da *lesão ao tempo razoável e proporcional de disponibilidade pessoal, familiar e social inerente a toda pessoa humana, inclusive o empregado, resultante da exacerbada e ilegal duração do trabalho no contrato empregatício, em limites gravemente acima dos permitidos pela ordem jurídica, praticada de maneira repetida, contínua e por longo período*. De fato, a exacerbação na prestação de horas extras, em intensidade desproporcional, atingindo patamares muito acima dos permitidos pelo Direito do Trabalho, de maneira a extenuar física e psiquicamente a pessoa humana, suprimindo-lhe, ademais, o tempo útil que se considera razoável para a disponibilidade pessoal, familiar e social do indivíduo — e desde que essa distorção, na prática contratual trabalhista, ocorra de modo renitente, contínuo e durante lapso temporal realmente significativo —, tudo conduz ao denominado dano existencial, apto a ensejar a indenização prevista no art. 5º, V e X, da Constituição, e no art. 186 do Código Civil.

A-32) *Síndrome de Burn-out ou Síndrome de Esgotamento Profissional*: trata-se de doença ocupacional, caracterizada pelo estado depressivo do indivíduo decorrente do acentuado e contínuo estresse vivenciado no ambiente do trabalho. É doença laborativa tipificada pelo Regulamento da Previdência Social, constante do Anexo II do Decreto n. 3.048/99, com as modificações subsequentes, inclusive promovidas pelo Decreto n. 6.957/2009, situando-se no grupo dos “transtornos mentais e de comportamento relacionados com o

trabalho”. Diz respeito ao colapso psíquico e emocional da pessoa humana em decorrência de fatores ambientais do trabalho por ela experimentados.⁽⁶⁰⁾

B) Dano Moral Coletivo — O dano moral possui nítido caráter individual, em princípio, uma vez que atinge o patrimônio imaterial específico da pessoa humana. Por se vincular ao complexo da personalidade do ser humano, espalha-se em inúmeras dimensões e facetas, aptas a deflagrar repercussões jurídicas distintas no quadro das relações a que se integra a pessoa.

No contexto empregatício, entretanto, a conduta que leva a lesões de ordem moral ao ser humano pode, sem dúvida, ter caráter massivo, largo, indiferenciado, de modo a atingir todo um núcleo coletivo circundante, seja o estabelecimento, seja a empresa, seja até mesmo uma comunidade mais abrangente — independentemente de seu necessário impacto também no plano individual dos trabalhadores. Trata-se de situações que extrapolam o campo meramente atomizado e individual da afronta e da perda, deflagrando, em face de sua sequência, repetição, multiplicação e expansionismo, um impacto comunitário próprio e destacado.

Dá a circunstância de prever a ordem jurídica não somente o dano moral individual, porém ainda o dano moral coletivo. São dimensões distintas de uma distorção de conduta que pode até mesmo possuir causa comum, porém causando lesões e efeitos distintos: os que se situam no plano dos indivíduos isoladamente considerados, ao lado dos que se enquadram no plano das comunidades próximas e mais amplas.

As situações de dano moral coletivo tendem a traduzir uma linha de conduta reiterada de entidades que têm papel relevante no mundo do trabalho, sejam empresas, sejam entidades dirigidas à contratação e gestão de mão de obra, sejam órgãos ou entes dotados de poderes significativos na órbita da vida trabalhista (Comissões de Conciliação Prévia, sindicatos, cooperativas de mão de obra ou de trabalho etc.). Desde que a conduta envolva distintos trabalhadores, em torno de atos jurídicos distintos, caracterizando-se por significativa lesividade, de modo a tornar relevante seu impacto em certa comunidade, pode despontar o dano moral coletivo trabalhista.

O dano moral coletivo configura-se em vista da lesividade que tais afrontas trazem à dignidade da pessoa humana, ao valor social do trabalho, à segurança e bem-estar dos indivíduos, ao exercício dos direitos sociais e individuais, à ideia de uma sociedade livre, justa e solidária, à noção e realidade de justiça social. Em suma, trata-se de desrespeito a toda uma miríade

(60) Para análise de largo painel de situações fáticas ensejadoras do debate sobre a incidência (ou não) da indenização por dano moral no ambiente empregatício, consultar a minuciosa pesquisa feita por ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. *Direitos da Personalidade do Trabalhador e Poder Empregatício*. São Paulo: LTr, 2013.

de bens, valores, regras, princípios e direitos de exponencial importância ao Estado Democrático de Direito que a Constituição quer ver cumprido no Brasil, em benefício de toda a sua população.

É legitimado, do ponto de vista ativo, para propor ações judiciais (ações civis públicas ou ações coletivas) tendo por *objeto dano moral coletivo no âmbito trabalhista* especialmente o Ministério Público do Trabalho (Constituição Federal, art. 129, III; Lei n. 7.347/1985 — Lei da Ação Civil Pública —, art. 1º, I e IV; art. 5º, I; Lei n. 8.078 — Código do Consumidor —, art. 81, *caput* e parágrafo único; art. 82, I — aplicação analógica). Contudo, não se pode negar tal legitimidade ativa também às *entidades sindicais*, por força do disposto nos arts. 8º, III, e 129, § 3º, da Constituição da República, preceitos a que se harmonizam o art. 1º, I e IV, e o art. 5º, V, da Lei da Ação Civil Pública (n. 7.347/1985), sem contar o sentido normativo do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/1990), aqui aplicável analogicamente (art. 81, *caput* e parágrafo único; art. 82, IV).

A jurisprudência tem enfrentado alguns temas especialmente brandidos em ações relativas a danos morais coletivos, por traduzirem não apenas lesões macrossociais, mas também estratégias de atuação de certos empreendimentos econômicos e sociais fortemente lesivas à sociedade do trabalho tutelada pela Constituição da República.

É o que se passa com ações judiciais de dano moral coletivo em face de terceirização ilícita envolvendo toda uma empresa ou algum importante segmento seu componente.

Também é o que se percebe com ações judiciais de dano moral coletivo em face de caminhos de contratação de força de trabalho mediante veículos manifestamente precarizadores de direitos trabalhistas, tais como irregulares cooperativas de mão de obra ou de trabalho.⁽⁶¹⁾

Tem despontado ainda ações judiciais de dano moral coletivo contra empresas que exercem atividades de risco, perigosas ou fortemente insalubres, porém sem adotarem as medidas profiláticas obrigatórias ou recomendáveis para o alcance de melhor ambientação dos locais de trabalho.

Há ações judiciais de dano moral coletivo também em face de certas instituições ou órgãos especificamente identificados em situações de precarização trabalhista ou lesão coletiva a direitos sociais fundamentais do trabalho. É o que se vê, por exemplo, com ações judiciais coletivas propostas contra determinadas Câmaras Intersindicais de Conciliação Trabalhista, em decorrência do uso de procedimentos reiterados de conciliações e quitações rescisórias manifestamente lesivas.

(61) Sobre o tema, consultar, neste Curso, em seu Capítulo X (“Relações de Trabalho *Lato Sensu*”), o item IV, sob o título “A Questão das Cooperativas”.

Notam-se, ademais, ações judiciais de dano moral coletivo em face de determinadas empresas ao fundamento de se valerem da utilização de força de trabalho em condições degradantes ou análogas à de escravo.⁽⁶²⁾

Tem notável presença ainda ações judiciais, inclusive ações civis públicas ou ações civis coletivas, quer propostas pelo Ministério Público do Trabalho, quer por entidades sindicais, tratando de dispensas massivas unilaterais realizadas pelo empregador. Nessas ações usualmente se acumulam o pleito de reintegração no emprego e respectivos consectários com o pleito de dano moral coletivo decorrente da lesão provocada pela conduta empresarial.⁽⁶³⁾

Agregue-se, por fim, a presença em ações coletivas de pleitos de indenizações por *dumping social*, em favor da comunidade prejudicada pela atuação irregular da empresa empregadora. Por *dumping social* considera-se a situação de profundo, generalizado e diversificado descumprimento contínuo da legislação trabalhista, traduzindo-se, por seu conjunto, em estratégia de barateamento forçado do valor trabalho, como mecanismo de atuação na realidade social e econômica, com nítido prejuízo à comunidade circundante.

VI. REFORMA TRABALHISTA: DANOS EXTRAPATRIMONIAIS NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

A Lei n. 13.467/2017, vigente a partir de 11.11.17, buscou regular os danos extrapatrimoniais e sua reparação nas relações de trabalho, por meio da inserção do novo Título II-A na CLT (“Do Dano Extrapatrimonial”), composto pelos arts. 223-A até 223-G.⁽⁶⁴⁾

(62) A respeito, consultar MIRÁGLIA, Livia Mendes Moreira. *Trabalho Escravo Contemporâneo* — conceituação à luz do princípio da dignidade da pessoa humana. São Paulo: LTr, 2011. Note-se que o tema adquiriu reforço adicional específico, por meio da Emenda Constitucional n. 81, de 5 de junho de 2014. Em face da EC n. 81/2014, o art. 243 da Constituição da República passou a ostentar a seguinte redação: “Art. 243. As propriedades rurais e urbanas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou a exploração de trabalho escravo na forma da lei serão expropriadas e destinadas à reforma agrária e a programas de habitação popular, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei, observado, no que couber, o disposto no art. 5º”. Completa o novo parágrafo único do art. 243 da CF: “Todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e da exploração de trabalho escravo será confiscado e reverterá a fundo especial com destinação específica, na forma da lei”.

(63) Sobre as dispensas em massa e suas restrições na ordem jurídica, consultar, neste Curso, o item IV.4 do Capítulo XXVIII, intitulado “Dispensa Coletiva: novas leituras da Constituição”. Na mesma direção, o Capítulo XXIX, em seu item III.1.B), sob o título “Despedidas Individuais e Coletivas”. Nesses tópicos examina-se também o novo art. 477-A da CLT, inserido pela Lei da Reforma Trabalhista, de 2017.

(64) Por curto período (de 14.11.2017 até 23.4.2018) vigoraram modificações inseridas no Título II-A da CLT pela MPr. n. 808, publicada em 14.11.07. Contudo, não tendo sido a MPr. convertida em lei, nem explicitamente rejeitada pelo Parlamento, ela perdeu eficácia

Conforme se pode perceber dos dispositivos legais abaixo transcritos, a Lei da Reforma Trabalhista, nesta mudança jurídica, parece buscar a descaracterização de um dos avanços humanísticos e sociais mais relevantes da Constituição de 1988, consistente no princípio da centralidade da pessoa humana na ordem jurídica, social, econômica, com os seus diversos princípios correlatos, capitaneados pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

Ora, a partir de cinco de outubro de 1988, a tutela dos direitos da personalidade da pessoa humana nas relações de trabalho e no meio ambiente laboral despontou como uma das manifestações mais claras desses princípios constitucionais inovadores, erigindo um importante patamar de afirmação da pessoa humana trabalhadora no mundo do trabalho.

O novo Título II-A da CLT, ao reverso, tenta descaracterizar esse avanço cultural e jurídico, por meio de nítida equalização de situações e conceitos jurídicos diversos. Segundo a literalidade da nova Lei, não cabe mais falar em dano moral, dano estético e correlatos: simplesmente despontam os *danos extrapatrimoniais*, quer de trabalhadores, quer de empresas, que se tornam bastante similares e equivalentes, aparentemente desvestidos da força constitucional inspiradora deflagrada em 1988 em benefício da pessoa humana.

Para melhor análise desse aspecto da Lei da Reforma Trabalhista, eis o conteúdo do novo título integrante da Consolidação das Leis do Trabalho:

TÍTULO II-A DO DANO EXTRAPATRIMONIAL

‘Art. 223-A. Aplicam-se à reparação de danos de natureza extrapatrimonial decorrentes da relação de trabalho apenas os dispositivos deste Título.’

‘Art. 223-B. Causa dano de natureza extrapatrimonial a ação ou omissão que ofenda a esfera moral ou existencial da pessoa física ou jurídica, as quais são as titulares exclusivas do direito à reparação.’

‘Art. 223-C. A honra, a imagem, a intimidade, a liberdade de ação, a autoestima, a sexualidade, a saúde, o lazer e a integridade física são os bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa física.’

‘Art. 223-D. A imagem, a marca, o nome, o segredo empresarial e o sigilo da correspondência são bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa jurídica.’

‘Art. 223-E. São responsáveis pelo dano extrapatrimonial todos os que tenham colaborado para a ofensa ao bem jurídico tutelado, na proporção da ação ou da omissão.’

‘Art. 223-F. A reparação por danos extrapatrimoniais pode ser pedida cumulativamente com a indenização por danos materiais decorrentes do mesmo ato lesivo.’

após 23 de abril, embora regulando as situações fáticas ocorridas sob seu curto período de vigência. Para examinar os efeitos, *em separado*, dessa MPr., consultar DELGADO, M. G. e DELGADO, G. N. *A Reforma Trabalhista no Brasil* — com os comentários à Lei n. 13.467/2017, 2. ed. São Paulo: LTr, 2018, Capítulo IV, item V, p. 148-150.

§ 1º Se houver cumulação de pedidos, o juízo, ao proferir a decisão, discriminará os valores das indenizações a título de danos patrimoniais e das reparações por danos de natureza extrapatrimonial.

§ 2º A composição das perdas e danos, assim compreendidos os lucros cessantes e os danos emergentes, não interfere na avaliação dos danos extrapatrimoniais.’

‘Art. 223-G. Ao apreciar o pedido, o juízo considerará:

- I — a natureza do bem jurídico tutelado;
- II — a intensidade do sofrimento ou da humilhação;
- III — a possibilidade de superação física ou psicológica;
- IV — os reflexos pessoais e sociais da ação ou da omissão;
- V — a extensão e a duração dos efeitos da ofensa;
- VI — as condições em que ocorreu a ofensa ou o prejuízo moral;
- VII — o grau de dolo ou culpa;
- VIII — a ocorrência de retratação espontânea;
- IX — o esforço efetivo para minimizar a ofensa;
- X — o perdão, tácito ou expresso;
- XI — a situação social e econômica das partes envolvidas;
- XII — o grau de publicidade da ofensa.

§ 1º Se julgar procedente o pedido, o juízo fixará a indenização a ser paga, a cada um dos ofendidos, em um dos seguintes parâmetros, vedada a acumulação:

- I — ofensa de natureza leve, até três vezes o último salário contratual do ofendido;
- II — ofensa de natureza média, até cinco vezes o último salário contratual do ofendido;
- III — ofensa de natureza grave, até vinte vezes o último salário contratual do ofendido;
- IV — ofensa de natureza gravíssima, até cinquenta vezes o último salário contratual do ofendido.

§ 2º Se o ofendido for pessoa jurídica, a indenização será fixada com observância dos mesmos parâmetros estabelecidos no § 1º deste artigo, mas em relação ao salário contratual do ofensor.

§ 3º Na reincidência entre partes idênticas, o juízo poderá elevar ao dobro o valor da indenização.

A interpretação das regras fixadas no novo Título II-A da CLT, integrado pelos arts. 223-A até 223-G, não pode ser, naturalmente, meramente literalista, devendo observar, sem dúvida, os métodos científicos de interpretação jurídica, tais como o lógico-racional, o sistemático e o método teleológico. Dessa maneira, será possível se harmonizarem os preceitos inseridos, em dezembro de 2017, na CLT com o conjunto jurídico mais amplo, inclusive estampado na Constituição da República, nos diplomas internacionais sobre Direitos Humanos subscritos pelo Brasil (e que aqui ingressam com *status* de norma supralegal) e nos demais diplomas normativos que regulam a matéria, sejam situados dentro do Direito do Trabalho (como, por exemplo, as Leis

ns. 9.029/1995 e 9.799/1999), sejam situados fora do Direito do Trabalho (Código Civil de 2002, por exemplo), porém aplicáveis à regência dos danos morais, inclusive estéticos, e, nessa medida, às relações trabalhistas.

Não prevalece, portanto, o isolacionismo jurídico nessa matéria, ao contrário do que pode induzir uma interpretação literal do novo art. 223-A da Consolidação.

As omissões do novo Título II-A da CLT, por outro lado, não traduzem ausência do direito protegido pelo ordenamento jurídico, porém mera atecnia legislativa, a ser corrigida pelo procedimento hermenêutico. Ilustrativamente, o *dano moral em ricochete* (por exemplo, indenização pleiteada pelo filho, em face da perda do pai ou da mãe, em decorrência de acidente do trabalho; ou reparação pleiteada pela esposa ou companheira, em face da perda acidentária de seu esposo ou companheiro) não se tornou infenso às indenizações constitucionais e legais. É evidente que esse tipo de dano e suas indenizações se preservam regulados pela ordem jurídica, uma vez que sua tutela deriva diretamente da Constituição da República (art. 5º, V e X, CF). Nesse quadro, a ideia de titularidade exclusiva do direito à reparação, contida no art. 223-B, *in fine*, da CLT, tem de ser objeto de adequada interpretação, obviamente.

Igualmente, a falta de referência, no Título II-A da CLT, ao dano estético — mas apenas ao dano moral — não traduz a sua inexistência, porém mera atecnia legislativa. Ou, se se preferir, significa a utilização, pela lei, da expressão dano moral em sentido amplo, englobando o dano moral em sentido estrito e o dano estético.

De outra parte, o rol de “bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa natural” fixado no art. 223-C da Consolidação não é, de forma alguma, exaustivo, porém apenas exemplificativo. É que os elencos de fatores anti-discriminatórios são, regra geral, meramente ilustrativos, por força da própria Constituição de 1988 (art. 3º, IV, *in fine*, CF). A interpretação literalista conduziria à absurda conclusão de que o art. 223-C não respeitaria o fator “deficiência”, embora seja expressamente enfatizado pela Lei n. 13.146/2015 (*Estatuto da Pessoa com Deficiência*, art. 1º) e pela *Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo*, da ONU, ratificada pelo Brasil pelo Decreto Legislativo n. 186/2008 — e que ostenta status de *emenda constitucional* (art. 5º, § 3º, CF).

A ideia de *juízo de equidade* para a aferição do dano e fixação da correspondente reparação consta, em parte, do novo texto legal. Dessa maneira, os 12 elementos a serem considerados pelo Magistrado ao apreciar o pedido (especificados no art. 223-G, *caput* e incisos I até XII, da CLT) direcionam-se à formação do juízo de equidade próprio ao julgamento desse tipo de litígio e pleito judiciais. Conforme exposto neste Capítulo XIX, em

seu item 4 (“4. Aferição do Dano Moral, Estético ou à Imagem e Respectivo Valor Indenizatório”), o manejo, pelo Juízo, dos critérios para exame do dano moral e para a fixação da correspondente reparação deve-se fazer mediante o máximo exercício das qualidades inerentes à função do julgador: sensatez, equanimidade, ponderação, imparcialidade.

A nova lei, contudo, não observou na integralidade a noção constitucional de juízo de equidade para a análise dos fatos danosos e da decisão indenizatória, uma vez que preferiu retomar o antigo critério do *tarifamento* do valor da reparação — critério que é tido como incompatível com o princípio da proporcionalidade sufragado pela Constituição de 1988 (art. 5º, V e X, CF), conforme exhaustivamente exposto neste Capítulo XIX (a respeito, conferir o texto do item IV.4.B.b — “*Crítérios Constitucionalmente Repelidos*”).

O tarifamento está explicitado no art. 223-G, § 1º, incisos I, II, III e IV, a par dos §§ 2º e 3º do mesmo art. 223-G. Se não bastasse a incompatibilidade desse critério de fixação da indenização com a Constituição de 1988 — conforme exhaustivamente explicado -, o diploma legal agregou fator adicional de incompatibilidade, ou seja, o parâmetro do salário contratual do ofendido como regra geral para cômputo da indenização. Tal parâmetro propicia injusta diferenciação entre o patrimônio moral de seres humanos com renda diversa - circunstância que acentua o desajuste da lei nova à matriz humanista e social da Constituição e da ordem jurídica internacional regente dos Direitos Humanos no País.

Agrega a lei que na “reincidência de quaisquer das partes, o juízo poderá elevar ao dobro o valor da indenização” (§ 3º do art. 223-G da CLT).

Note-se que não há previsão de parâmetro tarifado para o evento morte — o que significa, evidentemente, que a indenização, em tais casos, preserva-se no inteiro juízo de equidade da autoridade jurisdicional.

Pondere-se, por fim, que, em vista do critério constitucional da proporcionalidade claramente enfatizado pela Constituição quanto à fixação dessas indenizações, o fato é que a interpretação lógico-racional, sistemática e teleológica de tais preceitos normativos — sem embargo de recomendar a rejeição do caráter absoluto do tarifamento efetuado pela nova lei — pode considerar a tabela ali exposta basicamente como um parâmetro inicial para a fixação indenizatória pelo Magistrado, ainda que sem prevalência sobre a noção jurídica advinda do princípio da proporcionalidade.

O PODER NO CONTRATO DE TRABALHO — DIRETIVO, REGULAMENTAR, FISCALIZATÓRIO, DISCIPLINAR

I. INTRODUÇÃO

Um dos mais importantes *efeitos próprios* ao contrato de trabalho consiste, conforme já indicado no capítulo anterior, no *poder empregatício*. Em suas diversas dimensões — diretiva, regulamentar, fiscalizatória, disciplinar —, esse poder concentra um conjunto de prerrogativas de grande relevo socioeconômico, que favorecem, regra geral, a figura do empregador, conferindo-lhe enorme influência no âmbito do contrato e da própria sociedade.

Na verdade, o fenômeno do *poder*, em suas diversas áreas e projeções, é um dos mais relevantes e recorrentes na experiência histórico-social do homem. Em qualquer relação minimamente constante (e mesmo em inúmeros contatos apenas episódicos) entre duas ou mais pessoas ou entre grupos sociais mais amplos, o fenômeno do poder desponta como elemento central. Seja na dimensão estritamente interindividual, seja na dimensão que se estende cada vez mais ao universo societário, o poder surge como componente decisivo da experiência humana.

No contexto empregatício manifesta-se uma das dimensões mais importantes do fenômeno do poder no mundo contemporâneo. De fato, ao se saber que a relação de emprego constitui a relação de trabalho mais significativa do sistema econômico ocidental inaugurado há pouco mais de duzentos anos, depreende-se a relevância que tem, para a própria compreensão da atual sociedade, o conhecimento acerca do fenômeno do poder empregatício. Na verdade, essa dimensão específica do poder sofre os efeitos da configuração global do fenômeno no conjunto da sociedade (o contexto democrático ou autoritário mais amplo da sociedade influi na estrutura e na dinâmica do poder internas ao estabelecimento e à empresa). Do mesmo modo, o tipo de configuração do poder empregatício também cumpre importante papel no avanço e solidificação do processo democrático (ou autoritário) no conjunto mais amplo da sociedade envolvida.

Por todas essas razões, mesmo o operador jurídico preocupado em se debruçar sobre os aspectos técnico-jurídicos dessa específica dimensão do

poder não pode descurar-se de lhe perceber as projeções e reflexos sociais, efeitos muitas vezes decisivos à própria compreensão de sua estrutura e dinâmica meramente jurídicas⁽¹⁾.

II. PODER EMPREGATÍCIO: CONCEITO E CARACTERIZAÇÃO

1. *Conceituação*

Poder empregatício é o conjunto de prerrogativas asseguradas pela ordem jurídica e tendencialmente concentradas na figura do empregador, para exercício no contexto da relação de emprego. Pode ser conceituado, ainda, como o *conjunto de prerrogativas com respeito à direção, regulamentação, fiscalização e disciplinamento da economia interna à empresa e correspondente prestação de serviços*⁽²⁾.

A doutrina não se utilizava da expressão *poder empregatício* para se reportar ao fenômeno aqui em exame. Preferia produzir referências próprias àquilo que consideramos as diversas faces ou dimensões do mesmo fenômeno, quais sejam, *poder diretivo, poder regulamentar, poder fiscalizatório, poder disciplinar*. Não obstante essa antiga tradição (hoje já relativamente superada), é sem dúvida vantajoso, do ponto de vista teórico e prático, apreender-se, em uma específica denominação (*poder empregatício* ou *poder intraempresarial*), a integralidade de um mesmo fenômeno que apenas se desdobra, no plano operacional, em dimensões e manifestações variadas.

Poder Empregatício versus Poder Hierárquico — A doutrina, contudo, já se utilizou de expressão de caráter geral para designar o fenômeno aqui examinado. Trata-se da denominação *poder hierárquico*.

Hierárquico seria o poder deferido ao empregador no âmbito da relação de emprego consistente em um conjunto de atribuições com respeito à direção, regulamentação, fiscalização e disciplinamento da economia interna à empresa e correspondente prestação de serviços. O poder hierárquico abrangeria todas as demais dimensões do fenômeno do poder no contexto empresarial interno (assim como a novel expressão poder empregatício).

(1) O tema do poder já tem sido amplamente examinado por este autor em outras oportunidades. A esse respeito ver o primeiro capítulo da obra *Democracia e Justiça*. São Paulo: LTr, 1993 ("Poder e Justiça: a Questão do Controle Sobre o Judiciário") e o livro *O Poder Empregatício*. São Paulo: LTr, 1996, cujo primeiro capítulo trata inclusive da evolução do tratamento teórico acerca do poder na Filosofia Política e Ciência Política.

(2) Os pontos iniciais do presente capítulo, em especial os estudos acerca do conceito e dimensões do poder empregatício, seus fundamentos e sua natureza jurídica foram retirados de nossa obra anterior, *O Poder Empregatício* (LTr), já citada, para onde remetemos o leitor, sem necessidade de novas referências.

Embora essa larga abrangência possa conferir à velha denominação um lado funcional (isto é, prático), ela não esconde a face autoritária e retrógrada — portanto equívoca — inerente à ideia de “*hierárquico*”⁽³⁾.

Tal expressão, afinal, carrega-se de rigidez incompatível com qualquer processo de democratização do fenômeno intraempresarial de poder. Trazida ao Direito do Trabalho por inspirações administrativistas ou institucionalistas já superadas há longa época pela mais arejada teoria justralhista, a expressão, mesmo hoje, não deixa de evocar uma lembrança severa, implacável e hirta do fenômeno do poder na empresa. Como bem apontado por *Arion Sayão Romita*, a hierarquia “...importa um poder de senhoria do superior em face do inferior, do qual este não pode unilateralmente livrar-se”⁽⁴⁾. Não é por outra razão que alguns juristas já tendem a considerar essa noção fundamentalmente como mero rescaldo do velho corporativismo⁽⁵⁾.

Por todos esses fundamentos, é inevitável concluir-se que o lado prático, funcional, do epíteto perde-se em decorrência do equívoco filosófico e teórico subjacente à noção de poder *hierárquico*.

De qualquer modo, esse lado prático poderia ser atendido pelas simples expressões *poder intraempresarial* ou *poder empregatício*, de que seriam manifestações específicas e combinadas os chamados poderes diretivo, regulamentar, fiscalizatório e disciplinar. Assim, considera-se mais acertado referir-se ao fenômeno global do poder no âmbito da relação de emprego pela expressão genérica *poder empregatício* (ou se se preferir, poder intraempresarial), em vez de poder hierárquico.

2. Caracterização

O poder empregatício divide-se em *poder diretivo* (também chamado *poder organizativo*), *poder regulamentar*, *poder fiscalizatório* (este também chamado *poder de controle*) e *poder disciplinar*.

Como será visto a seguir, as duas dimensões do poder intraempresarial que têm alcançado certa amplitude, consistência e identidade próprias, a ponto de justificarem, pacificamente, sua designação como *modalidades específicas* do poder empregatício, são os poderes *diretivo* e *disciplinar*.

(3) Hierarquia, na origem, traduz afinal “a ordem das coisas sagradas, isto é, dos entes e dos valores supremos”. ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. São Paulo: Mestre Jou, 1982, p. 474.

(4) ROMITA, Arion Sayão. *O Poder Disciplinar do Empregador*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1983, p. 46.

(5) Nesta linha, MAGANO, Octavio Bueno. *Do Poder Diretivo na Empresa*. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 114.

No tocante aos poderes *regulamentar* e *fiscalizatório* tem-se questionado sua real identificação como modalidades específicas do poder empregatício, preferindo-se enxergá-los como manifestações conexas ou extensivas do próprio poder de direção.

A) Poder Diretivo — *Poder diretivo* (ou *poder organizativo* ou, ainda, *poder de comando*) seria o conjunto de prerrogativas tendencialmente concentradas no empregador dirigidas à organização da estrutura e espaço empresariais internos, inclusive o processo de trabalho adotado no estabelecimento e na empresa, com a especificação e orientação cotidianas no que tange à prestação de serviços.

Luiza Riva Sanseverino define-o como o poder atribuído ao empregador “(...) de determinar as regras de caráter predominantemente técnico-organizativas que o trabalhador deve observar no cumprimento da obrigação”⁽⁶⁾. Aduz a autora que mediante “o exercício do poder diretivo o empregador dá destinação correta às energias de trabalho (...) que o prestador é obrigado a colocar e a conservar à disposição da empresa da qual depende”⁽⁷⁾.

A *concentração* do poder de organização faz-se na figura do empregador. Isso se explica em face do controle jurídico, sob diversos ângulos, que o empregador tem sobre o conjunto da estrutura empresarial e em face também do princípio de assunção dos riscos do empreendimento que sobre ele recai.

Entretanto, há ressalvas no tocante a essa concentração. É que a democratização da sociedade política ocidental e a própria democratização do sistema de poder prevalente dentro da empresa podem levar a um contingenciamento desse poder organizativo e de comando no que diz respeito à relação de emprego. Embora essas conquistas democratizantes apenas timidamente tenham alcançado a experiência juspolítica brasileira, não se pode negar a possibilidade de seu desenvolvimento histórico no País.

B) Poder Regulamentar — *Poder regulamentar* seria o conjunto de prerrogativas tendencialmente concentradas no empregador dirigidas à fixação de regras gerais a serem observadas no âmbito do estabelecimento e da empresa.

Embora haja importantes vozes doutrinárias que identificam nessa atividade regulamentadora interna uma específica dimensão do poder empregatício⁽⁸⁾, prepondera avaliação contrária.

(6) SANSEVERINO, Luiza Riva. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1976, p. 207.

(7) SANSEVERINO, L. R. *Curso de Direito do Trabalho*, cit., p. 207.

(8) Nessa direção, Orlando Gomes e Elson Gottschalk, que afirmam: “O poder regulamentar da empresa é ainda a mais eminente prerrogativa de seus dirigentes, a pedra de toque da disciplina interna, o sismógrafo que registra os abalos por que passa a sua estrutura no direito contemporâneo”. In *Curso de Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro: Forense, 1972, p. 75.

Segundo a análise dominante, não seria justificável a percepção de uma identidade própria no chamado poder regulamentar; na verdade, este seria mera expressão (isto é, *manifestação exterior*) do poder diretivo. É que o poder diretivo somente poderia concretizar-se através da utilização de meios informais e formais de comunicação com o público intraempresarial (portanto, desde instruções diretas e pessoais a cada trabalhador até a expedição de regras gerais — regulamentos escritos, circulares e ordens de serviço)⁽⁹⁾. Noutras palavras, a linguagem (seja escrita seja verbal) seria instrumento central de exteriorização do poder diretivo, razão por que não poderiam seus instrumentos ser considerados dimensão própria e distinta do poder empregatício — mas mera manifestação do poder diretivo⁽¹⁰⁾. Nesse contexto, tais diplomas (ordens de serviço, circulares e regulamentos internos) não se compreendem fora do núcleo do fenômeno do poder diretivo — nem se poderia compreender esse poder como limitado a mecanismos de natureza meramente pessoal (ordens diretas, etc.).

Em síntese, para a vertente interpretativa dominante a atividade regulamentar seria simples meio de concretização externa das intenções e metas diretivas colocadas no âmbito do estabelecimento e da empresa. De fato, não se pode negar que sem a linguagem escrita e verbal não haveria, simplesmente, forma de como o poder diretivo dar-se a conhecer no universo material e jurídico.

Natureza dos Dispositivos Regulamentares — A atividade regulamentar no contexto empregatício (quer considerada parte integrante do poder diretivo, quer considerada fenômeno específico) tem grande importância na vida contratual trabalhista — e por essa razão não escapa aos parâmetros delimitadores do Direito do Trabalho.

Nessa linha, a compreensão jurídica mais importante a respeito do poder regulamentar empresarial é a de que ele não tem o condão de produzir efetivas *normas jurídicas* mas, sim, meras *cláusulas contratuais* (ou, se se preferir, *atos jurídicos unilaterais*, que aderem ao contrato). Ou seja, os diplomas resultantes do poder regulamentar empresarial (regulamento de empresa, por exemplo) não são compostos por normas jurídicas, mas por simples cláusulas obrigacionais.

(9) Nesta direção, Luiza Riva Sanseverino (ob. cit., p. 207), que, inclusive, se refere aos regulamentos internos, circulares e ordens de serviço como manifestações exteriores do poder diretivo.

(10) Nessa linha, Amauri Mascaro Nascimento, que arrola os meios de manifestação do poder diretivo: “A forma dessa manifestação reveste-se de duas espécies: manifestações gerais e manifestações particulares, as primeiras consubstanciadas no regulamento da empresa, aviso e circulares, as últimas nas ordens de caráter individual”. In: *Compêndio de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr/USP, 1976, p. 396.

Examine-se com maior cuidado essa compreensão teórica: é inquestionável que tais diplomas (principalmente o regulamento empresarial) contêm regras gerais, abstratas, impessoais e de cumprimento obrigatório no contexto empregatício (desde que lícitas, evidentemente); é inquestionável, portanto, que tais diplomas têm as qualidades inerentes às normas jurídicas, embora incidentes sobre um universo relativamente restrito — o estabelecimento ou a empresa. Contudo, é inquestionável também que tais diplomas — ao menos em nossa tradição, ainda muito pouco aberta às práticas democráticas — resultam, em geral, do exercício unilateral da vontade do empregador, faltando-lhes, pois, o caráter dialético que tende a caracterizar as normas jurídicas. Fruto de uma vontade unilateral meramente privada, tais dispositivos intraempresariais não podem, por essa fundamental razão, assumir o *status* de norma jurídica, sendo tratados, desse modo, pelo Direito do Trabalho, como simples cláusula contratual.

Em consequência desse enquadramento de tais diplomas como fontes produtoras de meras cláusulas contratuais (e não de normas jurídicas), conclui-se que a eles não se aplica o critério geral de revogação de normas jurídicas imperante no Direito pátrio (art. 2º, *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro*) — critério que informa que uma norma jurídica revoga a norma precedente, produzindo efeitos imediatos e gerais.⁽¹¹⁾ Aplica-se-lhes, ao invés, o critério determinante da imutabilidade das cláusulas contratuais (art. 468, *caput*, CLT), pelo qual a modificação do diploma intraempresarial não atinge as cláusulas anteriormente estabelecidas e incidentes nos contratos individuais (a não ser que se trate de alteração mais favorável).

De fato, tal compreensão é a que está pacificamente expressa na jurisprudência dominante dos tribunais trabalhistas (por exemplo, Súmula 51, I, do TST).

C) Poder Fiscalizatório — *Poder fiscalizatório* (ou *poder de controle*) seria o conjunto de prerrogativas dirigidas a propiciar o acompanhamento contínuo da prestação de trabalho e a própria vigilância efetivada ao longo do espaço empresarial interno. Medidas como o controle de portaria, as *revistas*, o circuito interno de televisão, o controle de horário e frequência, a prestação de contas (em certas funções e profissões) e outras providências correlatas é que seriam manifestação do poder de controle.

Não se pode negar que a ideia de *poder fiscalizatório* como poder autônomo perante os demais empregatícios tem certo mérito didático — já que permite reunir para estudo um grupo semelhante de medidas de acompanhamento empresarial interno. Contudo, não há como deixar de se perceber

(11) A *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro* corresponde, na verdade, à nova denominação da tradicional *Lei de Introdução ao Código Civil*, aprovada pelo Decreto-lei n. 4.657, de 4.9.1942. O novo epíteto foi conferido por meio da Lei n. 12.376, de 30.12.2010 (Diário Oficial de 31.12.10).

nesse poder fiscalizatório também nada mais do que simples manifestação do poder diretivo, em geral realizada como pressuposto do poder disciplinar. *Riva Sanseverino* assim estabelece a relação: “Se assim se manifesta a disciplina do poder diretivo, tal poder continua a realizar-se, transformando-se em poder de controle, pela vigilância sobre a efetiva e regular atuação, seja da organização do trabalho estabelecida, seja pelas funções confiadas a cada prestador individualmente”⁽¹²⁾.

Limites ao Poder de Controle — Há limites (ou não) ao poder fiscalizatório empresarial? Seguramente sim, embora existam dúvidas a respeito das efetivas e exatas fronteiras aplicáveis às prerrogativas de controle empresarial.

Existem ordens jurídicas que estabelecem firme contingenciamento ao exercício de tais atividades de fiscalização e controle internas à empresa, em benefício da proteção à liberdade e dignidade básicas da pessoa do trabalhador. O Estatuto dos Direitos dos Trabalhadores da Itália (Lei n. 300, de 20.5.70), por exemplo, veda a presença permanente (não o ingresso excepcional) de guardas de segurança no estrito local de cumprimento das atividades laborais obreiras (art. 2º); veda, *como regra*, o “uso de instalações audiovisuais de outros aparelhos com fins de controle a distância das atividades dos trabalhadores”, além de submeter a utilização de instalações eventualmente necessárias em face de outros objetivos ao “prévio acordo das comissões de representantes sindicais na empresa, ou então, na falta destas, a comissão interna” (art. 4º); veda, também, *como regra*, as inspeções pessoais de controle sobre o trabalhador, admitindo-as, com restrições, em certos casos, sempre mediante acordo entre o empregador e as comissões de representantes sindicais na empresa ou, na falta destas, com a comissão interna (art. 6º).

A ordem jurídica brasileira não tem, ainda, preceitos tão claros na direção acima enunciada. Contudo, ostenta *regras e princípios gerais* capazes de orientar o operador jurídico em face de certas situações concretas.

Nesse quadro, é inquestionável que a Constituição de 1988 rejeitou condutas fiscalizatórias e de controle da prestação de serviços que agriam à liberdade e dignidade básicas da pessoa física do trabalhador. Tais condutas chocam-se, frontalmente, com o universo normativo e de princípios abraçado pela Constituição vigorante. É que a Constituição pretendeu instituir um “*Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social...*” (Preâmbulo da CF/88; grifos acrescidos). A *dignidade da pessoa humana* é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, constituída em Estado

(12) SANSEVERINO, L. R., *ob. cit.*, p. 207.

Democrático de Direito (art. 1º, III, CF/88), que tem por alguns de seus *objetivos fundamentais* “construir uma sociedade justa e solidária”, além de “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (art. 3º, I e IV, CF/88).

Ao lado de todos esses princípios (que, na verdade, atuam como *princípios normativos*), existem, na Constituição, regras impositivas enfáticas, que afastam a viabilidade jurídica de condutas fiscalizatórias e de controle da prestação de serviços que agridam a liberdade e dignidade básicas da pessoa natural do trabalhador. Ilustrativamente, a regra geral da igualdade de todos perante a lei e da “inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade” (art. 5º, *caput*, CF/88). Também a regra geral de que “ninguém será submetido ... a tratamento desumano ou degradante” (art. 5º, III, CF/88). Ainda a regra geral que declara “invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” (art. 5º, X, CF/88). Por fim as regras gerais clássicas no sentido de que “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente” e de que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (art. 5º, LIII e LIV, CF/88).

Todas essas regras e princípios gerais, portanto, criam uma fronteira inegável ao exercício das funções fiscalizatórias e de controle no contexto empregatício, colocando na franca ilegalidade medidas que venham agredir ou cercear a liberdade e dignidade da pessoa que trabalha empregaticamente no País.

Registre-se, a propósito, que apenas após 1988 é que a ordem jurídica heterônoma estatal insculpiu preceito vedatório expresso (Lei n. 9.799, de 26.5.1999) de *revistas íntimas* em trabalhadoras no contexto empresarial (o novo dispositivo estabelece ser vedado “proceder o empregador ou preposto a revistas íntimas nas empregadas ou funcionárias” — art. 373-A, inciso VI, CLT, conforme Lei n. 9.799/99). Entretanto, conforme já examinado, tal vedação já era implicitamente resultante dos preceitos constitucionais acima expostos (e, no fundo, tutela qualquer *pessoa física*, independentemente de seu sexo). A propósito, relativamente à proibição de revistas íntimas em mulheres, ela foi novamente enfatizada pela Lei n. 13.271, de 15.4.2016 (art. 1º) que, inclusive, estabeleceu ficarem os infratores sujeitos a multa de R\$ 20.000,00 “ao empregador, revertidos aos órgãos de proteção dos direitos da mulher” (art. 2º, I); tal penalidade é passível de dobra na reincidência, “independentemente da indenização por danos morais e materiais e sanções de ordem penal” (art. 2º, II).⁽¹³⁾

(13) Passados 25/27 anos da promulgação da Constituição de 1988, já estando mais bem absorvidos, pela jurisprudência e pela sociedade, os largos avanços culturais e jurídicos por

D) Poder Disciplinar — Poder disciplinar é o conjunto de prerrogativas concentradas no empregador dirigidas a propiciar a imposição de sanções aos empregados em face do descumprimento por esses de suas obrigações contratuais.

Embora possa também ser considerado simples dimensão, extensão ou *corolário do poder de direção*⁽¹⁴⁾, o poder disciplinar tem sido universalmente identificado em seara conceitual própria, em virtude da existência de figuras jurídicas específicas ao exercício desse poder, como, ilustrativamente, as noções de *ilícito trabalhista*, *sanção* e *procedimento punitivo*.

Ocorre nessa esfera do poder empregatício o mesmo processo já percebido nas demais manifestações de tal poder. A democratização da sociedade política ocidental e a própria democratização do sistema de poder prevalente dentro da empresa podem levar a um crescente contingenciamento do poder disciplinar no âmbito da relação de emprego. Desse modo, tal como o poder diretivo (e se se quiser, o regulamentar e o poder de controle), o poder disciplinar também vivenciou um processo de democratização, em especial nas experiências mais consistentes de Democracia no Ocidente.

Esse processo de democratização consistiu, na verdade, em uma tendência global nos países centrais em seguida à Segunda Guerra Mundial — até, pelo menos, meados da década de 1970. A título de ilustração, é o que se percebeu na Itália. Com suporte na experiência jurídica das décadas entre 1945 até meados dos anos 1970, *Riva Sanseverino* apontou, quanto ao poder disciplinar, a “adoção de vários temperamentos da autonomia do empregador; inicialmente, a constante disciplina da matéria por contrato coletivo, e a consequente especificação apriorística e objetiva das sanções disciplinares que podem ser inflingidas; em seguida, a necessária comunicação ao trabalhador da falta disciplinar, e a possível intervenção das Comissões Internas (...) ou das representações sindicais (...)”⁽¹⁵⁾ A propósito, o Estatuto dos Direitos dos Trabalhadores, na Itália (Lei n. 300/70), avançou tanto nessa democratização, atenuando o unilateralismo e assimetria do

ela incrementados, pode-se aquilatar, contemporaneamente, que o sistema justralhista brasileiro muito avançou no sentido da maior democratização do poder empregatício, inclusive do poder disciplinar, em contraponto à fase unilateralista e sem peias que fora preponderante no período anterior à vigência do Texto Máximo da República. Em contraponto a isso, surgiu em 2017 a Lei da Reforma Trabalhista (n. 13.467, vigente desde 11.11.17), que buscou incrementar o poder empresarial no contexto da relação de emprego. Sobre esse aspecto recente, consultar, neste Capítulo XX, o item VI (“Poder Empregatício: Entre a Constituição de 1988 e a Reforma Trabalhista de 2017”).

(14) A expressão destacada é de Messias Pereira Donato: *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 100.

(15) SANSEVERINO, L. R., ob. cit., p. 212.

poder intraempresarial, que houve juristas, como *Cecília Assanti* e *Giuseppe Pera*, que enxergaram, na época, até mesmo um “golpe de morte” desferido pelo novo diploma legal no poder disciplinar⁽¹⁶⁾.

Em outras realidades das nações desenvolvidas, semelhante processo também foi ressaltado. *Jean-Claude Javillier* enfatizou, quanto à França, a existência de um “procedimento reforçado” aplicável a toda sanção que possa ter “*uma incidência imediata ou não sobre a presença dentro da empresa, a função, a carreira ou a remuneração do assalariado*”. O mesmo autor refere-se também ao *grievance procedure*, dos Estados Unidos, e à *procédure des griefs*, do Canadá, como procedimentos ainda mais sofisticados que os franceses⁽¹⁷⁾.

O jurista brasileiro *Arion Sayão Romita* mostrou a inexorabilidade desse processo de democratização no universo das ordens jurídicas mais avançadas: “Se o moderno direito do trabalho é favorável a uma limitação dos poderes de direção econômica do chefe de empresa, com mais razão há de mostrar-se ele favorável à limitação do poder disciplinar que, na maioria de suas manifestações práticas, põe em jogo a personalidade do trabalhador. Essa tendência pode ser observada na quase-totalidade dos ordenamentos jurídicos estrangeiros. A evolução geral, por via legislativa ou mediante negociação coletiva, demonstra que o poder disciplinar tende a despojar-se de seu primitivo caráter discricionário em proveito de uma ‘normalização’ justificada pela finalidade por ele perseguida e lastreada no intuito de proteger o assalariado”⁽¹⁸⁾.

A larga teorização a respeito do poder disciplinar e os inúmeros requisitos colocados para seu exercício concreto aconselham que se reserve, neste Capítulo, tópico específico para análise de tal poder. É o que será efetuado mais à frente, no item V.

(16) ASSANTI, Cecília; PERA, Giuseppe. *Comento allo Statuto dei Diritti dei Lavorarti*. Modena: CEDAM, 1972, p. 73. Naturalmente que a avaliação dos dois autores italianos, produzida no entusiasmo da aprovação do *Estatuto dos Direitos dos Trabalhadores*, no início dos anos 1970, mostrou-se um tanto ingênua e precipitada, pois o sistema econômico, a partir da década de 1980, mesmo na Europa, em face do avanço da ideologia e prática neoliberais, encontrou fórmulas de reascender o poder empregatício na vida socioeconômica, tais como a parassubordinação (que se mostraria impactante na Itália) e a terceirização, sem contar a manutenção contínua de taxas elevadas de desemprego no contexto europeu.

(17) JAVILLIER, Jean-Claude. *Manual de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1988, p. 126-27.

(18) ROMITA, A. S., ob. cit., p. 204. Naturalmente que o vendaval neoliberalista que se abateu sobre a cultura ocidental a partir da década de 1980 pode ter refrutado, em alguma medida, esse processo de avanço democrático relatado pela doutrina. Porém, não teve o condão de fazer regredir o poder empregatício para tempos e dinâmicas superados de estrito unilateralismo empresarial. Nessa avaliação, há que se ressaltar, porém, a fase mais recente vivida pelo Direito do Trabalho brasileiro, a partir da denominada *reforma trabalhista*. A respeito, consultar o item VI deste Capítulo XX (“Poder Empregatício: Entre a Constituição de 1988 e a Reforma Trabalhista de 2017”).

III. FUNDAMENTOS DO PODER EMPREGATÍCIO

Fundamento é a “causa no sentido de razão de ser”⁽¹⁹⁾. Para a Ciência do Direito, o estudo do *fundamento* de um instituto ou fenômeno jurídico concerne à pesquisa acerca do fato jurídico que responde pela origem desse fenômeno ou instituto e que lhe confere validade no campo do Direito. O fato que, em síntese, confere-lhe, a um só tempo, título e substrato (fundamentação) jurídicos.

A análise acerca do fundamento jurídico do poder empregatício desdobra-se em duas dimensões: a doutrinária e a legal. Esta última, como é óbvio, investiga os textos legais vigorantes que conferem título e substrato jurídicos ao fenômeno do poder empregatício. A dimensão doutrinária de pesquisa, por sua vez, busca a efetiva fundamentação do poder empregatício, isto é, a causa ou fator que confere título e substrato à própria existência do fenômeno e que permite sua incorporação pelo universo normativo vigente.

1. Fundamentos Doutrinários

A teoria justralhista tem eleito algumas principais interpretações acerca da origem (título) e fundamentação do poder no contexto empresarial interno. Trata-se das correntes privatísticas, que se remetem à ideia de *propriedade privada*; da corrente institucionalista, que se reporta à ideia de empresa como *instituição*; da corrente publicística, que se remete à ideia do poder empregatício como *delegação do poder público*; e, finalmente, das concepções *contratualistas*.

A) Propriedade Privada — A *propriedade privada*, como título e fundamentação do poder empresarial interno, é, talvez, a corrente mais antiga entre as concepções acima contrapostas, remontando ainda aos primórdios do Direito do Trabalho. Constrói-se sumamente impressionada com a estrutura e dinâmica rigidamente unilaterais e assimétricas do fenômeno do poder no âmbito da empresa e do estabelecimento — característica exponencial das primeiras fases do industrialismo capitalista.

Ilustrativo exemplo dessa concepção privatística é dado pelos autores *Paul Durand* e *Jaussaud*: “O direito de direção expressa o estado de subordinação do assalariado, que é o elemento característico das relações de trabalho. Ele constitui uma prerrogativa *natural* do empregador e não tem de ser formalmente previsto pelo contrato de trabalho (...)”⁽²⁰⁾.

(19) ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. São Paulo: Mestre Jou, 1982, p. 452.

(20) DURAND, P.; JAUSSAUD, R. *Traité de Droit du Travail*. v. I. Paris: Dalloz, 1947, p. 430 (traduzido do original; grifos acrescidos).

Outro exemplo ilustrativo dessa corrente reside na explanação do autor *Célio Goyatá*: "(...) o poder hierárquico é um poder inalienável que não pode ser subtraído e nem retirado do empregador no regime de produção de livre iniciativa (...) É-lhe inerente. Não deve e não pode ser abalado em sua estrutura. A sua própria etimologia diz da sua importância. Hierarquia deriva dos étimos gregos 'hieros' (sagrado) e 'arché' (comando), é uma classificação de lugares pela ordem de subordinação"⁽²¹⁾.

Embora tenha tido numerosos adeptos no desenrolar da doutrina justralhista, não há como acatar-se o conjunto teórico característico à corrente da propriedade privada. Tais concepções, que atribuem o poder intraempresarial à propriedade dos meios de produção — como sua decorrência inerente —, não exprimem com fidelidade o título e o fundamento jurídicos desse fenômeno de poder.

Já de início essa matriz teórica não absorve a *diferença essencial* no que concerne ao poder situado nas relações de produção servis e escravagistas perante o poder empregatício. Diferença posta pela ideia de liberdade — só presente na última figura —, com todas as consequências que lhe são resultantes. O reducionismo que subjaz a tais concepções privatísticas — concentrando na propriedade e seus efeitos todo o fenômeno do poder no estabelecimento e na empresa — igualiza situações e relações sumamente diversas, eliminando qualquer fertilidade explicativa a suas propostas teóricas.

Ao lado disso, tais concepções privatísticas não absorvem e expressam a complexidade que caracteriza o fenômeno do poder empregatício, reduzindo-o a um conjunto de prerrogativas unilaterais deferidas pelo estatuto da propriedade a seu titular. Não assimilam, por exemplo, todas as ações que o ser coletivo obreiro pode cumprir nas situações de poder existentes no estabelecimento e na empresa (comissões obreiras, delegados sindicais, comissões paritárias intraempresariais, etc.).

Por fim, do ponto de vista de um raciocínio estritamente jurídico, as insuficiências dessas concepções são gritantes: afinal, se residisse na propriedade privada o título jurídico de tal poder, ele sequer existiria no largo espectro de estabelecimentos e empresas contemporâneas em que a titularidade do empreendimento não repousa nas mesmas mãos dos titulares do direito de propriedade.

B) Institucionalismo — A *instituição* como fundamento (título e substrato jurídico) do poder empresarial interno emerge como concepção relevante na Europa Ocidental da primeira metade do século XX, associada à inspiração política autoritária que se destacou naquele período (fascismo, na política; organicismo e corporativismo, no Direito). Após 1945, manteve ain-

(21) GOYATÁ, Célio. Alguns Temas de Direito do Trabalho, in *Revista LTr*, n. 38, fev. 1974, p. 113.

da razoável influência, embora principalmente em países de experimentação democrática mais rarefeita (por exemplo, Brasil, Argentina, México)⁽²²⁾.

A mais ampla exposição do institucionalismo encontrada na teoria jus-trabalhista brasileira deriva de *Luiz José de Mesquita*, em obra de 1950. Referindo-se ao poder diretivo, sustenta o autor: “Visto do lado institucional esse direito encontra fundamento no interesse social da empresa, que exige uma perfeita organização profissional do trabalho fornecido por seus colaboradores a fim de se atingir um bem comum de ordem econômico-social. A ordem na organização técnica da produção e na administração interna da empresa exige uma direção nesse sentido”⁽²³⁾.

Referindo-se ao poder disciplinar, assim se expressa o mesmo autor: “O poder de aplicar sanções disciplinares que o Direito Disciplinar do Trabalho autoriza é de natureza institucional e se fundamenta pela teoria da instituição, não podendo a sujeição da atividade produtiva da pessoa humana do empregado à empresa, realizada através do poder hierárquico, ser explicada pelos poderes derivados do instituto da propriedade privada (...) A teoria institucionalista fundamenta o direito de punir disciplinarmente, na empresa-econômica, pela própria necessidade de conservação da empresa e direção dela para a sua finalidade econômico-social”⁽²⁴⁾.

O institucionalismo também não exprime com fidelidade quer a fundamentação, quer o título jurídicos do fenômeno do poder intraempresarial. Trata-se, na verdade, preferentemente de concepção *justificadora* de certo tipo de situação de poder (uma situação de poder bastante assimétrica e despótica) do que de uma concepção *explicativa* dessa situação. Dissimula a presença da liberdade na relação empregatícia — embora essa liberdade seja-lhe conceitual e distintiva perante as relações de produção anteriormente existentes na história. Nega o caráter dialético do poder nessa relação, reduzindo-o a um instrumento de direção e manipulação uniformes. Dissimula a presença dos sujeitos envolvidos no fenômeno do poder empregatício através da ideia de instituição, supostamente agregadora de vontade e interesses próprios.

C) Delegação do Poder Público — A concepção publicística, que concebe o poder empregatício como delegação do poder público, irmana-se

(22) Tratando do *institucionalismo* no Direito do Trabalho, Délio Maranhão expõe que tal concepção implica a obediência do empregado ao interesse da empresa, acentuando a subordinação verificada na relação empregatícia. Conclui: “Não foi por acaso que a concepção institucionalista veio a ser consagrada pela lei nazista de 1934, que organizou a Frente do Trabalho”. In *Direito do Trabalho*. Fundação Getúlio Vargas, 1987, p. 40.

(23) MESQUITA, Luiz José de. *Direito Disciplinar do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 1950, p. 64 (edição fac-similada por São Paulo: LTr, 1991).

(24) MESQUITA, L. J., ob. cit., p. 98.

histórica e teoricamente, de certo modo, à vertente institucionalista. Ambas incorporam a matriz autoritária que prevaleceu na cultura política e jurídica ocidental na primeira metade do século XX.

Essa matriz autoritária consubstanciava fórmula curiosa: mantinha os elementos essenciais da noção básica da propriedade privada, rejeitando, contudo, os postulados filosóficos do liberalismo clássico. A rejeição ao velho liberalismo por tais vertentes não conduzia à assimilação das tendências novas de participação coletiva obreira na sociedade política e civil, inclusive a empresa. Ao contrário, repelia-se tal participação, construindo-se visão ainda mais despótica do fenômeno intraempresarial de poder. Para conferir consistência a essa visão a matriz autoritária ou se socorria da ideia de existência de uma “terceira” vontade na empresa (a “instituição”) ou se socorria da ideia de delegação de poder ao empresário pelo Estado (corrente publicística). De todo modo, em qualquer das duas fórmulas não havia espaço à emergência e afirmação da vontade obreira no interior da relação de poder empregatícia.

Para a concepção publicística, o poder disciplinar teria título e fundamentação jurídicos em uma “*delegação do poder público*” em favor do empresário. Ouça-se a respeito o articulista brasileiro *Cândido Gomes de Freitas*, da década de 1940: “Em nossa opinião, o poder disciplinar, como aliás todo poder individual de aplicar penas, só pode ser entendido como uma delegação do Poder Público. De outra forma, descambaríamos para a justiça privada, para formas primitivas de organização social”⁽²⁵⁾.

Arion Romita mostra os limites meramente históricos de tal formulação publicística — que é, de fato, indubitavelmente equivocada: “Essa tese poderia realmente merecer alguma atenção à época em que aventada (o estudo doutrinário em exame foi publicado em junho de 1944), ou seja, durante a vigência da Constituição de 10 de novembro de 1937, que tanta ênfase deu aos ‘superiores interesses da produção nacional’ (...), a exemplo do diploma que, no particular, lhe serviu de modelo — a *Carta del Lavoro* (...). À época, certa corrente doutrinária atribuía à empresa privada uma função cujo desempenho se situava nas vizinhanças do direito público”⁽²⁶⁾.

Todas as críticas lançadas ao institucionalismo aplicam-se à concepção publicística, que lhe é, como visto, irmanada. Liberdade, vontade, processo multilateral e dialético são realidades e noções que desaparecem na equação teórica publicística — embora sejam noções e realidades cada vez mais importantes para compreender-se a estrutura e dinâmica da relação de emprego e do exercício do poder em seu interior.

(25) FREITAS, C. G. de. O Poder Disciplinador no Direito do Trabalho, in *Revista do Trabalho*, junho de 1944, p. 306, *apud* ROMITA, Arion Sayão. *O Poder Disciplinar do Empregador*, cit., p. 116-200.

(26) ROMITA, A. S., ob. cit., p. 200-201 (grifos e parênteses no original).

Além disso, a noção de que o poder é fenômeno cuja origem, concentração e legitimidade política repousam exclusivamente no Estado é indissimuladamente autoritária e historicamente errônea. O que a História demonstra é o crescente processo de absorção de poder pela sociedade civil nas experiências democráticas, em contraponto ao centralismo estatal. A circunstância de se combater o exercício meramente individual do poder em uma realidade social não conduz à automática transferência para o Estado desse exercício (como sugeriria a explicação autoritária). Em vez disso, conduz à busca de fórmulas de controle e ampliação da participação dos diversos segmentos sociais nesse exercício de poder, mantida ainda a própria seara da sociedade civil para sua realização concreta.

D) Contrato — O *contrato*, como título e fundamentação do poder intraempresarial, constitui, hoje, a concepção absolutamente hegemônica no conjunto da teoria justralhista. É concepção também com largo potencial explicativo da realidade, dando curso tanto a visões mais assimétricas acerca do fenômeno do poder, como a perspectivas mais dialéticas (e menos assimétricas) acerca desse fenômeno.

São contratualistas, ilustrativamente, os juristas italianos *Luiza Riva Sanseverino* e *Renato Corrado*. No Direito inglês, arrolam-se na vertente contratualista os autores *Charles Drake* e *M. Wright*⁽²⁷⁾. No Brasil, *Délio Maranhão*, *Nélio Reis*, *Arion Sayão Romita* e inúmeros outros⁽²⁸⁾.

As concepções que atribuem a existência e reprodução jurídicas do poder intraempresarial ao contrato empregatício consistem naquelas que melhor traduzem o fundamento jurídico desse fenômeno. Trata-se das concepções que melhor revelam o título e substrato jurídicos do poder empregatício e melhor explicam a razão de ser jurídica desse fenômeno. É o contrato, de fato, o elemento que melhor confere suporte à origem e reprodução jurídicas de tal fenômeno de poder. Efetivamente o pacto de vontades (expresso ou tácito), que dá origem à relação de emprego, importa em um conjunto complexo de direitos e deveres interagentes de ambas as partes, em que se integra o poder empresarial interno.

A noção de contrato é, por outro lado, tão ampla que dá conta de qualquer situação historicamente experimentada no que tange à relação de emprego. Pode abranger, assim, desde as situações mais assimétricas, hierárquicas e

(27) As respectivas referências bibliográficas são: SANSEVERINO, Luiza Riva. *Curso de Direito do Trabalho*, cit., p. 48; CORRADO, Renato. *Manuale di Diritto del Lavoro*. Torino: Unione Tipografico/ Editrice Forinense, 1973, p. 390; DRAKE, Charles. *Labor Law*. London: Sweet & Maxwell, 1973, p. 130; WRIGHT, M. *Labor Law*. London: MacDonald and Evans, 1974, p. 32.

(28) As respectivas referências bibliográficas são: MARANHÃO, Délio, in SÜSSEKIND, A. *et alii. Instituições de Direito do Trabalho*, v. I. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1984, p. 218-219; REIS, Nélio. *Alteração do Contrato de Trabalho*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1957, p. 47; ROMITA, Arion Sayão, ob. cit., p. 195 e 205. A ampla maioria dos manuais recentes de Direito do Trabalho no Brasil, hoje, inclina-se em direção à presente vertente.

unilaterais — características (mas não apenas) do início do capitalismo ou dos experimentos autoritários nazifascistas e corporativistas do século XX — até situações de poder mais equilibradas, dialéticas e democráticas, como construíram-se nas experiências democráticas europeias mais avançadas do período imediatamente seguinte à Segunda Guerra Mundial (de 1945/46 à década de 1970, pelo menos).

Ressalte-se, contudo, que deve ser destacada uma característica singular ao contrato empregatício — característica não percebida (e absorvida) pela concepção civilista clássica de contrato (e também, de certo modo, não enfatizada pela tradicional teoria justralhista). É que o contrato de emprego, embora evidentemente bilateral, pode contudo sofrer forte influência e interveniência de outras vontades componentes da dinâmica empresarial interna. Um contrato empregatício que se firme, de um lado, entre um sujeito empregador (que, ao mesmo tempo, pode ser individual e coletivo), e, de outro lado, um sujeito individual obreiro, pode receber a interveniência, em sua reprodução sociojurídica ao longo da relação de emprego, da vontade do *sujeito coletivo obreiro*, por meio de suas múltiplas modalidades de organização e atuação (delegados obreiros internos à empresa, comissões internas e diversas outras formas de manifestação da vontade coletiva dos trabalhadores).

Essa característica singular significa, portanto, que *o contrato empregatício é essencialmente dinâmico, nele podendo atuar, após o pacto inicial celebrado, a vontade coletiva obreira, visando garantir o alcance de um processo mais democrático de gestão de poder no contexto empresarial interno.*

É evidente que essa maior complexidade e dinamismo do contrato de emprego apenas manifestaram-se depois de superada a fase extremamente assimétrica e verticalizante que caracterizava as relações trabalhistas no período inicial do sistema industrial moderno (a teoria econômica e sociológica do século XIX chegou a chamar de *despotismo de fábrica* o tipo de organização intraempresarial naquele período). À medida que se superou (ou se supera) essa fase extremamente verticalizante e assimétrica de exercício do poder, tal característica singular tende, cada vez mais, a acentuar-se, como ocorre hoje com o processo de democratização do espaço interno do estabelecimento e da empresa, por meio da participação do ser coletivo obreiro, quer pelos mecanismos de negociação coletiva, quer pelos instrumentos de representação operária nos locais de trabalho (processo ainda tímido, no Brasil, é bem verdade).

O contraponto entre as diversas concepções ora examinadas demonstra a clara superioridade da vertente contratualista, ao menos em sua leitura mais moderna. Efetivamente, trata-se da única concepção que *abrange qualquer hipótese de configuração histórico-jurídica do fenômeno do poder empregatício.*

E) Uma Variante: a autonomia como fundamento jurídico — Apon-te-se, por fim, uma instigante argumentação que tem sido apresentada por juristas contemporâneos a respeito de todo este tema. Para tal vertente, o fundamento do poder disciplinar residiria na *autonomia* das diversas instâncias de organização grupal existentes na sociedade, afirmatórias do pluralismo democrático inerente à história contemporânea.

Octavio Magano expõe tal perspectiva: “Melhor esclarecendo a nossa posição sobre a matéria vertente, parece-nos imprescindível desfazer, limi-narmente, qualquer equívoco entre a teoria por nós abraçada, que é a do pluralismo democrático, e a do falso pluralismo corporativista, consoante o qual os corpos intermediários seriam portadores de uma autonomia dele-gada: conservariam a autonomia natural, mas impregnar-se-iam, por assim dizer, da consciência do Estado, de modo que todas as suas ações e de-terminações harmonizar-se-iam com as normas mais gerais emanadas do poder central. (...) *Podemos afirmar que o fundamento do poder disciplinar é o pluralismo democrático, de cujo ponto de vista se há de conceber a sociedade como composta de vários centros de poder, colocados em níveis inferiores ao do Estado, mas dotados de autonomia.* O grau de participação dos indivíduos nos referidos centros de poder varia conforme a sua influência na realização dos valores por estes colimados”⁽²⁹⁾.

Essa última vertente de explicação, na verdade, não surge como necessariamente contraposta ou alternativa às vertentes anteriores, *em especial à posição contratualista*. A noção de autonomia é compatível por inteiro com o contratualismo. Na verdade, o contratualismo que mais importa ao Direito do Trabalho é aquele derivado da autonomia privada coletiva, resultante da ação grupal organizada dos trabalhadores — do ser coletivo obreiro em suma — e do ser coletivo empresarial. A presença desse ser coletivo obreiro é que, modernamente (em especial nos países democráticos mais avançados), confere parte significativa da substância plasmada pelo exercício do poder intraempresarial —, que não se consuma a não ser nos limites e procedimentos coletivamente assentados. Hoje é hegemônica na Ciência Política a conclusão de que existem centros distintos de poder salpicados no interior da sociedade civil, ao lado do centro de poder principal que se conhece, consubstanciado no Estado. Nas Democracias, alguns desses centros de poder alcançam até mesmo o *status* elevado de centros de positivação jurídica, isto é, centros produtores de normas de Direito (caso do processo negocial coletivo, objeto do Direito Coletivo do Trabalho).

A autonomia desses centros societários de poder confere, basicamente, fundamento político e conteúdo normativo às relações de poder nele verifica-das, mas não necessariamente confere-lhes *título jurídico*, isto é, fundamento

(29) MAGANO, O. B. *Do Poder Diretivo na Empresa*, cit., p. 152-55 (grifos acrescidos).

jurídico. O fundamento *político* deriva da legitimação política (isto é, convalidação política) conferida ao poder em função de seu exercício cotidiano pelos grupos sociais que consubstanciam tais centros de poder. O conteúdo *normativo* deriva da circunstância de que os mesmos grupos sociais é que plasmam parte relevante do objeto deferido às relações de poder vivenciadas em seu interior (se não o fizessem não seriam efetivos grupos de poder). Mas o *fundamento jurídico* (isto é, o título jurídico) pode situar-se em elemento específico e distanciado.

Duas reflexões ilustram a pertinência desses enunciados. Observe-se, em primeiro plano, o que se verifica com o fenômeno do poder no âmbito familiar (um dos poderes com mais antigo reconhecimento na Filosofia Política e no Direito, a propósito). O *fundamento político* desse poder reside na larga consistência histórica (consistência social, econômica, política e ideológica) desse grupo de poder — o qual responde, inclusive, com autonomia, por grande parte do conteúdo das relações de poder gestadas no universo familiar. O *fundamento jurídico* (título jurídico) desse poder reside, contudo, obviamente na lei (antigo pátrio-poder, hoje, poder familiar) ou até mesmo, em parte, no costume como fonte normativa (lei em sentido material).

Observe-se, porém, em outro plano, o que se verifica com o fenômeno do poder no âmbito empregatício. O fundamento jurídico desse poder (título jurídico) reside no contrato, pois sem este sequer existiria a própria relação entre empregado e empregador. Mas o fundamento político de tal poder não se encontra apenas no plano da relação interpessoal entre obreiro e empresário, plasmando-se também no centro coletivo de poder que consubstancia a realidade da empresa, da negociação coletiva, da organização coletiva obreira e de todos os instrumentos inerentes a este processo. A autonomia privada coletiva, em sociedades efetivamente democráticas, também pode conferir fundamento político ao poder intraempresarial (embora correntes já citadas e hoje ultrapassadas insistissem no ângulo pessoal desse poder); mais importante ainda, essa autonomia, nas Democracias, pode atuar na configuração do conteúdo jurídico desse poder em exercício.

Desse modo, a visão moderna do contratualismo, como título jurídico do poder intraempresarial, ajusta-se à moderna concepção de autonomia privada coletiva. Do contratualismo retém-se a noção basilar de liberdade, integrando-a, contudo, ao plano concreto em que ela se situa e se afirma, o plano do processo de ações coletivas.

2. Fundamentos Legais

A análise acerca do fundamento jurídico do poder empregatício desdobra-se, como mencionado, em uma dimensão doutrinária e uma dimensão legal. Enquanto a primeira dimensão de pesquisa busca a efetiva fundamen-

tação do poder empregatício, isto é, a causa ou fator que confere título e substrato jurídicos à própria existência do fenômeno e que permite sua incorporação pelo universo normativo vigente, a dimensão legal da pesquisa busca os textos normativos vigentes que conferem suporte à presença do poder empregatício no contexto do Direito.

Esta última investigação não encontrará, certamente, no Direito brasileiro, regra jurídica expressa que faça referência ao poder empregatício. De fato, não há no Direito do Trabalho do País regra ou conjunto de regras que explicitamente institua e regulamentem o fenômeno do poder no estabelecimento ou na empresa. Essa existência, como visto, deriva da estrutura e dinâmica do próprio contrato de trabalho e do conjunto de prerrogativas a ele inerentes e distribuídas entre as partes contratuais. A legislação atual brasileira, portanto, por vias indiretas ou implícitas é que tende a tratar do poder empregatício, estabelecendo ou limitando prerrogativas no contexto intraempresarial.

Entre essas normas que, indiretamente, reportam-se ao poder empregatício destaca-se, na CLT, o preceito contido no *caput* do art. 2º celetista, que menciona a prerrogativa deferida ao empregador no tocante à *direção da prestação* dos serviços. Destacam-se, também, na mesma linha, certos preceitos celetistas que reconhecem, em alguma proporção, o chamado *jus variandi* do empregador no contexto do contrato (ilustrativamente, o art. 469, CLT, que trata de transferência de local de trabalho; o parágrafo único do art. 468, CLT, que trata da prerrogativa da *reversão* ao cargo efetivo do empregado ocupante de cargo de confiança). Há que se destacar, ainda, o art. 474 da CLT, que reconhece e fixa limites temporais à *suspensão disciplinar* no âmbito empregatício.

Ressalte-se, contudo, a tendência de o Direito do Trabalho criar mecanismos e processos de bilateralização ou multilateralização da dinâmica do exercício do poder no contexto empregatício. Essa tendência, embora tímida no Brasil, poderia (e deveria) avançar, em vista da democratização da sociedade política e civil no País, em seguida à queda do regime autoritário de 1964. A Constituição de 1988, por exemplo, fala em participação dos empregados na gestão da empresa, embora ainda tendo tal participação como *excepcional* (art. 7º, XI, CF/88). Também a Constituição avalia o *trabalho* como fundamento da República e que se posiciona no mesmo patamar da *livre iniciativa* (art. 1º, IV). Reconhece o direito de propriedade — desde que atendida sua *função social* (art. 5º, XXII e XXIII, CF/88). Cria mecanismos de participação direta obreira na empresa (art. 11, CF/88) e reforça as antigas comissões internas de fiscalização da saúde e segurança obreiras (CIPAs: art. 10, II, “a”, ADCT-CF/88).⁽³⁰⁾

(30) Conforme já adiantado, o debate mais atual acerca do tema do poder empregatício no Brasil envolve, necessariamente, uma referência não só à Constituição de 1988 como também

IV. NATUREZA JURÍDICA DO PODER EMPREGATÍCIO

A noção de *natureza jurídica* resulta de procedimento intelectual combinado: *definição* e *comparação*. Pela definição busca-se a essência do instituto examinado; pela comparação, busca-se posicionar esse instituto no universo de institutos que lhe são próximos. Definição (busca da essência) e comparação (busca do posicionamento comparativo), eis a equação característica básica da ideia de *natureza*.

Portanto, encontrar a natureza jurídica de um instituto do Direito consiste em se apreenderem os elementos fundamentais que integram a composição específica desse instituto, contrapondo-os, em seguida, ao conjunto mais próximo de figuras jurídicas, de modo a classificar o instituto focado no universo de figuras existentes no Direito. É “atividade lógica de classificação”⁽³¹⁾, pela qual se integra determinada figura jurídica no conjunto mais próximo de figuras existentes no universo do Direito, mediante a identificação e cotejo de seus elementos constitutivos fundamentais.

A pesquisa acerca da natureza jurídica do poder empregatício tem gerado algumas concepções distintas e inconciliáveis. Entre elas destacam-se quatro vertentes tradicionalmente mencionadas pelos autores: a concepção de poder como *direito potestativo*; poder como *direito subjetivo*; poder como *fenômeno de caráter senhorial/hierárquico*; e, finalmente, a concepção de poder como *direito-função*.

Em contraponto a essas vertentes, há ainda a novel concepção de poder como *relação jurídica contratual complexa*.

1. *Concepções Tradicionais*

O cotejo das quatro concepções tradicionalmente referidas pela doutrina (direito potestativo; direito subjetivo; fenômeno de caráter senhorial/ hierárquico; poder como direito-função) demonstra que as três primeiras posições têm muito em comum. Todas elas correspondem a uma leitura bastante assimétrica do fenômeno do poder na relação empregatícia, percebendo no empregador o titular quase absoluto (um pouco mais ou um pouco menos) no contexto da estrutura e exercício desse poder.

A quarta concepção (direito-função) — que é mais recente do que as anteriores — procura, entretanto, incorporar o processo de forças dialéticas que se interagem no espaço empresarial interno e que, ao menos nos países demo-

à recente reforma legislativa trabalhista. Nesta linha, consultar o item VI do presente Capítulo XX (“Poder Empregatício: Entre a Constituição de 1988 e a Reforma Trabalhista de 2017”).

(31) A expressão é de Antônio Álvares da Silva: *Direito Coletivo do Trabalho*. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 144.

cráticos centrais, no período pós-Segunda Guerra Mundial, constituiu realidade indissimulável. Nesse sentido, é concepção significativamente mais avançada do que as três precedentes. Não obstante esse avanço, não consegue suplantat certos limites teóricos que comprometem sua plena validade.

A) Direito Potestativo — *Direito potestativo* define-se como a prerrogativa assegurada pela ordem jurídica a seu titular de alcançar efeitos jurídicos de seu interesse mediante o exclusivo exercício de sua própria vontade. O poder, em suma, de influir sobre situações jurídicas de modo próprio, unilateral e automático.

O contraponto do direito potestativo é a existência de um *dever* sob titularidade da parte contrária ou da comunidade em geral. Como se sabe, o dever constitui indução jurídica a certa conduta em benefício do interesse de outrem — o que mostra a força e extensão individualista da ideia de direito potestativo. A radicalidade inerente à ideia de direito potestativo — que agride à noção de sociabilidade, que também é constitutiva do Direito — faz com que a ordem justralhista tenda a reduzir, hoje, sua configuração concreta.

A noção de direito potestativo consuma a realização, ao máximo, da soberania da vontade particular no contexto de um universo social. Nesse sentido, a concepção potestativa corresponde ao elogio do individualismo possessivo inerente ao mercado capitalista, e que foi sua marca ideológica mais forte no período do liberalismo clássico. Aplicada à relação socioeconômica principal da sociedade dos últimos dois séculos (a relação de emprego), a concepção de direito potestativo conferia formalização jurídica a um verdadeiro *despotismo de fábrica* (a expressão é de autores do século XIX), padrão que foi característico do sistema de organização da produção e do trabalho nas primeiras fases do capitalismo.

A concepção do poder intraempresarial como direito potestativo do empregador teve importância no Direito do Trabalho do século XIX e primeira metade do século XX, perdendo relevância no atual contexto evolutivo desse ramo jurídico especializado.

Tal perda de relevância derivou, de um lado, da óbvia inadequação da fórmula potestativa para explicar a emergência da participação democrática obreira no estabelecimento e na empresa — processo que se mostrou importante nas experiências democráticas de distintos países da Europa ocidental no século XX.

A perda de relevância do potestativismo derivou também das próprias limitações dessa fórmula teórica no tocante à explicação do poder intraempresarial em qualquer de suas manifestações concretas. É que a simplificação exacerbada que levava ao fenômeno fez com que a concepção potestativa não fosse adotada até mesmo por parte daqueles que enxergavam uma intransponível prevalência do empregador no âmbito da empresa e do estabelecimento.

Tais deficiências teóricas da concepção potestativista permitiram surgir explicação alternativa, fundada na noção de direito subjetivo.

B) Direito Subjetivo — *Direito subjetivo* é a prerrogativa conferida pela ordem jurídica ao titular no sentido de agir para satisfação de interesse próprio em estrita conformidade com a norma ou cláusula contratual por esta protegida. Contrapõe-se a uma *obrigação*.

A ideia de obrigação, embora compreendida na de dever, é mais estrita, importando em uma específica determinação de conduta em função de um vínculo formado e de uma contraprestação alcançada na relação concreta. Direito subjetivo e obrigação são conceitos especificamente delimitados pelo título jurídico que os formulou — seja a regra, seja o contrato —, não conferindo ao titular a amplitude de ação inerente à ideia de direito potestativo.

A concepção de poder intraempresarial como direito subjetivo — se contraposta à concepção de direito potestativo — *civiliza* as prerrogativas inerentes ao poder intraempresarial, submetendo-as às induções normativas gerais da ordem jurídica e reduzindo a amplitude da força da só-vontade empresarial. Nesse sentido, ela traduz um claro avanço em comparação à anterior concepção de direito potestativo.

Contudo, esse avanço teórico é muito modesto. É que a presente concepção não ultrapassa a percepção unilateral, rígida e assimétrica do fenômeno do poder empregatício, já que mantém no empregador a isolada titularidade de uma vantagem propiciada pela conduta em conformidade com a ordem jurídica.

É necessário ressaltar-se que as concepções acima foram seguidas por autores dotados de visões sociais, políticas e filosóficas muito diversas entre si acerca da sociedade industrial contemporânea. Desde as antigas posições liberais — apoloéticas do capitalismo sem amarras e do sistema autoritário de organização da produção nas empresas — até posições revolucionárias, de origem marxiana, que acentuavam o despotismo existente porém como veículo para seu combate e suplantação política. Neste segundo caso, partia-se do pressuposto de ser o autoritarismo inerente ao sistema de produção contemporâneo, inquebrantável, a não ser mediante a superação prévia do conjunto do sistema. Noutras palavras, a Democracia sociopolítica iniludivelmente não teria como penetrar os muros da fábrica, segundo tais concepções.

C) Status Jurídico — No século XX, as concepções unilaterais e rígidas acerca da natureza jurídica do fenômeno do poder intraempresarial viram-se acompanhadas de uma terceira vertente, construída, entretanto, a partir de supostos teóricos sumamente diversos, de clara matriz autoritária e corporativista. Trata-se da vertente que concebe o poder como fenômeno de *natureza hierárquica*.

A presente concepção constrói-se a partir de duas perspectivas teóricas: ou considera a natureza hierárquica inerente à estrutura diferenciada da

empresa ou a considera decorrência necessária do contrato empregatício. De modo geral, elaborou-se influenciada pelo caldo de cultura autoritária e elitista que teve larga importância na primeira metade do século XX no mundo ocidental, reunindo argumentos de variada origem, quer institucionalistas, quer organicistas, quer corporativistas.

O *institucionalismo* consubstanciou talvez o polo mais conhecido dessa vertente. Compreendendo empresa como uma “ideia-ação” que prevalecia sobre os agentes socioeconômicos nela envolvidos (empregador e empregado), a concepção institucionalista tendia a conferir substrato a uma visão rígida, unilateral e verticalizante do poder intraempresarial. É que a hegemonia imperativa dos interesses da “instituição” conduzia a uma posição de efetiva sujeição obreira aos interesses institucionais. Tal circunstância, na prática, resultava em um submetimento hierárquico do empregado ao empregador — tido como intérprete e condutor dos interesses da “instituição”.

Embora o institucionalismo não fosse impermeável à ideia de contrato, essa noção não lhe era, de fato, relevante, inclusive no tocante à configuração do poder intraempresarial. *Paul Durand* e *R. Jaussaud* evidenciam claramente esse aspecto, ao enfatizarem ser o poder de direção uma prerrogativa *natural* do empregador, não tendo de ser formalmente previsto pelo contrato de trabalho: “(...) *pode-se dizer neste sentido que existe um ‘status subjectionis’ resultante da entrada no estabelecimento*”⁽³²⁾.

O lado mais extremado da vertente hierárquica despontou em algumas parcelas da doutrina justralhista germânica das primeiras décadas do século XX. Trata-se de correntes que enfocaram a questão do poder empregatício sob a ótica do *conceito de senhoria*, de claros ressaibos feudais. Pela concepção de poder como senhoria, o empregador comandaria o empregado não como credor, mas como senhor, proprietário, com absoluta assincronia e unilateralidade de posições⁽³³⁾.

Outra variante da vertente hierárquica encontra-se na formulação teórica que, embora admitindo o contrato como título jurídico do poder intraempresarial, insere esse poder em uma estrutura e dinâmica rígidas, supressoras de qualquer potencial de interinfluência recíproca entre as partes contratantes, tão logo consumado o pacto. Trata-se de uma formulação claramente inspirada no *corporativismo* — que admite a existência do conflito social, mas cria fórmula juspolítica para o controlar.

Barassi integra-se nesta específica variante teórica. Discordava da formulação germânica acima, no que concerne ao título do poder intraempre-

(32) DURAND, P. e JAUSSAUD, R. *Traité de Droit du Travail*. v. I. Paris: Dalloz, 1947, p. 430 (tradução efetuada).

(33) O jurista italiano Ludovico Barassi menciona essa tendência teórica de frações da doutrina alemã anterior à Segunda Guerra Mundial. In: *Il Diritto del Lavoro*. v. II. Milano: Dott A. Giuffrè, 1957, p. 341-42.

serial: para o autor, o poder empresarial interno fundar-se-ia necessariamente no contrato. Contudo, a noção de contrato não repelia a de hierarquia rígida e unilateral. É que, para *Barassi*, o contrato criava um *status* jurídico de hierarquia, pelo qual o empregador ficaria investido no poder de impor a própria vontade no âmbito empregatício, submetendo-se o empregado, como sujeito passivo da relação, à obrigação de se conformar às diretrizes patronais: “o trabalho é prestado em um estado de subordinação hierárquica”⁽³⁴⁾.

D) Direito-função — As três linhas teóricas acima expostas (poder como direito potestativo; como direito subjetivo; ou como fenômeno senhorial/hierárquico) mostraram-se incapazes de assimilar e responder ao processo de conquista democrática da empresa vivenciado ao longo do século XX (pelo menos até a crise justralhista despontada na década de 1970). Foram incapazes de dar conta, em suma, do fenômeno do poder empregatício em sua integralidade e no potencial diversificado de sua manifestação na sociedade contemporânea. A natureza jurídica que conferem a esse poder empresta ao fenômeno uma essência e um posicionamento classificatório só compatíveis com a configuração despótica de organização intraempresarial; tal tipo de natureza jurídica somente seria compatível, portanto, com o pressuposto da impermeabilidade do espaço empresarial interno aos avanços democráticos experimentados nas sociedades civil e política envolvidas.

A percepção da insuficiência de tais antigas linhas teóricas conduziu à formulação de propostas interpretativas da natureza jurídica do poder intraempresarial que incorporassem o processo dialético vivenciado por esse fenômeno na sociedade contemporânea. Tal formulação resultou na concepção de poder como “direito-função”.

Direito-função constitui o poder atribuído ao titular para agir em tutela de interesse alheio, e não de estrito interesse próprio. A potestade inerente ao direito-função não se esgotaria na prerrogativa favorável ao titular, importando também na existência correlata de um dever a ele atribuído⁽³⁵⁾. O direito-função caracterizaria, ilustrativamente, as relações do pai perante a família (hoje, pai e mãe, é claro), do administrador perante a fundação, do sindicato perante a categoria, do empresário perante a empresa. O empregador exerceria, desse modo, seu direito-função não em seu exclusivo interesse, mas tendo em vista o interesse da comunidade dos trabalhadores contratados⁽³⁶⁾.

A concepção de direito-função traduz claro avanço teórico sobre as concepções anteriores. Trata-se, afinal, da primeira concepção que se mostra sensível ao dado empírico da participação obreira no contexto empresarial interno e aos efeitos decorrentes dessa participação — principalmente os

(34) BARASSI, L., ob. cit., p. 334-35.

(35) Conforme MAGANO, ob. cit., p. 28.

(36) MAGANO, ob. cit., p. 28-30.

efeitos limitadores da vontade do sujeito-empresário. O unilateralismo pleno que as concepções precedentes conferem ao poder intraempresarial cede espaço a uma concepção unilateral *atenuada*, em que o titular do direito tem de apreender e reverenciar, de algum modo, os interesses que lhe sejam contrapostos no universo do estabelecimento e da empresa. O titular do direito está também submetido a um dever, cumprindo-lhe praticar condutas de tutela de interesses alheios.

O avanço teórico, entretanto, é claramente limitado. O conceito de direito-função aplicado ao fenômeno do poder interno à relação empregatícia dá origem, inquestionavelmente, nesse sentido, a uma concepção de nítida *transição*. Uma concepção que reconhece a existência do *novo* (a interação dialética na dinâmica do poder intraempresarial), mas confere-lhe uma leitura a partir do marco teórico tradicional. Sensibiliza-se com o novo, mas não lhe compreende (ou não lhe quer conferir) todo o sentido e extensão.

É que o *unilateralismo* fica preservado na concepção de direito-função. O titular do direito é o mesmo — e é único —, sendo exatamente idêntico àquele apontado pela mais tradicional de todas as concepções formuladas, a do direito potestativo. O titular do direito é que afere, afinal, o interesse alheio a ser protegido (embora possa ser questionado quanto à sua aferição).

Estes limites teóricos do avanço proposto por esta concepção mais recente têm sido reconhecidos pelos juristas. *Octavio Magano* expõe tal avaliação com clareza: “O esquema é praticamente o mesmo da concepção tradicional, do poder diretivo como emanção de direito potestativo: de um lado, o poder do empregador; de outro lado, a sujeição do empregado, manifestada por intermédio do dever de obediência. A diferença reside apenas na orientação do aludido poder, que, concebido como direito-função, deve visar à satisfação do interesse não do empresário mas da empresa”⁽³⁷⁾.

Poder e Cidadania — Não se pode negar que a nova vertente trouxe, é claro, uma atenuação no unilateralismo que era característico às velhas concepções. Contudo, essa atenuação ocorre no momento do alcance dos efeitos decorrentes do exercício do direito-função (momento em que alguns interesses obreiros serão contemplados) e não no processo de formulação desses efeitos. O avanço teórico ocorreu, pois, no *resultado* da fórmula jurídica e não na compreensão do *processo* apreendido por essa fórmula.

Ora, sabe-se que a questão democrática é fundamentalmente uma questão concernente à ideia de *processo* e não uma questão concernente à ideia de *fins* ou *resultados*. A Democracia apresenta-se (ou não) em uma realidade concreta segundo a *natureza do processo de solução de problemas ali adotado e não segundo a natureza dos problemas envolvidos ou as soluções encontradas em seu enfrentamento*.

(37) Magano, O. B. Ob. cit., p. 65.

À medida que a novidade vivenciada pelo fenômeno do poder intraempresarial reside precisamente em seu submetimento à dinâmica e impulsos democráticos e à medida que a fórmula jurídica do direito-função não apreende o núcleo básico desses impulsos e dinâmica, percebe-se a insuficiência do avanço teórico propiciado pela concepção hoje hegemônica de poder intraempresarial como direito-função.

De par com tudo isso, a concepção de direito-função guarda uma sutil — mas relevante — antinomia com o processo democratizante perante o qual ela pretendeu mostrar-se sensibilizada. É que tal concepção nega exatamente uma das ideias nucleares de qualquer dinâmica democrática, ideia que surge como fundamental também no processo de democratização do poder empresarial interno. Trata-se da ideia de cidadania.

A cidadania *não existe* sem a correlata concepção de sujeito ativo, dado que o cidadão traduz-se precisamente no indivíduo que se torna também sujeito ativo de um processo de formação de vontade política e titular de direitos em um contexto social. Ora, na concepção de direito-função só há espaço para um sujeito ativo (se se quiser, um cidadão, em suma) — a figura do empregador, titular do direito-função. A passividade reflexa em que se colocam o empregado (enquanto indivíduo) e as projeções do ser coletivo obreiro — o sindicato, a atuação obreira na empresa, os mecanismos e efeitos do processo negocial coletivo, etc. — são incompatíveis com seu real papel no contexto societário e empresarial interno; são incompatíveis, em síntese, com seu real papel nas mais consistentes Democracias contemporâneas. Desse modo, o apego teórico à fórmula do passado (direito individual) para explicar um fenômeno novo do presente (processo coletivo de formação de vontade) produziu uma resposta a um só tempo equívoca, do ponto de vista teórico, e não democrática (mas paternalista), do ponto de vista político.

2. Teoria da Relação Jurídica Contratual Complexa⁽³⁸⁾

Ao lado das concepções acima — que são aquelas tradicionalmente referidas pela doutrina justralhista —, a presente obra discorre sobre uma novel concepção: a que entende ter o poder empregatício natureza jurídica de *relação jurídica contratual complexa*.

Para a vertente ora em análise, qualquer investigação acerca da natureza jurídica de um instituto do Direito somente se completa quando encontrar concepção apta a reter a *essência* do fenômeno examinado, mas também hábil a acolher as alterações circunstanciais por que *necessariamente* o fenômeno terá passado (e passará) ao longo de sua existência histórica.

(38) Esta teoria está originalmente exposta na tese de doutorado deste autor, defendida em dezembro de 1994 (publicada pela Editora LTr, em 1996, sob o título *O Poder Empregatício*).

No caso do poder empregatício, essa concepção de natureza jurídica não estaria, certamente, nas noções de direito potestativo, direito subjetivo, fenômeno hierárquico ou direito-função. Nenhuma dessas concepções — a par das demais lacunas e deficiências que lhe têm sido apontadas — ultrapassaria a configuração delimitada característica do fenômeno do poder empregatício em certa época histórica específica. Mesmo a mais avançada delas (direito-função) não teria suplantado, como visto, os limites de se ter configurado concepção nitidamente de *mera transição*.

Uma concepção que vislumbre a essência do poder intraempresarial, de modo a classificar esse fenômeno, em função de sua essência, perante o universo de fenômenos correlatos — concepção que identifique, pois, a natureza jurídica de tal fenômeno —, teria de ser hábil a captar e reter o núcleo do fenômeno em contraponto com as modificações relevantes por que vem passando, em seu conjunto, ao longo dos últimos dois séculos. Uma concepção, portanto, que pudesse se submeter com sucesso à crítica epistemológica (isto é, à crítica da validade científica) inerente a qualquer conceito teórico: a capacidade de apreender e desvelar — de ter correspondência, em suma — no tocante à realidade a que se reporta. Esta resposta teórica estaria na *concepção relacional* do poder no âmbito empregatício.

Para tal vertente o poder intraempresarial não constituiria direito potestativo, direito subjetivo, fenômeno senhorial/hierárquico ou mesmo direito-função. O poder intraempresarial seria uma *relação jurídica contratual complexa, qualificada pela plasticidade de sua configuração e pela intensidade variável do peso de seus sujeitos componentes*.

Noutras palavras, seria uma *relação jurídica contratual complexa plástica e de assimetria variável entre seus polos componentes. Relação jurídica contratual complexa, plástica e de assimetria variável entre empregador e empregado, considerados em sua projeção individual e coletiva, mediante a qual se preveem, alcançam ou sancionam condutas no plano do estabelecimento e da empresa*. A ideia de previsão prevalece quando se reporta ao poder diretivo/regulamentar; as ideias de alcance, concretização e sanção prevalecem quando se reporta ao poder diretivo/fiscalizador/disciplinar.

Virtudes da Concepção Relacional — A concepção relacional do poder empregatício teria a virtude de abarcar *todas* as possibilidades históricas concretas de configuração dos denominados poderes diretivo e disciplinar (e de todas as suas subdivisões ou projeções).

Desse modo, daria conta desde as situações mais autocráticas, assimétricas e rígidas vivenciadas pela experiência juspolítica do mundo contemporâneo, no que tange ao poder intraempresarial — situações identificadas pela expressão “*despotismo de fábrica*” — até as situações mais democráticas, igualitárias e flexíveis que se construíram, na segunda metade do século XX, nas Democracias mais consolidadas.

Nos primeiros casos (situações autocráticas, assimétricas e rígidas: “despotismo de fábrica”), a concepção relacional conseguiria absorver, no interior de sua formulação teórica, a grave e profunda assimetria da relação de poder intraempresarial. Alcançaria absorção tão plena quanto a permitida pelas velhas concepções de direito potestativo, direito subjetivo ou fenômeno senhorial/hierárquico —, mas preservando o mérito de não conferir, de forma alguma, foros de *naturalidade* ou perenidade a essa grave assimetria percebida. A concepção relacional considera que a assimetria existe — e assim ela é recolhida teoricamente; mas considera também que tal assimetria poderá se alterar ao longo da evolução sociojurídica (como, a propósito, de fato ocorreu historicamente), sem que haja prejuízo no modelo teórico de compreensão do fenômeno examinado (poder empregatício).

Nos casos de situações mais flexíveis, igualitárias e democráticas de poder empregatício, a concepção relacional surge como a única que, efetivamente, consegue absorver a complexidade de tais novas situações, conferindo o adequado estatuto e intensidade à participação coletiva obreira no interior da relação de poder.

Ao apreender a efetiva natureza jurídica (essência e posicionamento classificatório, repita-se) do fenômeno do poder intraempresarial, a concepção relacional preserva a força explicativa desse fenômeno mesmo à proporção que a clássica e radical assimetria modifique-se e reduza-se ao longo das décadas. A intensidade dessa modificação e redução comprometeu decisivamente o préstimo das velhas concepções potestativas, subjetivistas e hierarquizantes, sem que tenha sido satisfatoriamente explicada pela mais recente concepção de direito-função. Apenas a fórmula relacional surgiria, portanto, como hábil para apreender o núcleo básico do fenômeno do poder empregatício, com as mediações e alterações inevitáveis construídas pelo evoluir da história dos últimos dois séculos.

A relação jurídica contratual em que consiste o poder empregatício — a teor de tal concepção — é complexa, obviamente. Tal complexidade aprofunda-se e amplia-se à medida que se amplia e se aprofunda o processo de democratização intraempresarial. É verdade que na fase mais primitiva do sistema industrial moderno — a fase do chamado “despotismo de fábrica” —, a relação de poder tendia a ser relativamente simples. Nesse período contrapunha-se ao sujeito individual e coletivo empresarial um singelo sujeito individual obreiro, destituído de qualquer efetiva possibilidade de gestar pretensões no contexto da relação de poder. Tratava-se de uma relação jurídica contratual, embora extremamente assimétrica.

A invasão democrática sobre a empresa, experimentada ao longo da história do sistema industrial contemporâneo (pelo menos em certas sociedades europeias no período entre o fim da Segunda Guerra e a década de 1970), expandiu as possibilidades de geração de pretensões por parte do

trabalhador. Mais: lançou nessa relação jurídica contratual a força da vontade coletiva — ao lado da vontade individual obreira —, consubstanciada nos diversos mecanismos de participação coletiva dos trabalhadores na estrutura e dinâmica intraempresarial.

Semelhante complexidade sempre foi percebida pela Ciência do Direito no estudo da categoria da relação jurídica. *Del Vecchio* ressaltava ser a relação jurídica “frequentemente dupla e complexa, porque a mesma pessoa que é investida na faculdade ou pretensão é também investida numa obrigação e vice-versa”⁽³⁹⁾. Essa dialética própria à relação jurídica é potencializada na relação de poder empregatício, mormente em situações de avanço do processo de democratização da estrutura e dinâmica empresariais internas.

Apenas a concepção de relação jurídica contratual é que absorveria essa complexidade dialética, quer no plano subjetivo (o plano das vontades intervenientes na relação de poder), quer no plano objetivo (o plano do conteúdo concreto dessa relação e do seu nível específico de assimetria entre os sujeitos). Trata-se, pois, de uma *relação jurídica contratual complexa e variável, subjetiva e objetivamente*.

Na verdade, para a novel concepção teórica trabalhista, o poder intraempresarial não seria um poder *do* empregador (e, obviamente, nem *do* empregado). Seria uma relação de poder própria a uma realidade socioeconômica e jurídica específica, a relação de emprego. Seria, assim, um poder *empregatício*, um poder específico à relação e contrato empregatícios e não a um único de seus sujeitos. Seria uma relação que assume intensidade e sincronia distintas quanto à participação dos sujeitos envolvidos e conteúdo distinto quanto aos direitos e obrigações resultantes da respectiva relação jurídica contratual de poder⁽⁴⁰⁾.

V. O PODER DISCIPLINAR

Entre as diversas dimensões do poder empregatício, o poder disciplinar ocupa posição de destaque.

A distinção deriva da circunstância de tal poder intraempresarial caracterizar-se por significativo número de institutos e figuras específicas, que impõem estudo circunstanciado a seu respeito. Além disso, trata-se da zona de exercício de poder no âmbito empregatício em que se formam mais desavenças na prática cotidiana do Direito do Trabalho.

(39) DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de Filosofia do Direito*. Coimbra: Armênio Amado. Ed. Sucessor, 1979, p. 443.

(40) Para maior aprofundamento do presente debate teórico, consultar a obra deste autor: *O Poder Empregatício*. São Paulo: LTr, 1996, em seu “Capítulo V” e “Conclusão”, p. 163-203, onde se lança a teoria da relação jurídica contratual complexa e variável.

1. Fundamentos

O debate acerca dos fundamentos do poder disciplinar não se esgota nos limites da discussão mais ampla sobre os fundamentos do poder empregatício. É evidente que esse debate incorpora tudo aquilo que já foi exposto quando se analisaram os fundamentos do poder empregatício.

Contudo, especificamente no tocante ao poder disciplinar, a doutrina já se envolveu em um debate adicional, consistente na *validade jurídica* ou não desse poder e na extensão de sua configuração no plano do Direito positivo. No contexto desse debate adicional, surgiram posições doutrinárias radicalmente polares a respeito do poder disciplinar, não encontradas no âmbito da discussão concernente ao próprio poder empregatício. Trata-se das concepções teóricas conhecidas como *negativista*, de um lado, e *autonomista*, de outro.

A) Posição Negativista — A *posição negativista* contesta a possibilidade de se encontrar fundamentação jurídica para o poder disciplinar. Noutras palavras, seria inviável aferir-se validade legal a um poder efetivamente disciplinar no contexto da relação de emprego. Funda-se essa posição principalmente no argumento de que o poder de punir constituiria prerrogativa estatal⁽⁴¹⁾, o que tornaria inconcebível o acatamento de tal prerrogativa no universo das relações privadas.

Semelhante posição não pode ser, porém, acatada. Do ponto de vista filosófico e político, tal construção argumentativa, embora possa parecer, a uma primeira vista, democrática, distancia-se, iniludivelmente, dessa perspectiva: é que o mesmo argumento tem sido classicamente brandido para a denegação da própria autotutela coletiva (mediante a greve) por parte dos trabalhadores. Além disso, tal negativa à possibilidade de autotutela privada (o que não significa autotutela *unilateral* pelo empregador, entretanto) conduz a uma noção de gestão estatal absoluta sobre as relações travadas no seio da sociedade civil — o que está longe de atender aos desafios novos de uma sociedade democrática.

Do ponto de vista jurídico, a solução negativista não corresponde, de qualquer modo, a uma apreensão realista da ordem jurídica brasileira. É que o poder disciplinar, assim como o poder empregatício em geral, tem respaldo no Direito do Trabalho — embora possa (ou devesse) ser cada vez mais democratizado, conforme já analisado anteriormente. Não é, pois, em si, um fenômeno ilegal. Na verdade, o chamado poder disciplinar está estruturalmente vinculado ao processo de aferição concreta de figuras faltosas tipificadas, como as infrações graves do art. 482 da CLT; está vinculado à aplicação concreta de certas penalidades legalmente previstas, como a

(41) LAMARCA, Antônio. *Manual das Justas Causas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. 150-51. A posição negativista está representada pelo jurista Antônio Lamarca, nesta obra aqui mencionada, em especial, p. 141-62.

suspensão contratual punitiva inferior a trinta dias (art. 474 da CLT). Além de tudo, é um fenômeno sociojurídico objeto de amplo e reiterado reconhecimento jurisprudencial — conforme nitidamente percebido no exame das decisões judiciais no País.

B) Posição Autonomista — Em contraponto à vertente negativista, a *posição autonomista* enxerga nesse poder tamanha concentração de institutos e particularidades que seria hábil a dar origem até mesmo a um ramo próprio e distintivo do Direito. Em vez de negar validade ao poder disciplinar (como a vertente anterior), exacerba e extrema sua validade, estruturação e abrangência, enxergando em torno do fenômeno do poder disciplinar um verdadeiro *Direito Disciplinar do Trabalho*.

A posição autonomista constrói-se influenciada pelo conceito assimétrico e hierarquizante de empresa, próprio aos antigos teóricos institucionalistas. A partir da noção de instituição (originária dos civilistas *Maurice Hauriou* e *Georges Renard*), o institucionalismo aplicado ao Direito do Trabalho compreende a empresa como uma ideia-ação que se impõe objetivamente a um grupo de pessoas, um corpo social cuja duração e permanência não dependem da vontade subjetiva de alguns indivíduos. À luz dessa matriz teórica institucionalista, o empregado estaria submetido a uma situação fundamentalmente estatutária, objetiva, consumada, nada criando ou constituindo quando ingressasse na empresa, ao passo que o empregador surgiria como o intérprete e agente principal dessa situação estatutária hierarquizada⁽⁴²⁾. A multiplicidade de institutos e práticas jurídicas direcionadas à configuração e dinâmica do poder disciplinar no contexto empregatício conduziriam à existência de um ramo jurídico próprio e autônomo em torno desse objeto.

A posição autonomista também não pode ser acatada. É que se sabe que a noção unilateral de poder disciplinar — que subjaz às construções autonomistas/institucionalistas — tem sido cada vez mais contestada nas sociedades democráticas. Percebe-se ao longo das experiências democráticas consolidadas inegável decadência na tradicional concepção unilinear desse poder — o que leva ao desajuste de suas concepções teóricas fundamentadoras.

Do ponto de vista técnico-jurídico, também é insustentável a visão autonomista. É que não se consegue destacar nas normas jurídicas e institutos vinculados ao fenômeno do poder disciplinar qualquer dos requisitos necessários ao alcance de um patamar de autonomia por qualquer ramo do Direito: não se vê ali seja amplitude temática, seja especificidade de princípios, teorias e métodos hábeis a afastar esse segmento do conjunto do Direito do Trabalho.

(42) A posição autonomista está representada, no Brasil, pelo jurista Luiz José de Mesquita, com seu livro *Direito Disciplinar do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1991 (edição fac-similada da primeira edição da obra, de 1950).

C) Vertente Intermediária — Em meio às duas posições polarizantes, firmou-se a compreensão do poder disciplinar como segmento fático-jurídico reconhecido pelo Direito, dotado de grande importância, inclusive, sendo, desse modo, lícito; porém, ao mesmo tempo, trata-se de segmento absolutamente subordinado às regras, princípios e institutos centrais dominantes do conjunto do Direito do Trabalho, o que lhe suprime qualquer traço de autonomia.

Prevalece, desse modo, uma linha intermediária entre a posição negativa do poder disciplinar e a posição ampliativa desse poder: esta linha equidistante não nega, assim, a válida existência desse poder, mas também não lhe defere tamanha amplitude de estruturação e prerrogativas.

Discorrendo sobre essa posição intermediária prevalecente, expõe o jurista *Octavio Bueno Magano*: “Entre os dois apontados extremos, a posição acertada parece ser a de *Jean-Claude Javillier*, que reconhece o poder disciplinar, recusando-se, todavia, a admitir a existência do Direito Disciplinar do Trabalho. Demos-lhe razão porque negar o poder disciplinar equivale a fechar os olhos à realidade: a jurisprudência está cheia de casos relativos ao exercício do referido poder”⁽⁴³⁾.

É importante, porém, ressaltar que a posição intermediária englobaria tanto autores que mantêm a noção de que o poder disciplinar (e diretivo, regulamentar e fiscalizatório) preserva-se como conjunto de prerrogativas de *exercício unilateral pelo empregador*, como também engloba a moderna vertente que visualiza a possibilidade de declínio na concepção e prática unilaterais de tais poderes no âmbito da relação empregatícia.

De par com tudo isso, deve-se ressaltar que a democratização do poder disciplinar não somente o bilateraliza ou multilateraliza (com a intervenção do ser coletivo obreiro no instante de exercício desse poder) como também *desloca o poder disciplinar e suas práticas jurídicas do âmbito exclusivo do Direito Individual do Trabalho para o território do Direito Coletivo do Trabalho*. De fato, as instituições e procedimentos que asseguram a democratização do poder disciplinar são essencialmente características do Direito Coletivo do Trabalho, o que tende a tornar seu estudo cada vez mais próximo a esse segundo segmento do ramo justralhista geral.

2. Infrações Características

O Direito do Trabalho procura caracterizar as infrações (faltas) hábeis a produzir a incidência de penalidades (sanções) no contexto empregatício. Essa caracterização, contudo, não se submete a um critério uniforme, segundo as diversas ordens jurídicas.

(43) MAGANO, O. B. *Manual de Direito do Trabalho*. v. II. São Paulo: LTr, 1992, p. 209.

A) Critérios de Caracterização — Dois critérios principais existem de caracterização de infrações trabalhistas: o critério genérico e o critério taxativo (ou de tipicidade legal). No plano concreto das ordens jurídicas podem ocorrer formas de combinação dos dois critérios (ilustrativamente, a lei tipifica algumas infrações mas também admite outras condutas não tipificadas como ensejadoras da penalização trabalhista).

O *critério taxativo* (ou de *tipicidade legal*) leva a que a legislação preveja, de modo expresso, as figuras de infrações trabalhistas. Por tal critério, a ordem jurídica realiza previsão exaustiva e formalística das faltas, fiel ao princípio pelo qual inexistiriam infrações laborais além daquelas expressamente fixadas em lei. Por esse critério, o Direito do Trabalho incorporaria o *princípio penal clássico de que não há infração sem previsão legal anterior expressa*.

Observe-se, contudo, que a tipificação trabalhista — mesmo à luz do critério taxativo — não chega a ser, em todas as hipóteses legais, tão rigorosa quanto à característica do Direito Penal. A infração corresponde a um tipo legal preestabelecido, mas esse tipo legal não tem, sempre, seus traços e contornos rigidamente fixados pela lei. A tipificação trabalhista pode ser, desse modo, significativamente mais flexível e plástica do que a construída no Direito Penal. Um exemplo dessa plasticidade é dado pela figura da justa causa prevista pelo art. 482, “b”, da CLT (*mau procedimento*) — a plasticidade e imprecisão desse tipo legal trabalhista deixam-no muito distante do rigor formal exigido por um tipo legal penalístico.

O *critério genérico* leva a que a legislação *não* preveja, de modo expresso, as figuras de infrações trabalhistas. Por tal critério, a ordem jurídica *não* realiza previsão exaustiva e formalística das faltas. Ao contrário, apenas menciona como infração trabalhista aquela conduta que, por sua natureza ou características próprias ou mesmo circunstanciais, venha a romper com a confiança essencial à preservação do vínculo empregatício. Por esse critério, portanto, é mais larga a margem de aferição de ocorrência de falta no contexto da relação de emprego⁽⁴⁴⁾.

Em princípio não se pode sustentar a existência de efetiva superioridade teórica e empírica de um critério de política normativa sobre outro. Ambos, na verdade, são compatíveis com uma apreensão democrática do tema do poder disciplinar. Contudo, o critério genérico — se não associado a um sistema intraempresarial de controle do exercício do poder disciplinar, com comissões obreiras e sindicais de acompanhamento e avaliação constantes — talvez

(44) A respeito, NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1993, p. 191. O autor cita o conceito de justa causa inserido na Lei do Contrato de Trabalho portuguesa então vigente (início dos anos 1990) e construído segundo o critério genérico: “considera-se justa causa o comportamento culposo do trabalhador que, pela sua gravidade e consequências, torne imediata e praticamente impossível a subsistência da relação de trabalho”.

conduza, com maior frequência, à geração de situações de incerteza e arbitrariedade. De todo modo, é critério que está distante da prática justabalhista no Brasil.

A ordem jurídica brasileira inspira-se, inequivocamente, no *critério taxativo*. Nessa linha, a Consolidação das Leis do Trabalho prevê, de modo expresso, as figuras de infrações trabalhistas. Realiza previsão exaustiva, fiel ao princípio de que inexistiriam infrações além daquelas formalmente fixadas em lei.

B) Infrações Obreiras Tipificadas — No conjunto taxativo de infrações trabalhistas existentes, cabe se destacar um rol principal, lançado no art. 482 da Consolidação, que se aplica a todos os trabalhadores submetidos ao sistema celetista. A seu lado, há pequeno número disperso de outras infrações legalmente tipificadas, que são aplicáveis a obreiros de categorias específicas ou situados em circunstâncias especiais.

São figuras típicas de faltas arroladas pelo referido art. 482: a) ato de improbidade; b) incontinência de conduta ou mau procedimento; c) negociação habitual por conta própria ou alheia, sem permissão do empregador e quando constituir ato de concorrência à empresa para a qual trabalha o empregado, ou for prejudicial ao serviço; d) condenação criminal do empregado, passada em julgado, caso não tenha havido suspensão da execução da pena; e) desídia no desempenho das respectivas funções; f) embriaguez habitual ou em serviço; g) violação de segredo da empresa; h) ato de indisciplina ou de insubordinação; i) abandono de emprego; j) ato lesivo da honra ou da boa fama praticado no serviço contra qualquer pessoa, ou ofensas físicas, nas mesmas condições, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem; k) ato lesivo da honra e boa fama ou ofensas físicas praticadas contra o empregador e superiores hierárquicos, salvo em caso de legítima defesa própria ou de outrem; l) prática constante de jogos de azar; m) perda da habilitação ou dos requisitos estabelecidos em lei para o exercício da profissão, em decorrência de conduta dolosa do empregado (a infração de alínea “m” foi acrescida pela Lei n. 13.467/2017).⁽⁴⁵⁾

Há outra infração trabalhista aplicável a qualquer empregado, desde que se encontre em circunstância laborativa especial: em situação de risco ou insalubridade. De fato, o art. 158, parágrafo único, da Consolidação, considera ato faltoso do obreiro sua recusa injustificada à observância das

(45) O parágrafo único do art. 482 da CLT estipulava constituir justa causa a prática, pelo empregado, devidamente comprovada em inquérito administrativo, de “atos atentatórios à segurança nacional”. O preceito, entretanto, seguramente não foi recepcionado pela Constituição de 1988, por lhe afrontar diversos princípios e regras (ilustrativamente, incisos LIII, LIV e XXXV do art. 5º da Constituição). Finalmente, em 1993 foi formalmente extirpado da CLT pelo art. 76 da Lei n. 8.630, Lei n. 8.630/93, à medida que esta revogou todo o Decreto-Lei n. 3/1966, que inserira a censurada regra na Consolidação.

instruções expedidas pelo empregador quanto à saúde e segurança do trabalho, ou ao uso de equipamentos de proteção individual fornecidos pela empresa.

A legislação prevê, ainda, determinadas figuras faltosas de incidência restrita a certos tipos de empregados ou certas categorias. Ilustrativamente, a recusa injustificada do ferroviário à execução de serviço extraordinário em situações de urgência ou acidente na linha férrea (art. 240, parágrafo único, CLT); a recusa injustificada do motorista profissional de se submeter a teste e a programa de controle de uso de droga ou de bebida alcoólica (art. 235-B, VII e parágrafo único da CLT);⁽⁴⁶⁾ o desempenho insuficiente ou inadaptação do aprendiz ou sua ausência injustificada à escola que implique perda do ano letivo (art. 433, I e III, CLT)⁽⁴⁷⁾; a submissão a maus tratos de idoso, de enfermo, de pessoa com deficiência ou de criança, sob cuidado direto ou indireto do empregado doméstico (art. 27, I, da Lei Complementar n. 150/2015). O exame analítico das infrações trabalhistas, inclusive assédio sexual e assédio moral, será feito no Capítulo XXX deste Curso.

3. Penalidades Características

As sanções trabalhistas, como em qualquer ramo jurídico, tendem a ser compatíveis com a natureza da falta, com os limites do poder exercido e com as restrições universalmente admitidas, hoje, com respeito ao exercício da coerção, em especial na órbita privada. Nesse contexto, as penalidades trabalhistas podem ser divididas em dois grandes grupos: as lícitas e as ilícitas. No primeiro grupo distinguem-se ainda as sanções previstas por norma jurídica heterônoma estatal e as sanções lícitas não especificadas por norma estatal.

A) Modalidades Acolhidas — No que tange às modalidades de penas acolhidas pelo Direito do Trabalho brasileiro, cabe indicar-se, inicialmente, que a ordem jurídica brasileira acata, basicamente, três tipos de sanções: *advertência, suspensão disciplinar e ruptura contratual por justa causa*.

(46) Esta justa causa específica do motorista profissional foi inserida na CLT pela Lei n. 12.619, vigente desde 11 de setembro de 2012. O texto legal do art. 235-B sofreu posteriores mudanças implementadas pela Lei n. 13.103/2015, neste tópico vigente apenas a contar de 17.4.2016. Assim, a novíssima redação do parágrafo único do art. 235-B é a seguinte: “*Parágrafo único. A recusa do empregado em submeter-se ao teste ou programa de controle de uso de droga e de bebida alcoólica previstos no inciso VII será considerada infração disciplinar, passível de penalização nos termos da lei*”.

(47) O antigo texto da CLT (art. 432) referia-se à infrequência injustificada e reiterada aos trabalhos escolares pelo aprendiz ou sua falta de razoável aproveitamento junto ao curso de aprendizagem em que estivesse matriculado. Agregue-se, ademais, que o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei n. 13.146/2015) conferiu nova redação ao art. 433, I, da CLT: “*I — desempenho insuficiente ou inadaptação do aprendiz, salvo para o aprendiz com deficiência quando desprovido de recursos de acessibilidade, de tecnologias assistivas e de apoio necessário ao desempenho de suas atividades*”. O novo dispositivo, porém, somente se tornou vigente a partir de 4 (quatro) de janeiro de 2016.

Por exceção, no caso do atleta profissional, a legislação especial admitia a *multa punitiva* — modalidade que é vedada, contudo, para o restante dos empregados brasileiros (art. 462, CLT). O texto permissivo era próprio à Lei dos Futebolistas (Lei n. 6.354, de 1976, art. 15, § 1º), reproduzindo-se, de certo modo, também no diploma normativo subsequente aplicável à categoria dos atletas profissionais (Lei n. 9.615, de 24.3.1998: *Lei Pelé*). É que a Lei Pelé referia-se à validade de *cláusula penal* nos contratos do atleta profissional para a hipótese de *descumprimento contratual*, além do rompimento ou rescisão unilateral do pacto empregatício (art. 28, *caput*, Lei n. 9.615/98). Contudo, em 2011, a multa punitiva foi extirpada do Direito brasileiro, já que a nova redação do art. 28 do diploma especial desportivo, promovida pela Lei n. 12.395, de 2011, não mais se referiu a cláusula penal concernente a simples *descumprimento* do contrato. Se não bastasse isso, a mesma Lei n. 12.395, vigorante desde o dia 17 de março de 2011, revogou expressamente, em seu art. 19, II, toda a antiga Lei n. 6.354/76, sepultando, assim, a vetusta e anômala regra da multa salarial.

Pelo sistema brasileiro, as penalidades acima podem ser aplicadas diretamente pelo empregador ao empregado. Não se prevê, ainda, em princípio, na lei, qualquer interveniência imperativa de órgão intraempresarial de caráter coletivo (comissão de empresa, representante sindical, etc.) no procedimento de apenação — à diferença do que ocorre em ordens jurídicas mais avançadas. Se alguma formalidade, porém, for prevista por regulamento empresarial ou regra autônoma (comissão de inquérito para dispensa por justa causa, por exemplo), ela terá, obviamente, de ser respeitada (Súmula 77, TST).

A interveniência do Judiciário no instante de aplicação da pena também, em princípio, não está prevista em lei. Escapam a essa regra geral as situações que consubstanciem prática de medidas ilegais pelo empregador no contexto empregatício (por exemplo, a transferência ilícita mencionada no inciso IX do art. 659, CLT). Escapam ainda à regra geral mencionada a aplicação da pena de dispensa por justa causa a trabalhadores estáveis ou com garantia de emprego sindical — nestes dois últimos casos, a propositura de ação de inquérito judicial é requisito essencial à validade da ruptura do contrato (Súmula n. 197, STF; art. 494 e inciso X do art. 659, CLT).

Entre as penas aplicáveis ao obreiro, a *advertência* (também chamada de *admoestação* ou *repreensão*) surge como a mais leve. Pode ela ser meramente verbal ou assumir forma escrita. Essa pena tem origem na normatividade autônoma, em especial nos *costumes trabalhistas* (fonte do Direito, conforme art. 8º, *caput*, CLT), embora também seja referida por alguns instrumentos convencionais coletivos. Raramente a advertência tem sido mencionada pela legislação heterônoma estatal. A título de ilustração,

relembre-se de que esteve inculpada na antiga Lei de Greve (Lei n. 4.330, de 1964 — hoje revogada); existe, ainda, referência à repreensão na Lei do Trabalho Portuário⁽⁴⁸⁾.

O fato de a advertência não estar tipificada na CLT não a torna irregular. Ao contrário, a doutrina e a jurisprudência firmemente têm considerado a graduação de penalidades um dos critérios essenciais de aplicação de sanções no contexto empregatício, surgindo, desse modo, a advertência verbal ou escrita como o primeiro instante de exercício do poder disciplinar em situações de conduta faltosa do empregado. Apenas em vista de cometimento de falta muito grave pelo obreiro, consubstanciada em ato que não comporte graduação de penalidades, é que esse critério tende a ser concretamente afastado.

O acatamento da penalidade de advertência pelo Direito do Trabalho demonstra que esse ramo jurídico especializado incorporou apenas parcialmente o princípio da tipificação *legal* de ilícitos e penas, já que, *no tocante às penas*, admite o papel criativo das regras autônomas. Note-se, porém, que *esse papel criativo acatado restringe-se à instituição de penas ou critérios mais favoráveis ao obreiro* (caso da advertência, que amplia a graduação de penalidades a serem aplicadas). É que é inconcebível alargarem-se, ainda mais, pela vontade privada (mesmo coletiva), as prerrogativas disciplinares do empregador — o Direito do Trabalho, ao contrário, caminha firmemente na direção oposta a esse alargamento, buscando meios de restringir e democratizar o exercício do poder disciplinar no universo empregatício.

Entre as penas aplicáveis ao obreiro, a *suspensão disciplinar* surge como a segunda em proporção de gravidade. Tal penalidade encontra-se expressamente acolhida pela CLT, que a menciona em seu art. 474. O preceito considera ilícita a suspensão disciplinar que ultrapasse trinta dias consecutivos.

A mais grave das penas aplicáveis ao obreiro é a *dispensa por justa causa*. Enfocada por diversos preceitos celetistas, a penalidade conduz à extinção do contrato sob ônus do trabalhador faltoso. Com isso, a pena não somente autoriza o descumprimento do princípio trabalhista geral da continuidade da relação de emprego, como extingue o pacto, negando ao trabalhador quaisquer das verbas rescisórias previstas em outras modalidades de rompimento do contrato. De par com tudo, lança ainda uma mácula na vida profissional do trabalhador (embora tal mácula não possa ser referida nas anotações da CTPS obreira).

(48) A anterior Lei do Trabalho Portuário (n. 8.630, de 1993) previa a penalidade de *repreensão verbal ou por escrito* (art. 19, I, “a”, Lei n. 8.630/93). Foi revogada pela Medida Provisória n. 595, de 6.12.2012, subsequentemente convertida na Lei n. 12.815, de 5.6.2013. Esta nova Lei do Trabalho Portuário, confirmando a MP n. 595/12, também se refere à penalidade de *repreensão verbal ou por escrito* (art. 33, I, “a”, Lei n. 12.815/13).

Há vozes doutrinárias que negam à dispensa por justa causa o caráter de penalidade trabalhista, insistindo configurar apenas modalidade de extinção do contrato de trabalho. Sem razão, contudo, semelhante objeção. O que se passa aqui não é incomum no Direito do Trabalho. Trata-se a dispensa com justa causa de instituto dotado de caráter múltiplo, assumindo distintas facetas ao mesmo tempo (modalidade de extinção do contrato e penalidade trabalhista — aliás, pena gravíssima). Situação parecida ocorre com outros institutos próprios ao ramo just trabalhista (veja-se o FGTS, que é direito trabalhista e, no conjunto dos depósitos, um fundo social de destinação tipificada).

B) Modalidades Rejeitadas — Há modalidades de penas cuja aplicação é claramente rejeitada pela ordem jurídica trabalhista brasileira.

De um lado, rejeita-se todo tipo de prática punitiva que agrida à dignidade do trabalhador ou que atente contra direito individual fundamental. Não há guarida no Direito do Trabalho para condutas ou métodos de fiscalização ou disciplinamento que se choquem contra o exercício, pelo obreiro, de direito individual que lhe seja assegurado pela ordem jurídica.

Conforme já exposto, esta conclusão resulta de um conjunto de princípios e regras gerais que seguramente incidem sobre o plano empregatício. Ilustrativamente, cite-se o dispositivo constitucional que instaura, no País, um “*Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social...*” (Preâmbulo da CF/88; grifos acrescidos). Cite-se também o preceito que coloca a *dignidade da pessoa humana* como um dos *fundamentos* da República Federativa do Brasil, constituída em Estado Democrático de Direito (art. 1º, III, CF/88). Cite-se ainda o dispositivo que firma como um dos *objetivos fundamentais* desse Estado “construir uma sociedade justa e solidária”, além de “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (art. 3º, I e IV, CF/88).

Ao lado de todos esses princípios (que atuam como *normas jurídicas*, registre-se), existem na Constituição — conforme já enfatizado — regras impositivas enfáticas, que afastam a viabilidade jurídica de condutas punitivas no âmbito empregatício que agridam à liberdade e dignidade básicas da pessoa natural do trabalhador. A regra geral da igualdade de todos perante a lei e da “inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade” (art. 5º, *caput*, CF/88). A regra geral esclarecedora de que “ninguém será submetido ... a tratamento desumano ou degradante” (art. 5º, III, CF/88). A regra geral que declara “invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” (art. 5º, X, CF/88). As regras gerais clássicas no sentido de que “ninguém será processado nem

sentenciado senão pela autoridade competente” e de que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (art. 5º, LIII e LIV, CF/88).

De outro lado, há práticas que, embora admitidas sob certos fundamentos e em face de determinados objetivos no contexto empregatício, são *francamente vedadas enquanto instrumentos punitivos*. Isto é, trata-se de práticas que não podem, definitivamente, ser utilizadas como parte do exercício do poder disciplinar, como mecanismo de apenação do trabalhador.

É o que ocorre com a *transferência punitiva* (a remoção por necessidade empresarial é permitida, mas não a remoção punitiva: Súmulas 43, TST). É também vedado o *rebaixamento punitivo*, que significa o retorno do obreiro a cargo inferior da carreira, anteriormente já ocupado, efetivado com intuito de apenação (observe-se que a simples reversão, isto é, o retorno ao cargo efetivo após ocupação de cargo de confiança, sempre foi autorizada pelo parágrafo único do art. 468, CLT — atualmente, § 1º do art. 468). Do mesmo modo, é vedada a *redução salarial como forma de punição* (na verdade, a redução salarial tende a ser autorizada apenas em restritas hipóteses trabalhistas — Súmula 265, TST, por exemplo — ou quando coletivamente negociada — art. 7º, VI, CF/88).⁽⁴⁹⁾

Finalmente, há uma figura punitiva singular, a *multa*. De maneira geral, a pena pecuniária é vedada no Direito do Trabalho, por afrontar os princípios da intangibilidade e irredutibilidade salariais, agredindo, ainda, a regra disposta no art. 462 da CLT.

Contudo, a legislação referente ao contrato do atleta profissional de futebol autorizava, por exceção, a referida penalidade pecuniária, desde que não ultrapassasse 40% do salário mensal do futebolista. Registre-se que a penalidade em exame, fixada pelo art. 15, § 1º, da Lei n. 6.354, de 1976, não se mostrava incompatível, como visto, com o *subsequente diploma legal instituidor de normas gerais sobre o desporto* (Lei n. 9.615, de 24.3.1998 — *Lei Pelé* — regulada pelo Decreto n. 2.574, de 29.4.1998). É que a nova legislação regulamentadora referia-se à estipulação de *cláusula penal* “para as hipóteses de descumprimento, rompimento ou rescisão unilateral” do contrato (art. 28, *caput*, Lei n. 9.615/98). Além disso, a Lei n. 9.615 preservou a vigência do preceito punitivo da velha Lei n. 6.354/76, isto é, seu art. 15, § 1º, acima mencionado (“Disposições Transitórias” da Lei n. 9.615/98, arts. 91 e 96). Nesse quadro, apenas em 2011, com a Lei n. 12.395, vigorante desde 17 de março daquele ano, é que tal multa contratual (ou *multa salarial*) foi definitivamente extirpada do Direito brasileiro. Isso por que a Lei n. 12.395/2011

(49) A Lei da Reforma Trabalhista, conforme já adiantado, alargou as hipóteses de alteração contratual lesiva no Direito Individual do Trabalho. Ilustrativamente, a regra inserta no novo parágrafo único do art. 444 da CLT pela Lei n. 13.467/2017.

conferiu nova redação ao art. 28 da Lei Pelé (n. 9.615/98), não mais se referindo à possibilidade de multa por simples *descumprimento* do contrato; além disso, revogou expressamente, em seu art. 19, II, toda a antiga Lei n. 6.354/76. Com essas duas mudanças, a Lei n. 12.395/11 sepultou, sem dúvida, a velha e anômala regra da multa salarial.

Afora essa isolada exceção, não se acata a multa como meio punitivo no ramo juslaboral brasileiro.

4. Critério de Aplicação de Penalidades (Requisitos Incidentes)

O Direito do Trabalho brasileiro encontra-se, efetivamente, ainda em fase insatisfatória no tocante ao exercício do poder disciplinar. Não prevê a legislação ordinária qualquer procedimento especial para aferição de faltas e aplicação de penas no contexto intraempresarial (excetuada a situação do estável, conforme mencionado). Muito menos prevê mecanismos de coparticipação (e corresponsabilização) no instante de aplicação de penalidades no âmbito empregatício. Pelo padrão normativo atual, o empregador avalia, unilateralmente, a conduta obreira e atribui a pena ao trabalhador, sem necessidade de observância de um mínimo procedimento que assegure a defesa do apenado e sem necessidade de consulta a um órgão coletivo obreiro interno à empresa (que, na verdade, raramente existe no cotidiano empresarial do País).

Embora esse modelo legal celetista pareça defasado em face da relevância que a Constituição de 1988 dá ao Direito Coletivo e aos direitos individuais da pessoa humana, não têm a doutrina e a jurisprudência dominantes do País, ainda, apontado na direção da suplantação efetiva desse padrão de regência normativa. Muito menos o legislador sequer movimentou-se em direção às modificações voltadas a ajustar o sistema de aplicação de penalidades trabalhistas do Direito brasileiro à realidade da mudança para o terceiro milênio.

De todo modo, há, obviamente, um mínimo de limites à aplicação de penalidades pelo empregador, mesmo à luz do atual Direito do Trabalho. Esses limites consubstanciam um certo *critério de fixação de penalidades trabalhistas* no contexto empresarial.

O critério de fixação de penalidades no âmbito empregatício impõe a observância de três grupos de requisitos, a serem examinados conjuntamente em cada caso concreto: requisitos objetivos, subjetivos e circunstanciais.

Objetivos são os requisitos que concernem à caracterização da conduta obreira que se pretende censurar; *subjetivos*, os que concernem ao envolvimento (ou não) do trabalhador na respectiva conduta; *circunstanciais*, os requisitos que dizem respeito à atuação disciplinar do empregador em face da falta e do obreiro envolvidos.

A) Requisitos Objetivos — É requisito objetivo para o exercício do poder disciplinar no contrato a *tipicidade da conduta obreira*, inclusive com respeito à *natureza da matéria envolvida*. Também integra o presente grupo de requisitos a *gravidade* da conduta do trabalhador.

No que diz respeito à *tipicidade da conduta faltosa*, aplica-se, como visto, ao ramo justrabalhista do País o critério penalista da prévia tipificação legal da conduta censurada. Embora, é claro, saiba-se ser relativamente plástica e imprecisa a tipificação celetista, não se pode enquadrar como infração ato ou omissão que escape efetivamente à previsão contida na lei laboral.

Relaciona-se a esse primeiro requisito o exame da *natureza da matéria envolvida*. É que é inquestionável que o exercício do poder disciplinar restringe-se a condutas obreiras vinculadas a suas obrigações contratuais trabalhistas. Ou seja, *o que pode ser tido como infração laboral será exclusivamente um comportamento do trabalhador que prejudique o cumprimento de suas obrigações contratuais trabalhistas*.

Não há possibilidade de as prerrogativas do poder disciplinar estenderem-se ao universo de condutas estritamente pessoais, familiares, sociais e políticas do trabalhador. Apenas se o comportamento concretizar-se no âmbito empregatício de modo irregular, em contraponto às obrigações contratadas e legais trabalhistas do obreiro, é que a matéria pode passar ao exame do poder empregatício e sua dimensão disciplinar. Embora, é claro, existam situações em que a lei permite considerar-se faltosa uma conduta ocorrida fora do ambiente do trabalho (ilustrativamente, violação de segredo da empresa ou ofensa ao empregador ou superiores hierárquicos do obreiro — art. 482, “g” e “k”, CLT), tal permissão ocorre em virtude de a infração poder afetar francamente o contrato ou o ambiente laborativo.

O requisito da *gravidade* não é, evidentemente, absoluto — mas influi, sem dúvida, no exercício do poder disciplinar.

É que em se tratando de conduta tipificada, porém inquestionavelmente leve, quer o Direito do Trabalho que o empregador se valha das prerrogativas diretivas, fiscalizatórias e disciplinares essencialmente com fins educacionais, orientando o obreiro a se ajustar ao ambiente e regras laborativas — notadamente se se tratar de empregado sem negativa vida pregressa funcional na empresa. Nesse caso, as punições caberão apenas se a conduta censurável permanecer, não obstante a orientação educativa original.

De todo modo, a gravidade da infração atua, de maneira geral, na dosagem da pena a ser imposta.

B) Requisitos Subjetivos — São requisitos subjetivos para a aplicação do poder disciplinar a *autoria* obreira da infração e seu *dolo ou culpa* com respeito ao fato ou omissão imputados.

O requisito da *autoria* é autoevidente. Apenas se ficar configurada a efetiva participação do trabalhador no ato ou omissão tipificados é que se pode aventar a possibilidade de exercício do poder punitivo a seu respeito.

O requisito do *dolo ou culpa* é também de grande relevância. Não será válido o exercício de prerrogativas punitivas se a conduta obreira não tiver sido intencional ou, pelo menos, decorrente de imprudência, negligência ou imperícia.

Ainda assim o Direito do Trabalho produz algumas adequações aos critérios penalistas e civilistas gerais concernentes à noção de dolo ou culpa. Em primeiro plano, a intenção e a culpa têm de ser examinadas *em concreto*, isto é, considerando-se o nível de escolaridade do obreiro, seu segmento de atuação profissional, seu nível socioeconômico e outros aspectos subjetivos relevantes. Isso porque é evidente que a intenção dolosa ou a conduta culposa podem atenuar-se em função da maior simplicidade na formação pessoal, escolar e profissional do indivíduo.

A par disso, *nem sempre* a imperícia pode ser causa ensejadora do exercício do poder disciplinar. Na verdade, raramente o será. É que vigoram no Direito do Trabalho tanto o princípio da direção empresarial sobre o contrato e seu cumprimento, como o da assunção dos riscos contratuais pelo empresário. Ora, o primeiro coloca sob a responsabilidade do empregador a análise da efetiva aptidão obreira para a execução do objeto do contrato (inclusive valendo-se do contrato de experiência), ao passo que o segundo não permite ao trabalhador assumir os riscos do próprio trabalho prestado.

C) Requisitos Circunstanciais — Circunstanciais, como visto, são os requisitos que dizem respeito à atuação disciplinar do empregador em face da falta cometida e do obreiro envolvido.

São inúmeros tais requisitos, a saber: nexo causal entre a falta e a penalidade; adequação entre a falta e a pena aplicada; proporcionalidade entre elas; imediatividade da punição; ausência de perdão tácito; singularidade da punição (*non bis in idem*); inalteração da punição; ausência de discriminação; caráter pedagógico do exercício do poder disciplinar, com a correspondente gradação de penalidades.

No que concerne ao *nexo causal entre a falta e a penalidade*, quer a ordem justralhista que a punição seja efetivamente atada à conduta tida como faltosa. Não se pode utilizar determinada falta recém-ocorrida para punir-se falta anterior não apenada: a vinculação entre a infração e a pena deve, portanto, ser direta.

A observância (ou não) do nexos causal influi, inclusive, na aferição de outros critérios (como adequação, proporcionalidade, gradação e outros). É que se não houver efetivo nexos causal entre a falta e a punição (deixando, por exemplo, o empregador ocorrer acúmulo de faltas, para então promover

punição mais grave), tenderá a ficar comprometida a observância também de outros critérios, como a adequação, a gradação, a imediaticidade, etc.

No que diz respeito à *adequação entre a falta e a penalidade*, quer a ordem justrabalhista que haja correspondência substantiva entre a conduta infratora e a punição aplicada.

A adequação (ou inadequação) da penalidade aplicada manifesta-se, comumente, através de outro critério muito próximo a este, a chamada *proporcionalidade entre a falta e a punição*. Por tal critério, quer a ordem jurídica que haja harmônica conformidade entre a dimensão e extensão da falta cometida e a dimensão e extensão da punição perpetrada.

Enquanto a *adequação* remete a um juízo concernente à *qualidade* (à substância da relação de correspondência entre a infração e a penalidade), o critério da *proporção* remete a um juízo concernente à *quantidade* (isto é, à mensuração quantitativa da relação de correspondência entre a infração cometida e a penalidade perpetrada). Os dois critérios, é bem verdade, completam-se, devendo, desse modo, ser analisados em conjunto pelo operador jurídico (adequação e proporcionalidade).

No que tange à *imediaticidade da punição*, exige a ordem jurídica que a aplicação de penas trabalhistas se faça tão logo se tenha conhecimento da falta cometida. Com isso evita-se eventual situação de pressão permanente ou, pelo menos, por largo e indefinido prazo sobre o obreiro, em virtude de alguma falta cometida.

A quantificação do prazo tido como razoável a mediar a falta e a punição não é efetuada expressamente pela legislação. Algumas regras, contudo, podem ser alinhavadas. Em primeiro lugar, tal prazo conta-se não exatamente do fato irregular ocorrido, *mas do instante de seu conhecimento pelo empregador* (ou seus prepostos intraempresariais). Em segundo lugar, esse prazo pode ampliar-se ou reduzir-se em função da existência (ou não) de algum procedimento administrativo prévio à efetiva consumação da punição. Se houver instalação de comissão de sindicância para apuração dos fatos envolventes à irregularidade detectada, por exemplo, obviamente que disso resulta um alargamento do prazo para consumação da penalidade, já que o próprio conhecimento pleno do fato, sua autoria, culpa ou dolo incidentes, tudo irá concretizar-se apenas depois dos resultados da sindicância efetivada.

Finalmente, em terceiro lugar, embora não haja prazo legal prefixado para todas as situações envolvidas, há um parâmetro máximo fornecido pela CLT e eventualmente aplicável a algumas situações concretas. Trata-se do lapso temporal de 30 dias (prazo decadencial: Súmula n. 403, STF) colocado ao empregador para ajuizamento de ação de inquérito para apuração de falta grave de empregado estável (art. 853, CLT; Súmula 62, TST).

O trintídio celetista é prazo que pode servir de relativo parâmetro para outras situações disciplinares, mesmo não envolvendo empregado estável, nem a propositura de inquérito. Observe-se, porém, que tal lapso de 30 dias somente seria aplicável quando houvesse necessidade de alguma diligência averiguatória acerca dos fatos referentes à infração. É que a jurisprudência tende a considerar muito longo semelhante prazo em situações mais singelas (e mais frequentes), que digam respeito a faltas inequivocamente cometidas e inequivocamente conhecidas pelo empregador.

Outro critério relevante é a *ausência de perdão tácito*. A figura do perdão tácito ocorre quando certas faltas mais ou menos graves cometidas pelo obreiro não são objeto de manifestação adversa por parte do empregador. O silêncio empresarial prolongado, após conhecida uma falta obreira, gera a presunção de que a falta foi implicitamente perdoada pela contraparte contratual.

O critério da *ausência de perdão tácito* relaciona-se, de maneira geral, com o anterior critério (*imediatividade*). Efetivamente, se a falta não for imediatamente punida, tão logo conhecida pelo empregador, presume-se que foi tacitamente perdoada. A falta de imediatividade gera, desse modo, a presunção de incidência do perdão tácito.

O perdão tácito acerca de falta passada não gera, porém, obviamente, autorização futura para cometimento do mesmo tipo de falta. O conceito reporta-se ao passado, não às condutas futuras concernentes à relação de emprego. Principalmente se a falta anterior também consubstanciava ilícito de outra natureza, o perdão tácito referente a fato pretérito não esteriliza a correção das irregularidades com respeito às *situações futuras* — embora em tais casos seja prudente à empresa esclarecer, genericamente, a nova postura a ser adotada.

O critério da *singularidade da punição* (ausência de duplicidade punitiva) concretiza o princípio clássico do *non bis in idem* no âmbito do poder disciplinar. Por tal critério, não pode o empregador aplicar mais de uma pena em função de uma única falta cometida. Mesmo que se trate de um grupo de faltas, *mas tendo uma unidade em seu cometimento* (ilustrativamente, o empregado danifica uma máquina e, no mesmo instante, ofende sua chefia imediata), a punição tem de ser unitária.

Ao critério anterior (*singularidade punitiva*) associa-se, em geral, o critério da *inalteração da punição*. Para o Direito do Trabalho a punição perpetrada tem de ser definitiva, não podendo ser modificada. Ilustrativamente, se o empregador aplicou suspensão disciplinar e, em seguida, reavaliando a gravidade da falta cometida, conclui que ela, na verdade, inquestionavelmente justificaria uma ruptura contratual por justa causa obreira, já não mais poderá, validamente, aplicar a pena do art. 482, CLT, em virtude do critério da inalteração das punições perpetradas.

Evidentemente o presente critério tem de ser compreendido dentro do conjunto da lógica jurtrabalhista. Se a modificação ocorrer com o intuito de favorecer, efetivamente, o obreiro (modificação de uma suspensão contratual punitiva para uma advertência escrita, por exemplo), ela será, sem qualquer dúvida, válida.

É também critério de aplicação de penalidades no Direito do Trabalho a *ausência de discriminação*. A penalização não pode ser efetuada com intuito — ou com efeitos — discriminatórios. Se o cometimento da falta abrange distintos obreiros, torna-se discriminatória a punição que atinge um único deles — desde que não haja, obviamente, efetiva distinção na gravidade e intensidade da participação de cada um nos eventos irregulares.

A doutrina e a jurisprudência elegem, ainda, o *caráter pedagógico do exercício do poder disciplinar* como importante critério informador da aplicação de penas no contexto empregatício. Considera-se fundamental que o poder punitivo seja exercido com a finalidade de ajustar o obreiro à sã convivência laborativa, em um contexto de regras *lícitas* adotadas pela empresa. O objetivo central de tal poder não seria sancionar, apenar, mas principalmente criar condições para a ressocialização obreira no universo empresarial. A punição deve ser encarada apenas como instrumento subordinado a esse objetivo maior, do mesmo modo que a exclusão do trabalhador do emprego deve ser tida como solução cabível somente em casos efetivamente justificáveis.

É mecanismo de realização desse caráter pedagógico do exercício do poder disciplinar a *gradação de penalidades*. De fato, a adoção de medidas punitivas em escala crescente transmite ao obreiro a clara noção do desajuste de seu comportamento, permitindo o melhor alcance de sua ressocialização laborativa. A gradação favorece, pois, em geral, o sentido didático do exercício punitivo.

O critério pedagógico de gradação de penalidades não é, contudo, absoluto e nem universal — isto é, ele não se aplica a todo tipo de falta cometida pelo trabalhador. É possível a ocorrência de faltas que, por sua intensa e enfática gravidade, não venham ensejar qualquer viabilidade de gradação na punição a ser deferida, propiciando, assim, de imediato, a aplicação da pena máxima existente no Direito do Trabalho (dispensa por justa causa).

Não obstante a viabilidade prática dessa situação excetiva, repita-se que, de maneira geral, as punições aplicadas no âmbito empregatício têm de ser gradualmente dosadas, em proporção crescente, desde a penalidade mais branda até a mais elevada no topo da escala gradativa de punições (ilustrativamente, advertência verbal; advertência escrita; suspensão de um dia; suspensão de alguns dias; dispensa por justa causa). Essa gradação de penalidades, como visto, teria o *objetivo de melhor propiciar o alcance dos fins pedagógicos do exercício do poder disciplinar, direcionando esse poder*

à meta de ajustar o trabalhador à dinâmica empregatícia, sem intuito preponderantemente punitivo, mas essencialmente educacional. De fato, o caráter pedagógico do poder disciplinar é aspecto cada vez mais ressaltado pela doutrina e jurisprudência trabalhistas, suplantando-se a visão fundamentalmente coercitiva que tradicionalmente se tinha dessa dimensão do poder empregatício.

5. Intervenção Judicial

A relação entre a Justiça do Trabalho e o poder disciplinar empregatício tem vivenciado, no Brasil, curioso paradoxo. Ao mesmo tempo em que se reconhece, unanimemente, a prerrogativa judicial maior de anular punições empresariais aplicadas a trabalhadores, não se tem admitido, a teor de significativa parte da doutrina e jurisprudência, a prerrogativa judicial menor de modificação ou dosagem de penalidades aplicadas pelo empregador sobre o empregado. Não apenas não se tem acolhido a viabilidade da modificação da pena, como sequer tem-se admitido a viabilidade de dosagem da pena imposta.

O fundamento para essa posição jurisprudencial e doutrinária, que se considera dominante no País, centra-se na consideração de que a transferência de tais prerrogativas ao Judiciário consistiria em real transferência ao Estado da direção empresarial sobre a prestação laborativa, consumando uma incabível intervenção do Estado na gestão empregatícia. Tais transferência direta e intervenção estatal não contariam com qualquer permissivo da ordem jurídica, afrontando, além disso, texto constitucional expresso que coloca a livre iniciativa como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito instaurado no Brasil (art. 1º, IV, CF/88).

A argumentação acima, contudo, apresenta inquestionáveis dificuldades — ao menos se contraposta aos avanços democratizantes que invadem o Direito do Trabalho e que se encontram contemplados no universo de princípios e regras da própria Constituição de 1988. Na verdade, o Texto Máximo de 88 coloca o valor social do trabalho no mesmo plano da livre iniciativa, ambos com estatuto de fundamentos (ao lado de outros) do Estado Democrático de Direito no País. De par com isso, o direito de propriedade é inexoravelmente submetido à sua função social (art. 5º, XXII e XXIII, CF/88) e ao respeito pleno à prevalência dos direitos e garantias individuais da pessoa humana, inclusive a pessoa do trabalhador (Preâmbulo da Constituição de 1988; art. 1º, III; art. 3º, I e IV; art. 5º, caput, e incisos I, III, X, LIII e LIV, sempre da CF/88).

Some-se a tudo isso a circunstância de que o roteiro básico de evolução histórica do Direito do Trabalho, nas experiências democráticas mais consolidadas dos países centrais, sempre trilhou o caminho do crescente contingenciamento do poder disciplinar, retirando substância às fórmulas jus-

tificadoras de sua intangibilidade. Nessa linha e por derivação de tal evolução histórico-jurídica, a concepção meramente unilateral do poder disciplinar do empregador (que confere substrato teórico à posição acima descrita) tem merecido inegável e crescente questionamento. Mesmo no Brasil, a Constituição de 1988 consolidou, de modo enfático, esse questionamento, no plano das normas jurídicas, ao propor ou reforçar institutos claramente dirigidos à atuação participativa dos trabalhadores nas empresas — e que afrontam o exercício unilateral do poder empregatício. É o que fez a Constituição, respectivamente, com a previsão de um representante obreiro em empresas com mais de duzentos empregados (art. 11, CF/88) e com a extensão de garantia especial de emprego ao trabalhador eleito para as Comissões Internas de Prevenção de Acidentes.

Ora, a atenuação do antigo unilateralismo do poder disciplinar abre espaço a uma modulada gradação de avaliações sobre a conduta concreta do obreiro e a sanção que lhe caberia ser aplicada. Nessa gradação modulada de avaliações é que o Judiciário, se provocado, poderia atuar de modo atenuador ou corretivo.

Por fim, e independentemente da própria democratização do poder empregatício, há um fundamental aspecto inerente à função judicante que atua na situação em debate, e que não é absorvido pela vertente tradicional tida como dominante na doutrina e jurisprudência pátrias. A função judicante de declarar a incidência da norma sobre o caso concreto nem sempre deve (ou pode) resultar em enunciados ou comandos absolutos. O processo de aplicação da lei sintetiza a combinação entre o respeito ao padrão geral contido na norma e a sensibilidade à situação especial contida no caso concreto. *A extremada e simplificadora dualidade de soluções proposta pela posição aqui examinada* (ou se anula toda a punição ou se a acata, plenamente), *que resulta em dois únicos padrões singelos de resposta judicial à questão trazida a exame, restringe a função judicante e inviabiliza a exata adequação da norma ao caso concreto*. Nesse sentido, a simplificadora dualidade de alternativas postas ao exame da autoridade jurisdicional restringe o princípio do juiz natural e da apreciação pelo Judiciário de qualquer lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV, CF/88).

Na verdade, a resistência em acolher essa prerrogativa de atenuação judicial da sanção extrajudicialmente imposta coloca o Direito do Trabalho em patamar mais acanhado do que o próprio Direito Civil, de onde o ramo jurídico trabalhista, como se sabe, desgarrou-se revolucionariamente. De fato, no Direito Civil já é clássico o critério de que caberá ao juiz reduzir, proporcionalmente, a pena estipulada, quando se cumprir, em parte, a obrigação (a respeito, art. 924, CCB/1916; art. 413, CCB/2002). Não há, portanto, como retrair-se o Direito do Trabalho a incorporar tal critério (art. 8º, CLT: analogia). Na verdade, esse critério é muito mais próximo à estrutura e dinâmica do

Direito do Trabalho, onde prevalece o princípio da primazia da realidade, do que do universo civilista — onde, contudo, já se encontra francamente absorvido.

6. Poder Disciplinar e Direito Obreiro de Resistência

O contrato de emprego — com a subordinação que lhe é inerente — concentra no empregador um conjunto expressivo de prerrogativas voltadas ao direcionamento da prestação concreta de serviços, franqueando-lhe ainda prerrogativas consubstanciadoras do chamado poder disciplinar.

Essa situação jurídica oriunda do contrato não cria, contudo, como visto, um estado de *sujeição do trabalhador* ao empregador. Mesmo os operadores jurídicos que hoje ainda defendem uma visão estritamente unilateral do poder empregatício não enxergam a viabilidade *jurídica* de qualquer estado jurídico de sujeição do empregado perante o empregador, no contexto da relação de emprego.

Nesse quadro, obviamente que é válida e juridicamente protegida a resistência obreira a ordens *ilícitas* perpetradas pelo empregador no contexto empregatício. O chamado direito de resistência (*jus resistentiae*) é, portanto, parte integrante do poder empregatício. Na verdade, sua configuração é apenas mais uma cabal evidência do caráter dialético (e não exclusivamente unilateral) do fenômeno do poder no âmbito da relação de emprego.

A prática do *jus resistentiae*, com a recusa ao cumprimento de ordens ilícitas, obviamente corresponde ao *exercício regular de um direito* (art. 160, I, *in fine*, CCB/1916; arts. 187 e 188, I, *in fine*, CCB/2002), não gerando, desse modo, falta trabalhista ao obreiro. Contudo, em face da pequena integração do trabalhador ao emprego propiciada pela ordem justralhista brasileira, desde o advento do sistema do FGTS (desde a antiga Lei n. 5.107, de 1966, portanto), tendem a ser muito precárias as possibilidades *reais* de resistência do empregado no âmbito empregatício.

Esse quadro apenas se alteraria, de um lado, com a modificação do Direito Individual do Trabalho em busca de mecanismos mais eficazes de integração obreira ao trabalho (mecanismos sugeridos pelo art. 7º, I, da Constituição de 1988). Alterar-se-ia, ainda, de outro lado, com o avanço do processo de democratização do poder no estabelecimento e na empresa, mediante a multiplicação de organismos coletivos obreiros no contexto empregatício (comissões de empresa, delegados sindicais, comissões paritárias, etc.).

Não obstante tais evidentes limitações, a CLT já apresenta alguns poucos mecanismos de exercício do chamado *jus resistentiae*. Um desses mecanismos é dado pelo art. 659, IX, que autoriza ao obreiro a propositura de ação específica para obstar transferência abusiva, com a previsão de medida liminar pelo Juiz do Trabalho no sentido de obstar a alteração circunstancial do contrato.

Na mesma linha o inciso X do art. 659 celetista (acrescentado pela Lei n. 9.270, de 1996), que autoriza a propositura de ação específica, *com expressa previsão de medida liminar pelo Juiz do Trabalho*, objetivando “reintegrar no emprego dirigente sindical afastado, suspenso ou dispensado pelo empregador”.

Ao lado desses mecanismos, há também outros oriundos da própria legislação processual civil, que se aplicam, por subsidiaridade, ao processo do trabalho. Nesse quadro, é cabível ponderar-se que o franco desrespeito aos limites postos às prerrogativas empresariais de alteração unilateral do contrato poderia também ensejar ação trabalhista, acompanhada de medida liminar (desde o CPC de 2015, a figura consiste na denominada *tutela provisória*), caso configurada a irregularidade alegada (ou, nos termos do novo CPC, a probabilidade do direito) e o justificado receio de prejuízo irreparável e imediato ao trabalhador pelo ato abusivo unilateral (§ 3º do art. 461, CPC/1973; art. 300, *caput* e §§, e art. 303, *caput* e §§, CPC/2015)⁽⁵⁰⁾.

VI. PODER EMPREGATÍCIO: ENTRE A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E A REFORMA TRABALHISTA DE 2017

A Constituição da República de 1988 deflagrou no Brasil notável série de mudanças e aperfeiçoamentos institucionais e jurídicos, permitindo ao País crescer e/ou mudar de patamar, positivamente, em distintas áreas de sua configuração.

No plano trabalhista, uma das mais importantes mudanças e aperfeiçoamentos foi a descoberta do universo da personalidade do trabalhador no contexto da relação de emprego.

Tal descoberta naturalmente criou contrapontos com o tradicional poder empregatício. Coube, portanto (como ainda cabe), à doutrina e à jurisprudência — se não a toda a comunidade jurídica — encontrar os caminhos interpretativos de harmonização de princípios, regras e institutos jurídicos nessa seara temática.

1. Direitos da Personalidade do Trabalhador e Poder Empregatício: contrapontos e harmonização de princípios, regras e institutos jurídicos

Os direitos de personalidade da pessoa humana trabalhadora são imantados de tutela jurídica significativa, de inegável potência e efetividade,

(50) A respeito deste último tema do presente capítulo, ver VIANA, Márcio Túlio. *Direito de Resistência*. São Paulo: LTr, 1996.

não só por derivarem diretamente da CF/88, como também por serem instrumento imprescindível de realização do sentido mais singular do princípio da dignidade da pessoa humana e do próprio Estado Democrático de Direito afirmados pela Constituição da República.

Nessa medida, estabelecem claro contraponto ao poder empregatício, em qualquer de suas dimensões — normativa, diretiva, fiscalizatória e disciplinar.

A) Caracterização do Contraponto Jurídico — O poder empregatício, conforme se sabe, é inerente ao contrato de trabalho. Por meio dele, o Direito confere ao empregador o poder organizativo e regente sobre o seu empreendimento, inclusive a prestação de serviços, com a vantagem de usufruir da situação jurídica de subordinação e pessoalidade de seus empregados. Embora a mesma ordem jurídica imponha ao empregador os riscos da atividade empresarial, confere-lhe a larga e impressionante prerrogativa de estruturar, reger, regular, controlar e até punir no âmbito de seu empreendimento.

O Direito do Trabalho, entretanto, como se sabe, afirmou-se, desde o seu início, como o grande contraponto às prerrogativas do poder empregatício. Com suas regras, princípios e institutos consolidou, nos últimos 150 anos, no Ocidente, significativa barreira — ou pelo menos atenuação — ao exercício antes incontrastável desse poder no mundo laborativo.

Com a Constituição de 1988, nova barreira ou atenuação despontou vigorosa: o universo dos direitos da personalidade do ser humano que vive do trabalho.

O *status* de regramento de *direitos humanos constitucionais fundamentais* que ostentam os princípios, regras e institutos que regulam os direitos de personalidade aplicáveis às relações de emprego confere-lhes nova e significativa força normativa.

Esse novo contraponto jurídico, inaugurado no Brasil com a Constituição de 1988, sob o ponto de vista de sua real concepção e efetividade, remete ao debate sobre a harmonização das duas posições jurídicas contrapostas.

B) Harmonização das Dimensões Jurídicas Contrapostas — O Direito, em sua estrutura e dinâmica operacionais, corresponde a um sistema, integrado por partes diferenciadas, as quais têm de se ajustar, lógica e concretamente. Na qualidade de sistema, não há no Direito antinomias inconciliáveis, que façam a ordem jurídica perder a organicidade, coerência e força normativa.

Nesse quadro, a aparente antinomia surgida em 5.10.1988 tem de se resolver imediatamente, de maneira a assegurar a manutenção do caráter sistêmico e coerente do fenômeno jurídico.

Essa solução faz-se por meio da atenuação, racionalização e civilização do poder empregatício, que tem de passar a se harmonizar à relevância dos princípios, regras e institutos constitucionais que asseguram a tutela aos direitos de personalidade do ser humano partícipe da relação de emprego no polo obreiro.

Essa racionalização e atenuação do poder empregatício, em suas diversas dimensões — diretiva, normativa, fiscalizatória e disciplinar —, não inviabiliza ou restringe o bom funcionamento da livre iniciativa, também garantida pela CF/88. Apenas torna a propriedade efetivamente subordinada à sua função social (art. 5º, XXIII, CF), colocando a livre iniciativa como valor social realmente *ao lado* — e não acima — do valor social do trabalho, como claramente quer a Constituição (art. 1º, IV).

2. A Reforma Trabalhista de 2017 e o Recrudescimento do Poder Empregatício

O processo de democratização da sociedade, da economia e do ordenamento jurídico brasileiros deflagrado pela Constituição de 1988 conduziu, conforme visto, inevitavelmente, a uma dinâmica crescente de adequação do poder empregatício no universo das relações de trabalho no País. Desde cinco de outubro de 1988, importantes convenções internacionais humanísticas e sociais foram ratificadas pelo Brasil (quer da OIT, quer da ONU); a seu lado, importantes diplomas legais de espírito humanístico e social foram aprovados ao longo dos 27 anos de prática constitucional na realidade brasileira (1988-2015); se não bastasse, relevantes avanços doutrinários e jurisprudenciais se consagraram igualmente na direção humanística e social induzida pela Constituição da República.

A reforma trabalhista implantada durante 2017, mediante a Lei n. 13.467, de 13.7.2017, vigente desde 11.11.17, entretanto, apontou na direção contrária a esse processo de democratização do exercício do poder empregatício no universo das empresas e das relações trabalhistas.

Reconhece-se, sim, que a Lei da Reforma Trabalhista instituiu comissão de representação dos empregados nas empresas, concretizando objetivo harmônico ao projeto constitucional de 1988 (novo Título IV-A da Consolidação, integrado pelos arts. 510-A a 510-E da CLT). Entretanto, ela o fez sem vinculação e fortalecimento das entidades sindicais de primeiro grau, além de realizar a inovação dentro de contexto de enfraquecimento econômico significativo do sindicalismo — fatos que, somados, obscurecem o sentido positivo da inovação apresentada.⁽⁵¹⁾

(51) O enfraquecimento econômico do sindicalismo concretizou-se tanto por meio da convalidação em facultativa da contribuição sindical obrigatória — *particularmente pelo fato de essa mudança ter sido realizada sem qualquer prazo de transição* (nova redação conferida aos

No conjunto, porém, a reforma trabalhista de 2017 incrementou o poder unilateral do empregador na gestão da empresa e seus estabelecimentos e, em especial, no interior do contrato de trabalho — que já se caracteriza por ser um inequívoco *contrato de adesão*. Atenuou a imperatividade de várias garantias e direitos trabalhistas. Eliminou ou diminuiu parcelas inerentes ao contrato de trabalho, classicamente reconhecidas pela CLT e/ou pela jurisprudência trabalhista. Criou fórmula de contratação de empregados sem as garantias clássicas de duração do trabalho e de fixação do salário (a figura do *contrato de trabalho intermitente*), em clara mercantilização do trabalho humano. Retirou amarras jurídicas à terceirização trabalhista, buscando generalizar uma fórmula de contratação do empregado que fragiliza e desorganiza, de maneira geral, os trabalhadores. Instituiu mecanismos questionáveis de quitação trabalhista (quitação anual durante o curso do contrato de trabalho e/ou permissão da arbitragem no Direito Individual do Trabalho).

Se não bastasse o somatório de todas essas regras que acentuam o desequilíbrio de poder na relação empregatícia, a Lei n. 13.467/2017 restringiu, gravemente, o acesso ao Poder Judiciário à pessoa humana do trabalhador.

Nesse quadro comparativo, torna-se inegável que a análise do poder empregatício no País, nas últimas três décadas, tem de tomar em consideração dois momentos históricos importantes, porém muito distintos: o advento da matriz constitucional de 1988, que produziu efeitos civilizatórios durante cerca de 25/27 anos na realidade e ordenamento jurídicos do Brasil; a seu lado, o quadro normativo diverso, de nítido viés regressivo, aberto pela Lei da Reforma Trabalhista de 2017.

arts. 545, 578, 579, 582, 583, 587 e 602 da CLT), como também, *principalmente*, pela regra proibitiva referente à aprovação, pela negociação coletiva trabalhista, da denominada *contribuição assistencial* ou *contribuição negocial* (também apelidada de “cota de solidariedade”), inerente à negociação coletiva trabalhista concluída com sucesso em benefício de todos os trabalhadores integrantes da categoria profissional (inciso XXVII do novo art. 611-B da CLT).

REMUNERAÇÃO E SALÁRIO

I. INTRODUÇÃO

A onerosidade consiste em um dos elementos fático-jurídicos componentes da relação empregatícia. Ela se manifesta no contrato de trabalho por meio do recebimento pelo empregado de um conjunto de parcelas econômicas retributivas da prestação de serviços ou, mesmo, da simples existência da relação de emprego. Trata-se de parcelas que evidenciam que a relação jurídica de trabalho formou-se com intuito oneroso por parte do empregado, *com intuito contraprestativo*, com a intenção obreira de receber retribuição econômica em virtude da relação laboral estabelecida. A esse conjunto de parcelas retributivas conferem-se, regra geral, os epítetos de *remuneração* ou de *salário*.

As expressões remuneração e salário corresponderiam, assim, ao conjunto de parcelas contraprestativas recebidas pelo empregado, no contexto da relação de emprego, evidenciadoras do caráter oneroso do contrato de trabalho pactuado.

Embora esse seja, de fato, um dos sentidos que se atribuem às expressões remuneração e salário (a acepção de *parcelas contraprestativas pagas ao empregado em função da prestação de serviços ou da simples existência da relação de emprego*), deve-se esclarecer que há outras acepções vinculadas a essas palavras, em especial ao verbete *remuneração*.

II. REMUNERAÇÃO E SALÁRIO: DISTINÇÕES

1. *Salário: definição*

Salário é o conjunto de parcelas contraprestativas pagas pelo empregador ao empregado em função do contrato de trabalho.

Trata-se de um *complexo de parcelas* (José Martins Catharino) e não de uma única verba. Todas têm *caráter contraprestativo*, não necessariamente em função da precisa prestação de serviços, mas *em função do contrato* (nos períodos de interrupção, o salário continua devido e pago); todas são também *devidas e pagas diretamente pelo empregador*, segundo o modelo referido pela CLT (art. 457, *caput*) e pelo conceito *legal* de salário mínimo (art. 76 da CLT e leis do salário mínimo após 1988).

2. Remuneração: definição e distinções

A cultura justralhista pátria tem conferido pelo menos três sentidos diferenciados à palavra *remuneração*. Trata-se de acepções obviamente próximas, embora guardando certa especificidade entre si.

A primeira dessas acepções praticamente identifica, como visto, o conceito de *remuneração* ao de *salário*, como se fossem expressões equivalentes, sinônimas. A lei, a jurisprudência e a doutrina referem-se, comumente, ao *caráter remuneratório* de certas verbas, classificam parcelas como *remuneratórias*, sempre objetivando enfatizar a *natureza salarial* de determinadas figuras trabalhistas. Em harmonia a essa primeira acepção, utiliza-se no cotidiano trabalhista, reiteradamente, a expressão *remuneração* como se possuísse o mesmo conteúdo de *salário*.

A segunda dessas acepções tende a estabelecer certa diferenciação entre as expressões: *remuneração* seria o gênero de parcelas contraprestativas devidas e pagas ao empregado em função da prestação de serviços ou da simples existência da relação de emprego, ao passo que *salário* seria a parcela contraprestativa principal paga a esse empregado no contexto do contrato. *Remuneração* seria o gênero; *salário*, a espécie mais importante das parcelas contraprestativas empregatícias.

Finalmente, há uma terceira acepção, que alarga um pouco mais a diferenciação entre as figuras. Essa terceira acepção está fundada no modelo sugerido pelo texto dos arts. 76 e 457, *caput*, da CLT.

De fato, a Consolidação teria construído para a palavra *salário* tipo legal específico. Ele seria o *conjunto de parcelas contraprestativas devidas e pagas diretamente pelo empregador ao empregado, em virtude da relação de emprego* (arts. 457, *caput*, e 76, CLT). Ou seja, para esta noção celetista de *salário* será essencial a *origem* da parcela retributiva: somente terá caráter de *salário* parcela *contraprestativa* devida e paga *diretamente pelo empregador* a seu empregado.

Em face desse modelo legal de *salário* (que está presente, como se viu, também no conceito legal de *salário mínimo*), valeu-se a CLT da expressão *remuneração* para incluir, no conjunto do *salário* contratual, as *gorjetas* recebidas pelo obreiro (que são pagas, como se sabe, por terceiros). Diz o art. 457, *caput*, CLT: “*Compreendem-se na remuneração do empregado, para todos os efeitos legais, além do salário devido e pago diretamente pelo empregador, como contraprestação do serviço, as gorjetas que receber*” (grifos acrescidos).

Remuneração e Gorjetas — A respeito dessa terceira acepção, há duas variantes interpretativas no Direito brasileiro.

A primeira, que já foi muito importante na prática jurídica (antes do advento da Súmula 354 do TST), buscando reduzir o efeito desse aparente contraponto celetista entre *remuneração* e *salário*. Nesta linha, considerava-

-se que a CLT pretendeu utilizar-se da palavra *remuneração* apenas como fórmula para incluir no *salário contratual* obreiro as *gorjetas habitualmente recebidas pelo empregado* (gorjetas que são pagas, repita-se, por terceiros, e não pelo empregador mesmo).

Em síntese, tratou-se de mero artifício legal seguido pelo *caput* do art. 457 da CLT, para permitir, sem perda da consistência da definição de salário feita pela lei, que as gorjetas incorporassem a base de cálculo salarial mensal do trabalhador. Assim também sustentava o jurista *Amauri Mascaro Nascimento*: o “legislador quis que as gorjetas compusessem o âmbito salarial. Como as gorjetas não são pagamento direto efetuado pelo empregador ao empregado, a solução encontrada foi introduzir na lei a palavra remuneração”⁽¹⁾. Nesta linha, a ordem justralhista brasileira teria se valido da expressão remuneração (art. 457, *caput*, CLT) apenas para determinar que as gorjetas, embora não sendo pagas diretamente pelo empregador, integrassem o salário contratual, para diversos fins legais.

Observe-se que caso seja acolhida a presente linha interpretativa, a média de gorjetas habituais recebidas pelo obreiro no contexto da relação empregatícia passaria a compor seu salário contratual (art. 29, § 1º, CLT). Em decorrência, essa média repercutiria nas demais parcelas contratuais cabíveis (13º salário, férias com 1/3, adicionais calculados sobre o salário contratual, horas extras, repouso semanal remunerado, aviso-prévio, FGTS com 40%, por exemplo).

Não obstante esta interpretação reduza, significativamente, a diferenciação entre remuneração e salário, ainda assim a ordem jurídica preservaria tal diferenciação, pelo menos no tocante ao salário mínimo legal. É que o salário mínimo é definido, explicitamente, como “a contraprestação mínima *devida e paga diretamente pelo empregador a todo trabalhador*” (art. 76, CLT, com grifos acrescidos; na mesma linha, as diversas leis regulatórias do salário mínimo, depois da Constituição de 1988: por exemplo, o art. 6º da Lei n. 8.419/92). Desse modo, pelo menos com respeito à composição do salário mínimo legal, não poderá o empregador tomar em conta os valores médios recebidos pelo obreiro a título de gorjetas; neste quadro, o montante do salário mínimo legal sempre deverá ser diretamente pago pelo próprio empregador.

Há uma segunda vertente interpretativa, que busca alargar a diferenciação insculpida nos arts. 76 e 457, *caput*, da CLT. Para tal vertente, a Consolidação, nestes citados preceitos, teria criado dois tipos-legais distintos e inconfundíveis: o *salário*, parcela contraprestativa paga diretamente pelo empregador, e a *remuneração*, parcela contraprestativa paga diretamente por terceiros.

(1) NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1994, p. 295.

À luz de tal vertente hermenêutica, as *parcelas estritamente remuneratórias* (como as gorjetas) não produziriam diversos efeitos próprios às *parcelas estritamente salariais*. Assim, elas não comporiam o *salário mínimo legal* (o que é, de fato, inevitável, em vista do disposto no art. 76, da CLT, e nas Leis do Salário Mínimo, após 1988). Porém, também não iriam integrar o próprio *salário contratual* obreiro, deixando de produzir alguns de seus clássicos reflexos. Nesta direção há, inclusive, a Súmula 354 do TST, aprovada em maio de 1997: “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”⁽²⁾.

Ressalte-se, entretanto, que, mesmo seguindo-se esta visão defensora da incomunicabilidade entre remuneração e salário, *há alguns reflexos contratuais que ainda restam inevitáveis no tocante à média da parcela remuneratória de gorjetas habitualmente recebidas*. É que as gorjetas compõem, sim, o salário de contribuição do empregado para fins de repercussões previdenciárias: neste quadro, deverá, inclusive, constar de sua CTPS a estimativa razoável de gorjetas a serem auferidas ao longo da prestação laboral (art. 29, § 1º, CLT). Também não há dúvida razoável quanto à repercussão no Fundo de Garantia das gorjetas recebidas. É que existe menção expressa na Lei do FGTS (art. 15, Lei n. 8.036, de 1990) a *todas as parcelas especificadas pelos arts. 457 e 458, da CLT* — e, portanto, às gorjetas. Do mesmo modo, não pode haver dúvida de que as gorjetas compõem a remuneração para fins de cálculo do 13º salário, uma vez que os diplomas instituidores dessa parcela (Lei n. 4.090, de 1962 e n. 4.749, de 1965) claramente diferenciam a *remuneração* do mês de dezembro (base de cálculo do 13º) do *salário* dos meses anteriores (cuja metade deverá ser adiantada ao empregado, a cada ano, a título de antecipação do 13º).

O caminho interpretativo escolhido pela segunda vertente, alargando a diferenciação entre remuneração e salário, tem o nítido condão de reduzir, de modo substancial, o montante da contraprestação onerosa paga ao empregado que receba gorjetas habituais (em virtude da redução dos reflexos contratuais que propicia). Contudo, esse caminho interpretativo acaba por produzir outras possibilidades jurídicas talvez ainda não suficientemente desenvolvidas.

É que se efetivamente a expressão remuneração corresponder a um *tipo legal próprio* (verba contraprestativa paga ao empregado por terceiro),

(2) Esta vertente interpretativa já havia se firmado no Tribunal Superior do Trabalho tempos antes, conforme demonstrava antiga Orientação Jurisprudencial da Seção de Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, divulgada em junho de 1995: “Gorjeta. Não integra a remuneração para cálculo de outros direitos (adicional noturno, aviso-prévio, horas extras e repouso semanal remunerado)”.

mas não a mero artifício para propiciar a inserção das gorjetas nos salários contratuais (respeitado o mínimo legal), isso significará que outras modalidades de pagamento contraprestativo por terceiros assumirão o caráter de remuneração. É o que ocorreria, por exemplo, com os honorários advocatícios habitualmente recebidos de terceiros pelo advogado empregado, assim como a participação em publicidade habitualmente recebida de terceiros pelo empregado artista ou atleta profissional (ou outro profissional, se for o caso). Se tais verbas têm caráter de remuneração (como decorrência inevitável da interpretação lançada pela segunda corrente hermenêutica), no mínimo elas produzirão reflexos em FGTS, 13º salário e recolhimentos previdenciários.

Desse modo, se a inspiração hermenêutica da segunda vertente dirigiu-se ao sentido de restringir a tendência *pansalarial* que tanto enrijeceu o Direito do Trabalho brasileiro no período anterior à Constituição de 1988, a consequência propiciada por sua tese poderá ser diametralmente oposta. Na verdade, essa consequência é substantivamente paradoxal com as funções e objetivos do próprio Direito do Trabalho: ora, restringe-se a renda laboral de uma categoria caracterizada por ganhos laborativos modestos (por exemplo, garçons e empregados de empresas de alimentação ofertada ao público), mas amplia-se, desmesuradamente, a possibilidade de renda laboral de categorias sofisticadas e de ganhos econômicos já relativamente elevados (como artistas profissionais renomados e atletas famosos).⁽³⁾

Nesse contexto, a primeira vertente interpretativa do modelo criado pelos arts. 76 e 457, *caput*, da CLT — vertente que, tempos atrás, fora dominante no cotidiano justralhista — é a que melhor atinge os objetivos e a própria função do Direito do Trabalho. Sua linha de interpretação preserva a regra geral de que somente terá natureza salarial/remuneratória, no Direito brasileiro, parcelas retributivas habituais devidas e pagas diretamente pelo empregador ao empregado; admite, contudo, por exceção, que a média das gorjetas habitualmente recebidas integre-se ao salário contratual obreiro para todos os fins (exceto salário mínimo). Com isso, tal vertente viabiliza cumprirem-se dois essenciais objetivos justralhistas: de um lado, não se enrijece o Direito do Trabalho com a tendência *pansalarial* tantas vezes criticada — e cujos efeitos, como se sabe, ao final voltam-se contrariamente ao próprio trabalhador, pelo recuo de concessões provocado no mercado. De outro lado, assegura-se a renda laboral efetiva de uma ampla categoria de trabalhadores vinculados ao segmento de serviços.

(3) A Lei n. 12.395, publicada em 17.3.2011, conferindo nova redação a diversos preceitos da Lei n. 9.615/1998 (Lei Pelé), buscou restringir a *tendência pansalarial* no tocante a duas destacadas verbas do contrato de atletas profissionais: o *direito de imagem* e o *direito de arena*. A respeito do tema, consultar, neste Curso, o item IX.9 do presente Capítulo XXI, sob o título “Parcelas Peculiares do Contrato do Atleta Profissional”.

De todo modo, preserva-se, hoje, como plenamente dominante, a diretriz fixada pela Súmula 354 do TST.

3. Remuneração: nova regulação das gorjetas

A Lei n. 13.419 — que pode ser apelidada de *Lei do Rateio de Gorjetas* —, foi publicada em 14.3.2017, vigorando 60 dias depois da publicação (art. 3º da Lei n. 13.419), isto é, a partir de 13.5.2017 (sábado). Objetivou “disciplinar o rateio, entre empregados, da cobrança adicional sobre as despesas em bares, restaurantes, hotéis, motéis e estabelecimentos similares” (art. 1º, Lei n. 13.419/2017). O diploma legal conferiu nova redação ao § 3º da CLT e, adicionalmente, inseriu 11 parágrafos novos no art. 457 da Consolidação: o novo § 4º (que foi, poucos meses depois, alterado pela Lei n. 13.467/2017 — a Lei da Reforma Trabalhista —, a qual suprimiu, na redação nova inserida, qualquer referência às gorjetas), seguido dos também novos §§ 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10º e 11º. Tais preceitos fixaram regras relativas às gorjetas, no tocante aos critérios de seu rateio e distribuição, além de percentuais de retenção pelo empregador, conforme previsão em ACT e/ou CCT, para custear os encargos sociais, previdenciários e trabalhistas derivados da sua integração à remuneração dos empregados.

Poucos meses depois, conforme dito, a Lei n. 13.467 (esta vigente desde 11.11.2017), alterou a redação do § 4º do art. 457 da CLT, para tratar de outro tema: os prêmios. No final do novo texto do § 4º, inseriu a sigla “NR” — talvez imaginando que, com essa simples sigla, estaria, automaticamente, revogando os sete parágrafos subsequentes. Curiosamente, porém, a mesma Lei da Reforma Trabalhista, em seu art. 5º — que trata dos preceitos que decidiu revogar expressamente (art. 9º da LC n. 95, de 26.2.1998) —, não menciona a revogação dos §§ 5º até 11 do art. 457 da Consolidação.

Ora, o art. 9º da Lei Complementar n. 95, de 26.2.1998 — diploma legal complementar que “*Dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, conforme determina o parágrafo único do art. 59 da Constituição Federal, e estabelece normas para a consolidação dos atos normativos que menciona*” (Ementa da LC n. 95) —, com redação conferida pela LC n. 107/2001, determina, de modo enfático, que a “cláusula de revogação deverá enumerar, *expressamente*, as leis ou disposições legais revogadas” (grifos acrescidos). Ora, no caso vertente, o artigo específico da Lei n. 13.467/2017 direcionado à revogação de preceitos legais (art. 5º, como enfatizado) não faz qualquer menção à revogação desses sete parágrafos inseridos pela Lei n. 13.419/2017 no interior do art. 457 da CLT. Entretanto, faz menção expressa a diversos outros preceitos revogados dentro da CLT (além de outros fora da Consolidação). Por essa razão, os preceitos relacionados ao tema das gorjetas constantes do art. 457 da Consolidação

(ou seja, *caput* e §§ 3º, 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10º e 11º) não foram revogados pela Lei da Reforma Trabalhista, estando, sim, em plena vigência e eficácia jurídicas.

Nesse contexto, reproduzem-se, a seguir, os preceitos integrantes do art. 457 da CLT referentes às *gorjetas*, quer os antigos preceitos, quer os inseridos pela Lei n. 13.419/2017, quer os com redação modificada pela Lei n. 13.467/2017. Ficam excluídos, para fins pedagógicos, os dispositivos do art. 457 que não se reportam, direta ou indiretamente, à referida parcela remuneratória (*gorjetas*).⁽⁴⁾ Eis os textos legais:

Art. 457. Compreendem-se na remuneração do empregado, para todos os efeitos legais, além do salário devido e pago diretamente pelo empregador, como contraprestação do serviço, as *gorjetas* que receber. (*Redação dada pela Lei n. 1.999, de 1.10.1953*)

.....
§ 3º Considera-se *gorjeta* não só a importância espontaneamente dada pelo cliente ao empregado, como também o valor cobrado pela empresa, como serviço ou adicional, a qualquer título, e destinado à distribuição aos empregados. (*Redação dada pela Lei n. 13.419, de 2017*)

.....
§ 5º Inexistindo previsão em convenção ou acordo coletivo de trabalho, os critérios de rateio e distribuição de *gorjeta* e os percentuais de retenção previstos nos §§ 6º e 7º deste artigo serão definidos em assembleia geral dos trabalhadores, na forma do art. 612 desta Consolidação. (*Redação dada pela Lei n. 13.419, de 2017*)

§ 6º As empresas que cobrarem a *gorjeta* de que trata o § 3º deverão: (*Redação dada pela Lei n. 13.419, de 2017*)

I — para as empresas inscritas em regime de tributação federal diferenciado, lançá-la na respectiva nota de consumo, facultada a retenção de até 20% (vinte por cento) da arrecadação correspondente, mediante previsão em convenção ou acordo coletivo de trabalho, para custear os encargos sociais, previdenciários e trabalhistas derivados da sua integração à remuneração dos empregados, devendo o valor remanescente ser revertido integralmente em favor do trabalhador;

II — para as empresas não inscritas em regime de tributação federal diferenciado, lançá-la na respectiva nota de consumo, facultada a retenção de até 33% (trinta e três por cento) da arrecadação correspondente, mediante previsão em convenção ou acordo coletivo de trabalho, para custear os encargos sociais, previdenciários e trabalhistas derivados da sua integração à remuneração dos empregados, devendo o valor remanescente ser revertido integralmente em favor do trabalhador;

III — anotar na Carteira de Trabalho e Previdência Social e no contracheque de seus empregados o salário contratual fixo e o percentual percebido a título de *gorjeta*. (*Redação dada pela Lei n. 13.419, de 2017*)

(4) Excluem-se também da presente análise os dispositivos insertos pela MPr. n. 808/17, uma vez que vigoraram por curtíssimo período, apenas entre 14.11.2017 (data de publicação da Medida Provisória) e 23.4.2018 (seu último dia de eficácia jurídica). Para exame do assunto, inclusive com estudo *em separado* dos dispositivos da MPr. n. 808/2017, consultar DELGADO, M. G., e DELGADO, G. N. *A Reforma Trabalhista no Brasil* — com os comentários à Lei n. 13.467/2017 (São Paulo: LTr, em sua segunda edição, atualizada até 23.4.2018).

§ 7º A gorjeta, quando entregue pelo consumidor diretamente ao empregado, terá seus critérios definidos em convenção ou acordo coletivo de trabalho, facultada a retenção nos parâmetros do § 6º deste artigo. *(Redação dada pela Lei n. 13.419, de 2017)*

§ 8º As empresas deverão anotar na Carteira de Trabalho e Previdência Social de seus empregados o salário fixo e a média dos valores das gorjetas referente aos últimos doze meses. *(Redação dada pela Lei n. 13.419, de 2017)*

§ 9º Cessada pela empresa a cobrança da gorjeta de que trata o § 3º deste artigo, desde que cobrada por mais de doze meses, essa se incorporará ao salário do empregado, tendo como base a média dos últimos doze meses, salvo o estabelecido em convenção ou acordo coletivo de trabalho. *(Redação dada pela Lei n. 13.419, de 2017)*

§ 10. Para empresas com mais de sessenta empregados, será constituída comissão de empregados, mediante previsão em convenção ou acordo coletivo de trabalho, para acompanhamento e fiscalização da regularidade da cobrança e distribuição da gorjeta de que trata o § 3º deste artigo, cujos representantes serão eleitos em assembleia geral convocada para esse fim pelo sindicato laboral e gozarão de garantia de emprego vinculada ao desempenho das funções para que foram eleitos, e, para as demais empresas, será constituída comissão intersindical para o referido fim. *(Redação dada pela Lei n. 13.419, de 2017)*

§ 11. Comprovado o descumprimento do disposto nos §§ 4º, 6º, 7º e 9º deste artigo, o empregador pagará ao trabalhador prejudicado, a título de multa, o valor correspondente a 1/30 (um trinta avos) da média da gorjeta por dia de atraso, limitada ao piso da categoria, assegurados em qualquer hipótese o contraditório e a ampla defesa, observadas as seguintes regras: *(Redação dada pela Lei n. 13.419, de 2017)*

I — a limitação prevista neste parágrafo será triplicada caso o empregador seja reincidente;

II — considera-se reincidente o empregador que, durante o período de doze meses, descumpra o disposto nos §§ 4º, 6º, 7º e 9º deste artigo por mais de sessenta dias” (NR). *(Redação dada pela Lei n. 13.419, de 2017)*

A nova regência normativa das gorjetas, em especial no segmento de prestação de serviços em bares, restaurantes, hotéis, motéis e estabelecimentos similares (art. 1º da Lei n. 13.419, de 13.3.2017), fixou regras concernentes ao rateio, entre os empregados, dessa parcela de caráter remuneratório. Inserindo dispositivos no art. 457 da CLT, a nova legislação trouxe, como novidade, a institucionalização da retenção de parte da verba, segundo fixado em negociação coletiva trabalhista (até o máximo de 20% ou de 33%, conforme o regime de tributação federal da empresa empregadora), para “custear os encargos sociais, previdenciários e trabalhistas derivados de sua integração à remuneração dos empregados, *devendo o valor remanescente ser revertido integralmente em favor do trabalhador*” (art. 457, CLT, em seu § 6º, I e II, c./c. § 14, I e II; grifos acrescidos).

III. SALÁRIO: DENOMINAÇÕES

A figura do *salário* divide com o próprio *trabalho* o magnetismo maior existente na relação empregatícia. O salário, como se sabe, constitui a

parcela central devida ao trabalhador no contexto da relação de emprego, afirmando-se ainda, historicamente, como um dos temas principais e mais recorrentes das lutas obreiras ao longo dos últimos dois séculos. Todos esses aspectos conferiram-lhe um caráter emblemático, simbólico, carregado de carisma na cultura ocidental desse período.

Nesse quadro, a expressão passou a ser apropriada por searas distintas do próprio Direito do Trabalho, passando a traduzir, muitas vezes, noções e realidades que, tecnicamente, jamais poderiam confundir-se com o conceito trabalhista específico de salário. Assumindo as cores de verdadeiro símbolo, a palavra salário, paulatinamente, veio a designar — com objetivos eufemísticos, evidentemente — institutos e figuras jurídicas não só estranhos ao ramo justralhista como aos próprios interesses mais imediatos do próprio trabalhador. Trata-se, aqui, das chamadas *denominações impróprias* da figura do salário.

Ao lado dessa utilização tecnicamente imprópria da expressão salário, assiste-se no Direito do Trabalho à construção de denominações efetivamente referenciadas à figura do salário (as chamadas *denominações próprias*). É que a doutrina e a jurisprudência trabalhistas têm identificado diversas modalidades específicas de salários ou de parcelas salariais que, embora guardando a mesma natureza, assumem, no plano técnico-jurídico, certas especificidades merecedoras de designativo especial.

1. Denominações Impróprias

Há um largo conjunto de denominações fundadas na expressão salário que não guardam relação direta com a figura específica justralhista de *contraprestação paga ao empregado diretamente pelo empregador em função da relação empregatícia*.

No Direito Previdenciário encontram-se inúmeras dessas denominações impróprias, a seguir indicadas.

A) Salário de Contribuição e Salário de Benefício — A primeira dessas denominações (*salário de contribuição*) corresponde ao parâmetro remuneratório da pessoa filiada à Previdência Social sobre o qual incidirá a alíquota correspondente a seu recolhimento previdenciário.

Já *salário de benefício* traduz o parâmetro da prestação previdenciária paga pela Previdência Oficial ao segurado.

B) Salário-Família — Trata-se também de figura de origem (e natureza) previdenciária. Criado pela Lei n. 4.266, de 1963, modificado pela Lei n. 5.559/69, submetido, atualmente, à regência normativa da Lei n. 8.213/91 (com suas modificações), além da alteração feita pela EC n. 20, de dezembro de 1998 (art. 7º, XII, CF/88), o salário-família constitui-se de parcelas monetárias devidas pela Previdência Oficial ao *trabalhador de baixa renda*

(a restrição à renda sedimentou-se com a EC 20/98), em função do número de seus dependentes, sejam pessoas inválidas, sejam menores de 14 anos. Tais parcelas são repassadas ao empregado pelo empregador, que se ressarce do custo correspondente através da compensação de valores no montante de recolhimentos previdenciários sob encargo da empresa.

C) Salário-Maternidade — Interessa, finalmente, também ao Direito Previdenciário — e concomitantemente ao Direito do Trabalho — a expressão *salário-maternidade*. Trata-se da renda mensal igual à remuneração integral da obreira gestante a ela paga por ocasião do período de afastamento previdenciário para o parto e subsequente período de aleitamento materno, ou em face de adoção de criança ou obtenção de guarda judicial para sua adoção. A contar da Constituição de 1988, a licença-maternidade é de 120 dias (art. 7º, XVIII).⁽⁵⁾

A legislação prevê duas sistemáticas distintas de entrega das respectivas prestações: por uma delas, o pagamento é feito diretamente pela Previdência Oficial à segurada; pela outra, ele é efetivado pelo próprio empregador, que, em seguida, procede à compensação contábil em face do conjunto de recolhimentos previdenciários a serem feitos no respectivo período. A primeira sistemática sempre se aplicou à empregada doméstica (e ainda prevalece), desde sua inserção no sistema previdenciário; aplicou-se, a partir de fins da década de 1990, por curto período (de novembro de 1999 até agosto de 2003, em face da mudança trazida à Lei n. 8.213/91 pela Lei n. 9.976, de 26.11.99) a todas as demais obreiras beneficiárias do salário-maternidade (empregadas e trabalhadoras avulsas). Desde setembro de 2003 (Lei n. 10.710, de 05.08.03, alterando, mais uma vez, a Lei n. 8.213/91), o pagamento direto pelo INSS atinge às seguintes obreiras vinculadas ao Direito do Trabalho: doméstica, avulsa e empregada adotante de criança ou que obtiver sua guarda judicial para fins de adoção.

(5) A Lei n. 11.770/2008 (Diário Oficial de 10.9.08) permitiu a prorrogação por mais 60 dias da licença-maternidade (art. 1º), observado incentivo fiscal ao empregador (art. 5º), desde que este tenha aderido ao *Programa Empresa Cidadã*, criado pelo diploma legal (art. 1º, *caput* e § 1º). A autorização para instituição do mencionado programa no âmbito das entidades da administração pública direta, indireta e fundacional foi fixada pela própria Lei n. 11.770 (art. 2º). Lembre-se, de todo modo, que o prazo original da licença-maternidade no caso de adoção ou guarda judicial era menor — e graduado: 120 dias, se a criança tivesse até um ano de idade; 60 dias, se tivesse entre um ano e quatro anos de idade; 30 dias, se a criança tivesse de quatro a oito anos de idade. A contar da nova Lei de Adoção (n. 12.010/2009 — vigência desde 3.11.2009, em face de *vacatio legis* fixada por seu art. 7º), o prazo da licença-maternidade tornou-se uniforme, ou seja, 120 dias, qualquer que seja a idade da criança adotada (revogação dos §§ 1º a 3º do art. 392-A da CLT pelo art. 8º da nova Lei de Adoção). Por fim, com a Lei n. 12.873, de 24.10.2013, que alterou textos da CLT (novo art. 392-A, § 5º; novo art. 392-B; novo art. 392-C), alterando também textos da Lei Previdenciária n. 8.213/91 (novo art. 71-A, §§ 1º e 2º; novo art. 71-B, §§ 1º, 2º e 3º; novo art. 71-C), a licença-maternidade foi estendida ao cônjuge ou companheiro sobrevivente, no caso de morte da genitora, e também ao homem adotante ou guardião da criança.

Com a Lei n. 12.873, de 24.10.2013, inserindo, no texto da CLT, novo § 5º ao art. 392-A e novos artigos 392-B e 392-C, foi estendida a licença-maternidade a um dos adotantes ou guardiães da criança, seja empregada ou, até mesmo, *empregado* (novo § 5º do art. 392-A, CLT). Igualmente, dispõe o novo art. 392-B da CLT que, em “caso de morte da genitora, é assegurado ao cônjuge ou companheiro empregado o gozo de licença por todo o período da licença-maternidade ou pelo tempo restante a que teria direito a mãe, exceto no caso de falecimento do filho ou de seu abandono”. Na mesma linha extensiva, acrescentou o novo art. 392-C da CLT que se aplica, “no que couber, o disposto no art. 392-A e 392-B ao empregado que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção”.⁽⁶⁾ Essas novas situações extensivas enquadram-se na sistemática de pagamento diretamente pelo INSS à beneficiária (ou beneficiário), conforme art. 71-A, §§ 1º e 2º, e art. 71-B, §§ 1º, 2º e 3º, e art. 71-C, todos da Lei Previdenciária n. 8.213/1991, em conformidade com redação promovida pela Lei n. 12.873/2013.

A segunda sistemática de pagamento (diretamente pelo empregador, que procede à compensação contábil pertinente) tem favorecido, tradicionalmente, às seguradas empregadas comuns (Lei n. 8.213/91: art. 71 e seguintes). Sustado este critério entre fins de 1999 até agosto de 2003, em face da Lei n. 9.976/99, ele retornou à prática previdenciário-trabalhista desde setembro de 2003 (Lei n.10.710/03), aplicando-se, pois, à ampla maioria das seguradas empregadas.

A natureza jurídica do salário-maternidade, hoje, é estritamente previdenciária, qualquer que seja o mecanismo observado para o seu pagamento (Lei n. 8.213/91). Esta natureza jurídica definiu-se, no Direito brasileiro, a partir das Leis ns. 6.136/74 e 6.332/76, que suprimiram a parcela do conjunto das *obrigações trabalhistas* do empregador, transferindo-a ao encargo da Previdência Oficial. Até essa época, o salário-maternidade caracterizava-se como o conjunto de parcelas contratuais (salariais, inclusive) devidas pelo empregador à obreira no período de interrupção do contrato derivado do afastamento da gestante. Não tinha a parcela, naquele período, portanto, natureza previdenciária, mas trabalhista.

Essa antiga sistemática (natureza trabalhista do salário-maternidade e não previdenciária, sendo devido, pois, diretamente pelo empregador) ocorreu nas décadas anteriores à vigência da Lei n. 6.136/74, por força da incidência dos arts. 392 e 393, da CLT. A mesma sistemática (assunção da

(6) Novas extensões foram realizadas pela Lei n. 13.509, de 22.11.2017: de um lado, o acréscimo do parágrafo único ao art. 391-A da CLT (“Parágrafo único. O disposto no *caput* deste artigo aplica-se ao empregado adotante ao qual tenha sido concedida guarda provisória para fins de adoção”); de outro lado, nova redação foi promovida para o *caput* do art. 392-A (“À empregada que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança ou adolescente será concedida licença-maternidade nos termos do art. 392 desta Lei”).

parcela pelo empregador) teria se repetido no período situado entre a Constituição de 1988 e a Lei n. 8.213/91, exclusivamente com respeito ao lapso temporal mais amplo de afastamento previsto pela Constituição em contraponto com a CLT (120 dias *versus* 84 dias: 36 dias). É que até o surgimento da Lei n. 8.213/91, a Previdência Oficial não podia responder pelos 36 dias de acréscimo de licença-maternidade assegurados pelo novo Texto Máximo. De todo modo, com a emergência da n. 8.213, de 1991, superou-se a controvérsia, uma vez que a Previdência Oficial assumiu toda a responsabilidade pelo novo lapso temporal de afastamento criado pela nova Constituição⁽⁷⁾.

D) Salário-Educação — O legislador criou, ainda, modalidade de recolhimento parafiscal a ser efetuado pelo empregador perante o Estado, batizando-o, eufemisticamente, de *salário-educação*.

A parcela relaciona-se às obrigações empresariais concernentes à prestação de facilidades de educação e ensino a seus empregados; sua natureza jurídica é de *contribuição social* (Dec.-Lei n. 1.422/75 e Lei n. 4.440/75; posteriormente, Lei n. 9.424, de 1996, art. 15, Lei n. 9.766, de 1998, e art. 212, § 5º, CF/88).

E) Salário Mínimo de Referência — A expressão salário também já foi utilizada pelo legislador para estabelecer parâmetro de cálculo do valor de prestações diversas. É o que se passou com o antigo *salário mínimo de referência*, criado para exercer o papel de mero indexador econômico. Este novo epíteto contrapunha-se ao chamado *piso nacional de salários*, figura esta correspondente ao efetivo salário mínimo trabalhista. As duas expressões foram lançadas na ordem jurídica pelo Decreto-Lei n. 2.351/87, que procurava desqualificar a utilização do efetivo salário mínimo como medida indexadora de valor. A Constituição da República, em seu art. 7º, IV, já revigorara, entretanto, a denominação salário mínimo em substituição ao piso nacional de salários, vindo, por fim, a Lei n. 7.789/89 extirpar da ordem jurídica as duas curiosas expressões.

F) Salário Social — A doutrina justralhista refere-se, ainda, à expressão *salário social*, cujo sentido extrapola o próprio campo do Direito do Trabalho. Por salário social entender-se-ia o conjunto de prestações genericamente pagas ao trabalhador em virtude de sua existência como sujeito da relação de emprego. A figura engloba, desse modo, não somente as prestações pagas ao empregado pelo empregador e terceiros em derivação da relação empregatícia, como também prestações assumidas pela comunidade mais ampla ou pelo Estado em favor do obreiro (desde prestações

(7) De toda maneira, a jurisprudência pacificou, à época, caber ao empregador o pagamento da diferença oriunda da Constituição, enquanto não surgisse lei autorizadora da assunção do encargo pela Previdência: OJ 44, SDI-I/TST. Note-se, por outro lado, que, em face do incentivo fiscal estipulado pela Lei n. 11.770/2008 (art. 5º), preserva-se a natureza previdenciária do salário-maternidade prorrogado por mais 60 dias por essa lei.

próximas à relação empregatícia, como o seguro-desemprego até outras um tanto mais distantes, como os benefícios e serviços previdenciários, as prestações de saúde e outras vantagens propiciadas por entidades associativas e da sociedade civil, etc.). A noção de salário social visa a atestar o reconhecimento pela sociedade contemporânea da relevância conferida ao valor-trabalho, construindo-se em seu torno um complexo de prestações de mais variada origem e natureza.

2. Denominações Próprias

Há outro largo conjunto de denominações fundadas na expressão salário que guardam, em contraposição ao grupo acima, relação direta com a figura específica justrabalhista de *contraprestação devida e paga diretamente pelo empregador ao empregado em função da relação empregatícia*. Sob o ponto de vista estritamente justrabalhista devem ser tidas como denominações próprias, por preservarem estreita coerência com o núcleo básico da principal prestação devida pelo empregador ao empregado. A diferenciação produz-se em face de diversos fundamentos, seja a origem da parcela salarial enfocada, seja a existência de peculiaridades específicas em sua conformação legal ou de circunstâncias específicas ensejadoras de sua incidência concreta, seja em virtude de outros fundamentos captados pela doutrina e jurisprudência no contexto da experiência jurídica desenvolvida.

A) Salário Mínimo, Salário Profissional, Salário Normativo — Um significativo conjunto de denominações próprias refere-se à noção de patamar salarial mínimo assegurado ao trabalhador por instâncias diversas da ordem jurídica. Assim, há o *salário mínimo legal* (hoje também incorporado na Constituição), que traduz o parâmetro salarial mais baixo que se pode pagar a um empregado no mercado de trabalho do País (art. 7º, IV, CF/88; 76, CLT; art. 6º, Lei n. 8.419/92 e subsequentes leis do salário mínimo). Há o *salário profissional*, que traduz o parâmetro salarial mais baixo que se pode pagar a um empregado no contexto de determinadas *profissões*, legalmente especificadas (ilustrativamente, Lei n. 3.999/61, criando o salário profissional de médicos e cirurgiões-dentistas e Lei n. 4.950-A, instituindo o salário profissional do engenheiro). Há o *salário-normativo*, que corresponde ao parâmetro salarial mais baixo que se pode pagar a um empregado no contexto de determinada *categoria profissional* (art. 611, CLT), segundo fixado em sentença normativa (salário-normativo em sentido estrito) ou em convenção ou acordo coletivo de trabalho (salário-normativo ou *salário convencional*)⁽⁸⁾.

Piso Salarial — A dinâmica jurídica da vida trabalhista tem eleito a expressão *piso salarial* para atender a essas situações de fixação de parâmetros

(8) No caso do acordo coletivo, é óbvio que o salário convencional abrangerá apenas os empregados da(s) empresa(s) conveniente(s).

salariais mínimos em certas categorias profissionais. O piso salarial traduz o patamar mínimo de contratação em certa categoria, à luz do respectivo instrumento normativo (a respeito, ver art. 7º, V, CF/88).

A expressão ganhou renovado prestígio jurídico em face do surgimento da Lei Complementar n. 103, de 2000, autorizando, na forma do parágrafo único do art. 22 da Constituição, Estados e Distrito Federal a instituírem, “*mediante iniciativa do Poder Executivo, o piso salarial de que trata o inciso V do art. 7º da Constituição Federal para os empregados que não tenham piso salarial definido em lei federal, convenção ou acordo coletivo de trabalho*”. Esse piso salarial estadual ou distrital, *se houver lei regional própria*, pode abranger inclusive os empregados domésticos (LC n. 103/2000, art. 1º, § 2º).⁽⁹⁾

B) Salário Básico — Comparece ao Direito do Trabalho ainda a expressão *salário básico* (ou *salário-base*), frequentemente referida pela jurisprudência (Súmula 191, por exemplo). Por esse epíteto compreende-se a contraprestação salarial fixa principal paga pelo empregador ao empregado, despojada das demais parcelas salariais que a ela frequentemente se somam (adicionais, gratificações, etc.).

C) Salário Isonômico, Salário Equitativo, Salário Substituição, Salário Supletivo — Outro significativo conjunto de denominações próprias refere-se à noção de *salário isonômico*, isto é, à noção de contraprestações salariais devidas em função de identidade ou pelo menos equivalência no exercício de funções e serviços no cenário da relação de emprego. Há, assim, o *salário isonômico* (no sentido estrito), que corresponde àquele devido ao empregado que exerce função *idêntica* ao do colega na mesma empresa (observados os demais requisitos do art. 461, CLT). Há o *salário equitativo*, que se engloba, por exemplo, na ideia de equivalência de remuneração entre trabalhador temporário e empregados *da mesma categoria* da empresa tomadora dos serviços temporários (Lei n. 6.019, de 1974, art. 12, “a”). Corresponderia também a salário equitativo aquele devido a empregado brasileiro que exerça função *análoga* à cumprida por empregado estrangeiro em empresa localizada no Brasil (art. 358, CLT). Aponta-se, ainda, nesse estuário, o *salário substituição*, previsto no art. 450 da CLT e Súmula 159, do TST. Por tal figura compreende-se o salário contratual que se considera devido ao empregado que realize substituição que não tenha caráter meramente eventual — correspondendo essa parcela ao salário contratual do empregado substituído. Nessa mesma linha de preocupação normativa surge, ainda, o *salário supletivo*, aventado pelo art. 460, da

(9) Com suporte no parágrafo único do art. 22 da CF/88 e na Lei Complementar n. 103/2000, surgiram leis regionais sobre o piso salarial em distintos estados da federação. Citem-se, ilustrativamente, Rio de Janeiro, São Paulo, Rio Grande do Sul, Santa Catarina, Paraná. Sobre o tema, consultar neste Curso, no Capítulo XXII (“Sistema de Garantias Salariais”), no item II (“Patamar Salarial Mínimo Imperativo”), o tópico intitulado “Piso Salarial Estadual”.

CLT. Corresponderia tal figura ao salário fixado judicialmente no tocante a determinado empregado em situações de falta de estipulação de salário ou falta de prova sobre a importância ajustada. Caberia à sentença fixar, em tais casos, segundo a CLT, um salário supletivo igual ao do empregado que, na mesma empresa, realizasse serviço equivalente, ou salário igual àquele que fosse habitualmente pago para serviço semelhante.

D) Salário Judicial — Há referências doutrinárias também à expressão *salário judicial*, designativa do parâmetro salarial fixado no contexto de um processo⁽¹⁰⁾. O salário judicial desdobrar-se-ia no salário normativo, fixado no âmbito de uma sentença normativa (e com efeitos próprios ao Direito Coletivo do Trabalho: art. 114, § 2º, CF/88), e no salário supletivo, fixado no âmbito de uma sentença de dissídio individual ou plúrimo (e com efeitos próprios ao Direito Individual do Trabalho). Na verdade, nesse último âmbito também poderiam ser considerados como exemplos de “salários judiciais” o salário isonômico, o salário substituição e o salário equitativo⁽¹¹⁾.

E) Salário Complexivo — Esta expressão foi criada pela jurisprudência para traduzir a ideia de cumulação em um mesmo montante de distintas parcelas salariais. A conduta “*complexiva*” é rejeitada pela ordem jurtrabalhista (Súmula 91, TST), que busca preservar a identidade específica de cada parcela legal ou contratual devida e paga ao empregado.

F) Salário Condição — A doutrina e a jurisprudência referem-se à expressão *salário condição*. Compreende esta figura o conjunto de parcelas salariais pagas ao empregado em virtude do exercício contratual em circunstâncias específicas, cuja permanência seja incerta ao longo do contrato. Não obstante o salário básico não tenha esse caráter — em virtude dos riscos empregatícios assumidos pelo empregador e do princípio da irredutibilidade salarial —, há certas parcelas contratuais que se compatibilizam com a ideia de salário condição, podendo, desse modo, ser, a princípio, suprimidas caso desaparecida a circunstância ou o fato que determinava seu pagamento. É o que se passa, por exemplo, com os adicionais de insalubridade e periculosidade (art. 194, CLT, e Súmulas 80 e 248, TST), com o adicional noturno (Súmulas 60 e 265, TST), com a parcela de horas extras e respectivo adicional (Súmula 291, produzindo “revisão” do antigo Enunciado 76, TST), e também com o adicional de transferência (art. 469, § 3º, CLT; OJ 113, SDI-I/TST).

G) Salário Progressivo — Refere-se ainda a doutrina a *salário progressivo*, constituído pela verba salarial básica (salário básico) a que se acoplam

(10) A expressão é de José Martins Catharino, in: *Compêndio de Direito do Trabalho*. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1982. p. 55-6 e 59-60.

(11) O autor José Martins Catharino desdobra o salário judicial apenas no salário normativo e salário supletivo. In *loc. cit.*

parcelas salariais variáveis e crescentes, como as parcelas denominadas *prêmio* (prêmio produção, prêmio zelo, prêmio assiduidade, etc.)⁽¹²⁾.

H) Outras Denominações — Finalmente, cabe aduzir-se que não é incomum a construção de denominações compostas invocando a palavra salário. É o que se percebe com as expressões *salário adicional* (referindo-se a adicionais), *salário prêmio* (referindo-se ao prêmio produção, prêmio assiduidade, etc.), a par de outras equivalentes.

IV. SALÁRIO: COMPOSIÇÃO E DISTINÇÕES

A análise da composição do salário revela a presença de distintas parcelas pagas diretamente pelo empregador ao obreiro com caráter de retribuição pelo contrato empregatício firmado. Essa análise, contudo, não é destituída de dificuldades teóricas e práticas, em virtude de convergir para a relação de emprego um conjunto amplo e diversificado de parcelas entregues ao trabalhador, guardando muitas delas natureza jurídica diversa da inerente aos salários.

Efeito Expansionista Circular — Na verdade, a precisa identificação das parcelas de natureza salarial, afastando-se as não salariais, constitui um dos temas mais relevantes do cotidiano justralhista. É que o Direito do Trabalho reserva efeitos jurídicos sumamente distintos — e mais abrangentes — para as verbas de cunho salarial, em contraponto àqueles restritos fixados para as verbas de natureza não salarial. Trata-se daquilo que denominamos *efeito expansionista circular dos salários*, que é sua aptidão de produzir repercussões sobre outras parcelas de cunho trabalhista e, até mesmo, de outra natureza, como, ilustrativamente, previdenciária. Por essa razão, o estudo das *parcelas componentes do salário* deve fazer-se paralelamente à identificação das *verbas não salariais* pagas ao mesmo empregado⁽¹³⁾.

1. Composição do Salário (Parcelas Salariais)

A parcela salarial paga ao obreiro em função da relação de emprego não se esgota, como visto, na verba contraprestativa fixa principal que lhe é

(12) A expressão “salário progressivo” é atribuída ao jurista Américo Plá Rodriguez (conforme MAGANO, Octavio Bueno. *Manual de Direito do Trabalho*. v. II. São Paulo: LTr, 1993, p. 226).

(13) Este estudo acentuou sua importância a contar da EC n. 20, de 15.12.1998, que conferiu competência à Justiça do Trabalho para “executar, de ofício, as contribuições sociais previstas no art. 195, I, “a”, e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir” (art. 114, § 3º, CF/88). A respeito do tema, consultar VALLE, Márcio Ribeiro do. Execução das Contribuições Previdenciárias Emergentes das Decisões da Justiça do Trabalho — Lei n. 10.035, de 25.10.00. São Paulo: LTr, *Revista LTr*, v. 64, n. 12, dezembro de 2000, p. 1499-1503. A EC 45/2004 manteve o critério da EC n. 20/1998, nesse aspecto: art. 114, VIII, CF/88.

paga mensalmente pelo empregador (salário básico). O salário é composto também por outras parcelas pagas diretamente pelo empregador, dotadas de estrutura e dinâmica diversas do salário básico, mas harmônicas a ele no tocante à natureza jurídica. Trata-se do que o jurista *José Martins Catharino* chamou de *complexo salarial*.

São exemplos *tradicionais* dessas parcelas componentes do salário, em sentido amplo (*complexo salarial*): salário básico; comissões; percentagens; gratificações habituais; abonos (todas essas verbas estavam expressamente mencionadas pelo art. § 1º do art. 457, CLT, até a vigência da Lei n. 13.467/2017). Além dessas figuras, indiquem-se, ainda, o 13º salário, os adicionais (englobados na epígrafe “percentagens”) e os prêmios.

Entretanto, com a reforma trabalhista (Lei n. 13.467/2017) foram excluídas, expressamente, do rol salarial as seguintes parcelas: as ajudas de custo; o auxílio-alimentação, vedado o seu pagamento em dinheiro; as diárias para viagem; os prêmios; os abonos (art. 457, §§ 1º e, especialmente, 2º, CLT).⁽¹⁴⁾

As parcelas salariais podem ser classificadas em *tipificadas*, *não tipificadas* e, finalmente, *dissimuladas*.

A) Parcelas Salariais Tipificadas — São aquelas previstas em regra legal, ainda que dela não recebam tipificação rigorosa. Trata-se de: salário básico; abonos (a tipificação dessa verba existia até o advento da Lei da Reforma Trabalhista, esclareça-se); percentagens, inclusive os adicionais; gratificações habituais, inclusive o 13º salário; comissões. Agregue-se que o rol de parcelas salariais constante do § 1º do art. 457 da CLT ostenta natureza meramente exemplificativa — mesmo depois Lei da Reforma Trabalhista (Lei n. 13.467/2017).

B) Parcelas Salariais Não Tipificadas — São aquelas instituídas pela criatividade privada, embora, após elaboradas, submetam-se às regras trabalhistas cabíveis. Trata-se, por exemplo, dos prêmios e/ou bônus (os prêmios, conforme se viu, perderam a natureza salarial com a Lei n. 13.467/2017). Nesse rol de parcelas não tipificadas, incluem-se as gueltas.

C) Parcelas Salariais Dissimuladas — São parcelas que, não tendo originalmente previsão pelo empregador para cumprimento de função salarial (ou aparentemente não o façam), cumprem efetivamente esse papel, de modo

(14) As pontuais mudanças feitas nesse tema pela MPr. n. 808/17 nesse tema (composição do salário do empregado) vigoraram apenas por curtíssimo período (de 14.11.2017 até 23.4.2018), não sendo, por isso, aqui consideradas. Para exame do assunto, *inclusive com estudo em separado dos dispositivos da MPr. n. 808/2017*, consultar DELGADO, M. G., e DELGADO, G. N. *A Reforma Trabalhista no Brasil* — com os comentários à Lei n. 13.467/2017 (São Paulo: LTr), em sua segunda edição, atualizada até 23.4.2018.

disfarçado, na prática contratual trabalhista. É o que se passa, ilustrativamente, com as diárias para viagem e ajudas de custo que sejam fraudulentas.

Esclareça-se que também têm natureza salarial as utilidades fornecidas pelo empregador ao empregado *com intuito contraprestativo*, isto é, sem caráter de essencialidade ou instrumentalidade à prestação laborativa (art. 458, CLT). Tais utilidades, contudo, não se afastam do espectro de parcelas salariais acima especificadas. Na verdade, regra geral, elas compõem o salário básico obreiro, sendo pagas e fruídas ao longo de cada mês (habitação, por exemplo). Entretanto, não é inviável, na prática, o fornecimento pelo empregador ao obreiro de uma vantagem utilitária específica, com periodicidade semestral ou anual, dotada de real caráter contraprestativo. Nesta situação, a utilidade assumirá natureza de salário, embora não se confunda com o salário básico; é que ela se enquadra no rol da figuras jurídicas *gratificatórias*.

As parcelas salariais tipificadas e não tipificadas serão objeto de estudo específico mais à frente neste Capítulo, em seu item IX: “Parcelas Salariais: modalidades especiais de salários”. Já as parcelas salariais dissimuladas serão examinadas no tópico 2, logo a seguir.

2. Parcelas Salariais Dissimuladas

Há figuras que não têm originalmente natureza salarial, mas que, em virtude de uma conformação ou utilização fraudulenta no contexto da relação empregatícia, passam a ser tratadas como salário: são parcelas salariais *dissimuladas*. Registre-se que, caso utilizadas regularmente, tais parcelas não teriam, sem dúvida, natureza salarial. Entretanto, sua utilização irregular, com objetivos contraprestativos disfarçados, frustrando a finalidade para a qual foram imaginadas, conduz ao reconhecimento de seu efetivo papel no caso concreto, qual seja de suplementação, ainda que dissimulada, da contraprestação paga ao empregado pelo empregador. É o que ocorre quer com as ajudas de custo, quer com as diárias para viagem, *quando irregularmente concedidas*.

A) Diárias para Viagem e Ajudas de Custo — As duas parcelas, em sua origem, não têm natureza salarial, contraprestativa, remuneratória; são *verbas indenizatórias*, uma vez que traduzem, na essência, ressarcimento de despesas feitas ou a se fazer em função do estrito cumprimento do contrato empregatício. Porém, muitas vezes são utilizadas como mecanismo de simulação de efetiva parcela salarial.

A CLT, tradicionalmente, procurou criar um critério objetivo de identificação da natureza jurídica dessas figuras, em especial no tocante às diárias para viagem. Enquanto o § 1º do art. 457 mencionava (antes da Lei da Reforma Trabalhista) que tais diárias integravam o salário obreiro, esclarecia o § 2º

do mesmo artigo que essa integração somente ocorreria caso o montante mensal das diárias excedesse a 50% do salário percebido pelo empregado. Com a Lei n. 13.467/2017, a nova redação do § 2º do art. 457 da CLT simplesmente exclui a natureza salarial das diárias para viagem.

A anterior intenção da lei, ao fixar um parâmetro de 50% do salário, tem de ser bem compreendida. O que pretendeu a CLT foi simplesmente fixar uma *presunção relativa*, hábil a distribuir equitativamente o ônus da prova no tocante a essa matéria. Em princípio, as diárias de viagem não ostentam mesmo natureza salarial, pois são valor despendido para viabilizar a prestação de serviços, mediante viagens. Se forem concedidas fraudulentamente, contudo — o empregado não realiza viagens, mas recebe diárias para viagem; ou, alternativamente, o empregado recebe um valor sumamente maior, artificialmente maior, do que seria despendido nas viagens, de maneira a, essencialmente, fraudar a legislação trabalhista, previdenciária e tributária. Ora, configurada a fraude, o caráter salarial da verba despontará (art. 9º, CLT). Porém, esclareça-se: fraude não se presume, razão pela qual o ônus da prova, em princípio, resta com o empregado — salvo inversão probatória preanunciada (art. 818, I e II, e §§ 1º a 3º, CLT).

No critério da CLT, antes da Lei da Reforma Trabalhista, se as diárias para viagem não ultrapassassem 50% do salário mensal obreiro, *presumir-se-iam regulares, destituídas assim de natureza salarial* (cabendo ao empregado, portanto, provar que, na verdade, mesmo naquele caso concreto, configuravam-se como fraudulentas). Caso as diárias ultrapassassem a fronteira de 50% do salário obreiro, *seriam presumidas como fraudulentas, dotadas, assim, de natureza salarial* (nesse caso, ao empregador é que caberia provar que não se tratava de fraude, mas de reais despesas de viagens). Esse critério desapareceu do texto dos §§ 1º e 2º do art. 457 da CLT (Lei n. 13.467/2017).

Caso tidas como fraudulentas, as diárias passarão a integrar o salário por seu valor total, e não apenas pela fração superior a 50% (a respeito, Súmula 101, TST). Aduz, ainda, a jurisprudência (Súmula 318, TST) que, em se tratando “... de empregado mensalista, a integração das diárias no salário deve ser feita tomando-se por base o salário mensal por ele percebido e não o valor do dia de salário, somente sendo devida a referida integração quando o valor das diárias, no mês, for superior à metade do salário mensal” (isto é, a ideia de fraude somente emergirá quando ultrapassado o parâmetro *mensal* do salário e não o parâmetro do salário-dia).

Esclareça-se que, igualmente, se a ajuda de custo não for efetivamente indenizatória de despesas para a prestação de serviços ou despesas relevantes para o cumprimento do contrato, mostrando-se claramente fraudulenta, será considerada verba salarial, uma vez que não terá ostentado natureza de real ajuda de custo.

B) Outras Parcelas Salariais Dissimuladas — O cotidiano trabalhista fornece exemplos de outras parcelas salariais dissimuladas. De maneira geral, trata-se de verbas que buscam aparentar natureza indenizatória, recebendo do empregador denominações nesta direção, embora sem capacidade de disfarçar seu nítido intuito retributivo.

Exemplo corrente é a chamada *verba de representação*, usualmente paga nos contracheques dos ocupantes de elevados cargos de confiança. Ora, não assume natureza indenizatória parcela monetária paga ao fundamento de permitir ao executivo que tenha boas vestimentas, veículo sofisticado e que frequente bons restaurantes e locais congêneres. Todas essas utilidades podem ou não ser funcionais à prestação de serviços, porém genericamente não o são, atendendo, em grande medida, necessidades pessoais e familiares do alto empregado. Todo salário elevado permite, indistintamente, o alcance de tais utilidades, que tem forte direcionamento pessoal e familiar. Modernamente não mais se acolhe, seja no Direito do Trabalho e no Direito Previdenciário, seja no Direito Tributário, a esterilização salarial tentada com respeito a tal tipo de pagamento habitual aos executivos que sejam empregados.⁽¹⁵⁾

V. PARCELAS NÃO SALARIAIS

A onerosidade do contrato empregatício manifesta-se, objetivamente, através do recebimento pelo empregado de um conjunto de parcelas econômicas retributivas da prestação de serviços ou retributivas em face da simples existência da relação de emprego. Trata-se de diversificado número de parcelas contraprestativas ventiladas pela normatividade heterônoma ou autônoma trabalhista ou instituídas pela vontade unilateral do empregador ou bilateral das partes.

Há, entretanto, no contexto da relação de emprego um universo talvez ainda mais diversificado e amplo de parcelas econômicas pagas ao trabalhador *sem caráter salarial*: parcelas que, embora entregues pelo empregador a seu empregado, não o são com a qualidade e objetivo contraprestativos, sendo transferidas efetivamente com distintas natureza e finalidade jurídicas. Trata-se, assim, de parcelas econômicas que não se integram ao salário obreiro, não tendo o efeito expansionista circular tão próprio aos salários; por isso, não produzem os reflexos clássicos a qualquer verba de natureza salarial. As parcelas *não salariais* pagas ao empregado podem ser classificadas segundo distintos critérios. Dois emergem com significativa consistência

(15) Naturalmente que compromissos do executivo realizados em efetivo serviço (almoços com a clientela, por exemplo) podem ser ressarcidos pela empresa, mediante comprovação, não tendo qualquer vínculo com a ideia de salário. Esta fórmula de ressarcimento, que hoje é comum, torna ainda mais artificial a tese da natureza indenizatória das *verbas de representação*.

teórica e funcionalidade didática: a tipologia segundo a *natureza jurídica* da parcela (já assente que não se trata de natureza salarial) e a tipologia segundo a figura do *devedor principal* da respectiva parcela (ou sua origem).

1. Classificação Segundo a Natureza Jurídica

A tipologia construída de acordo com a *natureza jurídica* do instituto classifica tais figuras não salariais em parcelas de *natureza indenizatória*, parcelas de *natureza meramente instrumental*, parcelas pagas a título de *direito intelectual*, parcela de *participação nos lucros empresariais*, parcelas *previdenciárias* e parcelas *pagas ao empregado por terceiros*.

A) Parcelas de Natureza Indenizatória — Estas parcelas são de dois tipos principais. De um lado, há as indenizações por despesas reais, já feitas ou a se fazer, porém sempre em função do cumprimento do contrato. São seus exemplos típicos as corretas diárias para viagem e as corretas ajudas de custo, embora aqui também possa ser incluído o vale-transporte.

De outro lado, há as indenizações construídas a outros títulos, seja para ressarcir direito trabalhista não fruído em sua integralidade, seja para reparar garantia jurídica desrespeitada, seja em face de outros fundamentos normativamente tidos como relevantes. Nesse segundo grande grupo estão a indenização pelas férias não gozadas e a verba do aviso-prévio indenizado; igualmente mencionam-se a indenização por dispensa antecipada nos contratos a termo, a indenização por tempo de serviço (antiga figura dos arts. 477, *caput*, e 496/498, CLT), além da parcela concernente ao FGTS (Lei n. 8.036/90). Citem-se ainda: indenização especial por dispensa no mês anterior à data-base (art. 9º da Lei n. 7.238/84: Súmulas 182, 242 e 314, TST), as indenizações convencionais ou normativas por dispensa injustificada, as indenizações por ruptura contratual incentivada (OJ 207, SDI-I/TST), a indenização por não recebimento do seguro-desemprego, havendo culpa do empregador (OJ 211, SDI-I/TST e Súmula 389, TST). Neste grupo podem ainda se agregar as indenizações por dano moral (art. 5º, V e X, CF/88) e dano material, inclusive em razão de acidente do trabalho (art. 7º, XXVIII, CF/88).⁽¹⁶⁾

B) Parcelas Meramente Instrumentais — Trata-se das utilidades (bens ou serviços) ofertadas pelo empregador ao obreiro essencialmente como *mecanismo viabilizador da própria realização do serviço contratado* ou *viabilizador do aperfeiçoamento no processo de consecução do trabalho*. Trata-se de utilidades como vestuários (uniformes, etc.), equipamentos

(16) A Lei da Reforma Trabalhista confere às indenizações por dano moral o epíteto de indenizações por *danos extrapatrimoniais* (art. 223-A até 223-G da CLT). Elas são estudadas no Capítulo XIX deste Curso.

(inclusive EPIs) e outros acessórios — cujo rol exemplificativo foi mencionado pelo § 2º do art. 458, CLT; são utilidades entregues ao empregado *para* o trabalho, não se ofertando com intuito contraprestativo.

Outras Utilidades Não Salariais — Existem outras utilidades que, embora não cumprindo efetivo papel instrumental à realização do contrato, têm sua natureza jurídica salarial esterilizada por norma jurídica constitucional ou legal: trata-se de bens e serviços como educação, saúde, transporte para o trabalho e respectivo retorno, seguro de vida e acidentes pessoais, previdência privada (art. 458, § 2º da CLT, conforme Lei n. 10.243/2001; nesta mesma linha, o novo § 5º inserido no art. 458 da CLT pela Lei n. 13.467/2017)⁽¹⁷⁾.

A Lei n. 12.761, de 27.12.2012, regulada pelo Decreto n. 8.084, de 26.8.2013, instituiu nova parcela instrumental sem caráter salarial: o vale-cultura (novo item VIII do art. 458 da CLT).

C) Parcelas de Direito Intelectual — Tais parcelas são pagas também diretamente pelo empregador ao obreiro, mas em decorrência de um direito específico adquirido pelo trabalhador ao longo do contrato, com fundamento, estrutura e dinâmica jurídicas próprias. Tal direito não se comunica com o salário obreiro, preservando natureza jurídica própria. Trata-se dos direitos resultantes da propriedade intelectual em sentido amplo, em que se englobam os direitos do autor (art. 5º, incisos XXVII e XXVIII, Constituição de 1988 e Lei n. 9.610, de 1998), os direitos de propriedade industrial (art. 5º, XXIX, CF/88 e Lei n. 9.279, de 1996) e ainda os direitos intelectuais relativos à criação de *software* (dispositivos constitucionais citados e Lei n. 9.609, de 1998)⁽¹⁸⁾.

D) Participação nos Lucros ou Resultados — A presente parcela era tradicionalmente assimilada pela prática jurisprudencial do País à figura salarial das gratificações habituais, integrando, desse modo, o salário obreiro para todos os fins (nessa linha, o antigo Enunciado 251, TST, cancelado pela Res. n. 33/1994 da Corte Superior). Desde 1988, contudo, a Constituição já havia invalidado essa linha compreensiva a respeito da parcela, fixando, taxativamente, estar *desvinculada da remuneração* semelhante verba (art. 7º, XI, CF/88). Não sendo salário, a verba participatória pode deixar de ser paga nos exercícios negativos apresentados pela empresa, embora obviamente não possa a regra abstrata da participação em exercícios positivos ser expurgada dos contratos anteriormente beneficiados (Súmula 51, TST), exceto se coletivamente negociada a exclusão.

(17) A respeito do salário-utilidade, consultar DELGADO, Mauricio Godinho. *Salário* — Teoria e Prática. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, em seu Capítulo VII. Examinar também o item VIII do presente Capítulo XXI deste Curso.

(18) A respeito dessas parcelas de direito intelectual, consultar o Capítulo XIX do presente Curso, em seu item III: “Efeitos Conexos: direitos intelectuais”.

É inquestionável, porém, que apenas a *real* participação nos lucros é que se desveste de natureza salarial: parcela periódica paga pelo empregador sem qualquer relação com os resultados alcançados pela empresa (paga inclusive em exercícios contábeis negativos, por exemplo) não se afasta da figura jurídica da gratificação habitual, ainda que batizada com o epíteto eufemístico de “participação nos resultados” ou semelhante. O ônus da prova relativa à fraude é, contudo, do autor da ação, em face da presunção não salarial decorrente do designativo eleito.⁽¹⁹⁾

Note-se que, desde fins de dezembro de 1994, buscou-se regulamentar o disposto no art. 7º, XI, da Constituição da República, expedindo-se sucessivas medidas provisórias a respeito do instituto (a primeira foi a MP n. 794, de 29.12.94, verificando-se a conversão legal da última MP apenas em 19.12.2000, através da Lei n. 10.101). Após sucessivas readaptações dos textos das medidas provisórias, em face de seu inicial desrespeito ao art. 8º, VI, da Constituição (interveniência do sindicato no processo negocial), ficou normatizado que a estipulação da participação nos lucros faz-se mediante negociação coletiva ou através de comissão intraempresarial, mas com a participação de um representante do sindicato operário, arquivando-se o correspondente instrumento na entidade sindical obreira (Lei n. 10.101, de 2000).

A Lei n. 12.832, de 20.6.2013, instituiu significativa vantagem fiscal para o trabalhador que perceba participação nos lucros e resultados, alterando, para esse fim, o texto da Lei n. 10.101/2000 e da Lei Tributária n. 9.250/1995. A verba participativa passou a ter seu imposto de renda cobrado exclusivamente na fonte, deixando de integrar a base de cálculo do IR na Declaração de Ajuste Anual, sendo também enquadrada em nova e específica tabela progressiva anual muito mais favorável do que as regras genéricas anteriormente vigentes (novo art. 3º, § 5º, da Lei n. 10.101/2000, conforme Lei n. 12.832/13).⁽²⁰⁾

Stock Options: enquadramento jurídico — A evolução do mercado de capitais, especialmente no segmento de sociedades anônimas de capital aberto, com negociação em bolsas de valores, deu origem a figura dúbia, com inevitáveis repercussões no Direito do Trabalho: as chamadas *stock options* (opção de compra de ações).

(19) Naturalmente que, pela “teoria da aptidão dinâmica para a prova”, de origem e natureza processuais, o Juiz pode inverter o ônus da prova, em vista de a empresa dispor de melhores meios para demonstrar a natureza jurídica distinta da salarial relativamente à parcela em exame. Essa teoria consta, desde 1990, do CDC (Lei n. 8.078/90, art. 6º, VIII), sendo manifestamente aplicável ao processo do trabalho (art. 769, CLT). Ela se mostra presente também no CPC de 2015, em seu art. 373, § 1º. Recentemente, foi inserida de modo expresso no art. 818, §§ 1º a 3º, da CLT pela Lei n. 13.467/2017.

(20) A Lei n. 12.832, de 20.6.2013, resultou da conversão da Medida Provisória n. 597, de 2012, “produzindo efeitos a partir de 1º de janeiro de 2013” (art. 3º da Lei n. 12.832/2013).

A figura jurídica é referida no Direito Econômico e Societário pela *Lei das SAs* (n. 6.404, de 1976), em seu art. 168, § 3º, que autoriza a outorga pela empresa de opção de compra de ações a seus administradores ou empregados. Diz a Lei n. 6.404 que o “*estatuto pode prever que a companhia, dentro do limite do capital autorizado, e de acordo com plano aprovado pela assembleia-geral, outorgue opção de compra de ações a seus administradores ou empregados, ou a pessoas naturais que prestem serviços à companhia ou a sociedade sob seu controle*” (art. 168, § 3º). No Brasil, as *stock options* têm despontado com maior frequência prática no plano de empresas internacionais aqui posicionadas, notadamente norte-americanas.

Mediante esse mecanismo jurídico, a sociedade anônima empregadora estabelece a possibilidade de seus administradores ou empregados adquirirem ações da respectiva companhia, cotadas em bolsas de valores, em condições relativamente mais vantajosas do que a simples aquisição direta e à vista no mercado bursátil. Exercendo a opção, o trabalhador se torna proprietário de certo lote de ações, podendo vendê-lo oportunamente no mercado acionário, observada, na época, a cotação encontrada no pregão.

Qual a natureza jurídica das *stock options*? Enquadram-se como parcela de natureza salarial (com as consequências advindas do *efeito expansionista circular dos salários*) ou, ao reverso, não tem semelhante natureza?

As ponderações em favor do enquadramento como vantagem salarial indicam a circunstância de elas constituírem inegável acréscimo econômico conferido pelo empregador ao empregado em virtude da existência do contrato de trabalho, tendo, assim, caráter retributivo (art. 457, *caput* e § 1º, e art. 458, *caput*, ambos da CLT). Entregues, ilustrativamente, uma vez ao ano, seriam enquadradas na parcela *gratificação*, com os efeitos da Súmula 253 do TST.

Em favor do enquadramento não salarial despontam argumentos que insistem que a parcela tem iniludível caráter de participação nos lucros ou resultados da empresa, sem natureza salarial por força de direto comando constitucional (art. 7º, XI, *ab initio*, CF/88). As *stock options* distanciam-se também dos salários em face de posicionarem o titular das ações em *locus* nitidamente empresarial, inclusive assumindo riscos típicos da empresa, mesmo que limitados ao montante de seu estoque acionário. A argumentação se completa no sentido de ser a parcela essencialmente volátil — característica inerente às ações —, o que mais ainda a separa dos caracteres próprios dos salários.

Do ponto de vista prático, há ainda outro aspecto que pode influenciar no enquadramento jurídico da verba: a absoluta ocasionalidade (ou não) de sua oferta. Se as *stock options* forem ofertadas de maneira manifestamente ocasional, sem repetição no contrato (ou com repetição muito longínqua — bianual, trianual ou similar), não atenderão à ideia de *habitualidade*, que seria imprescindível para seu enquadramento nas gratificações.

Ao revés, sendo repetidas em lapsos temporais relativamente curtos, poderão, sim, *considerado estritamente esse ponto de vista*, ser assimiladas às parcelas gratificatórias.⁽²¹⁾

E) Parcelas Previdenciárias Oficiais — As parcelas previdenciárias que afetam diretamente o contrato empregatício são de dois tipos: de um lado, parcelas oriundas da Previdência Oficial e pagas ao empregado *através* do empregador. De outro lado, parcelas previdenciárias oriundas de sistema de previdência privada complementar, quer pagas diretamente pela empresa, quer pagas diretamente por entes previdenciários privados específicos mas com garantia assumida pelo empregador.

Os dois exemplos mais clássicos no Direito brasileiro de parcelas previdenciárias oficiais pagas através do empregador são o *salário-família* e o *salário-maternidade*.

O salário-família foi criado pela Lei n. 4.266, de 1963, como expressivo fruto de uma estratégia natalista fortemente acolhida, na época, pela ordem jurídica (estratégia surgida a partir dos anos de 1930, como parte da política industrializante, voltada a ampliar a oferta de força de trabalho a baixo preço). Tal estratégia manifestava-se claramente no texto constitucional de 1934: “Incumbe à União, aos Estados e aos Municípios, nos termos das leis respectivas (...) socorrer as famílias de prole numerosa” — art. 138, CF/34. A mesma estratégia repetiu-se no diploma constitucional de 1937: “Às famílias numerosas serão atribuídas compensações na proporção de seus encargos” — art. 124, CF/37. Compareceu, ainda, tal estratégia natalista na Constituição de 1946: “A lei instituirá o amparo às famílias de prole numerosa” — art. 164, CF/46.

A estratégia juspolítica de barateamento forçado do valor trabalho por meio da elevação desmesurada do número de trabalhadores disponíveis refreou-se mais recentemente na história brasileira, cedendo espaço na Constituição de 1988 às ideias pioneiras (pioneiras para a tradição brasileira, evidentemente) de *planejamento familiar* e *paternidade responsável* (art. 226, § 7º, CF/88). Não obstante, a nova Constituição ainda preservou o antigo instituto do salário-família (art. 7º, XII, CF/88), com alterações da Lei n. 5.559/68 (hoje, incorporada a figura pela Lei n. 8.213/91, arts. 65 a 70). De todo modo, a ordem jurídica mais recente procurou ajustar a verba, pelo menos, às noções de *paternidade e maternidade responsáveis*, condicionando seu pagamento “à apresentação anual de atestado de vacinação obrigatória e de comprovação de frequência à escola do filho ou equiparado” (art. 67, Lei n. 8.213/91, com redação da Lei n. 9.876, de 26.11.99).⁽²²⁾

(21) Conforme se sabe, não há ainda pacificação jurisprudencial a respeito do preciso enquadramento jurídico das *stock options*, inclusive pelo fato de não ser muito frequente sua presença em processos judiciais trabalhistas no País.

(22) Curiosamente, a Lei Complementar n. 150/2015, ao regular a extensão do salário-família ao empregado doméstico, fixou como exigência apenas a apresentação da certidão de nas-

Constitui-se o salário-família de parcelas monetárias (“cotas”) devidas pela Previdência Oficial ao trabalhador: originalmente em função do número de filhos menores de 14 anos do obreiro (Lei n. 4.266/63, art. 2º); hoje, apenas ao obreiro de *baixa renda*, em função de seus *dependentes* (art. 7º, XII, CF/88, após EC 20, de 1998)⁽²³⁾. Tais parcelas são repassadas ao empregado pelo empregador, que se ressarcie junto à Previdência Oficial do custo correspondente, por meio de compensação de valores no montante de recolhimentos previdenciários sob encargo da empresa.⁽²⁴⁾

A expressão *salário-maternidade* traduz a renda mensal calculada à base da remuneração integral da obreira gestante a ela paga por ocasião do período de afastamento previdenciário para o parto e subsequente período de aleitamento materno, ou em face de adoção de criança ou obtenção de guarda judicial para sua adoção (120 dias: art. 7º, XVIII, CF/88).⁽²⁵⁾ Tal

cimento do filho (novo parágrafo único do art. 67 da Lei n. 8.213/91, conforme redação da LC n. 150/15). A cota do salário-família do empregado doméstico, se for o caso, será paga juntamente com o salário mensal obreiro (art. 68, *caput*, Lei n. 8.213/91, conforme LC n. 150/2015). (23) Anos após a criação do salário-família, a Lei n. 5.559, de 1968, ampliou a abrangência da parcela, estendendo-a também aos aposentados e em função dos filhos inválidos de qualquer idade do segurado previdenciário. A Lei n. 8.213/91 referencia a parcela aos filhos e “equiparados” menores de 14 anos, além dos inválidos dependentes (arts. 65 a 70). A EC 20/98 consagrou a limitação da verba aos trabalhadores de baixa renda.

(24) Os requisitos do salário-família, em conformidade com a Constituição de 1988, supõem o exercício pelo(a) trabalhador(a) da *paternidade ou maternidade responsáveis*, com efetiva proteção e assistência à criança, adolescente e dependente (art. 7º, XII; art. 227, *caput*; art. 229, todos da CF/88). Por isso é que a Lei Previdenciária n. 8.213, de 1991, estipula que o pagamento da verba “é *condicionado* à apresentação da certidão de nascimento do filho ou da documentação relativa ao equiparado ou ao inválido, e à *apresentação anual de atestado de vacinação obrigatória e de comprovação de frequência à escola do filho ou equiparado...* (art. 67, Lei n. 8.213/1991, conforme redação da Lei n. 9.876/99; grifos acrescidos). Em face desses condicionamentos é que assim dispõe o texto da Súmula 254 do TST: “O termo inicial do direito ao salário-família coincide com a prova da filiação. Se feita em juízo, corresponde à data de ajuizamento do pedido, salvo se comprovado que anteriormente o empregador se recusara a receber a respectiva certidão”. Naturalmente que, tratando-se de relação de trabalho informal, sem CTPS assinada, torna-se *presumida* a recusa do empregador dissimulado em acolher as declarações apresentadas pelo(a) trabalhador(a), incidindo o direito desde a data da filiação.

(25) No caso de adoção ou obtenção de guarda judicial, o art. 392-A da CLT e o 71-A da Lei n. 8.213/91 (inseridos pela Lei n. 10.421/2002) fixavam graduação temporal da licença: 120 dias, se a criança tivesse até um ano de idade; 60 dias, se tivesse entre um ano e quatro anos de idade; 30 dias, se a criança tivesse de quatro a oito anos de idade. A contar da nova Lei de Adoção (n. 12.010/2009 — vigência desde 3.11.2009, em face de *vacatio legis* fixada por seu art. 7º), o prazo da licença-maternidade tornou-se uniforme, ou seja, 120 dias, qualquer que seja a idade da criança adotada (revogação dos §§ 1º a 3º do art. 392-A da CLT pelo art. 8º da nova Lei de Adoção). Note-se que a subsequente Lei n. 12.873, de 24.10.2013, estendeu a licença-maternidade ao *cônjuge ou companheiro sobrevivente*, no caso de morte da genitora, tendo também estendido a parcela ao *homem adotante ou guar-*

verba, de maneira geral, tem, hoje, estrita natureza previdenciária, a teor do preceito normativo lançado pelo art. 4º, inciso 8, da Convenção 103 da OIT (promulgada pelo Decreto n. 58.820/1966), a par da Lei Previdenciária n. 8.213, de 1991 (relembre-se de que apenas na década de 1970, com as Leis ns. 6.136/74 e 6.332/76, é que efetivamente suprimiu-se o salário-maternidade dos encargos diretos e exclusivos do empregador, não obstante o texto imperativo da Convenção 103, ratificada anos antes).

Há duas sistemáticas para serem pagas estas prestações: ou o pagamento é feito diretamente pela Previdência Oficial à segurada ou ele é feito pelo próprio empregador, que, em seguida, procede à compensação contábil em face do conjunto de recolhimentos previdenciários a serem efetivados no respectivo período.

A primeira sistemática sempre se aplicou à empregada doméstica, desde sua inserção no sistema previdenciário; por curto período (de novembro de 1999 até agosto de 2003, em face da mudança trazida à Lei n. 8.213/91 pela Lei n. 9.976, de 26.11.99) esta mesma sistemática também se aplicou a todas as demais obreiras beneficiárias do salário-maternidade (empregadas e trabalhadoras avulsas). No entanto, a contar de setembro de 2003 (Lei n. 10.710, de 5.8.03, alterando, mais uma vez, a Lei n. 8.213/91), o pagamento direto pelo INSS atinge apenas às seguintes trabalhadoras vinculadas ao Direito do Trabalho: doméstica, avulsa e empregada adotante de criança ou que obtiver sua guarda judicial para fins de adoção. Desde a Lei n. 12.873, de 24.10.2013, estende-se o salário-maternidade — pago diretamente pelo INSS — a um dos adotantes ou guardiães da criança, seja empregada ou, até mesmo, *empregado* (novo § 5º do art. 392-A, CLT); estende-se também, em caso de morte da genitora, ao cônjuge ou companheiro empregado, por todo o período da licença-maternidade que seria devida à mãe falecida ou pelo tempo restante a que esta teria direito, “exceto no caso de falecimento do filho ou de seu abandono” (art. 392-B da CLT); estende-se, por fim, o salário-maternidade, “no que couber”, “ao empregado que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção” (art. 392-C, CLT). Todas essas novas situações extensivas — enfatize-se — enquadram-se na sistemática de pagamento diretamente pelo INSS à beneficiária (ou beneficiário), conforme art. 71-A, §§ 1º e 2º, e art. 71-B, §§ 1º, 2º e 3º, e art. 71-C, da Lei Previdenciária n. 8.213/1991, em conformidade com redação promovida pela Lei n. 12.873/2013.

A segunda sistemática de pagamento (feito diretamente pelo empregador, que procede à compensação contábil pertinente) tem favorecido, tradicionalmente, às seguradas empregadas comuns (Lei n. 8.213/91: art. 71 e seguintes). Embora este critério tenha sido sustado entre fins de 1999 até

dião da criança. Para tanto, alterou textos da CLT (novo art. 392-A, § 5º; novo art. 392-B; novo art. 392-C), modificando ainda textos da Lei Previdenciária n. 8.213/91 (novo art. 71-A, §§ 1º e 2º; novo art. 71-B, §§ 1º, 2º e 3º; novo art. 71-C).

agosto de 2003, em face da Lei n. 9.976/99, ele retornou à prática previdenciário-trabalhista desde setembro/03 (Lei n. 10.710/03), aplicando-se, pois, à ampla maioria das seguradas empregadas.⁽²⁶⁾

F) Parcelas Previdenciárias Privadas — No tocante às parcelas de natureza previdenciária privada — e que têm interesse para o Direito do Trabalho —, elas podem assumir múltiplas variedades, conforme a criatividade particular venha estabelecer. De maneira geral, há complementações de benefícios previdenciários oficiais, pagas pelo empregador quer ao longo do contrato (em períodos de afastamentos previdenciários transitórios), quer após o jubramento obreiro. Ao lado dessas fórmulas, há também outras em que o empregador apenas comparece como garantidor de complementações previdenciárias pagas por entes previdenciários privados vinculados à empresa contratante da força de trabalho empregatícia. Em todas essas situações, a parcela entregue permanece inconfundível com verba salarial, preservando sua natureza previdenciária. Há que se ressaltar, porém, que a jurisprudência trabalhista, em tais situações de envolvimento direto ou indireto do empregador com verbas de previdência privada, tem reiterado a competência da Justiça do Trabalho para conhecer e julgar lides concernentes a tais pleitos, *ainda que não se possa falar em direitos de natureza salarial* (Súmulas 288, 326 e 327, ilustrativamente). Registre-se, neste quadro, que o novo dispositivo constitucional inserido pela EC n. 20, de 1998 (art. 202, § 2º, CF/88), sempre foi compreendido, pela jurisprudência trabalhista, como afirmativo da natureza não trabalhista de tais parcelas, mas sem influência na questão da competência judicial (que é regulada por outro preceito da Constituição — art. 114). Contudo o STF, em julgamento terminado em 20.2.2013, alterou essa compreensão, firmando a incompetência da Justiça do Trabalho para tais lides.⁽²⁷⁾

G) Parcelas de Seguridade Social — Próximas às parcelas previdenciárias oficiais — porém com elas inconfundíveis —, existem *parcelas de seguridade social*, pagas pelo Estado diretamente ao trabalhador, mas que podem ter repercussões na esfera de responsabilidade trabalhista do empregador. Dois exemplos destacados desse tipo de parcela são o *crédito obreiro no PIS/PASEP* e o *seguro-desemprego*.

(26) Relembre-se que a Lei n. 11.770, de 2008, permitiu a prorrogação por mais 60 dias da licença-maternidade (art. 1º). Tal vantagem concretiza-se mediante incentivo fiscal ao empregador (art. 5º), desde que este adira ao *Programa Empresa Cidadã*, criado pelo diploma legal (art. 1º, *caput* e § 1º), sabendo-se que a autorização para instituição do mencionado programa no âmbito das entidades da administração pública direta, indireta e fundacional foi fixada pelo art. 2º da mesma lei.

(27) Em julgamento do RE n. 586453 e do RE 583050, concluído em 20.2.2013, o STF considerou incompetente a Justiça do Trabalho para conhecer e julgar semelhantes lides; por modulação de efeitos, manteve na Justiça do Trabalho apenas os processos que já tivessem sentença prolatada antes de 20.2.2013.

O crédito obreiro no PIS/PASEP (Leis Complementares ns. 7 e 8, ambas de 1970; art. 239, CF/88; art. 9º, Lei n. 7.998/90) concerne, desde 5.10.1988, a uma prestação anual pecuniária no importe de um salário mínimo, devida a trabalhadores inscritos no programa que percebam até dois salários mínimos de remuneração mensal (art. 239, CF/88) — ressalvados os saldos individualizados existentes até a data da Constituição (art. 239, CF/88). A MPr. n. 665, de 30.12.2014, seguida pela Lei de Conversão n. 13.134, de 16.6.2015, estipularam mudanças e acentuação de exigências e critérios para a percepção do abono do PIS/PASEP. Novas modificações foram feitas pela MPr. n. 797/2017, seguida da MPr. n. 813/2017, esta, por fim, convertida na Lei n. 13.677, de 13.6.2018. De toda maneira, em que medida essa parcela interessa ao Direito do Trabalho? Apenas indiretamente, é verdade. É que a irregularidade empresarial no tocante à inscrição obreira no PIS, frustrando o direito oriundo das normas jurídicas acima especificadas, pode gerar a *obrigação indenizatória* respectiva por parte do empregador (art. 159, CCB/1916; art. 186, CCB/2002), tema a ser discutido perante o Judiciário Trabalhista (Súmula 300, TST).⁽²⁸⁾

Efeito semelhante ocorre com relação ao seguro-desemprego (art. 7º, II, e 239, CF/88; Leis ns. 7.998/90, 8.019/90, 8.287/90 e 8.900/94). Embora se trate de crédito de seguridade social, recebido do Estado pelo obreiro vítima de *desemprego involuntário*, (não cabe, portanto, nos casos de pedido de demissão e de ruptura contratual por mútuo acordo entre as partes, por exemplo), poderá o empregador ser responsabilizado pela verba indenizatória respectiva, caso sua conduta irregular ao longo da relação de emprego venha a frustrar ao ex-empregado dispensado o recebimento do benefício. É o que poderia ocorrer, ilustrativamente, com a falta de assinatura de Carteira de Trabalho, seguida da não emissão das correspondentes guias de seguro-desemprego (CD/SD) no instante da dispensa sem justa causa ⁽²⁹⁾.

(28) A MPr. n. 665, de 30.12.2014, como dito, alterando preceitos da Lei n. 7.998/90, tornou mais restritivos os requisitos para a percepção do “abono anual” do PIS/PASEP. Posteriormente foi convertida na Lei n. 13.134, de 16.6.2015, que postergou para 2016, entretanto, os reais efeitos financeiros concernentes à alteração do cálculo da parcela de seguridade social (art. 4º da Lei n. 13.134/2015). A MPr. n. 797/2017, seguida da MPr. n. 813, de 26.12.2017 (esta, convertida na Lei n. 13.677/2018), asseguraram o saque do saldo da conta individual do participante do PIS-PASEP nos seguintes casos: atingida a idade de 65 anos, se homem; atingida a idade de 60 anos, se mulher; aposentadoria; transferência para a reserva remunerada; invalidez.

(29) Nesta linha, OJ 211, SDI-I/TST, e Súmula 389, TST. Esclareça-se que a Medida Provisória n. 665, de 30.12.2014, modificando preceitos da Lei n. 7.998/90, tornou mais restritivos os requisitos para o saque do seguro-desemprego pelo empregado despedido. Porém, no tocante a essas modificações, o novo diploma normativo somente produziu efeitos 60 dias após a publicação da MPr, ocorrida no Diário Oficial de 30.12.2014. Tal Medida Provisória foi convertida na Lei n. 13.134, de 16.6.2015. Pela nova redação do art. 477, *caput* e §§ 6º e 10, da CLT, efetuada pela Lei n. 13.467, vigente desde 11.11.2017, o empregador, na extinção do contrato de trabalho, deve dar a baixa na CTPS, comunicar a dispensa aos órgãos competentes e realizar o pagamento das verbas rescisórias — não mais sendo necessária a homologação

A Lei n. 12.761, de 27.12.2012, instituiu nova parcela, que apresenta certos traços de *seguridade social*: trata-se do *vale-cultura*, a ser entregue pela *empresa empregadora* integrante do Programa de Cultura do Trabalhador a seus empregados que percebam até cinco salários mínimos mensais (arts. 5º e 7º, Lei n. 12.761). O benefício tem suporte em significativo subsídio da União (art. 10, *caput* e §§), tendo certa participação empresarial (art. 11, Lei n. 12.761), além de pequena participação financeira também do trabalhador usuário (art. 8º, § 1º). A parcela não possui caráter salarial ou remuneratório, quer por sua própria natureza, quer por expressa determinação legal (art. 11, Lei n. 12.761). A operacionalização da verba faz-se em conformidade com regulamento normativo (art. 16 da Lei n. 12.761/2012; Decreto n. 8.084, de 26.8.2013, que regulamenta a Lei do Vale-Cultura).

H) Parcelas Pagas por Terceiros — Há, finalmente, parcelas econômicas que são *pagas ao empregado por terceiros*, ao longo da relação de emprego. A natureza jurídica dessas parcelas, entretanto, não é, necessariamente, a mesma.

As *gorjetas* — que são o exemplo mais comum de tais parcelas — aproximam-se sumamente do salário, em virtude de serem *parcelas habituais e contraprestativas, em função do serviço prestado*. O cliente agrega a gorjeta ao garçom ou à generalidade dos trabalhadores do hotel, motel, bar, lanchonete ou restaurante, por exemplo, em virtude dos serviços a ele prestados por tais trabalhadores. A natureza jurídica salarial desta parcela é descartada, à luz do modelo jurídico adotado pela CLT, apenas em decorrência de ter ela origem externa à figura do empregador, não sendo devida e paga por este, mas por terceiros (arts. 76 e 457, *caput*, CLT). Nesse quadro normativo, ela pode ser classificada como parcela estritamente *remuneratória* (Súmula 354, TST).

De todo modo, não se pode deixar de lembrar a existência de importante corrente hermenêutica indicando que a ordem justralhista brasileira *não* teria, de fato, criado tipo legal específico identificado pela expressão *remuneração*. Nesta linha, tal expressão teria sido utilizada pelo *caput* do art. 457, da CLT, apenas para propiciar a inserção das gorjetas no salário contratual obreiro (excluído o cálculo do mínimo legal).

As *gueltas* também são parcelas pagas por terceiros aos empregados de empresas usualmente do ramo de vendas (comércio). São estímulos materiais entregues, comumente, por produtores a empregados vendedores do ramo comercial, em face de vendas realizadas de seus produtos. Trata-se de verba não tipificada em lei, resultante da criatividade empresarial.

administrativa. Diz o § 10 do art. 477 que a anotação da extinção na CTPS é “documento hábil para requerer o benefício do seguro-desemprego e a movimentação da conta vinculada no Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, nas hipóteses legais, desde que a comunicação prevista no *caput* deste artigo tenha sido realizada”.

Caso efetivamente sejam suportadas e pagas por terceiros (os produtores e fornecedores de mercadorias) e não pelo empregador comerciante, as gueltas não se enquadram como verba salarial dos comerciários, por não atenderem o requisito legal de serem *devidas e pagas pelo empregador* (*caput* do art. 457 da CLT). Entretanto, tem a mesma natureza jurídica das gorjetas (art. 457, *caput, in fine*, CLT), uma vez que são pagas por terceiros ao empregado, em função de uma conduta deste resultante do contrato de trabalho com seu empregador. São tidas, pois, como parte da *remuneração* do empregado, porém não de seu salário.

Assimilando-se juridicamente às gorjetas, as gueltas produzem os mesmos efeitos contratuais destas. Nesse quadro, integram-se à remuneração para os fins das seguintes repercussões: salário de contribuição previdenciário; FGTS; 13º salário; férias com 1/3; aviso-prévio *trabalhado*. Contudo, segundo a Súmula 354 do TST, não compõem a base de cálculo de verbas como aviso-prévio indenizado, adicional noturno, horas extras e repouso semanal remunerado.

Os *honorários de sucumbência do advogado empregado* (art. 21, Lei n. 8.906/94)⁽³⁰⁾ são outra modalidade de parcela paga ao empregado por terceiros, e não pelo empregador. Tais honorários, contudo, guardam significativa diferenciação jurídica perante a figura das gorjetas (e das gueltas).

Uma das diferenças mais substanciais que apresentam com relação às gorjetas e gueltas é o fato de serem pagos em decorrência de um trabalho prestado *contra* os interesses do devedor dos honorários de sucumbência, e não em seu benefício. Neste quadro, se a origem da verba (externa ao empregador) já compromete sua natureza salarial (à luz do modelo celetista), seu caráter *não contraprestativo* com respeito ao devedor da parcela também lançaria dúvidas no tocante a seu posicionamento classificatório no grupo das verbas *trabalhistas* de natureza estritamente *remuneratória* (caso se considere que a CLT criou, de fato, um tipo legal específico, identificado sob o epíteto de *remuneração*).

A *retribuição por publicidade*, usualmente estipulada em contratos de artistas e atletas profissionais, é também conhecida modalidade de contra-

(30) A inconstitucionalidade do art. 21 da Lei n. 8.906/1994 foi submetida a exame do STF, tendo sido deferida, em 1996, medida liminar suspensiva dos efeitos da norma jurídica em análise (In *Jornal Trabalhista*, Brasília: Centro de Assessoria Trabalhista/Grupo CTA, ano XIII, n. 598, 11.3.1996. p. 311). Em 14.2.2006, o Tribunal Pleno, no julgamento dessa ADI-MC 1194/DF, prolatou decisão quanto ao art. 21 e parágrafo único da Lei n. 8.906/94 (Estatuto da OAB), deferindo liminar, “*em parte, para dar interpretação conforme à expressão ‘os honorários de sucumbência são devidos aos advogados dos empregados’, contida no caput do artigo, no sentido de que é disposição supletiva da vontade das partes, podendo haver estipulação em contrário, por ser direito disponível*”. OBS.: corrija-se o erro material, para se ler a correta expressão do *caput* do art. 21 do Estatuto da OAB: ... *são devidos aos advogados empregados*.

prestação material paga por terceiros ao empregado. O dado mais relevante que poderia afastar essa verba do enquadramento no grupo de parcelas estritamente remuneratórias (isto, repita-se, caso se admita que a CLT efetivamente criou um tipo legal específico para o epíteto remuneração) seria o fato de tal parcela derivar, efetivamente, de um contrato civil paralelo ao contrato empregatício, motivado por este, mas com ele inconfundível. Neste enfoque analítico, a natureza jurídica não trabalhista da contraprestação pelo uso da imagem manter-se-ia incólume, embora o contrato civil conexo possa ter seu termo inicial e final vinculado à sorte do próprio contrato empregatício. De toda maneira, a corrente que defende a existência de um tipo legal celetista concernente à remuneração (em contraponto ao salário) cria, de fato, uma possibilidade razoável de contaminação contratual trabalhista por parte de tais contratos paralelos de publicidade.

A legislação reguladora dos contratos de atletas profissionais, de todo modo, tipifica verba específica paga por terceiro ao atleta empregado: o chamado *direito de arena*. Tal parcela corresponde à vantagem relativa a certa cota-parte da receita derivada da exploração de direitos desportivos audiovisuais (art. 42, *caput* e § 1º da Lei n. 9.615/98 — *Lei Pelé* —, inclusive com alteração produzida pela Lei n. 12.395/2011). Segundo o texto primitivo da Lei Pelé (art. 42, § 1º), essa participação, a título de direito de arena, alcançaria, como mínimo, 20% do preço total da autorização, salvo convenção em contrário. Contudo, a teor do novo texto da Lei Pelé (art. 42, § 1º, após redação conferida pela Lei n. 12.395/11), tal montante caiu para 5%, salvo convenção coletiva de trabalho em contrário. Observe-se que durante a vigência do texto original da Lei Pelé, a jurisprudência tendia a enquadrar a parcela de direito de arena no grupo das verbas de *natureza remuneratória*, sob incidência do *caput* do art. 457 da CLT e da Súmula 354 do TST. Porém, o novo texto da regra legal, inserido pela Lei n. 12.395/11, busca afastar semelhante enquadramento jurídico, quer por classificar a parcela como *de natureza civil* (§ 1º, *in fine*, do art. 42 da Lei Pelé, desde a redação conferida pela Lei n. 12.395/11), quer por estipular que os 5% da receita oriunda da exploração de direitos desportivos audiovisuais *serão repassados aos sindicatos de atletas profissionais*, sendo *por estes distribuídos aos atletas participantes do espetáculo* (novo art. 42, § 1º, da Lei Pelé, conforme Lei n. 12.395/11).⁽³¹⁾

2. Classificação Segundo a Origem (ou Devedor Principal)

A tipologia construída segundo o *devedor principal* da respectiva parcela (*a titularidade da respectiva obrigação*) — ou segundo a origem da verba

(31) A respeito das verbas específicas dessa categoria profissional especializada, tais como luvas, bichos, direito de imagem e direito de arena, consultar, neste Capítulo XXI, o item IX.9, intitulado “Parcelas Peculiares do Contrato do Atleta Profissional”.

— classifica tais parcelas em três grandes grupos: parcelas não salariais devidas e pagas pelo empregador; parcelas não salariais pagas *através* do empregador, embora não devidas por ele; parcelas pagas por terceiros ao empregado, também em função do contrato empregatício.

Note-se que se trata das mesmas verbas acima examinadas; apenas são elas agrupadas, neste instante, em conformidade com outro critério seletivo.

A) Parcelas Não Salariais Devidas e Pagas pelo Empregador — Este primeiro grupo abrange cinco tipos de figuras:

a) as parcelas pagas como indenização de despesas. São exemplos de tais parcelas a ajuda de custo e as diárias para viagem, quando regularmente concedidas. A seu lado, pode-se incluir, ainda, o vale-transporte;

b) as parcelas pagas como indenização a outros títulos jurídicos: indenização de aviso-prévio não laborado e férias não gozadas; indenização por tempo de serviço do antigo sistema celetista; FGTS; indenização especial do art. 9º da Lei n. 7.238/84; indenizações convencionais ou normativas por dispensa injustificada; indenização por não cadastramento no PIS e não recebimento do “abono anual”; indenização pela frustração do seguro-desemprego; indenização por danos morais, em geral (“danos extrapatrimoniais”: novo Título II-A da CLT) ou danos materiais; etc.;

c) parcelas pagas como instrumento *in natura*, para viabilização ou aperfeiçoamento da prestação de trabalho: vestuários (uniformes, etc.), equipamentos (acessórios, EPs, etc.) e outras utilidades fornecidas com o intuito precípua de viabilizar a consecução do trabalho contratado ou de aperfeiçoar a sua realização. Também utilidades sobre as quais a lei exclua, inequivocamente, a sua natureza salarial (por exemplo, §§ 2º e 5º do art. 458 da CLT);

d) parcelas pagas a título de direitos intelectuais, como os direitos da propriedade industrial, os direitos do autor e os direitos de criação de programas de computação;

e) parcelas pagas a título de participação nos lucros (art. 7º, XI, CF).

B) Parcelas Não Salariais Pagas Através do Empregador, Embora Não Devidas por Ele — O presente grupo tem como seu exemplo mais recorrente alguns direitos previdenciários (embora nada impeça que a legislação venha criar outros tipos de direitos cujo mero repasse seja feito diretamente pelo empregador). Encontram-se, desse modo, neste grupo, o salário-família e o salário-maternidade, ambos devidos, efetivamente, pela Previdência Oficial. A criatividade privada também pode instituir fórmulas de Previdência Privada em que o repasse do valor correspondente seja feito através do empregador ou ex-empregador⁽³²⁾.

(32) Como já se acentuou, as parcelas de salário-maternidade relativas à doméstica (mesmo depois da LC n. 150/2015), à avulsa e à mãe adotiva ou com guarda judicial são pagas

C) Parcelas Pagas por Terceiros ao Empregado — Neste grupo o exemplo mais conhecido corresponde às gorjetas. Porém nele também se destacam as gueltas, caso sejam creditadas ao empregado pelo próprio fornecedor (entretanto se forem repassadas pelo empregador, em nome do fornecedor, integram-se ao grupo **B** acima). Citem-se ainda as retribuições por publicidade e os honorários sucumbenciais de advogado empregado⁽³³⁾. Deve-se acrescentar ainda a esse conjunto a verba intitulada *direito de arena*, devida aos atletas profissionais por força da *Lei Pelé* (art. 42 da Lei n. 9.615/98). Desde a mudança normativa introduzida pela Lei n. 12.395/11 na *Lei Pelé*, ficou estipulado que os 5% da receita oriunda da exploração de direitos desportivos audiovisuais (direito de arena) *serão repassados aos sindicatos de atletas profissionais, sendo por estes distribuídos aos atletas participantes do espetáculo* (novo texto do art. 42, § 1º, da Lei n. 9.615/98).

VI. CARACTERES DO SALÁRIO

A figura do salário é aquela que, no conjunto das demais verbas trabalhistas, tende a melhor concentrar os traços distintivos e marcantes do próprio Direito do Trabalho.

As características centrais do salário, conforme sistematização efetuada pela doutrina, são as seguintes: *caráter alimentar*; *caráter “forfetário”*; *indisponibilidade*; *irredutibilidade*; *periodicidade*; *persistência ou continuidade*; *natureza composta*; *tendência à determinação heterônoma*; *pós-numeração*.

Há ainda alguns outros traços que tendem a ser apontados por parte da doutrina, como o *caráter sinalagmático* e *comutativo* do salário e sua *proporcionalidade*, *correspondência* e *suficiência*. É controvertida, porém, a validade destes últimos traços no tocante à precisa caracterização da figura salarial.

Examine-se, inicialmente, o bloco principal de características do salário.

diretamente pelo INSS. Seguem o mesmo critério as novéis parcelas do salário-maternidade instituídas pela Lei n. 12.873, de 24.10.2013, devidas a um dos adotantes ou guardiães da criança, seja empregada ou, até mesmo, *empregado*; devidas ao *cônjuge ou companheiro empregado*, tendo ocorrido morte da genitora; devidas, por fim, ao *empregado* que adotar ou obtiver guarda judicial da criança. A respeito do salário-maternidade, inclusive com a nova regência normativa trazida pela Lei n. 12.873, de 2013, consultar, neste Capítulo XXI, o item V.1.E, sob o título “Parcelas Previdenciárias Oficiais”.

(33) Esta última parcela teve, como já exposto, seu preceito normativo instituidor — art. 21, Lei n. 8.906/94 — suspenso, liminarmente, pelo STF, em 1996. *Jornal Trabalhista*, citado, p. 311. Em 14.2.2006, o Tribunal Pleno do STF, julgando a ADI-MC 1194/DF, no tocante ao art. 21, *caput* e parágrafo único do Estatuto da OAB (Lei n. 8.906/1994), deferiu a liminar, em parte, para conferir *interpretação conforme à Constituição* no tocante à expressão legal do citado *caput* (isto é, “os honorários de sucumbência são devidos aos advogados empregados”), no sentido de que é *disposição supletiva da vontade das partes, podendo haver estipulação em contrário, por ser direito disponível*.

O *caráter alimentar* do salário deriva do papel socioeconômico que a parcela cumpre, sob a perspectiva do trabalhador. O salário atende, regra geral, a um universo de necessidades essenciais da pessoa humana e de sua família. A Constituição da República, a propósito, arrola tais necessidades imprescindíveis quando se reporta ao salário mínimo: “moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social” (art. 7º, IV, CF); várias dessas necessidades, a propósito, são também tidas, pela mesma CF/88, como direitos sociais fundamentais (art. 6º). Aliás, por isso mesmo é que a CF assegura a “garantia de salário, *nunca inferior ao mínimo*, para os que percebem *remuneração variável*” (art. 7º, VII; grifos acrescentados).

De maneira geral, a ordem jurídica não distingue entre níveis de valor salarial para caracterizar a verba como de natureza alimentícia. A configuração hoje deferida à figura é unitária, regra geral, não importando, assim, o fato de ser (ou não), na prática, efetivamente dirigida, em sua totalidade ou fração mais relevante, às necessidades estritamente pessoais do trabalhador e sua família.⁽³⁴⁾

A natureza alimentar do salário é que responde por um razoável conjunto de garantias especiais que a ordem jurídica defere à parcela — impenhorabilidade, inclusive. A Constituição de 1988 ampliou ainda mais essas garantias, ao instituir que, nos precatórios judiciais, os créditos de natureza alimentícia terão prevalência sobre os demais, formando apenas entre eles uma especial e privilegiada ordem cronológica de apresentação (art. 100, *caput* e § 1º, CF)⁽³⁵⁾.

O *caráter forfetário* da parcela traduz a circunstância de o salário qualificar-se como obrigação absoluta do empregador, independentemente da sorte de seu empreendimento. O neologismo criado pela doutrina (oriundo da expressão francesa *à forfait*) acentua, pois, a característica salarial derivada da *alteridade*, que distingue o empregador no contexto da relação de

(34) É bem verdade que as leis processuais têm reconhecido que a imprescindibilidade absoluta do salário existe apenas até certo montante numérico, autorizando, por exemplo, a penhora depois de ultrapassado esse teto (art. 833, IV e § 2º, CPC-2015). O novo CPC fixa tal teto em 50 salários mínimos mensais (em janeiro de 2018, o equivalente a R\$ 47.700,00); naturalmente que a penhora para pagamento de prestação alimentícia não tem o óbice do teto (art. 833, IV e § 2º, CPC-2015).

(35) Esse é o entendimento jurisprudencial hoje pacificado com respeito à inovação constitucional de 1988. Contudo, teve grande importância, logo após a promulgação da Constituição, tese jurídica que interpretava autorizar o art. 100 até mesmo a execução direta, com penhora, de créditos judiciais de natureza alimentícia devidos pela Fazenda Pública. De todo modo, tempos depois, a EC n. 30, de 2000, excluiu dos precatórios os “pagamentos de obrigações definidas em lei como de pequeno valor” (art. 100, § 3º, CF/88, conforme EC n. 30/2000). A propósito, a EC n. 62/2009 definiu os débitos de natureza alimentícia como aqueles “decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou por invalidez, ...” (novo § 1º do art. 100 da CF).

emprego (isto é, o fato de assumir, necessariamente, os riscos do empreendimento e do próprio trabalho prestado — art. 2º, *caput*, CLT).

A característica da *indisponibilidade* traduz a circunstância de a verba salarial não poder ser objeto de renúncia ou de transação lesiva no desenrolar da relação empregatícia. Embora tal característica seja usualmente indicada através da expressão “irrenunciabilidade”, está clara a inadequação deste verbete: é que também a transação supressiva de salário tende a ser vedada pela ordem justralhista.

A característica da *irreducibilidade* está associada à anterior. O salário não pode ser objeto de supressão (ideia de indisponibilidade), como também não pode, em princípio, ser reduzido por ato unilateral ou bilateral na dinâmica empregatícia.

A *periodicidade* é marca essencial do salário, na qualidade de obrigação de trato sucessivo que a verba consubstancia. No Direito brasileiro, a parcela salarial básica (salário básico) não pode ser calculada e paga por além do parâmetro temporal mensal (art. 459, CLT); essa regra (temporalidade máxima de um mês) se torna insuperável com respeito ao salário mínimo, inclusive no tocante aos sistemas contratuais de remunerações variáveis (art. 7º, IV e VII, CF/88). Busca a ordem jurídica assim estreitar a própria periodicidade da verba. Ressalte-se que todas as figuras salariais caracterizam-se pela periodicidade (inclusive gratificações, comissões e percentagens), embora estas três últimas figuras não necessariamente se submetam ao parâmetro *mensal* acima especificado. Esclareça-se, por fim, que, no grupo das percentagens, excetuam-se os *adicionais legais*, uma vez que estes seguem, sim, a regra de periodicidade mensal dos salários. Contudo, havendo no contrato de trabalho variações de parcelas e montantes remuneratórios, pelo menos o salário mínimo legal tem de observar a periodicidade máxima mensal (art. 7º, IV e VII, CF/88).

Persistência ou *continuidade* traduzem caracteres inquestionáveis da figura salarial. Tais qualidades afirmam-se em decorrência de ser o salário uma prestação de trato sucessivo, que se repõe, reiteradamente, ao longo do contrato. O Direito do Trabalho acentua, porém, essas características clássicas às prestações de trato sucessivo: é que a alteridade inerente à relação de emprego e o caráter “*forfetário*” do salário fazem com que a continuidade e persistência salariais mantenham-se mesmo em situações em que o Direito Civil acolheria a sustação do pagamento da parcela. No âmbito justralhista, nem a teoria da imprevisão ou mesmo a força maior seriam capazes, por si somente, de desobrigar o empregador de responder por sua obrigação de pagar a obrigação contínua e persistente dos salários obreiros.

A *natureza composta* da parcela salarial já ficou sobejamente demonstrada atrás, no instante do exame das parcelas integrantes do salário. De

fato, o salário compõe-se não apenas de um salário básico, como também, regra geral, de diversas outras frações econômicas de nítido conteúdo salarial (adicionais, comissões, etc.).

A *tendência à determinação heterônoma* é também nítida característica do salário. De fato, o salário fixa-se, usualmente, mediante o exercício da vontade unilateral ou bilateral das partes contratantes, mas sob o concurso interventivo de certa vontade externa, manifestada por regra jurídica. Esta vontade externa pode originar-se de norma heterônoma estatal, como verificado com o salário mínimo (art. 7º, IV e VII, CF), ou em contextos de regulação de escalas móveis de salários fixadas por lei (que foram prática corrente no Brasil, desde a Lei n. 6.708, de 1979, até a consolidação do Plano Real, em 1995). Tal vontade externa às partes contratantes pode se originar ainda de norma autônoma privada (convenção coletiva, acordo coletivo ou contrato coletivo de trabalho). Como se percebe, a expressão “tendência à determinação heterônoma” é construída, no presente caso, enfocando a vontade das partes contratuais (a heteronomia surge em comparação a essa vontade contratual) e não enfocando a natureza jurídica da norma fixadora do nível salarial (tipologia norma heterônoma *versus* norma autônoma).

É claro que a tendência à determinação heterônoma reduziu-se, no País, com a extinção, em 1995, da sistemática de reajustes periódicos nos salários, em função de escalas previstas em lei⁽³⁶⁾. Essa tendência se mantém essencialmente no tocante à fixação legal ou normativa de mínimos salariais, quer o salário mínimo legal nacionalmente unificado (art. 7º, IV e VII, CF), quer os salários profissionais fixados em lei, quer os pisos salariais fixados por lei estadual (Lei Complementar n. 103, de 2000) ou instituídos por regra infralegal.

A *pós-numeração (postnumeratio)* é também característica própria aos salários. De fato, de maneira geral, as ordens justrabalhistas acolhem o critério de pagamento de verbas salariais após o cumprimento da prestação de trabalho pelo empregado. Os salários são, desse modo, parcelas devidas e pagas depois de ultrapassada a dilação temporal correspondente a seu cômputo (hora, dia, mês).

Não obstante, observa-se certa tendência à atenuação dessa característica. É que normas autônomas e regulamentos empresariais têm, salpicadamente, assegurado o pagamento salarial (ou, pelo menos, de parte do salário mensal) antes do vencimento do respectivo mês de referência. Por outro lado, a parcela salarial paga em *utilidades* (alimentação, habitação,

(36) A prática de escala salarial móvel por força de lei, corrente no Brasil por vários anos, extinguiu-se com a MPr. n. 1.053, de 30.6.95, que fixou regras complementares ao Plano Real. Ela foi seguida de inúmeras medidas provisórias de renovação, até final conversão na Lei n. 10.192, de 14.2.2001.

automóvel, etc.) é usualmente fruída antes de completado o correspondente mês de cálculo do salário, escapando, desse modo, da característica da pós-numeração.

Há alguns outros traços que tendem a ser apontados por parte da doutrina como também caracterizadores da figura salarial. A efetiva presença de tais traços no salário pode ser, entretanto, firmemente contestada, à luz da ordem jurídica do País. Neste quadro, torna-se recomendável o exame em separado desses aspectos controvertidos. Trata-se do caráter sinalagmático e comutativo do salário e sua alegada proporcionalidade, correspondência e suficiência.

O caráter *sinalagmático* do salário despontaria do fato de a parcela salarial contrapor-se à obrigação obreira de prestar os serviços contratados ou de, pelo menos, colocá-los à disposição do empregador. A circunstância de o trabalhador, periodicamente, não prestar efetivos serviços nem colocar-se à disposição empresarial — sem prejuízo de seus salários (como ocorre nas chamadas interrupções contratuais) — não retiraria, segundo essa análise, o sinalagma inerente à parcela do salário. O argumento dominante dirigir-se-ia no sentido de que o caráter sinalagmático seria apreendido a partir de um exame do conjunto do contrato.

Parece-nos, contudo, questionável tal argumentação, no presente caso. Ela poderia ser tida como válida no tocante à caracterização do *contrato empregatício*, que seria, de fato, sinalagmático, caso examinado em seu conjunto, e não pelo cotejo de prestação *versus* contraprestação. Ora, esse mesmo argumento, como é óbvio, não seria aplicável quanto à comparação de simples prestações, como ocorre no cotejo salário *versus* trabalho, por exemplo.

Poder-se-ia aduzir que o fundamento do caráter sinalagmático seria outro. O sinalagma seria típico à parcela salarial porque a prestação de serviços é o objetivo principal, sob a perspectiva do empregador, para a pactuação do contrato, sendo o pagamento do salário o instrumento instigador decisivo para essa pactuação. Nesse contexto, sem o sinalagma salário *versus* trabalho sequer existiria contrato empregatício. O argumento é criativo, mas inválido aos objetivos aqui considerados: é que tal fato não atestaria a existência de sinalagma, porém, sim, da *causa* do contrato.

De par com tudo que já foi exposto, não se pode olvidar que toda a tendência do Direito do Trabalho dirige-se em favor da redução da contraposição imediata entre salário e trabalho, ampliando as hipóteses de interrupção remunerada da prestação de serviços. Nesse quadro, a insistência na presença do traço do sinalagma *salário “versus” trabalho* é esforço que se coloca contra toda a linha evolutiva central do ramo justralhista.⁽³⁷⁾

(37) Esse esforço que se coloca contra a linha evolutiva humanística e social do Direito do Trabalho, ao enfatizar o suposto caráter sinalagmático do salário, auferiu dividendos na reforma

Há referências doutrinárias, ainda, à *comutatividade* como característica do salário. Por tal qualidade, o salário teria *equivalência econômica* à prestação laborativa efetuada pelo obreiro a seu empregador. No entanto, o caráter comutativo do salário somente poderia ser acolhido caso se adotasse o procedimento de se considerar verificável a comutatividade pelo contraponto do conjunto do contrato e não parcela a parcela (como tradicionalmente se argumenta quanto ao sinalagma). Neste caso, porém, as mesmas críticas levantadas acima voltam a se reiterar.

A assimilação da comutatividade ao salário é, contudo, ainda mais inviável do que a assimilação do próprio sinalagma: é que, se houvesse efetiva equivalência econômica entre trabalho e salário, inexistiria, na relação de emprego, qualquer apropriação de mais-valia pelo empregador (ou se se quiser evitar o conceito de mais-valia, insista-se que simplesmente inexistira lucro — o que é um contrassenso na realidade capitalista). Assim, não parece científica a afirmação concernente à comutatividade do salário, no sentido de sua equivalência econômica ao trabalho prestado⁽³⁸⁾. O único meio de salvar-se esse intento é lançar-se mão da fórmula abstrata propositora de que a equivalência enfocada seria meramente jurídica e não econômica; porém, tal artifício retiraria substância à própria expressão comutatividade⁽³⁹⁾.

A doutrina fala ainda em *proporcionalidade* e *correspondência* do salário com a natureza da prestação. Tais características, entretanto, não estão necessariamente presentes no salário, a teor da ordem jurídica brasileira.

É verdade que, do ponto de vista econômico, o mercado de trabalho tende, efetivamente, a estabelecer uma significativa escala de salários em virtude da qualificação e função ocupadas pelo empregado, elaborando uma fórmula em que se combinam a aptidão profissional do empregado e o quadro de ofertas disponíveis de trabalhadores com idêntica aptidão. Do ponto de vista jurídico, contudo, a legislação do País tradicionalmente sempre apontou em outra direção, buscando, ao invés, limitar diferenciações salariais construídas em torno da aptidão profissional dos obreiros. Assim é que tradicionalmente estipulava a CLT que não poderia haver “distinções relativas à espécie de emprego e à condição do trabalhador, nem entre o trabalho intelectual, técnico e manual” (art. 3º, parágrafo único, CLT), preceito incorporado constitucionalmente já há décadas (por exemplo: art. 157, § 1º, CF/46; art. 165, XVII, CF/69; art. 7º, XXXII, CF/88). Com suporte nessa

trabalhista (Lei n. 13.467/2017), criando regras caudatárias dessa criticável insistência. Por exemplo, o contrato de trabalho intermitente (novos arts. 452-A até 452-H da CLT).

(38) A respeito, ver a arguta análise de Tarso Fernando Genro. *Direito Individual do Trabalho — Uma Abordagem Crítica*. São Paulo: LTr, 1994, p. 191-94.

(39) Em outro contexto a jurisprudência trabalhista já se valeu dessa fórmula abstrata (equivalência meramente jurídica e não econômica) para pôr fim a um antigo debate envolvendo o FGTS e a velha indenização celetista (Súmula 98, originalmente de 1980).

diretriz constitucional, a jurisprudência chegou a compreender, por um certo período, que era inconstitucional a fixação de salário profissional, convencional ou normativo, por conter diferenciação vedada pela ordem jurídica (tal compreensão, a propósito, colocava o Direito do Trabalho contrariamente à ciência, ao progresso e à própria melhoria das condições de vida e trabalho do obreiro).

A Constituição de 1988 trouxe inovações nesse aspecto. Embora mantenha, é claro, a consagrada norma de “proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos” (art. 7º, XXXII), garante, expressamente, “*piso salarial proporcional à extensão e complexidade do trabalho*” (art. 7º, V). Nesse novo quadro normativo, a dúvida sobre a validade de níveis salariais distintos em face da qualificação do obreiro fica suplantada (norma do inciso V, mencionado). E passa-se a compreender, complementarmente, que a proibição objetivada pela Constituição refere-se a tratamento discriminatório que fira a dignidade do trabalhador, em decorrência de sua distinta qualificação profissional — sem se considerar dessa natureza diferenças salariais derivadas da formação e habilitação profissional do obreiro.⁽⁴⁰⁾

A noção de *suficiência* é referida pela doutrina como outra característica do salário. No caso brasileiro, as mesmas observações lançadas às qualidades de correspondência e proporcionalidade podem ser estendidas à ideia de suficiência. À luz do atual Direito brasileiro trata-se de noção à qual ainda não se tem atribuído efetivo conteúdo jurídico. É verdade que a *Constituição lança o critério da suficiência na definição do salário mínimo*, ao estabelecer que a parcela deveria ser capaz de atender às necessidades vitais básicas do empregado e de sua família “com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social” (art. 7º, IV, CF/88). Contudo, a jurisprudência não tem compreendido que a norma venha ensejar direito subjetivo do empregado no sentido de ver, efetivamente, o seu salário mínimo lhe garantindo o atendimento àquelas necessidades básicas. Reconhece-se, sim, o direito ao salário mínimo mensal, é claro, inclusive nos contratos com remuneração variável (art. 7º, IV e VII, CF); porém não se reconhece que o valor legal do salário mínimo mensal tenha de atender, plenamente e de modo satisfatório, a todas as necessidades arroladas no inciso IV da Constituição.

(40) A Lei da Reforma Trabalhista reativou a ideia de discriminação entre empregados, combatida constitucionalmente no País há décadas, em especial pela CF/88 (art. 3º, IV; art. 5º, *caput*; art. 7º, XXXII): é que instituiu a possibilidade de segregação contratual entre os empregados portadores de diploma de nível superior e com salário mensal igual ou acima do dobro do teto previdenciário, em contraponto aos demais empregados da mesma empresa, com risco às proteções e direitos legais e convencionais coletivos (novo parágrafo único do art. 444 da CLT). A respeito, consultar o Capítulo XI deste Curso, em seu novo item III.5.

Há ordens jurídicas, porém, que já estabeleceram uma dimensão jurídica mais firme, quer às noções de proporcionalidade e correspondência, quer à noção de suficiência. Nessa linha, *Luiza Riva Sanseverino* refere-se a preceito da Constituição Italiana de 1947, por exemplo (no caso, o art. 36, § 1º), que estipulava ter o trabalhador “...direito a uma remuneração *proporcional à quantidade e qualidade de seu trabalho* e, em qualquer caso, *suficiente para lhe assegurar e à família uma existência livre e digna*”⁽⁴¹⁾. A autora italiana refere-se inclusive ao surgimento, na época, de uma linha interpretativa na doutrina e na jurisprudência daquele país no sentido de que a norma constitucional enfocada teria criado um direito subjetivo, passível de concretização através de ação trabalhista dirigida pelo obreiro contra seu empregador⁽⁴²⁾.

De toda maneira, o legislador do século XXI passou a agregar valor à parcela do salário mínimo, favorecendo seu inegável sentido civilizatório, ao lhe aplicar reajustes anuais superiores aos índices inflacionários — à diferença da linha de desvalorização da verba que fora percebida no período histórico precedente. Com essa prática, passou a conferir, de certa forma, alguma consistência econômica à ideia da suficiência do salário, não obstante seu caráter ainda meramente abstrato no campo do Direito.

VII. CLASSIFICAÇÃO DO SALÁRIO

A contraprestação salarial pode ser classificada segundo distintas tipologias. É que, embora guardando a mesma natureza, essa contraprestação pode construir-se, no plano concreto da relação empregatícia, em torno de distintos parâmetros. Ilustrativamente, segundo distintas fontes jurídicas instituidoras, segundo distintas modalidades de pagamento, segundo distintos critérios de estipulação, etc. Tais parâmetros distintos é que autorizam tipologias classificatórias diferenciadas para a contraprestação salarial.

1. Tipologias Principais

São quatro as tipologias mais comumente referidas pela doutrina: a) classificação quanto ao posicionamento original da parcela no conjunto do Direito (fala-se, também, em classificação quanto à natureza da estipulação salarial); b) classificação quanto à origem de fixação da parcela remuneratória; c) classificação quanto à forma de pagamento da parcela; d) classificação quanto ao modo de aferição do salário.

(41) Art. 36, § 1º (grifos acrescidos). In: SANSEVERINO, Luiza Riva. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1976, p. 94.

(42) SANSEVERINO, L. R. Ob. cit., p. 94-5.

A classificação quanto ao *posicionamento original da parcela no conjunto do Direito* (ou *natureza da estipulação salarial*) permite o encontro de duas modalidades de salário: parcelas salariais de caráter típico (ou característico) ao Direito do Trabalho e parcelas de caráter apenas compatível com o Direito do Trabalho.

No primeiro grupo (*parcelas típicas*) inserem-se aquelas modalidades de remuneração que são próprias ao contrato de trabalho, fazendo parte de seu núcleo. É o que se passa com o salário básico, com os adicionais, com as gratificações, por exemplo. Já no segundo grupo (*parcelas meramente compatíveis*) inserem-se aquelas modalidades de remuneração que ingressaram no Direito do Trabalho oriundas de outros segmentos jurídicos, não sendo, desse modo, próprias ao ramo juslaboral especializado, embora a ele sejam assimiláveis. É o que se passa com as comissões, por exemplo, vindas prevalentemente do Direito Comercial (atualmente, Direito Empresarial). A participação nos lucros (quando tida como de natureza salarial, na linha do velho Enunciado 251, hoje cancelado) também era referida pela doutrina como exemplo de parcela de natureza meramente compatível ao Direito do Trabalho.

A classificação quanto à *origem de fixação da parcela remuneratória* permite o encontro também de duas modalidades de salário: *parcelas espontâneas* (instituídas pela vontade unilateral do empregador ou bilateral das partes) e *parcelas imperativas* (instituídas por regra jurídica, consubstanciando vontade externa às partes contratuais).

Observe-se, porém, que as chamadas parcelas imperativas podem ainda ser objeto de nova classificação, englobando, de um lado, as *parcelas salariais oriundas de normas autônomas* (convenção, acordo ou contrato coletivo do trabalho) e, de outro lado, as *parcelas salariais oriundas de normas heterônomas* (cujo mais expressivo exemplo é a legislação estatal trabalhista).

A classificação quanto à *forma (ou meios) de pagamento da parcela* autoriza, mais uma vez, o encontro de duas modalidades de salário: a *parcela salarial paga em dinheiro* e a *parcela salarial paga em utilidades* (bens ou serviços).

A classificação quanto ao *modo de aferição do salário* permite, finalmente, o encontro de três modalidades de salário: *salário por unidade de tempo*, *salário por unidade de obra* e *salário-tarefa*. A essas três modalidades a doutrina chama de *tipos de salário*.

As duas últimas tipologias aqui mencionadas levam à necessidade de exame mais detalhado a respeito de sua matéria específica. A tipologia referente à forma (ou meios) de pagamento da parcela salarial, que remete à importante noção de *salário-utilidade*, será estudada no item VIII, deste Capítulo, mais à frente; a tipologia referente ao modo de aferição da parcela, reportando-se ao essencial estudo dos *tipos de salário*, será examinada, com maior detalhe, logo a seguir.

2. Modos de Aferição Salarial: tipos de salário

A contraprestação econômica devida pelo empregador ao empregado, em decorrência da prestação de serviços ou da simples existência de um contrato de trabalho entre ambos, pode ser aferida (isto é, calculada) segundo distintos critérios ou processos. A evolução histórica justtrabalhista registra três critérios (ou modos) principais de efetuação desse cálculo salarial. Nada obsta, contudo, que o cotidiano das relações empregatícias venha construir formas combinatórias novas e diferenciadas, em contraponto a esses critérios centrais identificados.

Os critérios básicos de aferição e cômputo dos salários são o critério da unidade de tempo, que dá origem ao *salário por unidade de tempo*, e o critério por unidade de obra, que dá origem ao *salário por unidade de obra*. Há, finalmente, o terceiro critério — que se configura como critério combinatório dos dois anteriores —, construído à base da equação obra/tempo ou tempo/obra (que dá origem ao chamado *salário-tarefa*).

Tais critérios, como se percebe, constituem parâmetros adotados para a fixação do valor do salário, direcionando o tipo de processo a ser seguido na aferição concreta da parcela salarial. Sinteticamente, enquanto o primeiro critério utiliza como parâmetro o *tempo de trabalho* do obreiro, o segundo critério utiliza como parâmetro o *resultado obtido nesse trabalho* pelo empregado. Já o terceiro critério busca valer-se de uma *combinação* dos dois parâmetros anteriores.

A) Salário por Unidade de Tempo — O salário por unidade de tempo é aquele que se computa adotando-se como parâmetro a duração do serviço prestado. Melhor: a duração do trabalho e da própria disponibilidade obreira perante o empregador. A ideia de jornada de trabalho (duração diária) e de duração semanal ou mensal do tempo laborado ou à disposição é o critério básico de cálculo do salário, independentemente do volume de produção alcançado pelo trabalhador. O período de trabalho colocado à disposição do empregador (hora, dia ou mês, por exemplo) é que desponta como instrumento de aferição do salário. A duração do trabalho, englobando o tempo efetivamente laborado, o tempo à disposição e outros lapsos temporais tidos como integrantes da jornada (intervalos remunerados, tempos à disposição, etc.), é o elemento escolhido para se calcular a verba salarial. Por esse critério, corresponderá a determinada duração laborativa uma certa quantidade de salário, independentemente da produção ou produtividade obreiras.

Nesse quadro, enfatize-se, o salário por unidade de tempo constrói-se a partir de três parâmetros temporais principais: mês, dia e hora. Ou seja, o salário pode ser mensal, diário ou horário. Por essa razão é que as diversas leis reguladoras do salário mínimo no Brasil, desde a Constituição de 1988, reportam-se ao salário mínimo mensal, ao salário mínimo diário (unidade mês

dividida por 30) e ao salário mínimo horário (unidade mês dividida por 220). É que o salário por unidade de tempo pode ser efetivamente proporcional ao tempo contratado. Nesta linha há a interpretação disposta na OJ n. 358, I, da SDI-I do TST que considera lícito o pagamento do piso salarial ou do salário mínimo legal proporcional ao tempo trabalhado.⁽⁴³⁾

Mas atenção: a interpretação da OJ n. 358, I, da SDI-1 do TST não pode ser lida em contraponto ao disposto no art. 7º, IV e VII, da Constituição, nos casos de contratos que envolvam remuneração variável. É que, em tais casos, existe garantia constitucional expressa de pagamento mensal, pelo menos, do valor do salário mínimo nacional: “VII — garantia de salário, nunca inferior ao mínimo, para os que percebem remuneração variável”. E, de fato, as necessidades imprescindíveis arroladas pelo inciso IV do mesmo art. 7º (que explicita o sentido do salário mínimo, seus objetivos e sua imperatividade) somente podem ser atendidas mediante o pagamento do salário mínimo mensal, jamais do salário mínimo horário ou diário. Nessa direção, aliás, segue a jurisprudência do próprio STF (ver OJ n. 358, inciso II, da SDI-1 do TST).

Para a Constituição, portanto, os parâmetros diários e horários do salário mínimo consistem em mero critério de cálculo, que ostenta importância em diversas situações contratuais. Porém, havendo contrato empregatício entre as partes (art. 7º, *caput* e incisos I até XXXIII da Constituição), o salário mensal do empregado não pode ser inferior ao mínimo nacional mensal fixado no País (art. 7º, IV e VII, CF).

A ordem jurídica, conforme antecipado, fixa fronteira máxima ao lapso temporal adotado como critério para aferição do salário. Nesse contexto, a parcela salarial básica não poderá ser calculada através de parâmetro *superior a um mês* (art. 459, CLT), embora possa ser calculada mediante parâmetros inferiores, como o *dia* ou a *hora*.

Esse limite do *parâmetro máximo mensal* não se aplica a todas as verbas salariais, uma vez que a estrutura e a dinâmica de algumas podem exigir lapso temporal mais amplo para sua aferição. É o que se passa com a gratificação, por exemplo (art. 459, citado).

A doutrina aponta a presença de duas grandes virtudes na fórmula do salário por unidade de tempo. Em primeiro lugar, esse tipo salarial é, entre os três examinados, o que melhor concretiza, no plano da relação de emprego,

(43) Citem-se, para ilustração, alguns diplomas legais reguladores do salário mínimo desde a Constituição de 1988, com os preceitos que se referem ao salário mínimo mensal, diário e horário: Lei n. 7.789/1989 (art. 4º); Lei n. 11.164/2005 (art. 1º, parágrafo único); Lei n. 12.382/2011 (art. 1º, parágrafo único). Este último diploma dispõe, a propósito: “Art. 1º — O salário mínimo passa a corresponder ao valor de R\$ 545,00 (quinhentos e quarenta e cinco reais). Parágrafo único. Em virtude do disposto no *caput*, o valor diário do salário mínimo corresponderá a R\$ 18,17 (dezoito reais e dezessete centavos) e o valor horário, a R\$ 2,48 (dois reais e quarenta e oito centavos).”

o *princípio justralhista da alteridade*, ou seja, da assunção dos riscos do empreendimento e do trabalho pelo empregador. Ao não estabelecer relação direta entre as ideias de produção e produtividade com o salário devido — o qual se reporta apenas à jornada —, esse tipo salarial retira do trabalhador riscos efetivos em decorrência da maior ou menor produção efetuada ou do maior ou menor rendimento alcançado na dinâmica produtiva. Na esteira dessa virtude, tal tipo salarial reduz o esgotamento obreiro no processo de trabalho e contribui para o implemento de uma mais eficaz política de diminuição dos males detectados pela saúde e segurança do trabalho no processo produtivo.

Em segundo lugar, esse tipo salarial amolda-se a um critério mais simples e objetivo de construção dos valores salariais. O parâmetro do tempo é mais uniforme, simples e transparente do que o parâmetro da produção (utilizado no tipo salarial por unidade de obra), permitindo encontro rápido, claro e objetivo do resultado salarial pretendido. O salário por unidade de tempo não supõe a pesquisa árdua e minuciosa (e, às vezes, pouco precisa) a respeito da *média* da produção alcançada, ensejando mais segurança na fixação da parcela salarial.

B) Salário por Unidade de Obra — O salário por unidade de obra é aquele cujo cômputo adota como parâmetro a *produção alcançada pelo empregado*. A produção realizada (número de peças produzidas, por exemplo) é o critério essencial para cálculo do salário pactuado, independentemente do tempo de trabalho despendido pelo empregado, ou do tempo à disposição do empregador. O presente tipo salarial calcula-se com suporte no número de unidades produzidas pelo empregado, recebendo cada unidade um valor previamente fixado pelo empregador (a chamada *tarifa*): o somatório das peças produzidas, multiplicado pelo valor da tarifa estipulada, permitirá o encontro do salário mensal do obreiro.

O salário por unidade de obra *tende* a ser adotado em situações contratuais em que o empregador não tenha controle efetivo sobre o desenvolvimento da duração do trabalho do empregado, situações sem controle real sobre a jornada laborativa obreira. É o que se passa, por exemplo, no trabalho empregatício no domicílio obreiro ou à distância ou em regime de teletrabalho (todos tratados no art. 6º da CLT), normalmente enquadrados como trabalho externo, sem controle de jornada (art. 62, I e III, CLT).

Tem também caráter de salário por unidade de obra o pagamento pactuado à base de *percentagens* ou *comissões*, que se calculam sobre o montante da produção realizada pelo empregado (vendas, por exemplo).

Pela lógica de estruturação do salário por unidade de obra (veja-se o exemplo do empregado comissionista puro), o cálculo de pagamento de sua sobrejornada levará em consideração apenas o adicional de horas extras,

mas não o pagamento do principal (as comissões, no caso), pois tal parcela já terá sido recebida. Nesta linha dispõe a Súmula 340 do TST.⁽⁴⁴⁾

A ordem jurídica busca fixar certas fronteiras ao sistema salarial por unidade de obra, de modo a reduzir a *álea* que esse critério coloca sobre os ombros do trabalhador. Efetivamente, caso levado esse tipo-jurídico às últimas consequências, poderia o trabalhador ficar um mês, ou meses, sem receber qualquer salário (ou recebendo arremedos de salário), desde que não alcançasse a necessária produção de peças no período respectivo. Hoje, no Direito brasileiro, o salário por unidade de obra não pode, por isso mesmo, ser adotado sem limitações quaisquer. Um nível salarial mínimo sempre será devido ao empregado, dentro do parâmetro temporal máximo de cálculo do salário-base, isto é, o mês. Nesta linha, estabelece a Constituição a “garantia de salário, nunca inferior ao mínimo, para os que percebem remuneração variável” (art. 7º, VII, CF/88). A CLT já acolhia preceito semelhante (art. 78, CLT), também reproduzido em diplomas legais posteriores (por exemplo, a Lei n. 8.716/93, art. 1º). O salário mínimo legal (ou o mínimo normativo) constitui, desse modo, a base mínima a que não pode submergir o salário calculado pelo critério da unidade de obra (art. 7º, IV e VII, CF).

Esclareça-se que a jurisprudência já pacificou que a garantia salarial objetivada pela ordem jurídica diz respeito ao parâmetro *mês* (salário mínimo mensal, portanto), e não ao parâmetro dia (salário mínimo diário) — muito menos, ao parâmetro hora (salário mínimo horário). Desse modo, ainda que haja defasagem no salário horário, diário (ou semanal) pago ao empregado, em confronto com o salário mínimo correspondente, nenhuma irregularidade ocorrerá *desde que se assegure o pagamento do parâmetro mínimo legal (ou da categoria, se for o caso) no final do mês referenciado* (art. 7º, IV e VII, CF).

Há uma segunda fronteira relevante ao sistema salarial por unidade de obra, também construída objetivando reduzir a *álea*, o risco que esse critério coloca sobre os ombros do trabalhador. Trata-se da regra que veda ao empregador reduzir substantivamente o número de peças encomendadas ao obreiro, provocando a substantiva redução de seu salário mensal. Semelhante prática tipificaria infração trabalhista, ensejando, inclusive, a ruptura contratual por culpa do empregador (rescisão indireta: art. 483, “g”, CLT).

A utilização do salário por unidade de obra em certos sistemas de trabalho mais rudimentares e desgastantes tem sido criticada por razões de saúde e de segurança laborais: é que ao fixar o empregador tarifa muito

(44) Evidentemente que, em se tratando de *comissionista misto*, o critério será relativamente distinto: com respeito à parte fixa do salário, no caso de sobrejornada, serão devidas as horas simples de acréscimo de trabalho enriquecidas pelo adicional de horas extras; porém quanto à parte variável do salário (as comissões), continuará sendo devido apenas o adicional de horas extras, em conformidade com o critério da Súmula 340. É o que dispõe, a propósito, a OJ 397 da SDI-I do TST.

baixa para a peça ou unidade de produção, acaba estimulando a prática de um ritmo exaustivo de trabalho pelo empregado, como fórmula para este alcançar um rendimento salarial minimamente significativo. É o que se passa, por exemplo, no agronegócio, no setor de corte de cana. Por tais motivos, a jurisprudência tem restringido os efeitos maléficis dessa modalidade de cômputo dos salários, determinando que, nestas situações de restrição, o cálculo das horas extras leve em consideração não apenas o valor do adicional como também o valor relativo ao tempo de sobrejornada. É o que explicita a OJ 235 da SDI-I do TST com respeito aos cortadores de cana.⁽⁴⁵⁾

C) Salário-Tarefa — O salário-tarefa é aquele que se afere através de fórmula combinatória do critério da unidade de obra com o critério da unidade de tempo. Acopla-se a um certo parâmetro temporal (hora, dia, semana ou mês) um certo montante mínimo de produção a ser alcançado pelo trabalhador.

Por este sistema, caso o trabalhador atinja a meta de produção em menor número de dias da semana, por exemplo, dois efeitos podem ocorrer, a juízo do interesse do empregador: libera-se o empregado do trabalho nos dias restantes, garantido o salário padrão fixado; ou, alternativamente, determina-se a realização de uma produção adicional, no tempo disponível restante (pagando-se, é claro, um *plus* salarial por esse acréscimo de produção).

Evidentemente, há fronteiras máximas intransponíveis na fórmula do salário-tarefa: ilustrativamente, se o trabalhador não alcançar a produção mínima na duração semanal regular do trabalho e for compelido a manter o serviço até o cumprimento da meta estabelecida, este tempo adicional de trabalho será tido, inquestionavelmente, como sobrejornada (art. 7º, XIII e XVI, CF/88). Do mesmo modo, *não* será válida a redução do salário abaixo de seu parâmetro temporal mínimo de cálculo, caso o obreiro não alcance a produção estipulada para cumprimento naquele tempo.

As características do salário-tarefa demonstram que ele reúne, em sua fórmula de cômputo salarial, aspectos do mecanismo de incentivo à produtividade que caracteriza o salário produção, sem a extensão do desgaste obreiro e transferência de risco empresarial que também despontam naquela fórmula anterior.

É evidente que também no salário-tarefa não poderá o trabalhador receber pagamento mensal inferior ao *mínimo legal* ou ao *mínimo da categoria*. Aqui, esta garantia — inserida nos mencionados textos da Constituição e da CLT — já emerge como inerente à própria fórmula desse tipo de salário, em virtude da incorporação em seu interior da noção de *unidade de tempo* (art. 7º, IV e VII, CF).

(45) A mesma restrição da OJ 235 poderia se aplicar aos coletadores de laranja, uma vez que incidem similares fundamentos de saúde e segurança laborativas.

VIII. MEIOS DE PAGAMENTO SALARIAL: SALÁRIO-UTILIDADE

Autoriza o Direito do Trabalho o pagamento do salário em pecúnia (dinheiro, moeda nacional) ou em bens ou serviços, designados sob o epíteto genérico de *utilidades* (art. 458, *caput*, CLT). Institucionaliza, assim, o ramo justrabalhista o salário-utilidade ou *in natura*.

1. Caracterização do Salário-utilidade

Não considera, porém, a ordem jurídica que *todo* fornecimento de bens ou serviços (utilidades) pelo empregador ao empregado ao longo do contrato configure-se como salário *in natura*; nem todo fornecimento de utilidades assume, portanto, natureza salarial. Há *requisitos* à configuração do salário-utilidade, sem cuja presença a parcela fornecida não se considera como parte integrante do salário contratual obreiro.

Os requisitos centrais do salário-utilidade, capturados pela doutrina e jurisprudência do conjunto da ordem justrabalhista, são, essencialmente, dois: o primeiro diz respeito à *habitualidade* (ou não) do fornecimento do bem ou serviço; o segundo relaciona-se à *causa e objetivos* contraprestativos desse fornecimento.

Há um terceiro requisito eventualmente mencionado na doutrina e jurisprudência, embora seja bastante controvertido. Ele concerne à amplitude da *onerosidade* do fornecimento perpetrado.

A) Requisitos Essenciais — No tocante ao primeiro requisito (*habitualidade do fornecimento*), a jurisprudência já pacificou que o fornecimento do bem ou serviço tem de se reiterar ao longo do contrato, adquirindo caráter de prestação habitual, para que se confira à conduta o caráter de pagamento salarial. *A efetivação meramente esporádica do fornecimento* (isto é, uma concessão meramente eventual) *não gera obrigação contratual ao empregador*.

Habitualidade, no cotidiano trabalhista, corresponde à ideia de *repetição uniforme em certo contexto temporal*. A habitualidade pode ser *diária* (alimentação, por exemplo), *semanal* (utilidade lazer, por exemplo) ou *mensal* (cesta de alimentação, por exemplo). Pode até ser *semestral* ou *anual* (uma viagem de lazer paga por semestre ou ano contratual, por exemplo) — embora, neste caso, a utilidade assuma caráter de *gratificação*, mantida sua natureza salarial, é claro.

Reiterada no tempo a oferta do bem ou serviço, o requisito da habitualidade desponta.

Registre-se que a oferta habitual pode ser *pactuada*, mas não efetivamente cumprida (entrega de uma cesta de gêneros variados, a cada seis meses, por exemplo). Neste caso o requisito configurou-se *por força do pacto entre as partes*, é claro (art. 444, *caput*, CLT).

No tocante ao segundo requisito (*caráter contraprestativo do fornecimento*), a jurisprudência também já pacificou ser necessário que a causa e objetivos envolventes ao fornecimento da utilidade sejam essencialmente contraprestativos, em vez de servirem a outros objetivos e causas normativamente fixados. É preciso que a utilidade seja fornecida *preponderantemente com intuito retributivo, como um acréscimo de vantagens contraprestativas ofertadas ao empregado*. Se as causas e objetivos contemplados com o fornecimento forem diferentes da ideia de *retribuição pelo contrato* (contraprestação, portanto), desaparece o caráter salarial da utilidade ofertada.

Nesse quadro, não terá caráter retributivo o fornecimento de bens ou serviços feito como *instrumento para viabilização ou aperfeiçoamento da prestação laboral*. É claro que não se trata, restritivamente, de *essencialidade* do fornecimento para que o serviço possa ocorrer; *o que é importante, para a ordem jurídica, é o aspecto funcional, prático, instrumental, da utilidade ofertada para o melhor funcionamento do serviço*⁽⁴⁶⁾. A esse respeito, já existe clássica fórmula exposta pela doutrina, com suporte no texto do antigo art. 458, § 2º, da CLT (hoje, art. 458, § 2º, I, da CLT): *somente terá natureza salarial a utilidade fornecida pelo trabalho e não para o trabalho*⁽⁴⁷⁾.

Excludentes do Salário-utilidade — Também não terá caráter retributivo o fornecimento de bens ou serviços feito em atendimento a *dever legal do empregador*. Noutras palavras, *se o fornecimento faz-se em decorrência de conduta de tutela de interesse de outrem imposta pela lei ao empregador*, desaparece o caráter contraprestativo que poderia ser atribuído ao fornecimento.

A aferição do segundo requisito desse tipo legal (*caráter contraprestativo do fornecimento*) pode ensejar algumas dificuldades no plano prático das relações trabalhistas. É que, de maneira geral, qualquer utilidade fornecida ao obreiro proporciona-lhe, direta ou indiretamente, alguma vantagem econômica. Isso ocorre seja pela redução de despesa propiciada (utilização de uniforme em serviço, por exemplo), seja pela potencialização da qualificação profissional do trabalhador (curso de informática essencial ao serviço contratual desenvolvido, por exemplo), seja por sua potencialização como indivíduo, ser humano e social (curso de Português ou História ofertados para trabalhadores que tenham permanente contato com o público), seja pela elevação de conforto pessoal do obreiro (utilidade carro, mesmo em horário de serviço externo, por exemplo).

Em face dessa relativa dubiedade que envolve o fornecimento do bem e seu papel no contexto da realidade do empregado, é que se torna mais

(46) Nesta linha devem ser mais bem interpretadas a OJ 131, SDI-I/TST, e Súmula 367, I, do TST.

(47) A alteração no texto do art. 458, da CLT, resultou, como visto, da Lei n. 10.243/2001.

funcional e seguro aferir-se o caráter contraprestativo da parcela pela eliminação dos demais aspectos excludentes da natureza salarial do bem ofertado. Ou seja, pela eliminação, na pesquisa concreta, das causas e objetivos não salariais relacionados ao fornecimento da utilidade é que mais facilmente poderá se chegar ao encontro de sua efetiva natureza salarial.

Nessa linha, *não consistirá salário-utilidade o bem ou serviço fornecido pelo empregador ao empregado como meio de tornar viável a própria prestação de serviços*. É o que se passa, por exemplo, com a concessão de alimentação em trabalho em plataformas marítimas ou em frentes de trabalho situadas em locais inóspitos ou longínquos.

Também *não consistirá salário-utilidade o bem ou serviço fornecido como meio de aperfeiçoar a prestação de serviços*. É o que se verifica com o fornecimento de curso de informática ao empregado, se necessário ao serviço; ou o fornecimento de veículo ao obreiro, no horário de trabalho, para serviço de vendas externas, etc.

Na mesma medida, também *não constituirá salário-utilidade o bem ou serviço ofertado em cumprimento de dever legalmente imposto ao empregador*.

O dever, como se sabe, é a *tutela de interesse de outrem imposta a alguém pela ordem jurídica*. O dever não necessariamente favorece o sujeito passivo de uma relação jurídica direta (como a relação de emprego); neste sentido distingue-se da simples obrigação contratual. Pode, assim, a conduta derivada da tutela de interesse de outrem reportar-se a uma comunidade indiferenciada de favorecidos. É o que se passa com as atividades educacionais, por exemplo. O empregador tem o dever de participar das atividades educacionais do País — pelo menos o ensino fundamental (arts. 205, 212, § 5º, CF/88). Esse dever não se restringe a seus exclusivos empregados — estende-se aos filhos destes e até mesmo à comunidade, através da contribuição parafiscal chamada salário-educação (art. 212, § 5º, CF/88; Decreto-Lei n. 1.422/75). Há, pois, fixado em norma jurídica heterônoma do Estado (inclusive na Constituição) um *dever jurídico* das empresas com respeito ao ensino no país (pelo menos o ensino fundamental): ou esse dever concretiza-se em ações diretas perante seus próprios empregados e os filhos destes ou, na falta de tais ações diretas, ele se concretiza perante o conjunto societário, através do recolhimento do salário-educação. Está-se, desse modo, perante um dever jurídico geral — e não diante de mera obrigação contratual.

Nesse contexto, ações que atendam ao cumprimento de um dever legal imposto ao empregador não configurariam salário-utilidade. Enquadrar-se-iam nesse rol, como já visto, o fornecimento de *serviços educacionais* (arts. 205, 212, § 5º, CF/88; DL n. 1.422/75). No mesmo grupo, o fornecimento de *vale-transporte* (Leis ns. 7.418/85 e 7.619/87). Ainda neste grupo,

o fornecimento de *equipamentos de proteção individual* em circunstâncias laborais perigosas ou insalubres — os chamados EPIs (arts. 157, 158, 168, 200 e 458, § 2º, CLT).

Também poderia ser acrescentada a esse rol a oferta de *serviços de saúde*. É que a Constituição da República assegura a saúde como direito do indivíduo e dever não apenas do Estado como também da própria *sociedade* e, em consequência, da empresa (art. 194, *caput*). Por essa razão, considera de relevância pública as ações e serviços de saúde (art. 197), elegendo como uma das diretrizes fundamentais para a concretização dessas ações e serviços a *participação da comunidade* (art. 198). Aduz, ainda, o Texto Magno que as ações relativas à saúde do trabalhador são parte integrante essencial do sistema único de saúde (art. 200, II, CF/88). Completa a Constituição sua visão acerca da seguridade e saúde comunitárias estabelecendo que “a ordem social tem como base o *primado do trabalho*, e como objetivo o *bem-estar* e a justiça social” (art. 193; grifos acrescidos), fixando, para tanto, como direito dos trabalhadores “a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança” (art. 7º, XXII, CF/88).

Na verdade, até mesmo a CLT — embora tímida e acanhada em matéria de ações de saúde pública — já estabelecia o dever jurídico do empregador de propiciar exames médicos periódicos ao obreiro, no quadro de algumas medidas preventivas de medicina do trabalho que estabelecia (art. 168, CLT). Essa timidez foi suplantada pela Constituição, que firmou com clareza o dever jurídico do Estado, da comunidade e, em especial, do empregador de participar, ativamente, com ações e serviços concretos, dos problemas relacionados à saúde e bem-estar públicos, no ambiente e relações sob sua influência direta.

É necessário, porém, ressaltar ao leitor que parte significativa da jurisprudência ainda não havia se apercebido, à data em que primeiro lançamos este entendimento⁽⁴⁸⁾, de que o cumprimento de dever legalmente estabelecido ao empregador excluía a causa e objetivos contraprestativos no fornecimento de determinada utilidade. Essa percepção era ainda recente na área trabalhista, incentivada em especial pela nova Constituição, que

(48) Trata-se do ano de 1996, através do artigo “Remuneração e Salário no Direito do Trabalho Brasileiro”, publicado, em partes sequenciais, no *Jornal Trabalhista*, Brasília: Centro de Assessoria Trabalhista/Consulex, ano XIII, n. 632, p. 1.203-06, novembro de 1996 (1ª parte); n. 633, p. 1.235-38, novembro de 1996 (2ª parte); n. 634, p. 1.264-67, novembro de 1996 (3ª parte); n. 635, p. 1.294-97, novembro de 1996 (4ª parte); n. 636, p. 1.318-21, dezembro de 1996 (parte final). Posteriormente, o estudo foi incorporado ao Capítulo VII de nosso livro *Salário — Teoria e Prática*, 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1987. Sobre o presente tema, consultar ainda as obras de Cleber Lúcio de Almeida, *Salário-Utilidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, e de Lúcio Rodrigues de Almeida, *A Nova Caracterização do Salário-Utilidade*. Rio de Janeiro: Aidé, 2002.

conferiu dimensão concreta e efetiva à ideia de *função social da propriedade*. Nessa linha, se a propriedade e, em consequência, a chamada *livre-iniciativa*, têm função realmente social, elas terão o resultante dever de atender a certos interesses tidos como comunitários — educação e saúde, à frente (art. 1º, IV; art. 5º, XXIII, CF/88). Parte significativa da jurisprudência, entretanto, mantinha-se na tradicional posição de enxergar em ações e serviços de educação e saúde ofertados pelo empregador ao empregado um mero acréscimo *in natura* no salário obreiro⁽⁴⁹⁾.

Hoje, a *ordem jurídica* já percebeu o avanço constitucional, lançando, como *regra legal*, os critérios excludentes acima expostos.

De fato, não se consideram mais, hoje, salário-utilidade no Brasil, além dos equipamentos utilizados para viabilizar ou aperfeiçoar a prestação contratual laborativa, também outros bens e serviços que configuram dever-legal (ou dever-constitucional) do empregador. Trata-se das seguintes utilidades: “*educação, em estabelecimento de ensino próprio ou de terceiros, compreendendo os valores relativos à matrícula, mensalidade, anuidade, livros e material didático*” (inciso II do § 2º do art. 458, da CLT, conforme Lei n. 10.243/2001); *transporte destinado ao deslocamento para o trabalho e retorno, em percurso servido ou não por transporte público* (inciso III do § 2º do art. 458, da CLT, segundo Lei n. 10.243/2001); *assistência médica, hospitalar e odontológica, prestada diretamente ou mediante seguro-saúde* (inciso IV do § 2º do art. 458, da CLT, a teor da Lei n. 10.243/2001); *seguros de vida e de acidentes pessoais* (inciso V do § 2º do art. 458, da CLT, segundo a Lei n. 10.243/2001). Na mesma direção já consagrada, a regra do novo § 5º do art. 458 da CLT, incluído pela Lei n. 13.467, vigente desde 11.11.2017.

A recente Lei n. 12.761/2012, regulada pelo Decreto n. 8.084, de 26.8.2013, instituiu a oferta de nova utilidade pelo empregador, sem caráter salarial: o vale-cultura (novo inciso VIII do art. 458 da CLT).

Agregue-se, ademais, que determinada utilidade não terá caráter salarial (ainda que ostentando os requisitos clássicos do salário *in natura*) se a *regra heterônoma estatal* ou a *regra coletiva negociada* (CCT ou ACT) assim determinarem. É o que tem ocorrido, comumente, com o auxílio-alimentação ou o tíquete-refeição, uma vez que os ACTs ou CCTs tendem a prever a sua concessão mensal ao empregado, *porém sem efeitos salariais*. Nessa mesma linha, desde 11.11.2017, a Lei n. 13.467/17 também estipulou que o

(49) A respeito da visão tradicional do salário utilidade e suas contradições com o objetivo básico do Direito do Trabalho, de incremento do progresso social, ver o estudo *Direito do Trabalho e Progresso Social: Contradições da Ordem Jurídica Brasileira*, no livro deste autor, *Democracia e Justiça*. São Paulo: LTr, 1993, p. 105-38. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, e de Lúcio Rodrigues de Almeida. *A Nova Caracterização do Salário-Utilidade*. Rio de Janeiro: Aidé, 2002.

“auxílio-alimentação, vedado seu pagamento em dinheiro...”, ao lado de outras parcelas, “...não se incorporam ao contrato de trabalho e não constituem base de incidência de qualquer encargo trabalhista ou previdenciário” (novo texto do § 2º do art. 457 da CLT).

Note-se, por fim, que a *característica da suficiência do salário mínimo*, lançada no art. 7º, IV, da mesma Constituição, não pode ser confundida com a *composição* das parcelas salariais (como uma primeira leitura literal e formalística poderia sugerir). A Constituição não quer retornar à escuridão feudal, em que as retribuições aos servos eram estritamente em serviços e bens (moradia e proteção, essencialmente); ela, ao revés, instiga à elevação das condições da pactuação da força de trabalho no mercado capitalista, de modo que o empregado receba, em moeda corrente, *valor monetário que seja suficiente para atender a um patamar que considera mínimo de necessidades básicas suas e de sua família*. Se ali se tratasse de parcelas do salário-utilidade, haveria erro grosseiro na Constituição, não só pelo desvio em face de sua orientação central — tantas vezes reiterada ao longo deste Curso —, como também pelo fato de incluir como parcela de salário *in natura* um serviço público, a previdência social.

B) O Papel da Onerosidade Unilateral da Utilidade — A jurisprudência, às vezes, confere validade a um terceiro requisito do tipo legal do salário *in natura*: trata-se da *onerosidade unilateral* da oferta da utilidade no contexto empregatício. Trata-se, porém, de conduta técnico-jurídico controvertida.

Este requisito seria expresso pela seguinte fórmula: fornecimento da utilidade com onerosidade unilateral pelo empregador, sem participação econômica obreira. À luz deste entendimento, o pacto de oferta do bem teria de ser do tipo gracioso (nos termos da conhecida tipologia civilista), isto é, suportado por apenas uma das partes contratuais, o empregador. É que se a concessão da utilidade proceder-se mediante contraprestação econômica do empregado (ainda que subsidiada), ela deixará de ter caráter estritamente contraprestativo, no tocante a este trabalhador. Desse modo, utilidade recebida pelo empregado em decorrência de certo pagamento (ainda que pequeno) afastar-se-ia da configuração do salário *in natura*.

Em síntese, apenas teria caráter de parcela salarial a utilidade ofertada sob exclusivo ônus econômico do empregador. É que somente nesse caso ela teria efetivo caráter contraprestativo, não resultando de um pacto adjeto em que o próprio trabalhador comparecesse com uma contraprestação econômica pela oferta do bem.

É necessário, entretanto, reiterar-se que a validade deste suposto requisito tem sido bastante questionada por parte expressiva da doutrina e jurisprudência. São dois os principais argumentos contrários a tal requisito: em primeiro lugar, a circunstância de ser imprecisa a própria tipificação do

requisito, uma vez que não se sabe até que ponto o montante de pagamento obreiro poderia significar efetiva participação do trabalhador nos custos do fornecimento da utilidade, e *não mera simulação trabalhista*. Em segundo lugar, a circunstância de a adesão do trabalhador a esse pacto acessório de fornecimento da utilidade subsidiada poder ser fruto de contingenciamento da vontade do empregado no contexto da relação empregatícia.

É evidente que, desde que considerado impróprio o presente requisito (o que parece mais prudente e acertado), o tipo legal do salário *in natura* fica restrito à reunião dos dois primeiros requisitos acima examinados.

É claro que ocorrem, na prática juslaborativa, algumas poucas situações em que fica nítido o interesse real do obreiro em ingressar em certos programas ou atividades subsidiados pela empresa. Trata-se de atividades e programas cuja fruição é indubitavelmente vantajosa ao trabalhador e sua família, e cujo custo econômico para o empregado é claramente favorável, em decorrência do subsídio empresarial existente. Nestas situações, que afastam de modo patente a ideia de mera simulação trabalhista, não há por que negar-se relevância ao terceiro requisito ora examinado. Aliás, a quase singularidade de tais situações é que certamente conduz a jurisprudência a valorizar o presente requisito apenas em alguns poucos casos concretos efetivamente convincentes⁽⁵⁰⁾.

2. O Papel da Norma Jurídica Concessora da Utilidade

Conforme já antecipado, é preciso insistir em um aspecto importante nessa temática: a norma jurídica (*não a cláusula contratual*, é claro) pode fixar — desde que inequivocamente — natureza jurídica não salarial para uma utilidade fornecida.

A norma jurídica contida em lei, instrumento normativo coletivamente negociado ou sentença normativa pode negar caráter salarial a serviço ou bem que estipula poder (ou dever) ser ofertado pelo empregador ao empregado. Assim estipulando a norma jurídica, não há como retirar-se validade à natureza não salarial da utilidade fornecida. É que, como se sabe, a norma jurídica pode eliminar, excepcionalmente, o enquadramento jurídico de certo fato ou elemento em um tipo legal preestabelecido. A cláusula contratual (vontade das partes contratuais) não tem esse poder, mas a norma jurídica o tem, dado que possui o exato mesmo *status* jurídico da norma que lhe precedeu.

(50) Algumas dessas situações estão mencionadas na Súmula 342 do TST, de 1995, sendo que certos bens ou serviços ali referidos foram excluídos, expressamente, tempos depois, de qualquer natureza salarial, em face das mudanças trazidas ao art. 458 da CLT pela Lei n. 10.243, de 2001, acima comentada. Esclareça-se, de todo modo, ao leitor que a SDI-1 do TST tem, cada vez mais, insistido na interpretação de que o valor da participação obreira no custo da utilidade, mesmo sendo modesto, é apto, sim, a retirar o caráter salarial da oferta utilitária feita.

É o que se passa, por exemplo, com a *alimentação*. De maneira geral, sua oferta realizada em decorrência de simples determinação do contrato de trabalho enquadra a utilidade como salário *in natura* (art. 458, *caput*, CLT; Súmula 241, TST) —, desde que não seja entregue, é claro, para viabilizar a prestação de serviços (plataformas marítimas, obras em locais inóspitos, alimentação da empregada doméstica que labore dentro da residência do empregador, etc.).

Entretanto, se a alimentação for ofertada nos moldes previstos no chamado Programa de Alimentação do Trabalhador — PAT (Lei n. 6.321, de 1976), deixará de ter caráter salarial, em virtude de disposição inequívoca de norma jurídica nesse sentido (art. 3º, Lei n. 6.321/76; art. 6º, Decreto n. 5, de 14.11.91; OJ n. 133, SDI-I/TST). Igualmente, se for ofertada nos moldes previstos em ACT ou CCT, que lhe retire o caráter salarial, não ostentará esse caráter. Aliás, recentemente, a Lei n. 13.467/17, vigente desde 11.11.2017, excluiu a natureza salarial do “auxílio-alimentação, vedado o seu pagamento em dinheiro” (novo § 2º do art. 457 da CLT).

É o que se passou também com a Lei n. 10.243, de 19.6.2001, modificando o art. 458 da CLT, reconhecendo, em alguns aspectos, determinação oriunda da própria Constituição, conforme já explicitado.⁽⁵¹⁾

O mesmo tem ocorrido, na prática, em inúmeros exemplos de diplomas convencionais negociados: normalmente, a utilidade *cesta básica* tem sido entregue sem caráter salarial ao trabalhador das categorias contempladas no respectivo instrumento normativo pactuado.

Entretanto, é preciso que fique bem clara a presente situação de exceção: *a norma jurídica tem de esterilizar, naquele específico caso, a incidência do tipo legal padrão do salário-utilidade*. Inexistindo esse sentido esterilizador na norma jurídica instituidora da parcela (sentido expresso ou, pelo menos, inequívoco), a utilidade ofertada deverá ter sua natureza jurídica apreendida segundo as regras gerais justrabalhistas acima enunciadas — assumindo, pois, a natureza salarial, caso estejam presentes em sua configuração os requisitos já analisados.

A jurisprudência tem feito uma importante distinção a respeito desse tema: se o empregado recebia a utilidade, com caráter salarial, antes do advento do ACT ou CCT esterilizador de sua natureza salarial, manterá a vantagem mesmo após a negociação coletiva, em decorrência do *direito adquirido* constatado. Entretanto a regra coletiva negociada esterilizadora terá plena validade no tocante aos contratos novos. Nesta linha, a OJ 413 da SDI-I do TST.

(51) O rol de utilidades sem natureza salarial do art. 458 da CLT recebeu, recentemente, o acréscimo do *vale-cultura* (art. 458, VIII, CLT), vantagem criada pela Lei n. 12.761/2012 e regulada pelo Decreto n. 8.084, de 26.8.2013.

3. *Rol de Utilidades Pertinentes*

O universo de bens e serviços que podem ser oferecidos como contraprestação salarial no contexto do contrato de trabalho é muito amplo e diversificado. A Consolidação lança rol meramente *exemplificativo* de utilidades passíveis de apropriação salarial: ela se reporta à alimentação, habitação, vestuário e “outras prestações *in natura*” (art. 458, *caput*, CLT). Além desses bens citados na CLT, inúmeras outras utilidades podem ingressar no contrato como contraprestação salarial *in natura*, desde que presentes os requisitos componentes da parcela.

Não se trata apenas de *bens*, no sentido estrito de coisa corpórea; também *serviços* podem cumprir o papel de salário-utilidade. Nessa linha, podem ter caráter de parcela salarial *in natura*, por exemplo, viagens anuais de férias ofertadas pelo empregador a seus executivos, franquias permanentes a determinadas casas de espetáculos ou cinemas, ao lado de outros bens e serviços disponibilizados habitualmente pelo empregador ao obreiro. O essencial é que estejam reunidos, no caso, os requisitos tipificadores da parcela, sem que se apresente, no mesmo caso, uma excepcionalidade instituída por norma jurídica.

Há, contudo, expressa exclusão legal no conjunto desse rol: *bebidas alcoólicas* e *drogas nocivas*. O art. 458 da CLT não admite que tais bens sejam considerados como salário *in natura*, ainda que atendidos os requisitos acima mencionados. O fim objetivado pela norma é compreensível e razoável: caso se acolhesse a possibilidade de tais bens configurarem salário-utilidade, estar-se-ia admitindo que um percentual significativo do salário obreiro poderia ser pago em material prejudicial à saúde do próprio empregado e de sua família — o que seria um contrassenso. A jurisprudência, de maneira geral, corrobora a norma proibitiva expressa da Consolidação (a respeito, OJ 24, SDI-I/TST, e Súmula 367, II TST), embora haja decisões judiciais em sentido contrário.

4. *Repercussões da Utilidade no Contrato de Trabalho*

A configuração salarial de uma utilidade ofertada leva à conseqüente pesquisa acerca dos efeitos a serem por ela cumpridos no contrato de trabalho.

No quadro da identificação desses efeitos, cabe também aferir o valor correspondente à utilidade, para fins de sua repercussão contratual.

Esses dois aspectos serão a seguir examinados.

A) Efeitos Contratuais da Utilidade Salarial — A caracterização salarial de uma utilidade fornecida enseja a produção de certos efeitos

contratuais. Estes efeitos serão aqueles próprios às parcelas salariais, isto é, sua necessária repercussão sobre outras verbas contratuais trabalhistas (*efeito expansionista circular dos salários*).

Contudo, o tipo e a extensão dos efeitos contratuais de tal bem ou serviço dependerão da modalidade de salário em que se enquadra a respectiva utilidade (salário-base, adicional, gratificação, etc.).

A modalidade mais comum de enquadramento jurídico do salário *in natura* é o *salário-base*. De fato, de maneira geral, as utilidades são ofertadas continuamente ao longo do contrato, sendo fruídas pelo obreiro no transcorrer de toda a prestação laboral. Assumem, assim, o papel de elemento integrante do salário básico do empregado. Nesta qualidade, o salário *in natura* produzirá reflexos nas parcelas trabalhistas de 13º salário, FGTS e terço de férias (isto, considerando-se que o bem continuou sendo fruído nas próprias férias — habitação e automóvel, por exemplo). Além disso, a parcela há de ser também computada no salário de contribuição mensal do obreiro, tendo, portanto, as mesmas repercussões previdenciárias próprias às verbas salariais mensais.

Entretanto, é possível a ocorrência de situação distinta, ou seja, a oferta do salário *in natura* em espaços temporais mais largos do que o mês (por exemplo, entrega da vantagem material apenas uma vez por semestre ou ano contratual). Neste caso, a parcela integrar-se-á ao contrato na qualidade de *gratificação periódica* (exemplo: viagem anual de férias). Em consequência, o valor da parcela salarial *in natura* produzirá os efeitos próprios às gratificações supramensais, tais como reflexos sobre FGTS e 13º salário (Súmula 253, TST).

Não é inviável também, do ponto de vista teórico (embora não seja comum), falar-se em bem ou serviço que se integre ao contrato na qualidade de *adicional convencional*. Desde que se trate de utilidade contratualmente ofertada *em virtude do exercício do trabalho em circunstâncias tipificadas mais gravosas*, terá ela caráter de adicional. Neste quadro, suas repercussões serão semelhantes às do salário básico (como é próprio aos adicionais mensais). Porém, assumirá uma característica distintiva perante esta última figura — o fato de tratar-se de *salário condição* (os adicionais são salário condição, como se sabe, porém não o salário básico).

O salário-utilidade, como se percebe, é, em geral, recebido em lapsos temporais superiores à semana. Normalmente, ele é fruído ao longo do mês (ou meses), ou é computado a partir de uma base temporal ainda mais larga do que o mês (como ocorre com as gratificações). Por esta razão, ele já tem incorporado em seu valor o montante equivalente ao repouso semanal remunerado (e feriado remunerado), descabendo reflexos específicos da parcela sobre estas duas verbas trabalhistas (art. 7º, § 2º, Lei n. 605/49).

Há, ainda, importante observação a ser feita sobre os efeitos do salário utilidade: trata-se da aferição de suas repercussões contratuais no contexto de processo trabalhista. De maneira geral, em uma liquidação de sentença, cabe aferir-se apenas o valor correspondente aos *reflexos* da parcela *in natura*, fazendo-se o cálculo da utilidade somente para fins de apuração dos valores reflexos não quitados. É que o obreiro já terá recebido, naturalmente, ao longo do contrato o salário-utilidade efetivo — este é, afinal, recebido *in natura*. Em consequência, pagar-se o principal, no cálculo de liquidação, será, obviamente, praticar-se *bis in idem*. A duplicidade de pagamento apenas não ocorrerá, é óbvio, caso tenha se discutido, na lide, a própria supressão ou redução da parcela principal, com prolação de sentença favorável ao autor.

B) Valor da Utilidade no Contrato — A ordem jurídica procura fixar critérios objetivos para cálculo do *valor* das utilidades salarialmente fornecidas.

O primeiro critério aponta no sentido de que *o montante salarial pago em utilidades não pode alcançar 70% do salário — caso o obreiro receba apenas, no total, o salário mínimo legal* (art. 82, parágrafo único, CLT). Ou seja, quer a lei que o empregado receba, em pecúnia, pelo menos 30% do salário mínimo.

O limite percentual mencionado, entretanto, reporta-se apenas ao salário mínimo. Ele não se calcula sobre parâmetros salariais superiores ao mínimo legal (nos casos de salário contratuais mais elevados serão respeitados também apenas os mesmos 30% do salário mínimo).

O segundo critério aponta que, *recebendo o obreiro, no total, apenas o salário mínimo, o valor atribuído a cada utilidade fornecida não pode ultrapassar o percentual normativamente fixado de referência a este salário mínimo* (art. 458, § 1º, combinado com arts. 81 e 82, CLT).

Esses percentuais referentes ao salário mínimo eram estabelecidos por Decreto do Poder Executivo, conforme cada região. Desde a Lei n. 8.860, de 1994, inseriram-se na CLT (§ 3º do art. 458) percentuais relativos a duas utilidades específicas: habitação (25%) e alimentação (20%).

Há norma jurídica (Decreto n. 94.062, de 1987) fixando percentuais concernentes a outras utilidades, segundo distintas regiões do país. Ilustrativamente, *Minas Gerais*: vestuário (11%), higiene (6%), transporte (1%); *São Paulo*: vestuário (14%), higiene (6%), transporte (4%); *Rio de Janeiro*: vestuário (13%), higiene (6%), transporte (6%). Note-se que o mesmo Decreto n. 94.062/87 fixava percentuais mais elevados para as utilidades habitação e alimentação (para esta os percentuais alcançavam o valor absurdo de 54% em MG, 50% no RJ e 43% em SP). Porém, estes últimos percentuais, relativos a habitação e alimentação, não mais prevalecem, em virtude da regra da Lei n. 8.860/94 (art. 458, § 3º, CLT).

Acresça-se, por fim, que a Lei n. 3.030/56 estabelecia percentual especial para a alimentação fornecida (25%), aplicável exclusivamente a empresas que possuíssem sistema de alimentação própria, como, ilustrativamente, restaurantes.

O terceiro critério para cálculo do valor das utilidades salarialmente fornecidas aponta que, *recebendo o obreiro salário superior ao mínimo legal, o valor atribuído a cada utilidade fornecida deve ser o real, respeitados os percentuais normativos aplicáveis ao correspondente salário contratual.*

Examine-se este terceiro critério por partes.

Em primeiro lugar, note-se que, se o obreiro receber ganho salarial *superior* ao mínimo fixado em lei, seu salário *in natura* será calculado mediante a apuração do valor real da utilidade (Súmula 258, TST). Isso significa que o valor da utilidade *não* fica restrito ao parâmetro do salário mínimo (por exemplo, 25% do salário mínimo por um apartamento de 4 quartos em área residencial de uma grande metrópole), mas se funda em seu efetivo valor econômico.

Contudo, note-se, em segundo lugar, que há um limite claramente estabelecido para essa apuração do valor do salário *in natura*: os percentuais legais (25% para habitação e 20% para alimentação, por exemplo) incidem sobre o *salário contratual*, não podendo superar o valor resultante (art. 458, § 1º, CLT; Súm. 258; Lei n. 8.860/94). É que, caso não se acate tal limitação (expressa na lei, como visto), a parcela salário-utilidade poderá corresponder a quase todo o salário obreiro — o que seria, decididamente, um contrassenso. Desse modo, tratando-se de salário contratual superior ao mínimo legal, apura-se o real valor da utilidade para o cálculo do salário *in natura*, *respeitado o percentual máximo de incidência de cada utilidade sobre o montante do salário do contrato.*

5. Especificidades do Salário In Natura no Campo

A Lei de Trabalho Rural indica certas especificidades no tocante ao salário-utilidade do rurícola, em contraponto às regras celetistas básicas.

A primeira dessas especificidades reside na circunstância de a Lei n. 5.889, de 1973, fixar *rol taxativo para fornecimento salarial de utilidades no contexto das relações empregatícias firmadas no campo*: “salvo as hipóteses de autorização legal ou decisão judiciária, só poderão ser descontadas do empregado rural as seguintes parcelas, calculadas sobre o salário mínimo...”: até 20% para moradia e até 25% pelo fornecimento de alimentação “sadia e farta” (Lei n. 5.889/73, art. 9º). Como se trata de lei especial, o texto do citado art. 9º prevalece sobre o rol meramente exemplificativo inscrito no art. 458 da CLT (Teoria Geral do Direito e art. 2º, § 2º, Lei de Introdução às Normas do

Direito Brasileiro). Esta regra especial reduz, portanto, o universo de utilidades aptas a serem tidas como salário no contexto rural.

Esta restrição legal significa que outras utilidades de previsão meramente convencional (terreno para roça ou pasto para criatório, por exemplo), ofertadas habitualmente ao obreiro, não se qualificam como salário, não produzindo os reflexos a ele pertinentes. É claro que sua oferta habitual terá caráter de *cláusula contratual* (expressa ou tácita), sujeita ao princípio basilar da *inalterabilidade contratual lesiva*, inserido, até mesmo, no corpo das leis trabalhistas do país (art. 468, CLT; art. 1º, *caput*, Lei n. 5.889/73). A oferta de tais outras utilidades integra-se, pois, ao contrato (mas não ao salário — em face de texto expresso de lei especial): não têm elas o *efeito expansionista circular* próprio aos salários, porém, mesmo assim, não podem ser suprimidas pelo empregador.

A segunda das especificidades normativas do rurícola reside na circunstância de a Lei de Trabalho Rural determinar que *o valor de integração ao salário das duas utilidades que menciona somente poder ser calculado sobre o salário mínimo*. Isso significa que, para cálculo do salário-utilidade rural, não importa a real mensuração do valor do bem e nem mesmo o efetivo salário contratual recebido pelo obreiro. O valor atribuído às duas utilidades em análise, para fins justralhistas, será sempre buscado com suporte em percentuais legais aplicáveis sobre o salário mínimo vigente no País.

Observe-se que, no tocante à utilidade habitação, esse valor pode ainda sofrer redução proporcional ao número de empregados que usufruam da mesma moradia (art. 9º, § 2º, Lei n. 5.889/73; art. 17, Decreto n. 73.626/74). Ainda no concernente à utilidade habitação, registre-se que veda a lei, *em qualquer hipótese*, a moradia coletiva de famílias (art. 9º, § 2º, Lei n. 5.889/73 e art. 17, parágrafo único, Decreto n. 73.626/74).

A terceira das especificidades normativas do rurícola reside na circunstância de a Lei de Trabalho Rural determinar *que as deduções em decorrência da oferta da utilidade salarial “...deverão ser previamente autorizadas, sem o que serão nulas de pleno direito”* (§ 1º do art. 9º, Lei n. 5.889/73).

Na verdade, esta regra não traz efetiva inovação perante o padrão geral trabalhista vigente. É que, em face do texto clássico do art. 468, da CLT, uma utilidade ofertada, durante certo período, sem qualquer dedução do correspondente valor no pagamento salarial pecuniário, não poderá, posteriormente, ensejar a respectiva dedução — a qual importaria em alteração lesiva ao empregado. Assim, o preceito da Lei Rurícola apenas torna explícita vedação já inferida do princípio da inalterabilidade contratual lesiva e da regra geral presente no texto da Consolidação das Leis do Trabalho (art. 468).

Há, por fim, uma quarta especificidade normativa do rurícola, derivada de dispositivo incorporado pela Lei n. 9.300, de 1996, ao art. 9º da Lei de Trabalho

Rural. Desde 30 de agosto de 1996 (data de publicação da lei), tornou-se *possível às partes contratuais, mediante ajuste expresso no contrato, elidir o caráter salarial das duas utilidades acima especificadas (moradia e alimentos)*.

Esse poder de elisão do caráter salarial de uma utilidade ofertada somente era permitido, até 1996, à *norma jurídica* (e nunca à cláusula contratual) — conforme já examinado acima. Apenas a norma jurídica contida em lei, instrumento normativo coletivamente negociado ou sentença normativa é que poderia negar caráter salarial a um bem ou serviço cuja oferta pelo empregador ao empregado fosse prevista na respectiva norma. Hoje, porém — e *excepcionalmente nas relações rurais* —, em virtude do novo parágrafo inserido no art. 9º da Lei de Trabalho Rural, passa a ser possível à cláusula contratual expressa elidir a natureza salarial da habitação e bens alimentares ofertados pelo empregador ao obreiro no contexto empregatício⁽⁵²⁾.

Estabelece, porém, a lei quatro exigências formais à validade dessa cláusula esterilizadora da natureza salarial da utilidade ofertada: a) é preciso que a cláusula seja expressa nessa direção; b) que ela seja inserida em contrato celebrado por escrito; c) que tal pacto e cláusula se ajustem com o conhecimento de testemunhas (duas, obviamente); d) finalmente, é necessário que se proceda à notificação obrigatória ao respectivo sindicato de trabalhadores rurais a respeito da avença (Lei n. 5.889/73, art. 9º, § 5º, conforme inserção feita pela Lei n. 9.300/96).

Cabe lembrar que o dispositivo da Lei n. 9.300/96 é norma de Direito Material; portanto, tem efeito meramente imediato, jamais retroativo. Desse modo, as situações jurídicas sedimentadas antes de 30.8.1996, envolvendo contratos empregatícios rurais e oferta de utilidades alimentação e/ou habitação, regem-se pelas regras anteriores à nova lei, a qual é inábil para alterar situação jurídica estabilizada em contratos antigos, anteriores à sua vigência (art. 5º, XXXVI, CF/88).

6. Especificidades do Salário In Natura nos Contratos Domésticos

Nos contratos de empregados domésticos, também existem restrições significativas ao salário *in natura*. É que boa parte das utilidades ofertadas pelo empregador a seu empregado doméstico ostenta caráter meramente instrumental, na qualidade de bens entregues para aperfeiçoar o cumprimento do contrato. É o que se passa com a alimentação, o vestuário, os implementos para a higiene, os gastos de energia elétrica e de água, nos casos de empregados(as) que laborem dentro da residência do empregador. É o que se passa também com os gastos de moradia, de energia elétrica e de água, nos casos de empregado que resida no próprio local de prestação de serviços.

(52) De todo modo, a disposição contratual passou por expressa referência legal, como visto.

Nesse quadro, a Lei n. 11.324/2006 ratificou interpretação jurisprudencial firme precedente, na direção de considerar vedado ao empregador efetuar descontos nos salários do empregado por fornecimento de utilidades meramente instrumentais, como alimentação, vestuário, higiene ou moradia (art. 2º-A da Lei n. 5.859/72, conforme redação conferida pela Lei n. 11.324/06).

Contudo, em se tratando de moradia situada em local diverso da residência em que ocorra a prestação de serviços, pode ser realizado o desconto, desde que tal possibilidade tenha sido expressamente acordada entre as partes (art. 2-A, § 1º).

A Lei Complementar n. 150/2015 manteve o mesmo critério normativo já consagrado, apenas alargando o rol da legislação precedente (que se considera meramente exemplificativo, por óbvio), ao se referir também a “despesas com transporte, hospedagem e alimentação em caso de acompanhamento em viagem” (art. 18, *caput*, LC n. 150). Ratificou, de todo modo, a LC n. 150/2015 o que já constava da Lei n. 5.859/72 (art. 2º-A, § 2º), desde a mudança promovida pela Lei n. 11.324/06, sendo também consenso pacífico na interpretação jurídica: tais despesas não ostentam natureza salarial e nem se incorporam à remuneração para quaisquer efeitos (art. 18, § 3º, LC n. 150).

Agregue-se, nesse contexto, que desde os anos de 1980 o vale-transporte é aplicável aos contratos domésticos, inclusive com seu desconto de 6% sobre o *salário básico* do empregado. Nesse aspecto, a LC n. 150 ratificou interpretação jurisprudencial anterior no sentido de que o empregador pode substituir a oferta formal do vale pelo pagamento das despesas decorrentes do deslocamento residência-trabalho-residência relativas a seu empregado doméstico, uma vez que as duas fórmulas, na prática, cumprem a mesma finalidade normativa (parágrafo único do art. 19 da LC n. 150/2015).

Referiu-se também a LC n. 150 à possibilidade de o empregador efetuar descontos no salário de seu empregado, *desde que mediante acordo escrito entre as partes*, para a inclusão do trabalhador em planos de assistência médico-hospitalar e odontológica, de seguro e de previdência privada, não podendo a dedução ultrapassar 20% do salário (art. 18, § 1º). Tal vantagem também não ostenta natureza salarial, por expressa determinação legal (§ 3º do art. 18 da LC n. 150).

IX. PARCELAS SALARIAIS: MODALIDADES ESPECIAIS DE SALÁRIOS

A composição do salário, já examinada, demonstrou a existência de distintas *modalidades de salários* — as chamadas parcelas salariais. Embora todas tenham, é claro, a mesma natureza, possuem estrutura jurídica e dinâmica operacional no cotidiano do Direito, às vezes, muito diversas, merecendo, em consequência, estudo apartado.

1. Salário Básico

O salário básico (“salário-base”) constitui, de maneira geral, a parcela mais relevante entre todas as salariais existentes no âmbito da relação de emprego. Tipificada como a *contraprestação salarial fixa principal paga pelo empregador ao empregado*, o salário básico, como se viu, submete-se à regra da periodicidade máxima mensal (art. 459, CLT) e concentra, a seu redor, todo o complexo de garantias que a ordem jurídica defere à figura salarial.

Entretanto, como visto, a noção de salário é mais ampla do que a de salário básico. Inúmeras parcelas existem no contrato que são distintas da contraprestação fixa mensal principal paga ao obreiro, embora a ela agregando-se, por dividirem, harmonicamente, a mesma natureza salarial. Tais parcelas salariais diversificadas, embora preservando sua natureza salarial inquestionável, têm estrutura e dinâmica jurídica próprias.

É o que ocorre, por exemplo, com a regra da periodicidade máxima mensal: obrigatória no tocante ao salário básico, não é necessariamente aplicável no que concerne às parcelas de comissões, percentagens e gratificações (art. 459, *caput*, CLT). É o que se passa também, ilustrativamente, com a regra da irredutibilidade salarial: obrigatória no tocante ao salário básico (com as adequações propostas pelo art. 7º, VI, da Constituição de 88), não comparece plenamente no que tange às parcelas do chamado “salário condição” (adicionais de periculosidade, insalubridade, noturno, de horas extras, etc., como já estudado).

De maneira geral, tais parcelas salariais *suplementam* a contraprestação básica paga ao obreiro pelo empregador, somando-se ao salário básico. Não obstante esta seja a regra geral do mercado de trabalho, admite a ordem jurídica que receba o trabalhador pagamento exclusivamente através de *salário variável*, garantido-se apenas um nível mínimo de retribuição mensal (salário mínimo mensal: art. 7º, IV e VII, CF/88). Nestes casos, parcelas que usualmente cumprem papel meramente suplementar (como a comissão, por exemplo), passam ao plano principal do contrato, despontando como a verba mais importante de contraprestação entregue ao empregado: é o que ocorre com os vendedores denominados *comissionistas puros*, por exemplo.

As parcelas salariais distintas do salário básico mais conhecidas no Direito brasileiro são: abono; adicionais; gratificações; 13º salário; comissões. Essas parcelas são consideradas típicas, uma vez que referidas por texto legal — ainda que se trate, às vezes, de menção simples, sem tipificação minuciosa. Aliás, considera-se que o rol contido no § 1º do art. 457 da CLT, em suas redações antiga e recente, é meramente exemplificativo, ao invés de exaustivo.

Ao lado dessas parcelas típicas, referidas por texto legal, cabe se mencionarem também parcelas salariais atípicas, resultantes da criatividade privada: é o caso dos prêmios (neste caso, houve mudança decorrente da

Lei n. 13.467/2017, que descaracterizou a parcela “prêmios” como salário). Finalmente, há as parcelas salariais *dissimuladas*, que cumprem efetivo papel de contraprestação salarial, embora sob disfarce formalístico.

2. Abono

O estudo da presente parcela tem de ser dividido em duas fases: a clássica, anterior à Lei da Reforma Trabalhista de 2017; e a fase aberta pela regência normativa da Lei n. 13.467, vigorante desde 11.11.2017.

A) Enquadramento Clássico — Mantido o foco na fase precedente à Lei da Reforma Trabalhista (n. 13.467/2017), os abonos, tradicionalmente, têm sido considerados *antecipações pecuniárias efetuadas pelo empregador ao empregado. São adiantamentos salariais concedidos pelo empregador.*

A palavra abono tem sido utilizada pelo legislador, entretanto, também com sentidos *equívocos*, isto é, acepções absolutamente diversas entre si e da clássica acima exposta. É o que se passou com a “Lei de Férias” (de 1977), alterando o capítulo celetista correspondente (na verdade, trata-se do Decreto-Lei n. 1.535/77, que deu nova redação aos arts. 129 e seguintes da CLT). Desde então surgiu o chamado *abono de férias* ou *abono pecuniário* (expressões do art. 143, CLT), consistente na parcela pecuniária sem caráter salarial (art. 144, CLT), derivada da conversão em pecúnia, a requerimento do empregado, de 1/3 do lapso temporal de suas férias anuais.

A Constituição de 1988 criou também a parcela de 1/3 a ser calculada sobre o salário correspondente às férias obreiras (art. 7º, XVII, CF/88). Tal parcela tem sido chamada na dinâmica justralhista de *abono constitucional de férias*, denominação obviamente também inadequada. De todo modo, o terço constitucional examinado não tem, necessariamente, natureza jurídica salarial: é que, na qualidade de verba acessória, assumirá a natureza jurídica da parcela principal que responde por sua existência e a que se acopla (as férias), podendo, desse modo, ter caráter salarial (férias gozadas, por exemplo) ou caráter indenizatório (férias indenizadas, por exemplo: Súmula 328, TST).

Caracteriza-se também por inquestionável sentido equívoco a expressão *abono* mencionada pelo art. 239 da Constituição de 1988 e regulamentada pela Lei n. 7.998, de 1990, sob o epíteto ainda mais impróprio de *abono salarial* (art. 9º). Trata-se de vantagem pecuniária anual paga pelo Fundo Social PIS/PASEP ao empregado a ele filiado e que receba até dois salários mínimos. Essa verba, como se percebe, não tem qualquer caráter contraprestativo empregatício, despontando, ao contrário, com evidente natureza de parcela de *seguridade social*.

Retomado o conceito próprio do abono, como *antecipação salarial efetuada pelo empregador ao empregado* (concepção dominante antes da Lei

da Reforma Trabalhista), torna-se inquestionável sua natureza jurídica, como salário (art. 457, § 1º, CLT, em sua redação clássica). A jurisprudência foi além, contudo: firmou-se no sentido de conferir à parcela todos os efeitos próprios ao salário básico — o que significa que prevalece no Direito brasileiro o entendimento de que o abono, depois de concedido, não pode ser retirado do contrato pelo empregador.

Este entendimento cria certa dificuldade à ideia original de abono como *antecipação salarial*, viabilizadora da fruição prévia pelo empregado de vantagem que somente lhe seria devida meses após. Para que a ideia primitiva se preserve, passa a ser recomendável o uso de expressão redundante, tal como *abono compensável em futuro reajuste compulsório*, ou outra equivalente.

A mesma jurisprudência, entretanto, pacificamente acolhe que é viável a concessão de *antecipação salarial compensável*, sem referência à expressão *abono*. Esclareça-se que as específicas noções de *compensação ou de dedução em futuros reajustes legais, normativos ou convencionais devem estar claras no título jurídico concessor do adiantamento dedutível, estando também destacada a parcela de adiantamento no respectivo documento de quitação*.

O rigor formal da jurisprudência no tratamento do abono, na verdade, não se justifica. Em contextos inflacionários (como os que, por longas décadas, caracterizaram o Brasil), é evidente que a *intenção antecipatória compensável* surge como causa natural de reajustes salariais espontâneos, anteriores aos obrigatórios. Ora, é positiva — favorável, mesmo — para os trabalhadores a concessão de antecipações compensáveis com o futuro reajuste anual obrigatório na data-base (ainda que se trate apenas do futuro reajuste anual a ser negociado coletivamente). A leitura da *intenção* (vontade) das partes na concretização do ato jurídico do reajuste salarial (art. 85, CCB/1916; art. 112, CCB/2002) tenderia a evidenciar a referência à ideia compensatória, independentemente da falta de expressa manifestação nessa direção. Entretanto, como visto, tem sido dominante na jurisprudência a tendência a se exigir manifestação literal da linguagem em torno do mecanismo compensatório. De todo modo, pelo menos a expressão *antecipação* já traz em seu conteúdo a ideia de futura dedução do reajuste a ser concedido.

O legislador estabeleceu alguns poucos exemplos de abonos em que fixou, por exceção, de modo expresso, sua natureza não salarial. Em tais específicos casos, obviamente que não se aplica a regra geral do art. 457, § 1º, da CLT, em vista de existir texto de lei especial firmando natureza jurídica diversa à parcela concedida. É o que se passou, ilustrativamente, com o abono criado pela Lei n. 8.276, de 1991. Insista-se: é evidente que, em qualquer caso em que a *norma jurídica especial* criadora de um abono conferir a ele natureza e efeitos jurídicos próprios, não será possível enxergar-se ali a incidência da regra geral celetista acima enunciada.

B) Novo Enquadramento: Lei n. 13.467/2017 — Deslocado o foco de análise para a fase instituída pela Lei da Reforma Trabalhista, vigorante desde 11.11.2017, esvai-se, em princípio, a natureza salarial da parcela abono.

De fato, a Lei n. 13.467/2017, ao conferir nova redação aos §§ 1º e 2º do art. 457 da CLT, excluiu, curiosamente, como regra geral, a natureza salarial da parcela abono, lançando essa exclusão até mesmo na Lei Previdenciária n. 8.212/1991 (art. 28, § 9º, “z”, *in fine*).⁽⁵³⁾

3. Adicionais

Os adicionais consistem em *parcelas contraprestativas suplementares devidas ao empregado em virtude do exercício do trabalho em circunstâncias tipificadas mais gravosas*.

A) Caracterização — Tais parcelas salariais sempre terão caráter suplementar com respeito à parcela salarial principal recebida pelo empregado, jamais assumindo (ao contrário das comissões, por exemplo) posição central na remuneração obreira. De maneira geral, correspondem a uma *expressão pecuniária* (o que ocorre com todos os adicionais legais), embora não seja incompatível com a figura a criação estritamente convencional de uma parcela dessa natureza paga em utilidades (adicional de fronteira, por exemplo, pago por meio de uma utilidade funcional).

Os adicionais, em regra, são calculados percentualmente sobre um parâmetro salarial. Essa característica é que os torna assimiláveis à figura das *percentagens*, mencionada na anterior redação do art. 457, § 1º, da CLT (embora o critério de percentagens não esteja ausente também de outras parcelas salariais distintas, como as comissões, modalidades de cálculo do salário por unidade de obra, etc.). A propósito, a ausência do verbete “percentagens” na nova redação do § 1º do art. 457 da CLT não elimina a natureza salarial desse tipo de verba, por duas razões: o elenco do § 1º sempre foi meramente exemplificativo; a natureza não salarial da parcela é que tem de ser legalmente acentuada (por se tratar de exceção e pelos prejuízos que tal exceção traz ao trabalhador, à Previdência Social e à própria União), sob pena de ser tida como salarial.

(53) Repita-se: a regra geral do Direito do Trabalho é no sentido de que as parcelas contraprestativas pagas pelo empregador ao empregado integram o seu complexo salarial. Para não integrarem, é necessário que o façam por sua própria e lógica natureza (caso das utilidades fornecidas para viabilizarem ou incrementarem a prestação de serviços, que não ostentam, realmente, natureza salarial); ou que o façam em decorrência de determinação inequívoca de regra jurídica. Não se tratando de parcela não salarial por sua própria natureza (já que é claramente contraprestativa) e não existindo, na Lei Trabalhista, explícita exclusão de sua natureza salarial, incide a regra geral de enquadramento salarial da parcela enfocada. Mas com a Lei n. 13.467/2017, o fato é que surgiu regra jurídica excluindo a natureza salarial do abono (nova redação do § 2º do art. 457 da CLT).

O que distingue os adicionais de outras parcelas salariais são tanto o fundamento quanto o objetivo de incidência da figura jurídica. Os adicionais correspondem a parcela salarial deferida suplementarmente ao obreiro por este se encontrar, no plano do exercício contratual, em circunstâncias tipificadas mais gravosas. A parcela adicional é, assim, nitidamente contraprestativa: paga-se um *plus* em virtude do desconforto, desgaste ou risco vivenciados, da responsabilidade e encargos superiores recebidos, do exercício cumulativo de funções, etc. Ela é, portanto, *nitidamente salarial, não tendo, em consequência, caráter indenizatório* (ressarcimento de gastos, despesas; reparação de danos, etc.). Este o entendimento que prevalece na doutrina e jurisprudência pátrias (inúmeras súmulas construíram-se atestando a natureza salarial dos adicionais: 60 e 265; 76 e 291; 80 e 248, todas do TST). Está, portanto, superada, no País, a classificação indenizatória que eventualmente se realiza quanto aos adicionais em algumas poucas análises ainda divulgadas na literatura trabalhista.

O fundamento e objetivo dos adicionais justificam a normatização e efeitos jurídicos peculiares que o Direito do Trabalho confere a tais parcelas de natureza salarial. Embora sendo salário, os adicionais não se mantêm organicamente vinculados ao contrato, podendo ser suprimidos, caso desaparecida a circunstância tipificada ensejadora de sua percepção durante certo período contratual. São, desse modo, o exemplo mais transparente do chamado *salário condição*, acolhido reiteradamente pela jurisprudência (ilustrativamente, Súmulas 60 e 265, 291, 80 e 248, TST) e por textos legais trabalhistas (ilustrativamente, arts. 194 e 469, § 3º, CLT).

A parcela adicional submete-se ao mesmo requisito exigido às outras parcelas contraprestativas para fins de sua integração salarial, com o subsequente efeito expansionista circular: a *habitualidade*. Recebido com habitualidade, integra, no período de sua percepção, o salário obreiro para todos os efeitos legais. Irá refletir-se, desse modo, no cálculo de 13º salário, férias com 1/3, FGTS (com 40%, se for o caso), aviso-prévio, além da contribuição previdenciária. É o que deflui, por exemplo, do critério interpretativo lançado pela Súmula 60, I, do TST.

B) Classificação — Os adicionais classificam-se em *legais* (que se desdobram em *abrangentes* e *restritos*) e adicionais *convencionais*. Legais são os adicionais previstos em lei, ao passo que convencionais são aqueles criados pela normatividade infralegal (CCT ou ACT, por exemplo), ou pela vontade unilateral do empregador ou bilateral das partes contratuais.

Os *adicionais legais abrangentes* são aqueles que se aplicam a qualquer categoria de empregados, desde que situado o obreiro nas circunstâncias legalmente tipificadas. Consistem nos seguintes adicionais: de insalubridade (art. 192, CLT; Súmula Vinculante n. 4, STF); de periculosidade (art. 193,

§ 1º, CLT);⁽⁵⁴⁾ de penosidade (art. 7º, XXIII, CF/88 — ainda sem tipificação legal no âmbito justralhista); de transferência (art. 469, § 3º, CLT); noturno (art. 73, *caput*, CLT); de horas extras (art. 7º, XVI, CF/88).

Adicionais legais restritos são aqueles que se aplicam a categorias específicas e delimitadas de empregados, legalmente referidas, desde que situado o obreiro nas circunstâncias especiais ensejadoras do adicional. Exemplo dessa parcela é o *adicional por acúmulo de função*, previsto para a categoria profissional de vendedores (Lei n. 3.207/1957) e para a categoria profissional de radialistas (Lei n. 6.615/1978).

Os exemplos mais conhecidos de *adicional convencional* são os *adicionais de fronteira e de campo*. Pelo que se tem percebido na prática justlaborativa, trata-se de parcela suplementar paga ao empregado enquanto laborar em locais inóspitos referidos no regulamento empresarial (adicional de fronteira), ou enquanto laborar em obras, fora da sede e escritórios da empresa (adicional de campo). É claro que as condições para o recebimento do adicional dependem daquilo que dispuser o instrumento privado concessor da verba.

Outro adicional comumente destacado, na prática, é a verba *quebra de caixa*, oriunda de CCT ou ACT, regulamento empresarial, ato unilateral do empregador ou contrato de trabalho, sendo paga ao empregado ocupante do cargo/função de “caixa” (ou simples exercente dessa atividade) em entidades bancárias, financeiras, comerciais e outras. Visa a retribuir o exercício de atividade especialmente desgastante e arriscada (“caixa”), inclusive por gerar a possibilidade de eventuais descontos no salário do empregado nos casos de diferenças de numerário atribuível à culpa do trabalhador. Embora a verba seja também comumente chamada de *gratificação de quebra de caixa*, ostenta características e natureza de salário condição, tal como os adicionais⁽⁵⁵⁾.

(54) O art. 193 da CLT, que tipifica as atividades ou operações perigosas, sofreu nova redação promovida pela Lei 12.740, publicada em 10.12.2012. Pelo novo texto legal, consideram-se perigosas aquelas atividades ou operações, “na forma da regulamentação aprovada pelo Ministério do Trabalho e Emprego”, “que, por sua natureza ou métodos de trabalho, impliquem risco acentuado em virtude de exposição permanente do trabalhador a: I — inflamáveis, explosivos ou energia elétrica; II — roubo ou outras espécies de violência física nas atividades profissionais de segurança pessoal ou patrimonial” (novo art. 193, *caput* e incisos I e II, CLT). A regulamentação do Ministério do Trabalho surgiu somente com a Portaria n. 1.885, que aprovou o novo Anexo 3 da NR 16 (esta, tratando das “Atividades e Operações Perigosas”), tendo sido publicada em três (3) de dezembro de 2013. A jurisprudência tem considerado que a inovação trazida pelo novo inciso II do art. 193 da CLT somente iniciou vigência desde 3.12.2013, em decorrência de expresso condicionamento feito pela própria Lei n. 12.740/2012 (novo *caput* do art. 193). Acresça-se, por fim, que a Lei n. 12.997, publicada em 20.6.2014, inserindo o novo § 4º no art. 193 da CLT, considerou, expressamente, “... perigosas as atividades de trabalhador em motocicleta”.

(55) Independentemente do *nomen juris* atribuível à parcela, ela é paga durante o exercício da função desgastante, arriscada e de diferenciada responsabilidade inerente ao *caixa*, podendo ser posteriormente suprimida, salvo no caso de sua longa reiteração no tempo contratual

Registre-se, por outro lado, que, muitas vezes, o cotidiano trabalhista tem designado pelo epíteto de adicional certa parcela pecuniária suplementar crescente paga em função do tempo de serviço do obreiro na empresa (“adicional” de tempo de serviço, ou anuênio, biênio, quinquênio, etc.). A recorrência dessa parcela nas relações empregatícias — embora não seja prevista em lei — tem até propiciado a formulação de algumas interpretações jurisprudenciais uniformizadas a seu respeito, como o demonstram as Súmulas 52, 202, 203, 225 e 226 do TST.

Entretanto, do ponto de vista rigorosamente técnico, não se trata de *adicional*, mas, efetivamente, de *gratificação* (gratificação por tempo de serviço). É que a parcela não é fixada em virtude do exercício do trabalho em circunstâncias mais gravosas, e nem tem natureza de salário condição. Ela é estipulada em virtude de um fato — não gravoso ao obreiro — tido como relevante no contrato (tal como as gratificações), aderindo, após seu recebimento habitual, permanentemente ao contrato de trabalho (assim como ocorre com as gratificações). A jurisprudência mais moderna já tem se apercebido desse correto posicionamento classificatório desta verba convencional (por exemplo, as Súmulas 202, 203, 225 e 226 referem-se à parcela como gratificação). Fica suplantado, desse modo, o errôneo enquadramento referido por súmulas anteriores (a Súmula 52, por exemplo, ainda designa a parcela como “adicional”, sendo que as de ns. 66, 105 e 181, que também o faziam, foram canceladas pela Res. n. 121/2003).

4. Gratificações

As gratificações consistem em *parcelas contraprestativas pagas pelo empregador ao empregado em decorrência de um evento ou circunstância tida como relevante pelo empregador* (gratificações convencionais) ou *por norma jurídica* (gratificações normativas).

A) Caracterização — O fato ensejador da gratificação não é tido como gravoso ao obreiro ou às condições de exercício do trabalho (ao contrário do verificado com os adicionais); também não depende estritamente da conduta pessoal do trabalhador ou grupo de trabalhadores (ao contrário do verificado com os prêmios). Tende a ser fato objetivo, normalmente externo à pessoa do trabalhador beneficiado, não se relacionando à sua conduta ou do grupo obreiro mais próximo a ele (estabelecimento ou setor empresarial). São seus expressivos exemplos as gratificações de festas, de aniversário da empresa, de fim de ano (a propósito, esta deu origem à gratificação legal do 13º salário), gratificações semestrais, anuais ou congêneres, etc. Esse fato é

(Súmula 372, TST, *ad similia*). Durante sua percepção, é indubitável a natureza salarial da verba, provocando reflexos nas demais parcelas contratuais (Súmula 247, TST); nessa medida, mostra-se superada antiga concepção minoritária da doutrina que enxergava na *quebra de caixa* natureza jurídica meramente indenizatória.

escolhido pela vontade instituidora da gratificação, que é, usualmente, a vontade unilateral do empregador (contudo, a parcela pode, é claro, ser também criada por norma jurídica, convencional ou legal).

As gratificações surgiram, na prática trabalhista, como atos empresariais de liberalidade em favor dos respectivos empregados, a partir de eventos socialmente considerados relevantes (festas de fim de ano, por exemplo) ou fatos empresarialmente considerados significativos (elevação excepcional dos lucros em determinado exercício, por exemplo). Sua incorporação ao cotidiano das relações laborais fez a ordem jurídica submeter a parcela a suas regras, no suposto assentado de que o contrato empregatício é essencialmente *oneroso*, razão por que a ideia de liberalidade não poderia se manter como critério de seu funcionamento. A par disso, a reiteração de uma prática trabalhista na comunidade intraempresarial daria origem, do ponto de vista técnico-jurídico, a um *costume*, isto é, regra jurídica tacitamente criada em decorrência da reiteração de certa conduta genérica no cenário interno à empresa.⁽⁵⁶⁾

O caráter contraprestativo da gratificação é bastante claro. Ele desponta do fato de que, através do pagamento da parcela, o empregador eleva a retribuição pecuniária deferida ao obreiro no desenrolar do contrato de trabalho. Contudo, a efetiva integração salarial da verba e sua efetiva potencialidade de produzir efeitos nas demais parcelas contratuais trabalhistas, supõe a observância de certo *requisito*.

Duas interpretações existem no que tange à definição desse requisito para a integração salarial da parcela gratificatória: a *subjetivista* e a *objetivista*. A corrente subjetivista (ou tradicional) reporta-se às origens da parcela: a gratificação surgiu na evolução do Direito do Trabalho como liberalidade do empregador; mesmo hoje, tende, regra geral, a ser instituída pelo empresário com certa intenção de liberalidade, já que a lei não impõe a criação de verba gratificatória. Portanto, segundo esta vertente subjetivista, seria decisivo ao enquadramento salarial ou não da verba concedida pesquisar-se a *inten-*

(56) É comum, na prática trabalhista, denominar-se de *gratificação* parcela meramente consensual que, do ponto de vista técnico-jurídico, melhor seria enquadrada como *adicional* (ou seja, parcela contraprestativa suplementar devida ao empregado em virtude do exercício do trabalho em circunstâncias tipificadas mais gravosas). É o que ocorre, por exemplo, com a chamada *gratificação de quebra de caixa*, que se mostra como típico *salário-condição*, pago em decorrência do exercício de função de destacado desgaste, risco e responsabilidade, por isso mais bem se enquadrando como verdadeiro adicional. Ou seja, consiste no *acréscimo pecuniário específico atribuído ao empregado em vista do exercício de atividade funcional com manuseio e contagem de numerário, envolvendo especiais riscos, atenção e desgaste*. De todo modo, mesmo que se mantenha o epíteto de gratificação, torna-se necessário saber que: a) trata-se de parcela de natureza salarial, produzindo reflexos nas demais verbas contratuais (Súmula 247, TST); b) tem características de salário-condição; c) somente se incorporava, em definitivo, ao contrato se for percebida por longo período, nos moldes previstos, analogicamente, pela Súmula 372 do TST (a incorporação, contudo, foi vedada pelo novo § 2º do art. 468 da CLT, inserido pela Lei n. 13.467/2017).

ção exposta no instante de criação da parcela. Por este critério subjetivo, que enfoca a *intenção instituidora da figura jurídica*, se a gratificação foi *ajustada*, instituída, como *simples liberalidade*, assim deveria ser compreendida, não obrigando posteriormente ao empregador e, por isso mesmo, não se incorporando ao contrato e ao salário. É interessante perceber que a leitura meramente literal do texto celetista poderia levar à conclusão de que a CLT se postou ao lado da visão subjetivista. É que dizia o anterior § 1º do art. 457 da Consolidação que integravam o salário as “*gratificações ajustadas*” — o que poderia ensejar a compreensão de que as parcelas concedidas como mera liberalidade, mas não ajustadas como efetiva gratificação, não assumiriam esta natureza jurídica.

A corrente objetivista (ou moderna) enfatiza, ao revés, como requisito para o enquadramento gratificatório ou não da parcela, o dado objetivo de seu pagamento habitual, independentemente da intenção do empregador no momento de origem de instituição da verba. Trata-se do *critério da habitualidade*, estritamente objetivo, atado ao *caráter oneroso do contrato empregatício*, que não acolhe a ideia de meras graciosidades repetidas ao longo do cumprimento contratual. A jurisprudência brasileira tem se pautado, firmemente, por uma postura objetivista no exame do requisito necessário para a integração salarial e contratual da parcela gratificatória, sepultando de forma definitiva a concepção subjetivista acima exposta. Diz o Supremo Tribunal Federal que as “*gratificações habituais, inclusive a de Natal, consideram-se tacitamente convencionadas, integrando o salário*” (Súmula 207, STF; grifos acrescidos). Na mesma linha, a Súmula 152, do TST: “O fato de constar do recibo de pagamento de gratificação o caráter de liberalidade não basta, por si só, para excluir a existência de um ajuste tácito”.

Nesse quadro jurisprudencial absolutamente pacífico está assentado que a simples reiteração da parcela, tornando-a habitual, produz sua integração ao contrato e, em consequência, ao salário, independentemente da intenção de liberalidade afirmada no ato contratual instituidor da gratificação.

Uma ressalva, contudo, deve ser levantada: é óbvio que, em se tratando de gratificação criada por *norma jurídica* (como são as regras componentes de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho), e não simples ato unilateral ou bilateral das partes contratuais, deverá o intérprete ater-se aos limites expressamente fixados pela norma jurídica instituidora da verba. Se essa norma jurídica vedar, inequivocamente, a repercussão salarial da gratificação, deverá ser respeitada. Contudo, se o diploma normativo instituidor não especificar, claramente, a regra esterilizadora da natureza salarial da concessão, ou não tratar de semelhante aspecto, incidirá o comando geral da ordem justralhista, que é de caráter objetivo quanto à integração contratual da parcela gratificatória.

Esclareça-se que a nova redação do § 1º do art. 457 da CLT não alterou as considerações acima expendidas. O novo texto se refere às “gratificações

legais e de função”, em enunciado claramente exemplificativo das verbas gratificatórias. Além disso, não pode a vontade unilateral ou bilateral privada criar verba e declará-la “não salarial”, com isenção de reflexos trabalhistas, previdenciários e fiscais; apenas a regra jurídica, desde que de maneira inequívoca (senão expressa), é que pode afastar a natureza salarial de parcela contraprestativa habitualmente devida e paga pelo empregador ao empregado no curso do contrato de trabalho.

São exemplos de verbas tipicamente gratificatórias as gratificações semestrais ou anuais instituídas por título jurídico infralegal (regulamento empresarial ou CCT/ACT, por exemplo). A lei se refere ainda à *gratificação de função* (ilustrativamente, art. 224, § 2º, e art. 62, parágrafo único, ambos da CLT; nova redação do § 1º do art. 457 da Consolidação), embora esse tipo de verba tenha estrutura e lógica operativa verdadeiramente de adicional.

B) Repercussões Contratuais — O parâmetro de cálculo da gratificação tende a ser superior ao módulo temporal do *mês*, por ser parcela entregue a cada bimestre, trimestre, semestre ou até mesmo a cada ano. Esta sua característica tem efeitos importantes no que tange às suas repercussões contratuais.

É que a parcela gratificatória, sendo supramensal, já embute em seu cômputo o valor de todas as verbas cujo módulo temporal de aferição seja inferior ao mês, tais como os adicionais de trabalho noturno e de horas extras, além do descanso semanal remunerado. Pelas mesmas razões não repercute no cálculo das parcelas essencialmente mensais, como férias com 1/3, aviso-prévio de 30 dias, adicionais de insalubridade e de periculosidade.

Considerada essa mesma lógica, terá repercussão, pelo duodécimo, no 13º salário, assim como tinha na antiga indenização por antiguidade dos arts. 477, *caput*, 478, *caput* e 492 da CLT (preceitos não recepcionados pela CF/88, segundo a jurisprudência uníssona). Tal critério lógico de cálculo está explicitado na Súmula 253 do TST.⁽⁵⁷⁾

5. 13º Salário

O 13º salário consiste na *parcela contraprestativa paga pelo empregador ao empregado, em caráter de gratificação legal, no importe da remuneração devida em dezembro de cada ano ou no último mês contratual, caso rompido antecipadamente a dezembro o pacto.*

(57) Naturalmente, se a verba gratificatória for paga *mensalmente* (como, por exemplo, a chamada *gratificação de função*), ela será parte integrante do complexo salarial mensal e, nessa medida, produzirá todas as repercussões inerentes a esse salário mensal, sem caracterizar *bis in idem*. Repercutirá, pois, no cálculo das horas extras, das férias com 1/3 e do aviso-prévio, pois irá compor o salário mensal para cômputo de tais parcelas.

A parcela originou-se da normatividade autônoma trabalhista (costume ou regras coletivas negociadas), tendo surgido também de práticas concessivas unilaterais pelo empregador, despontando com nítida natureza jurídica de gratificação (*gratificação natalina*). No início da década de 1960, foi incorporada pela legislação heterônoma estatal (Lei n. 4.090, de 1962), estendendo-se, em consequência, ao conjunto do mercado empregatício de trabalho (a Lei n. 4.090/62 sofreu alterações posteriores, por meio das Leis ns. 4.749, de 1965, e 9.011, de 1995).

Todo *empregado* tem direito ao 13º salário. A Constituição de 1988 estendeu a verba inclusive ao *doméstico* (art. 7º, VIII, e parágrafo único, CF/88), reparando antiga exclusão. Ao *rurícola* a parcela tradicionalmente já se estendia, em face de inexistir incompatibilidade entre a Lei n. 4.090 e o antigo Estatuto do Trabalhador Rural (Lei n. 4.214/63), sendo que a Lei n. 5.889/1973 — ainda vigente — expressamente acolhe o instituto (parágrafo único de seu art. 1º). Por essa razão, é claramente redundante o texto da Lei n. 9.011/95, confirmando a incidência da parcela para os empregados *safristas*: a jurisprudência dominante jamais negou esse direito a tais trabalhadores submetidos a contrato empregatício a termo. Finalmente, os tribunais trabalhistas, em prática jurisprudencial sensível e técnica, estenderam o instituto também aos *trabalhadores temporários* (Lei n. 6.019/74), embora o texto da lei específica dessa categoria não contemplasse a verba. É que a regra isonômica lançada pelo art. 12, “a”, da Lei n. 6.019, garantindo “remuneração equivalente à percebida pelos empregados da mesma categoria da empresa tomadora ou cliente...” fez a jurisprudência considerar devida também aos temporários a presente gratificação legal.

Deve essa *gratificação de Natal* ser paga em duas frações ao obreiro: a primeira, entregue entre os meses de fevereiro e novembro de cada ano, no importe da metade do *salário* recebido pelo empregado no mês anterior (art. 2º, Lei n. 4.749/65). Esse adiantamento será pago ainda “ao ensejo das férias do empregado, sempre que este o requerer no mês de janeiro do correspondente ano” (§ 2º do art. 2º da Lei n. 4.749/65). A segunda parcela da gratificação legal será quitada até o dia 20 de dezembro do respectivo ano, compensado o adiantamento acima especificado (art. 1º, Lei n. 4.749/65), efetuando-se o cálculo sobre a *remuneração* de dezembro (incluída a média de gorjetas, portanto, se for o caso).

A presente gratificação legal ostenta, como é óbvio, natureza salarial. Assim, ela é devida, regra geral, nas diversas situações de ruptura contratual, independentemente do próprio prazo do contrato (ao contrário do que ocorre com as férias). Rompendo-se o contrato anteriormente ao mês de dezembro, a parcela é devida proporcionalmente aos meses contratuais no respectivo ano (13º salário proporcional). Incide, pois, o 13º proporcional nas dispensas sem justa causa, nas rupturas por infração empresarial (rescisões

indiretas), nos pedidos de demissão, nas rupturas por aposentadoria obreira (se for o caso), nas extinções contratuais em virtude da extinção do estabelecimento ou da empresa (mesmo por força maior), nas rupturas dos contratos a termo (antecipadas ou por esgotamento regular do prazo contratual).⁽⁵⁸⁾

Há uma única exceção a essa regra geral: a verba não será devida nas dispensas por justa causa obreira (art. 3º, Lei n. 4.090, combinado com art. 7º, Decreto n. 57.155/65). Embora a verba seja, inquestionavelmente, *salário*, a ordem jurídica submeteu sua incorporação ao patrimônio obreiro a uma restrita condição resolutive: que não haja, no respectivo ano de aquisição da parcela, ruptura por justa causa do trabalhador.

Havia súmula do TST estendendo essa exceção também às rupturas por *culpa recíproca* (Enunciado 14). Porém, não era razoável este entendimento jurisprudencial: decorrendo a ruptura de conduta ilícita perpetrada pelas duas partes contratuais, não poderia o efeito jurídico resultante apenar uma única delas, exclusivamente. Além disso, a ordem jurídica tradicionalmente tende a distribuir, com equidade, os efeitos rescisórios em casos de dispensa por culpa recíproca: é o que se percebe tanto pelo art. 484 da CLT (indenização celetista pela metade), quanto pelo mais recente art. 18, § 2º, Lei n. 8.036/1990 (acréscimo rescisório sobre o FGTS apenas pela metade). Não se justificava, pois, a interpretação unilateral e pouco equânime sustentada pela referida súmula. Felizmente, com a Res. n. 121/2003, a Súmula 14 sofreu nova redação, corrigindo a linha interpretativa anterior, de modo a prevalecer, *pela metade*, nas rupturas por culpa recíproca, as parcelas de aviso prévio, 13º salário proporcional e férias proporcionais com 1/3.

6. Comissões

As comissões consistem em *parcelas contraprestativas pagas pelo empregador ao empregado em decorrência de uma produção alcançada pelo obreiro no contexto do contrato, calculando-se, variavelmente, em contrapartida a essa produção*.

A) Caracterização — As comissões têm evidente natureza salarial (art. 457, *caput* e § 1º, CLT). A doutrina diverge, porém, no tocante à modalidade de parcela que elas configuram. Há posições afirmativas de que elas consubstanciam *salário por unidade de obra*, ao lado de posições que entendem tratar-se de tipo de *percentagens*.

(58) Com a decisão do STF (ADIN n. 1.721-3, julgada em 11.10.2006) e consequente cancelamento da OJ 177 da SDI-I-TST, firmou-se o entendimento de que a aposentadoria voluntária, por tempo de contribuição, não extingue, por si só, o contrato de trabalho. Contudo, o empregado pode decidir extingui-lo, a partir de sua jubilação, assim como pode o empregador dispensar o obreiro nessa oportunidade. Nos dois casos caberá, evidentemente, o 13º salário proporcional. Mantida a prestação laborativa, não há que se falar em verbas rescisórias, é claro.

A primeira vertente melhor harmoniza-se ao sentido e dinâmica do instituto: é que, mesmo sendo a comissão, *regra geral*, calculada à base de percentuais sobre o valor do negócio levado à frente pelo obreiro em nome da empresa, este mecanismo não é imperativo; de fato, nada obsta que ela seja também aferida mediante o uso de uma tabela diferenciada de valores fixos, sem referência a percentuais. Nas duas modalidades de cálculo das comissões, entretanto, desponta seu caráter de verba computada *segundo o montante produzido pelo trabalhador* — o que comprova sua natureza de *salário produção*.

O sistema comissional pode, licitamente, corresponder ao mecanismo *exclusivo* de remuneração do empregado: trata-se do chamado *comissionamento puro*. Contudo, ele pode vir associado a um pagamento salarial fixo mensal, conforme acontece no *comissionamento misto*.

O empregado comissionista puro não sofre discriminação no tocante a outras verbas salariais (repouso semanal remunerado e horas extras, por exemplo): apenas possui fórmula de cálculo destas verbas compatível com a especificidade da dinâmica da figura da comissão. Assim, no caso de repouso semanal (Súmula 27, TST), o cálculo faz-se nos moldes previstos na Lei n. 605/1949: o montante do reflexo corresponderá ao quociente da divisão por seis da importância total das comissões percebidas na semana (art. 7º, alíneas “c” e “d”, Lei n. 605). No caso de horas extras, o cálculo faz-se pela aplicação do respectivo adicional de sobrejornada sobre o valor das comissões referentes a essas horas (Súmula 340, TST).

Sendo a comissão salário, sujeita-se à regra da irredutibilidade, “salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo” (art. 7º, VI, CF/88). Evidentemente, a irredutibilidade se harmoniza, no presente caso, ao caráter variável da parcela salarial. Isso significa que o empregador não poderá, em princípio, regra geral, diminuir o parâmetro de cálculo das comissões, embora o valor global mensal destas possa variar. Tratando-se, porém, de excepcional situação de caráter objetivo, que viabilize tal diminuição de parâmetro (por exemplo, mudança de toda a linha de produtos vendidos — de peças simples e baratas para linha sofisticada e cara de produtos), o empregador terá de assegurar que a média apurada final não traduza efetiva redução dos ganhos salariais obreiros.

Sujeitam-se também as comissões à regra da integração ao conjunto salarial obreiro, conforme o *efeito expansionista circular* próprio aos salários. Desse modo, além dos reflexos já mencionados (repouso semanal e horas extras), elas irão repercutir, segundo sua média ao longo do contrato, em FGTS, férias com 1/3, 13º salário, aviso-prévio, etc., compondo, também, é claro, o salário de contribuição previdenciário do empregado.

É a comissão, como visto, modalidade de *salário variável*, razão por que se sujeita à regra protetiva fixada tanto pelo art. 78 da CLT, como pelo

art. 7º, VII, da CF/88 (a par de art. 1º, Lei n. 8.716/93): garantia de salário nunca inferior ao mínimo aplicável para qualquer empregado comissionista.

B) Vendedores, Viajantes ou Pracistas — A modalidade de pagamento salarial através de comissões é usualmente utilizada no cotidiano dos profissionais vendedores, sejam os que laboram no próprio estabelecimento (como padronizado no comércio urbano), sejam os que laboram externamente à planta empresarial (vendedores pracistas ou viajantes). Configurando-se o profissional como vendedor comissionista submetido a vínculo empregatício, a ordem justralhista estabeleceu um conjunto de regras aplicáveis a tais empregados: trata-se das normas consubstanciadas na Lei n. 3.207, de 1957, e arts. 457, 478, § 4º, 142, § 3º e 466 da CLT.

Os aspectos mais significativos dessas regras dizem respeito à presunção de data de últimação da transação; à data regular para pagamento da comissão devida; à distribuição do risco relativo ao negócio referenciado pela comissão; ao trabalho de inspeção e fiscalização pelo vendedor; à exclusividade da zona; à viabilidade (ou não) do estabelecimento da cláusula *star del credere*.

a) Últimação do Negócio — data presumida — Estipula a CLT que o “pagamento de comissões e percentagens só é exigível depois de ultimada a transação a que se referem” (art. 466, *caput*, CLT). Quer isso dizer que a comissão é devida em função da *últimação do negócio* e não em vista de sua efetiva liquidação. Por essa razão é que se torna relevante determinar-se a data de últimação do negócio agenciado pelo vendedor comissionista.

Apresentada, pelo empregado vendedor comissionista, ao cliente, a proposta da empresa empregadora, ela obriga o empregador proponente, regra geral (art. 427, Código Civil). Sendo aceita pelo cliente, passa-se à últimação do negócio, que pode se verificar por meio de operação imediata e simples (tal como a compra e venda de produtos no comércio varejista pracista, de maneira geral). Neste ato, está ultimado o negócio.

Faculta a Lei do Vendedor Comissionista, entretanto — certamente visando operações mais complexas de compra e venda do que as verificadas no dia-a-dia do varejo —, que o empregador tenha certo prazo (10 dias, regra geral; 90 dias, em face de cliente situado em outro Estado ou no exterior) para recusar por escrito o fechamento do negócio (prazo certamente estendido pela lei para viabilizar a análise de cadastro ou outros aspectos inerentes a tal tipo de operação). Não pode, é claro, o empregador regatear sua própria proposta já apresentada e aceita pelo cliente, podendo, entretanto, examinar o cadastro econômico-financeiro do cliente, se for o caso, ou algo similar. Ultrapassado esse prazo, considera-se ultimado o negócio (repita-se que, regra geral, esse prazo desaparece, do ponto de vista prático, uma vez que tal análise do cadastro do cliente faz-se no próprio instante de exame e aceitação da proposta).

Nessa direção é que dispõe o art. 3º da Lei n. 3.207/57: a “transação será considerada aceita se o empregador não a recusar por escrito, dentro de 10 (dez) dias, contados da data da proposta” (art. 3º, *ab initio*). No tocante a operações distantes, como visto, tal prazo é estendido pelo art. 3º da Lei n. 3.207: “Em se tratando de transação a ser concluída com comerciante ou empresa estabelecida noutro Estado ou no estrangeiro, o prazo para aceitação ou recusa da proposta de venda será de 90 (noventa) dias”. Completa a lei, ainda, que este último prazo pode “ser prorrogado, por tempo determinado, mediante comunicação escrita feita ao empregado” (art. 3º, *in fine*, Lei n. 3.207/57).

b) *Pagamento da Comissão* — Como regra geral, o pagamento da comissão ao vendedor deve ser efetivada mensalmente (*caput* do art. 4º da Lei n. 3.207). Contudo, autoriza a Lei n. 3.207/57 que, mediante acordo meramente bilateral, proceda-se ao pagamento até três meses após a aceitação do negócio (parágrafo único do art. 4º). Como se vê, surge aqui destacada exceção à regra celetista de pagamento salarial no lapso temporal máximo de um mês (art. 459, *caput*, CLT). Ainda assim, respeita-se aqui a garantia do salário mínimo mensal (art. 78, CLT; art. 7º, VII, CF/88).

Nas vendas a prazo, o pagamento das comissões pode ser efetuado proporcionalmente às ordens de recebimento das prestações devidas pelo adquirente (art. 5º) — observados os lapsos temporais básicos do mês ou trimestre, conforme estipulado pelo art. 4º da Lei dos Vendedores Comissionistas (n. 3.207/57).

Ressalte-se que, mesmo no caso de cessação por qualquer fundamento do contrato empregatício, ou de reversão do negócio após efetivamente ultimado (por exemplo, o comprador devolve a mercadoria e não mais a paga), *preserva-se o direito obreiro às comissões relativas às vendas já ultimadas*, por se tratar de trabalho já concretizado (art. 6º, Lei n. 3.207). A partir dessa regra, pode-se concluir também que o negócio efetivamente agenciado pelo vendedor e não confirmado no prazo — mas posteriormente realizado — tende a gerar o direito à comissão ao vendedor que pactuou a venda.

c) *Risco Concernente às Vendas* — o princípio justrabalhista da alteridade coloca, como se sabe, os riscos concernentes aos negócios efetuados em nome do empregador sob ônus deste (art. 2º, *caput*, CLT).

A Lei n. 3.207 atenua, porém, essa regra geral. É que o art. 7º do diploma estabelece que, “verificada a insolvência do comprador, cabe ao empregador o direito de estornar a comissão que houver pago”.

Esse preceito, que reduz vantagem obreira clássica, deve ser, entretanto, interpretado restritamente: desse modo, somente a *insolvência* do adquirente — e não seu mero inadimplemento — é que autoriza o estorno mencionado pela lei especial.

d) *Inspeção e Fiscalização pelo Vendedor* — a atividade profissional definitiva do vendedor empregado é a intermediação com o objetivo da mercancia — para tanto ele é, a princípio, contratado e remunerado.

Por essa razão, estipula a Lei do Vendedor Comissionista um *adicional específico pelo exercício de função suplementar à de simples intermediação para mercancia*. Determina o art. 8º do referido diploma que, quando “...for prestado serviço de inspeção e fiscalização pelo empregado vendedor, ficará a empresa vendedora obrigada ao pagamento adicional de 1/10 (um décimo) da remuneração atribuída ao mesmo”.

e) *Exclusividade de Zona de Trabalho* — tal exclusividade de área de atuação profissional não é imperativa no conjunto das regras sobre a categoria do vendedor empregado, mas apenas uma vantagem adicional que pode ser prevista pelo contrato empregatício. Entretanto, se estipulada a vantagem, a esse vendedor empregado serão devidas todas as comissões sobre vendas efetuadas na correspondente zona, sejam as ultimas diretamente por ele, sejam as ultimas diretamente pela empresa ou outro seu representante ou preposto (art. 2º, Lei n. 3.207/57).

Autoriza a lei que o empregador amplie ou *reduza a zona de trabalho do vendedor*. Nesses casos, porém, deve respeitar a *irredutibilidade da correspondente remuneração obreira* (art. 2º, § 1º).

Autoriza ainda a lei a transferência unilateral de zona de trabalho do vendedor, mesmo “com redução de vantagens” (§ 2º, art. 2º, Lei n. 3.207). Neste caso, contudo, deverá ser assegurado ao vendedor, “*como mínimo de remuneração, um salário correspondente à média dos 12 (doze) últimos meses, anteriores à transferência*” (§ 2º do art. 2º da Lei n. 3.207/1957).

f) *Cláusula “Star del Credere”* — essa cláusula teria o condão de tornar o trabalhador solidariamente responsável pela solvabilidade e pontualidade daqueles com quem pactuar por conta do empregador. Noutras palavras, autoriza a cláusula examinada a divisão dos riscos concernentes aos negócios ultimados. Através da cláusula *star del credere*, pagaria o empregador uma sobrecomissão ao vendedor (ou uma comissão especial, suplementar), assegurando-se, em contrapartida, de que este iria ressarcir-lhe uma percentagem sobre o montante da venda não cumprida.

A ordem justralhista é silente acerca da aplicabilidade de semelhante cláusula ao Direito do Trabalho e, inclusive, ao vendedor comissionista empregado. O silêncio da CLT e da Lei n. 3.207/57 é, contudo, inquestionavelmente, eloquente. *Ele está a sugerir a inviabilidade de se incorporar tal cláusula de acentuado risco, envolvente a expressivos valores, no interior do contrato empregatício — por conspirar essa incorporação contra as garantias básicas da prestação alimentícia salarial e o estuário normativo e de princípios inerente ao núcleo definitivo essencial do Direito do Trabalho.*

O máximo possível de assunção de riscos pelo vendedor empregado já foi absorvido pela legislação especial da categoria, através da autorização de estorno das comissões pagas em caso de insolvência do comprador (art. 7º, Lei n. 3.207). Caminhar-se além de tais fronteiras importaria ou na descaracterização completa do ramo justrabalhista especializado ou na assunção de que a figura de trabalhador aqui examinada não se confunde com a do empregado, assimilando-se melhor a um profissional autônomo, gerenciador da sorte e dos riscos de seu empreendimento pessoal.

Não obstante, já houve posições doutrinárias em sentido contrário. Sustentava-se que poderia ser válida essa inserção da cláusula *star del credere* no contrato empregatício, desde que efetuada expressamente e acompanhada ainda de uma autorização expressa de realização de descontos no salário obreiro vendedor, sob alegação de dano (art. 462, § 1º) — forma de se evitar a vedação genérica a descontos, inserta no *caput* do art. 462 da CLT⁽⁵⁹⁾.

Tal posição doutrinária, contudo, não recebeu, ao longo dos anos, resposta positiva da jurisprudência trabalhista hegemônica. Após 1992, com o surgimento da Lei n. 8.420 (que deu nova redação à antiga Lei dos Representantes Comerciais Autônomos, n. 4.886, de 1965), proibindo expressamente a cláusula *star del credere* mesmo em contratos referentes àqueles profissionais autônomos (art. 43, Lei n. 4.886, após redação da Lei n. 8.420/92), deixou de existir, efetivamente, qualquer mínima viabilidade jurídica à incorporação de tal dispositivo em contratos empregatícios. Se a cláusula é vedada até para o profissional autônomo — que pode assumir, em geral, certos riscos concernentes a seu trabalho —, muito mais inassimilável será para os contratos empregatícios (onde o empregado não pode, por definição, assumir semelhantes riscos).⁽⁶⁰⁾

7. Prêmios (ou Bônus)

O estudo da presente parcela também deve ser dividido em duas fases: a clássica, anterior à Lei da Reforma Trabalhista de 2017; e a fase aberta pela regência normativa da Lei n. 13.467, vigorante desde 11.11.2017.

A) Enquadramento Clássico — Mantido o foco na fase precedente à Lei da Reforma Trabalhista (n. 13.467/2017), os abonos, tradicionalmente, têm sido considerados como *parcelas contraprestativas pagas pelo empregador ao empregado em decorrência de um evento ou circunstância tida como relevante pelo empregador e vinculada à conduta individual do obreiro ou coletiva dos trabalhadores da empresa*.

(59) Nesta última direção, MARANHÃO, Délio. *Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1987, p. 177.

(60) O Código Civil de 2002 também não prevê a cláusula *star del credere* para o contrato de agência e distribuição, que regula (arts. 710 a 721).

O fato eleito como hábil a ensejar o prêmio tende a ser favorável ao empregador, porém *vinculado à conduta do trabalhador ou grupo destes* (produção e/ou produtividade; assiduidade; zelo, etc.).

Distingue-se a parcela dos adicionais, à medida que os fatos ou circunstâncias que propiciam o pagamento destes tendem a ser gravosos ao trabalhador. A parcela distingue-se também das gratificações, à medida que os fatos ou circunstâncias propiciadores do pagamento destas não se vinculam diretamente à conduta obreira.

Os prêmios (usualmente chamados bônus) também têm preservado a singularidade de não terem sido, até a Lei n. 13.467/2017, absorvidos pela legislação heterônoma estatal brasileira, mantendo-se como figura criada e desenvolvida no exclusivo âmbito da normatividade autônoma ou até mesmo da restrita criatividade unilateral do empregador. Tratava-se, portanto, de figura salarial *atípica* (ou *não tipificada*), em contraponto a todas as parcelas anteriormente descritas, que são referenciadas em textos legais.⁽⁶¹⁾

O prêmio, na qualidade de contraprestação paga pelo empregador ao empregado, ostentava nítida feição salarial. Nesta linha, sendo habitual, integrava o salário obreiro, repercutindo em FGTS, aviso-prévio, 13º salário, férias com 1/3, etc. (Súmula 209, STF), compondo também o correspondente salário de contribuição.

A regra geral de integração no contrato tinha de ser compreendida, entretanto, com as devidas adequações. É que os prêmios (ou bônus) eram modalidade de *salário condição*, isto é, parcela contraprestativa paga em face de certas circunstâncias objetivas ou subjetivas vivenciadas no contrato, delas dependendo e, em consequência, podendo ser suprimidas caso desaparecidas as circunstâncias propiciadoras de sua incidência (tal como se verifica com os adicionais). Desse modo, *a cláusula unilateral instituidora do prêmio é que não pode ser suprimida, por ter aderido ao contrato* (princípio da inalterabilidade contratual lesiva; art. 468, *caput*, CLT). Mas a parcela, em si, poderia deixar de ser paga, nos períodos em que não verificadas as razões de sua incidência. Assim, se o obreiro não se ajustasse em determinados meses às circunstâncias tidas como ensejadoras do pagamento do prêmio, a este não teria direito, embora possa o ter recebido regularmente em períodos anteriores (em que cumpriu a condição pactuada). Reitere-se, porém, que no período em que tiver sido pago com habitualidade o prêmio deverá produzir os reflexos acima indicados (*efeito expansionista circular dos salários*).

(61) A legislação do atleta profissional, embora se refira genericamente aos *prêmios* (art. 31, § 1º, Lei n. 9.615/98), não tipifica a parcela. Na prática habitual dessa relação desportiva e socioeconômica, enquadram-se como prêmios os conhecidos *bichos*, usualmente pagos aos atletas em vista do desempenho da respectiva equipe em competições esportivas. Naturalmente que os bichos, na qualidade de prêmios, têm natureza salarial, submetendo-se ao efeito expansionista circular dos salários.

B) Novo Enquadramento: Lei n. 13.467/2017 — Deslocado o foco de análise para a fase instituída pela Lei da Reforma Trabalhista, vigente desde 11.11.2017, também se esvai, em princípio, a natureza salarial da parcela prêmios.

De fato, em decorrência do novo texto do § 2º do art. 457 da CLT, combinado com a nova redação do § 4º do mesmo artigo (ambas mudanças inseridas pela Lei da Reforma Trabalhista), além do disposto no art. 28, § 9º, “z”, da Lei Previdenciária n. 8.212/1991 (alínea “z” também conforme redação conferida pela Lei n. 13.467/2017), os prêmios deixaram de ter natureza salarial, por expressa determinação legal. E passaram a ser tipificados da seguinte forma:

“§ 4º Consideram-se prêmios as liberalidades concedidas pelo empregador em forma de bens, serviços ou valor em dinheiro a empregado ou a grupo de empregados, em razão de desempenho superior ao ordinariamente esperado no exercício de suas atividades”.

Por essa tipicidade legal, percebe-se que a verba poderá ser concedida, em seu formato regular, ao empregado. Ou seja, em circunstância efetivamente especial, ao invés de ser utilizada como mero artifício para suprimir a natureza salarial de verba paga aos trabalhadores.

Em síntese, naturalmente que a tipicidade legal terá de ser respeitada quando da concessão do prêmio, sob pena de ficar configurada a fraude trabalhista e previdenciária, com a consequente integração salarial da parcela (art. 9º, CLT). Concedida a parcela, portanto, a partir de 11 de novembro de 2017, nos termos art. 457, §§ 2º e 4º, da CLT, ela não ostentará, em princípio, natureza salarial e nem irá compor o salário de contribuição do empregado.

8. Outras Parcelas Salariais

Ao lado das figuras salariais acima examinadas, tipificadas e não tipificadas, existem outras que se enquadram na natureza jurídica de salário, embora, formalmente, assim não pareçam. Trata-se das *parcelas salariais dissimuladas*.

A) Caracterização — As parcelas salariais dissimuladas podem não ter, primitivamente, natureza salarial, desde que utilizadas de modo regular (verdadeiras *ajudas de custo*, por exemplo). Porém, a ocorrência de sua irregular utilização, com objetivos contraprestativos disfarçados, frustrando a finalidade para a qual foram imaginadas, conduz ao reconhecimento de seu efetivo papel no contrato, qual seja, o de suplementação, ainda que disfarçada, da contraprestação salarial paga ao empregado pelo empregador.

No enquadramento jurídico da parcela, o analista deve atentar para a efetiva *causa* e os reais *objetivos* que presidiram a oferta do bem ou serviço pelo empregador: tratando-se de causa e objetivos contraprestativos, visando a elevar vantagens do trabalhador, ainda que com incentivo à

sua melhor e mais produtiva prestação laborativa, a parcela reveste-se, inequivocamente, de natureza salarial (*caput* dos arts. 457 e 458 da CLT). Caso, entretanto, a causa e os objetivos da oferta direcionem-se no sentido de realmente viabilizar a prestação de serviços ou, pelo menos, aperfeiçoar concretamente essa prestação, a parcela ofertada não terá natureza salarial, porém essencialmente instrumental.

Há situações, é claro, de manifesto intuito simulatório: por exemplo, parcelas que são instituídas, nos contratos, com denominações esdrúxulas, que não se referem à ideia salarial; porém, vistas em sua atuação prática, agem como efetivo salário, correspondendo a inquestionável retribuição material paga pelo empregador ao empregado em decorrência do pacto trabalhista.

B) Ajudas de Custo e Diárias de Viagem Irregulares — Um dos exemplos mais comuns de parcelas salariais dissimuladas é fornecido pela própria CLT: trata-se das ajudas de custo fraudulentas e diárias de viagem fraudulentas (art. 457, §§ 1º e 2º). Essas duas parcelas trabalhistas têm, em princípio, natureza indenizatória; portanto, não salarial. Cumprem, regra geral, a função de ressarcir ou subsidiar reais despesas efetuadas pelo empregado visando à execução do contrato de trabalho.

Há situações contratuais, entretanto, em que as diárias de viagem e ajudas de custo podem estar cumprindo *efetivo papel de retribuição salarial ao empregado* — e não seu papel regular de verba indenizatória de despesas. O estudo exaustivo do critério de diferenciação entre o uso correto de tais figuras jurídicas, que permite apreender a sua regular natureza indenizatória, ao lado de seu uso incorreto, fraudulento (quando assumem o caráter de efetivo complemento salarial), está feito neste Capítulo, em seu item IV.2, sob o título “*Parcelas Salariais Dissimuladas*”, para onde remetemos o leitor.

C) Aluguel de Veículos e Ajuda Combustível Irregulares — A criatividade privada tende a instituir outras parcelas de uso e fins contratuais controvertidos; parcelas cujo enquadramento justtrabalhista exige certo esforço de avaliação.

Um exemplo corrente é o da chamada *ajuda combustível* (ou *ajuda quilometragem*, ou, ainda, *ajuda aluguel de veículo*). Esse tipo de figura, regra geral, consiste em um montante monetário variável pago ao empregado em função do número de quilômetros que percorrer, a trabalho, com seu próprio carro. Normalmente, nos contratos em que se ajusta tal parcela (ou algo semelhante), ela não é tida como salarial.

De fato, a parcela pode ou não ter *natureza indenizatória*. Sua natureza jurídica depende de seu real papel na prática contratual.

O caráter indenizatório estará presente *caso o trabalhador utilize seu próprio veículo, como instrumento para a efetiva prestação de serviços,*

colocando-o à disposição do cotidiano contratual. Além disso, o montante monetário pago pelo empregador a este título deve ser efetivamente razoável para a estrita cobertura de despesas com o veículo e seu desgaste (gasolina, óleo, desgaste de pneus, pequenos consertos, etc.). É o que costuma acontecer com trabalhadores que laboram em viagens, tendo de se utilizar de seu próprio carro (vendedores, inspetores, etc.); ou com trabalhadores que laboram em entregas urbanas, tendo de se valer de sua própria motocicleta (motoqueiros-entregadores, por exemplo).

Mas atenção: a verba será meramente simulatória de salário, um simples disfarce para suplementar a parcela contraprestativa paga ao empregado, caso ocorra qualquer das duas situações seguintes: em primeiro lugar, *o uso do veículo não ser essencial ou, pelo menos, efetivamente instrumental à prestação de serviços*. Por exemplo, gerente de banco que receba ajuda combustível pelo uso de seu veículo, embora dele se valendo, essencialmente, para o simples transporte residência-trabalho-residência, uma vez que realiza boa parte de seus serviços internamente à agência, cumprindo eventuais visitas pela vizinhança próxima.

Será também simulatória a parcela, em segundo lugar, se a quantia paga pelo empregador, a título de ajuda combustível, ajuda quilometragem, ou similar, *for desproporcional aos reais gastos e desgaste do veículo, suplantando, significativamente, o montante razoavelmente estimado para verdadeiro atendimento a estes estritos fins*. Isso significa que *parte importante da verba está cobrindo efetiva contraprestação salarial ao empregado, dissimulada em ladino disfarce de ajuda quilometragem*.

9. Parcelas Peculiares do Contrato do Atleta Profissional

O contrato do atleta profissional possui quatro verbas peculiares, cuja referência merece especial destaque: trata-se das luvas, dos bichos, do direito de imagem e do direito de arena. O enquadramento dessas parcelas no grupo de verbas salariais, de verbas meramente remuneratórias ou no grupo de parcelas não salariais, nem remuneratórias, deve ser examinado.

Note-se que as duas primeiras verbas (luvas e bichos), oriundas de antiga tradição futebolística, já se encontravam regidas, mesmo que implicitamente, pela antiga Lei dos Futebolistas (n. 6.354, de 1976). O direito de arena foi regulado, de modo expresso, pela subsequente Lei Zico (n. 8.672, de 1993), que passou a reger o contrato do atleta profissional *em geral*. Com a Lei Pelé (n. 9.615, de 1998), também de espectro amplo na área desportiva, surgiu referência normativa expressa sobre o contrato acessório de cessão de direito de imagem, a par das verbas anteriores. Desde 1998, todas as quatro parcelas estão reguladas pela Lei n. 9.615 — diploma que

sofreu várias mudanças legais, inclusive significativa alteração com a Lei n. 12.395/11, publicada no Diário Oficial em 17.3.2011.⁽⁶²⁾

A) Luvas e Bichos — O salário pago ao atleta profissional em virtude da relação de emprego não se esgota na verba contraprestativa fixa principal que lhe é devida pelo empregador (salário básico).

Além do salário básico, o art. 31, § 1º da Lei n. 9.615/1998 (que não dispensa a aplicação subsidiária também do art. 457, § 1º da CLT) estabelece como parcelas componentes do complexo salarial do atleta profissional *o abono de férias, o décimo terceiro salário, as gratificações, os prêmios e demais verbas inclusas no contrato de trabalho*. Nesse conjunto de parcelas nitidamente salariais estão as luvas e o bicho.

a) *Luvas* — Esta parcela consiste na retribuição material paga pela entidade empregadora ao atleta profissional em vista da celebração de seu contrato de trabalho, seja originalmente, seja por renovação. Tem sua natureza salarial reconhecida pelo Direito brasileiro, tanto no art. 12 da antiga Lei n. 6.354/76, como no art. 31, § 1º, da Lei n. 9.615/98 (esta se referindo às “demais verbas inclusas no contrato de trabalho”). Sendo parcela eminentemente contratual, seu conteúdo e forma de pagamento são estabelecidos livremente na respectiva pactuação.⁽⁶³⁾

A forma de pagamento das luvas — sem embargo da natureza salarial da parcela — pode afetar, na prática, o seu critério de integração salarial. É que se as luvas forem pagas de maneira diluída no contrato de trabalho, elas serão integradas plenamente no salário, à semelhança de gratificações habituais periodicamente entregues, com óbvios reflexos, por exemplo, sobre 13º salários, férias com 1/3 e FGTS. Entretanto, se as luvas desportivas

(62) Relembre-se que a Lei Pelé (n. 9.615/98) extinguiu também outra figura peculiar dos contratos de atletas desportivos, o *passê*, que vinculava o atleta ao clube desportivo e que era alienado para outra agremiação no contexto da transferência do respectivo atleta (art. 28, § 2º, Lei n. 9.615/98). Pela previsão legal firmada em 1998, essa extinção consumou-se somente três anos após a vigência da própria Lei Pelé, ou seja, em 25.03.2001 (art. 93, Lei n. 9.615/98). A respeito, ver DELGADO, M. G.; DELGADO, G. N. A Matriz do Trabalho na Constituição de 1988 e o Atleta Profissional de Futebol, in: *Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária*, São Paulo: Síntese-IQB, ano XXIV, n. 279, setembro de 2012, p. 60-84.

(63) A respeito das *luvas*, consultar: BARROS, Alice Monteiro de. O Atleta Profissional do Futebol em Face da “Lei Pelé” (n. 9.615, de 24.03.98). *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*. n. 60. Julho/Dezembro, 1999. Belo Horizonte: TRT 3ª Região, 1999, p. 158. Também BELMONTE, Alexandre Agra. Direito Desportivo, Justiça Desportiva e principais aspectos jurídico-trabalhistas da relação de trabalho do atleta profissional. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região*. n. 47, jan./jun. 2010. Rio de Janeiro: TRT 1ª Região, 2010, p. 86. Na mesma linha, BARREIROS NETO, Jaime. *Direito desportivo*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 131. Ver ainda DELGADO, M. G.; DELGADO, G. N. A Matriz do Trabalho na Constituição de 1988 e o Atleta Profissional de Futebol, in: *Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária*, São Paulo: Síntese-IQB, ano XXIV, n. 279, setembro de 2012, p. 60-84.

forem pagas em uma única parcela — ilustrativamente, um apartamento ou um montante único de dinheiro —, seu reflexo se esgotará no tempo, não atingindo os diversos anos contratuais.

b) Bichos — Trata-se de parcela econômica variável e condicional, usualmente paga ao atleta pela entidade empregadora em vista dos resultados positivos alcançados pela equipe desportiva (títulos alcançados, vitórias e, até mesmo, empates obtidos, se for o caso). A verba possui clara natureza contraprestativa, sendo entregue como incentivo ao atleta ou em reconhecimento por sua boa prestação de serviços (ou boa prestação pelo conjunto da equipe desportiva). Como se vê, tem nítida característica de *prêmio trabalhista*. Nesta medida, é indubitável salário, em sentido amplo (art. 31, § 1º, Lei Pelé; art. 457, *caput* e § 1º, CLT).⁽⁶⁴⁾

A natureza jurídica salarial dos bichos, que são pagos com certa habitualidade ao longo da prestação laborativa, provoca seu cômputo no conjunto salarial do atleta profissional, de maneira a acarretar o conhecido *efeito expansionista circular dos salários*, tão próprio ao segmento trabalhista⁽⁶⁵⁾. Nesta dimensão deve a verba se refletir, ilustrativamente, sobre 13º salários, férias com 1/3 e FGTS.

Esclareça-se que, no tocante aos bichos, embora se assemelhando aos prêmios — na acepção antiga por estes ostentada —, não foram atingidos pela Lei n. 13.467/2017, em vista de duas razões: eles são regidos por diploma jurídico especial, o qual não se afeta em decorrência da aprovação de distinto diploma jurídico geral (art. 2º, § 2º, LINDB); além disso, o pagamento dos bichos é repetido inúmeras vezes ao longo do ano contratual, circunstância que não parece compatível com a figura tipificada no § 4º do art. 457 da CLT.

B) Direito de Imagem e Direito de Arena — As duas parcelas possuem relevante proximidade, não só por terem inegável fundo constitucional (art. 5º, XXVIII, “a”, CF/88), envolvendo a tutela jurídica à imagem das pessoas humanas, como também pela circunstância de seu enquadramento jurídico ser controvertido.

a) Direito de Imagem — Inerente à personalidade do ser humano, tal direito encontra inspiração no Texto Máximo de 1988, com suporte em seu

(64) A respeito da natureza salarial do *bicho*, enquadrado como prêmio, consultar BELMONTE, Alexandre Agra. Direito Desportivo, Justiça Desportiva e principais aspectos jurídico-trabalhistas da relação de trabalho do atleta profissional. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região*. n. 47, jan./jun. 2010. Rio de Janeiro: TRT 1ª Região, 2010, p. 86. A propósito, Jaime Barreiros Neto prefere considerar o bicho como “gratificação ajustada”, também com evidente natureza salarial. Nesse sentido, consultar: BARREIROS NETO, Jaime. *Direito Desportivo*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 131. Ler ainda DELGADO, M. G.; DELGADO, G. N. A Matriz do Trabalho na Constituição de 1988 e o Atleta Profissional de Futebol, in: *Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária*, São Paulo: Síntese-IOB, ano XXIV, n. 279, setembro de 2012, p. 60-84.

(65) Sobre o *efeito expansionista circular dos salários*, consultar, no presente Curso, o Capítulo XXI, item IV.

art. 5º, quer nos incisos V e X, quer na clara regência feita pelo inciso XXVIII, “a”: “a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas”.

Embora a imagem da pessoa humana seja em si inalienável, torna-se possível a cessão do uso desse direito, como parte da contratação avençada, tendo tal cessão evidente conteúdo econômico. Nesse quadro, o reconhecimento normativo do direito à imagem e à cessão do respectivo direito de uso tornou-se expresso no art. 87 da Lei n. 9.615/98, realizando os comandos constitucionais mencionados.

No tocante à natureza jurídica da parcela, a jurisprudência dominante tem-na considerado salarial, em vista de o art. 87 da Lei n. 9.615/98, em sua origem, não ter explicitado tal aspecto, fazendo incidir a regra geral salarial manifestada no art. 31, § 1º da mesma lei (“São entendidos como salário ... demais verbas inclusas no contrato de trabalho”); afinal, esta regra geral é também clássica a todo o Direito do Trabalho (art. 457, CLT). Para esta interpretação, a cessão do direito de uso da imagem corresponde a inegável pagamento feito pelo empregador ao empregado, ainda que acessório ao contrato principal, enquadrando-se como verba que retribui a existência do próprio contrato de trabalho.

Entretanto, a inserção, na Lei Pelé, de nova regra jurídica, por meio da recente Lei n. 12.395, de 2011, pode introduzir certa alteração na linha interpretativa até então dominante. É que o novo preceito legal enquadra, explicitamente, o negócio jurídico de cessão do direito de imagem como ajuste contratual de natureza civil, que fixa direitos, deveres e condições inconfundíveis com o contrato de trabalho entre o atleta e a entidade desportiva. Assim dispõe o novo art. 87-A da Lei Pelé, em conformidade com redação dada pela Lei n. 12.395/11: “o direito ao uso da imagem do atleta pode ser por ele cedido ou explorado, mediante ajuste contratual de natureza civil e com fixação de direitos, deveres e condições inconfundíveis com o contrato especial de trabalho desportivo”⁽⁶⁶⁾.

A nova regra jurídica busca afastar o enquadramento salarial ou remuneratório da verba paga pela cessão do direito de uso da imagem do atleta

(66) Sérgio Pinto Martins explica que a denominação correta é “contrato de licença do uso de imagem” ao invés de “contrato de imagem”, já que não se pode vender a imagem propriamente dita da pessoa. O que é cedido, na realidade, é a licença para uso da imagem. Sobre o tema, consultar: MARTINS, Sérgio Pinto. Direitos Trabalhistas do Atleta Profissional de Futebol. In: *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região*. Ano VII, Dezembro de 2004. Goiânia, p. 14. Sobre o direito de imagem e direito de arena, consultar também DELGADO, M. G.; DELGADO, G. N. A Matriz do Trabalho na Constituição de 1988 e o Atleta Profissional de Futebol, in: *Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária*, São Paulo: Síntese-IOB, ano XXIV, n. 279, setembro de 2012, p. 60-84.

profissional, ainda que seja resultante de pacto conexo ao contrato de trabalho. Opta o novo dispositivo pela natureza meramente civil da parcela, desvestida de caráter salarial.

Esclareça-se que a ordem jurídica, como é natural, ressalva as situações de fraude, simulação e congêneres (art. 9º, CLT). Desse modo, o contrato adjecto de cessão do direito de imagem tem de corresponder a efetivo conteúdo próprio, retribuir verdadeiramente o direito ao uso da imagem, ao invés de emergir como simples artifício para encobrir a efetiva contraprestação salarial do trabalhador.

Por fim, a circunstância de a cessão do direito de uso da imagem passar a ter natureza não trabalhista — se for o caso —, não afasta a competência da Justiça do Trabalho para examinar eventual lide entre o atleta empregado e sua entidade desportiva empregadora, mesmo que o pleito não discuta a desconstituição da natureza civil da verba, porém seu mero inadimplemento. O fato jurídico da existência da parcela enfocada resulta, sem dúvida, da existência do contrato de trabalho, colocando, ademais, empregado e empregador como credores e devedores recíprocos — o que situa o litígio dentro da precisa moldura da competência constitucional fixada no art. 114, I, do Texto Máximo.

b) *Direito de Arena* — O direito de arena, também com reconhecido suporte constitucional (art. 5º, XXVIII, “a”, CF/88), possui evidente correlação com o *direito de uso da imagem* do atleta profissional. De fato a verba regulada pelo art. 87 da Lei Pelé (direito de imagem) tem caráter mais amplo, ao passo que a regulada pelo art. 42 do mesmo diploma legal resulta de projeção, coletivamente considerada, do direito de imagem de cada atleta profissional da entidade desportiva. O direito de arena possui, assim, uma dimensão própria, que é a circunstância de constituir nova realidade, específica, que é a obra coletiva, o espetáculo, algo superior e distinto do simples somatório de individualidades.

Consiste o *direito de arena* na prerrogativa assegurada às entidades desportivas de negociarem, autorizarem ou proibirem o uso da imagem de espetáculo ou evento desportivo do qual participem. O instituto jurídico, como dito, enfoca o conjunto da obra, o espetáculo, embora se saiba que este é formado pela presença e atuação dos atletas de cada equipe. Correlaciona-se com o direito de uso da imagem à medida que os atletas, em seu conjunto, é que compõem a dinâmica do espetáculo desportivo; porém, não se confunde com o anterior instituto pelo direito de arena enfatizar a atividade coletiva, global e unitária do espetáculo esportivo, que tem realidade própria.

A Lei Pelé, tanto no texto original de seu art. 42, *caput*, quanto no texto recentemente alterado pela n. 12.395/11, assegura o direito de arena às entidades de prática desportiva. No texto mais recente da Lei n. 9.615/98, com a alteração de 2011, está explicitado pertencer “... às entidades de prática

desportiva o direito de arena" (art. 42, *caput*). A mesma regra legal esclarece que esse direito consiste na *prerrogativa exclusiva* dessas entidades "... *de negociar, autorizar ou proibir a captação, a fixação, a emissão, a transmissão, a retransmissão ou a reprodução de imagens, por qualquer meio ou processo, de espetáculo desportivo de que participem*".

O atleta profissional participe do evento divulgado terá, entretanto, direito a certa cota-parte da receita proveniente da exploração de direitos desportivos audiovisuais, conforme previsão do artigo 42, § 1º, da Lei n. 9.615/98. Segundo o texto original da Lei Pelé, essa participação alcançaria 20% do preço total da autorização, *como mínimo*, salvo convenção em contrário. Em conformidade com o novo texto do art. 42, § 1º da Lei Pelé, após alteração resultante da Lei n. 12.395/11, tal montante caiu para 5%, *salvo convenção coletiva de trabalho em contrário*.

São quatro, portanto, as mudanças advindas do novo texto legal (art. 42, § 1º, Lei Pelé, segundo Lei n. 12.395/11): a) a cota-parte dirigida aos atletas corresponde a 5% da receita proveniente da exploração de direitos desportivos audiovisuais, salvo convenção coletiva de trabalho em contrário; b) o montante relativo aos atletas (5%, em princípio) é repassado aos sindicatos de atletas profissionais; c) tais sindicatos devem distribuir, em partes iguais, aos atletas profissionais participantes do espetáculo o respectivo montante; d) a verba é referida como parcela de natureza civil⁽⁶⁷⁾.

Ressalte-se que, à luz do disposto no art. 42, § 2º da Lei n. 9.615/98, em sua nova redação, o direito de arena não se aplica à *exibição de flagrantes de espetáculo ou evento desportivo para fins exclusivamente jornalísticos, desportivos ou educativos*.⁽⁶⁸⁾

No tocante à natureza jurídica da cota-parte de participação do trabalhador atleta profissional no direito de arena, a jurisprudência dominante tem-na considerado como *remuneratória*, por analogia com as gorjetas e

(67) Eis o texto do art. 42, § 1º, da Lei Pelé, conforme Lei n. 12.395: "*salvo convenção coletiva de trabalho em contrário, 5% (cinco por cento) da receita proveniente da exploração de direitos desportivos audiovisuais serão repassados aos sindicatos de atletas profissionais, e estes distribuirão, em partes iguais, aos atletas profissionais participantes do espetáculo, como parcela de natureza civil*".

(68) O dispositivo enuncia ainda três condições a serem observadas, de modo a não descaracterizar o uso das imagens para simples fins jornalísticos, desportivos ou educativos: "*I — a captação das imagens para a exibição de flagrante de espetáculo ou evento desportivo dar-se-á em locais reservados, nos estádios e ginásios, para não detentores de direitos ou, caso não disponíveis, mediante o fornecimento das imagens pelo detentor de direitos locais para a respectiva mídia; II — a duração de todas as imagens do flagrante do espetáculo ou evento desportivo exibidas não poderá exceder 3% (três por cento) do total do tempo de espetáculo ou evento; III — é proibida a associação das imagens exibidas com base neste artigo a qualquer forma de patrocínio, propaganda ou promoção comercial*" (art. 42, § 2º, I, II e III, Lei n. 9.615/98, conforme redação conferida pela Lei n. 12.395/11).

outras verbas pagas por terceiros ao empregado em decorrência do contrato de trabalho. O enquadramento dessa verba no tipo jurídico da *remuneração* resultaria da circunstância de o texto original do art. 42, § 1º da Lei n. 9.615/98 não ter explicitado a natureza jurídica da vantagem repassada parcialmente aos atletas a partir do preço acertado com as redes de transmissão dos espetáculos desportivos. A omissão da lei desportiva específica faria incidir, por corolário, a regra geral celetista relativa aos pagamentos habituais feitos por terceiros ao empregado em vista do trabalho por este prestado no contexto da relação de emprego — regra geral concernente à parcela *remuneração*, inferida pela jurisprudência do art. 457, *caput*, da CLT, conforme Súmula 354 do TST.

Entretanto — tal como ocorrido com a cessão do direito de imagem —, a inserção, na Lei Pelé, de novo dispositivo (§ 1º do art. 42), por meio da recente Lei n. 12.395, de 2011, pode introduzir alteração na linha interpretativa até então dominante. É que o novo preceito legal enquadra, explicitamente, *como parcela de natureza civil*, a participação do atleta trabalhador na cota-parte do direito de arena explorado pelo empregador, cujo montante é pago pelas entidades de *mass media* envolvidas. Determina ainda o novo texto legal que os 5% da receita oriunda da exploração de direitos desportivos audiovisuais *serão repassados aos sindicatos de atletas profissionais*, sendo por estes distribuídos aos atletas participantes do espetáculo (art. 42, § 1º, Lei Pelé, em sua nova redação).

O novo preceito normativo busca afastar o enquadramento salarial ou remuneratório da verba paga pela cessão do direito de uso da imagem do atleta profissional, ainda que seja resultante de relação jurídica conexas ao contrato de trabalho. Opta a nova regra pela natureza meramente civil da parcela, desvestida de caráter salarial ou remuneratório.

Também aqui cabe aduzir, por fim, que a circunstância de esta verba passar a ter natureza não trabalhista, se for o caso, não afasta a competência da Justiça do Trabalho para examinar eventual lide entre o atleta empregado, sua entidade desportiva empregadora e o próprio sindicato profissional obreiro, mesmo que o pleito não discuta a desconstituição da natureza civil da verba, porém seu mero inadimplemento. O fato jurídico relativo à existência da parcela enfocada decorre, sem dúvida, da própria existência do contrato de trabalho, colocando, ademais, empregado e empregador como credores e devedores recíprocos — além do respectivo sindicato de trabalhadores, se for o caso —, o que situa o litígio dentro da precisa moldura da competência constitucional fixada no art. 114, I, do Texto Máximo.

CAPÍTULO XXII

SISTEMA DE GARANTIAS SALARIAIS

I. INTRODUÇÃO

A ordem justralhista estabelece um sistema largo de proteções ao conjunto de parcelas devidas ao trabalhador no contexto da relação de emprego. Essa proteção larga, embora tenha se concentrado, inicialmente, em especial em torno das parcelas salariais, em vista de seu caráter alimentício, passou, entretanto, muitas vezes, a alcançar também, praticamente, as distintas verbas oriundas do contrato empregatício. O sistema de garantias salariais, portanto, hoje, de maneira geral estende-se às distintas parcelas trabalhistas, embora seu núcleo básico evidentemente concentre-se ainda no salário.

Tal larga proteção manifesta-se nos princípios justralhistas, alguns inclusive absorvidos pela legislação heterônoma estatal, conferindo, em seu conjunto, a marca distintiva do Direito do Trabalho perante outros ramos jurídicos privados próximos: trata-se dos princípios e normas que asseguram a imperatividade de quase todas as normas juslaborais (art. 9º, CLT), que asseguram a indisponibilidade dos direitos trabalhistas (arts. 9º, 444, *caput* e 468, *caput*, CLT), e que vedam até mesmo transações bilaterais, quando lesivas ao obreiro (art. 468, *caput*, CLT).

Em paralelo a essas garantias mais amplas, o Direito do Trabalho construiu um bloco sofisticado de outras garantias salariais. Ilustrativamente, há proteções no tocante ao valor do salário e no que tange também a eventuais abusos do empregador; há proteções ainda quanto ao avanço dos credores do empregador sobre o patrimônio deste, garantidor final de suas dívidas trabalhistas; finalmente, há proteções jurídicas contra os próprios credores do empregado. À exceção do primeiro grupo de proteções (incidentes sobre o valor do salário), entretanto, todas as demais tendem, hoje, a suplantam as fronteiras das estritas verbas salariais, alcançando outras parcelas trabalhistas de natureza diversa.

O Direito do Trabalho das últimas décadas, influenciado pelo advento da Constituição de 1988, tem ainda descortinado um novo largo campo de proteções: as que se voltam contra discriminações no âmbito da relação de emprego. Não se desconhece que normas justralhistas antigas já previam o combate à discriminação de salários no contexto interno da empresa, através do instituto da equiparação salarial. Contudo, no caso brasileiro, após

a Constituição de 1988, alargaram-se significativamente os temas postos em conexão com as ideias antidiscriminatórias, gerando um campo de estudo novo e relevante no atual Direito do Trabalho⁽¹⁾.

É bem verdade que, com o advento da reforma trabalhista (Lei n. 13.467, vigente desde 11.11.2017), várias dessas garantias foram desreguladas, flexibilizadas e/ou, pelo menos, atenuadas, conforme evidenciado, ilustrativamente, pelo novo parágrafo único do art. 444 da CLT, pela nova figura do contrato de trabalho intermitente (art. 443, *caput* e § 3º, c./c. art. 452-A, *caput* e §§ 1º até 9º, todos da CLT) e pelas novas regras da equiparação salarial (art. 461, CLT).

As garantias salariais, em seus distintos aspectos, serão analisadas neste capítulo.

II. PROTEÇÕES JURÍDICAS QUANTO AO VALOR DO SALÁRIO

A proteção que a ordem justralhista brasileira defere ao *valor* do salário manifesta-se, essencialmente, por meio de três ideias e mecanismos combinados: a noção de *irredutibilidade do valor salarial*; os mecanismos de *correção salarial automática*; a determinação de existência de um *patamar mínimo de valor salarial* no conjunto do mercado, além de certas categorias e profissões determinadas. Esses mecanismos e idéias serão, logo a seguir, examinados.

Deve-se ressaltar, porém, que a proteção estruturada pela ordem jurídica não se estendeu, contudo, *ainda*, à ideia de *suficiência real* do salário percebido pelo obreiro. É que a noção de *suficiência* tradicionalmente acatada no Direito brasileiro é quase que meramente formal. O art. 76 da CLT a ela reportava-se, ao tratar do salário mínimo (contraprestação mínima “capaz de satisfazer...”, dizia a CLT). A Constituição de 1988 ampliou o rol de necessidades aventadas pelo texto celetista, ao estatuir que o salário mínimo deveria ser *capaz de atender às necessidades vitais básicas do empregado e de sua família* “com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social” (art. 7º, IV, CF/88).

A doutrina e jurisprudência dominantes, contudo, têm compreendido que semelhantes regras (inclusive a constitucional vigorante) jamais ensejaram direito subjetivo ao empregado no sentido de ver, efetivamente, seu salário mínimo lhe garantindo o atendimento àquelas necessidades básicas (como já examinado no Capítulo XXI deste Curso). Noutras palavras, entre as garantias fixadas pela ordem jurídica brasileira não se entende haver,

(1) O presente texto baseou-se, originalmente, no estudo publicado na 2ª edição da obra deste autor, *Salário — Teoria e Prática*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002 (Capítulos XII até XVIII). Naturalmente, desde então, sofreu significativos acréscimos, atualizações e aperfeiçoamentos, adquirindo corpo próprio.

ainda, segundo a visão interpretativa até hoje dominante, a garantia da real suficiência do salário. Mas, pelo menos, existe, sim, de maneira expressa, a garantia constitucional da percepção do salário mínimo mensal nas situações contratuais que ensejam remuneração variável para o empregado (art. 7º, IV e VII, da Constituição).

Não obstante o caráter abstrato e frágil, no plano do Direito, da ideia da suficiência do salário, o legislador brasileiro do século XXI decidiu conferir certa efetividade ao papel civilizatório do salário mínimo, como patamar econômico básico de aferição do valor trabalho na economia e na sociedade. Nesse contexto, passou a lhe conceder reajustamentos anuais sequencialmente superiores aos índices inflacionários — à diferença da linha desvalorizadora da parcela que fora percebida no período anterior. Com isso, passou a propiciar, em alguma medida, certa consistência econômica à ideia da suficiência do salário, sem embargo do conteúdo ainda meramente abstrato que essa ideia ostenta no plano jurídico.⁽²⁾

1. Irredutibilidade Salarial

A primeira linha de proteção ao valor do salário manifesta-se pela garantia de irredutibilidade do salário. Essa garantia traduz, no plano salarial, a incorporação, pelo Direito do Trabalho, do princípio geral da inalterabilidade dos contratos (*pacta sunt servanda*), oriundo do tronco civilista primitivo.

É bem verdade que a CLT não estabelecia texto explícito nessa linha. Contudo, a irredutibilidade sempre foi inferida não só do princípio geral *pacta sunt servanda*, como também do critério normativo vedatório de alterações prejudiciais ao empregado, insculpido no art. 468 da CLT. Mais do que isso, o próprio Direito do Trabalho evoluiu na direção de emoldurar princípio específico nesta área, o da *inalterabilidade contratual lesiva*⁽³⁾.

A Constituição de 1988, finalmente, incorporou, de modo expresso, o princípio da irredutibilidade (art. 7º, VI), atenuando-o com uma ressalva: “salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo”.

A ordem justralhista, entretanto, não tem conferido a semelhante garantia toda a amplitude possível. Ao contrário, como se sabe, prevalece, ainda hoje, a pacífica interpretação jurisprudencial e doutrinária de que a regra da irredutibilidade salarial restringe-se, exclusivamente, à noção

(2) O Decreto n. 9.255, de 29.12.2017, reajustou o salário mínimo em 1,81% entre 2017 (valor de R\$ 937,00) e 2018 (valor de R\$ 954,00), em crescimento de apenas R\$ 17,00 entre um ano e outro, afastando-se, dessa maneira, da tendência sedimentada em vários anos sequenciais anteriores.

(3) Sobre tal princípio justralhista especial, consultar DELGADO, Mauricio Godinho. *Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2001, em seu Capítulo II (*idem*, 4. ed., 2013, Capítulo III). Neste Curso, ver Capítulo VI.

do *valor nominal do salário* obreiro (art. 468, *caput*, CLT, combinado com art. 7º, VI, CF/88). Interpreta-se ainda hoje, portanto, que a regra não assegura percepção ao salário real pelo obreiro ao longo do contrato. Tal regra asseguraria apenas a garantia de percepção do mesmo patamar de salário nominal anteriormente ajustado entre as partes, sem viabilidade à sua diminuição nominal. Noutras palavras, a ordem jurídica heterônoma estatal, nesse quadro hermenêutico, teria restringido a presente proteção ao critério estritamente formal de aferição do valor do salário.

É bem verdade que a jurisprudência trabalhista tradicionalmente entende que nada impede que uma norma coletiva autônoma negociada ou até mesmo a vontade contratual (unilateral do empregador ou bilateral das partes) estipule dispositivo mais favorável ao trabalhador do que o oriundo da legislação pública. Assim, não seria ilegal, por exemplo, preceito normativo de diploma coletivo negociado ou cláusula obrigacional que fixasse o piso salarial do contrato em um certo montante de salários mínimos, assegurando, desse modo, um critério de preservação contínua do valor real do salário efetivo do obreiro. Nessa linha, a propósito, tem prevalecido o entendimento jurisprudencial e doutrinário trabalhistas de que a vedação constitucional de vinculação, “para qualquer fim”, do salário mínimo (art. 7º, IV, CF/88) dirigir-se-ia às fronteiras exteriores ao Direito do Trabalho, não inviabilizando a indexação do salário contratual ao salário mínimo. É que a intenção do Texto Magno teria sido a de preservar a desassociação do salário mínimo legal como *medida indexadora de preços e valores no conjunto do mercado e da economia, como meio de propiciar sua contínua valorização ao longo do tempo*. Tal intenção não se frustraria, evidentemente, pela utilização do salário mínimo como elemento de cálculo da própria verba salarial trabalhista.

A respeito do presente tema, entretanto, cabe registrar que o STF, cerca de 20 anos depois da vigência da Constituição da República, editou a Súmula Vinculante n. 4, de 2008, no seguinte sentido: “*Salvo nos casos previstos na Constituição, o salário mínimo não pode ser usado como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, nem ser substituído por decisão judicial*”.

Em vista desse novo quadro interpretativo, para se compatibilizar o critério salarial fixado em múltiplos de salários mínimos (acolhido, inclusive, pela Súmula 370 do TST) com a proibição indexadora advinda do art. 7º, IV, CF/88 — *observada a leitura mais rigorosa feita pela Súmula Vinculante n. 4* —, é necessário que o salário efetivo do empregado seja convertido em *moe-da real* (conversão em reais), recebendo em seguida os reajustes normativos aplicáveis que despontarem.

Uma segunda restrição à regra da irredutibilidade salarial diz respeito à circunstância de que a garantia não atinge as parcelas salariais tidas como *condicionadas*. Efetivamente, o chamado *salário condição* pode ser até

mesmo suprimido, caso desaparecidas as circunstâncias responsáveis por seu pagamento no âmbito do contrato. É o que se passa, por exemplo, com a figura dos adicionais legais abrangentes (horas extras, noturno, insalubridade, periculosidade, transferência), conforme pacífico na legislação e jurisprudência (a respeito, os artigos 194 e 469, § 3º, CLT, e Súmulas 60 e 265, 291, 80 e 248, TST).

Uma terceira restrição era dada à regra da irredutibilidade salarial pela ordem justralhista anterior a outubro de 1988. De fato, segundo a CLT, em casos de força maior ou prejuízos devidamente comprovados, poderia o empregador promover a redução geral dos salários obreiros, respeitado o percentual máximo de 25% de redução e o salário mínimo legal (art. 503, CLT). Ao lado disso, a Lei n. 4.923, de 1965, permitia também a redução salarial, em virtude de conjuntura econômica adversa, mediante negociação coletiva sindical, facultando ao empregador protocolar ação específica perante o Judiciário Trabalhista, caso verificada recusa sindical à negociação.

A Constituição de 88 recepcionou, entretanto, *apenas em parte*, esses dispositivos. De um lado, revogou tanto a redução unilateral (art. 503), como a obtida através de sentença (Lei n. 4.923/65), já que viabiliza semelhante prática redutora *somente através de negociação sindical coletiva* (artigos 7º, VI e 8º, VI, CF/88).

Contudo, produziu inquestionável recepção quanto à *motivação tipificada* proposta pelos dois antigos diplomas legais. Nesse contexto, descabe acolher-se como viável, juridicamente, a redução salarial negociada, mas destituída de qualquer fundamento tipificado. Esta parece-nos a interpretação que melhor atende aos fins teleológicos de qualquer norma e ordem jurídica (fins acentuados no Direito do Trabalho, relembre-se); que melhor atende também ao princípio da norma mais favorável, imperante no ramo justralhista; a interpretação, por fim, que melhor se harmoniza ao critério hermenêutico que sempre busca encontrar no Direito a noção de *sistema*, isto é, um conjunto de partes *coordenadas* entre si⁽⁴⁾.

A propósito, situação nova de redução salarial por negociação coletiva trabalhista surgiu em 2015 por meio da MPr. n. 680, de 6.7.15, convertida na Lei n. 13.189, de 19.11.2015. Pelo novo diploma jurídico, foi permitido a empresas em situação de dificuldade econômico-financeira, nas condições e forma estabelecidas em ato do Poder Executivo federal, aderirem ao *Programa de Proteção ao Emprego*, de modo a reduzirem, temporariamente, em até trinta por cento, a jornada de trabalho de seus empregados, com a redução proporcional dos salários, desde que autorizada esta redução por acordo coletivo de trabalho específico celebrado “com o sindicato de traba-

(4) Em sentido contrário, o jurista Eduardo Gabriel Saad, que entende que o novo texto constitucional “... não faz a redução salarial depender deste ou daquele fato ou circunstância”. In: *Consolidação das Leis do Trabalho Comentada*. São Paulo: LTr, 1993, p. 325.

lhadores representativo da categoria da atividade econômica preponderante” (art. 3º, *caput* e § 1º, MPr. n. 680/2015; art. 5º, *caput* e §§ 1º até 8º, Lei n. 13.189/2015). Trata-se de hipótese de alteração contratual lesiva, mas autorizada por negociação coletiva trabalhista, situada em contexto de dificuldade econômico-financeira da empresa empregadora e restrita à duração realmente provisória.

O PPE foi alterado para *Programa Seguro-Emprego — PSE*, por meio da MPr. n. 761, de 22.12.2016 (convertida na Lei n. 13.456, de 26.6.2017), sofrendo prorrogação até 31.12.2018. A mesma lógica de redução da jornada e do salário, em até 30%, por intermédio de negociação coletiva específica foi mantida no PSE.⁽⁵⁾

Não obstante todas essas limitações à garantia de irredutibilidade de salários, há aspectos importantes vinculados a tal garantia. Em primeiro lugar, a *redução nominal* do salário obreiro é tida como substantiva infração do empregador, podendo conduzir à configuração do tipo legal do art. 483, “d”, da CLT, ensejador da ruptura do contrato por conduta ilícita empresarial. Em segundo lugar, a redução salarial efetiva, em virtude da prévia redução do trabalho encomendado ao obreiro que labore por peça ou tarefa, também pode conduzir à configuração do tipo legal do art. 483, “g”, da CLT, com a ruptura contratual por infração do empregador.

Note-se, portanto, que a noção de irredutibilidade busca combater duas modalidades centrais de diminuição de salários: a *redução salarial direta* (diminuição nominal de salários) e a *redução salarial indireta* (redução da jornada ou do serviço, com conseqüente redução salarial). Como enfatizado, tais modalidades de redução são, em princípio, vedadas pela ordem jurídica (notadamente se não previstas em norma coletiva negociada), podendo ensejar, conforme o caso, até mesmo a rescisão do contrato por culpa empresarial (art. 483, “d” e “g”, CLT).

De par com esse efeito extremo resultante da afronta ilícita à regra da irredutibilidade dos salários (que seria a extinção contratual por culpa do empregador), qualquer outra medida de violação dessa garantia, que não esteja enquadrada nas exceções legais acima indicadas, pode ser objeto de questionamento em ação trabalhista, com o fito de anular, pelo menos, o ato lesivo perpetrado.

(5) No texto primitivo do § 3º do art. 3º da MPr. n. 680/2015 estava previsto que a “... redução temporária da jornada de trabalho poderá ter duração de até seis meses e poderá ser prorrogada, desde que o período total não ultrapasse doze meses”. Entretanto a Lei n. 13.189/2015, em seu art. 5º, § 1º, IV, dilatou esse prazo, ao ser referir à possibilidade de prorrogação de períodos sucessivos de seis meses de redução, “desde que o período total não ultrapasse vinte e quatro meses”. No final de 2016, o PPE foi modificado pela MPr. n. 761, de 22.12.2016, que, alterando a redação de vários preceitos da Lei n. 13.189/2015, renomeou a política pública para *Programa Seguro-Emprego-PSE*, prorrogando-o até 31.12.2018. Por fim, a MPr. n. 761/2016 foi convertida na Lei n. 13.456/2017.

2. Correção Salarial Automática

A segunda linha de proteção ao valor do salário expressa-se por meio dos mecanismos jurídicos de correção salarial automática. Tais mecanismos procuram concretizar, ainda que precariamente, a noção de preservação do *valor real* do salário obreiro, em contextos de avanços inflacionários significativos.

Deve ser ressaltado, entretanto, que a cultura jurídica brasileira sempre separou as regras assecuratórias da *correção automática de salários* (fórmula que servia, ainda que precariamente, à ideia de proteção ao valor real dos salários) das regras concernentes à chamada *irredutibilidade salarial* (noção que conduzia, como visto, à proteção do simples valor nominal dos salários).

O Direito do Trabalho do País caracterizou-se, a partir de certo instante, *até 1995*, por tradição de algumas décadas de existência de sucessivas fórmulas legais assecuratórias da correção automática de salários. Tais fórmulas eram também conhecidas como *escala móvel de salários*.

Curiosamente, essa tradição, instituída com o regime autoritário de 1964, iniciou-se através de diplomas que tinham o claro objetivo de impedir o avanço do valor real dos salários no conjunto do mercado de trabalho do País. De fato, o regime militar, logo em seguida a seu nascimento, buscou instituir mecanismos de *restrição à evolução dos salários na composição do mercado*, intervindo legislativamente no sistema anteriormente consagrado (em que havia forte participação da própria Justiça do Trabalho na fixação dos reajustes salariais). Dessa maneira, a indexação salarial surgiu, à época, comprometida com uma política de *controle de salários*, e não como vocação de preservação — ainda que precária — do valor real desses salários. São diplomas significativos da nova política salarial do regime militar, em seus primeiros anos: Decreto n. 53.936/64; Decreto n. 54.018/64; Decreto n. 54.228/64; Lei n. 4.589/64; Lei n. 4.725/65 (que sistematiza a nova política salarial); Decreto n. 57.271/65; Decreto-lei n. 15/66; Decreto-lei n. 229/67 (dando nova redação ao art. 623, CLT).

Em 1968, após a famosa greve dos metalúrgicos de Contagem/MG, ocorrida em abril, surge a Lei n. 5.451, de junho daquele ano. Embora traduzisse uma vitória do movimento sindical, à medida que abrandava, ainda que levemente, as regras da sistemática anterior de reajustamentos e concedia um “abono de emergência” de 10%, o mesmo diploma legal tornava permanente a política salarial do regime, instituída em caráter “transitório” pela anterior Lei n. 4.725/65.

Os sucessivos diplomas componentes do sistema de reajustamentos automáticos de salários até o findar do regime autoritário estão didaticamente arrolados em pesquisa do jurista *Amauri Mascaro Nascimento*: “1974: Lei n. 6.147 — reduziu de 24 para 12 meses o período de apuração de uma

média de coeficientes de atualização. Instituiu um novo abono: o abono de emergência; (...) 1975: Lei n. 6.205 — limitou a aplicação dos reajustes ao teto de 30 (trinta) salários mínimos; (...) 1979: Lei n. 6.708, regulamentada pelo Decreto n. 84.560 e alterada pela Lei n. 6.886, de 1980 — estabeleceu novos critérios de política salarial, distinguindo bem claramente o que é correção salarial e o que é aumento salarial; aquela, mera atualização, esta, a efetiva elevação do poder aquisitivo real; (...) 1983: Decreto-Lei n. 2.045 — condicionou o aumento salarial à elevação da produtividade da categoria. Seguiram-se Decretos-lei ns. 2.064 e outros. O primeiro deles criando, por etapas, o sistema da livre negociação salarial e prevendo acréscimos sobre montantes e não sobre valores cumulativos por faixas; algumas alterações resultaram das outras normas; (...) 1984: Lei n. 7.238 — fixou critérios de correção automática periódica e geral dos salários, como a semestralidade e o índice do INPC⁽⁶⁾.

O período histórico iniciado em 1985, já vivenciando um processo inflacionário de longos anos e sob a retomada da reorganização coletiva obreira e da democratização política do País, assiste a uma continuidade da adoção de regras de reajustamentos salariais automáticos, agora mais proximamente submetidos à noção de reaproximação do valor real do salário, em contraponto à desvalorização ocorrida em virtude da inflação. A crescente espiral inflacionária tendia, contudo, a frustrar a eficácia dos mecanismos de escala móvel de salários como instrumentos de garantia efetiva do valor real desses salários. São diplomas significativos desse período, a teor da mesma pesquisa mencionada, feita pelo jurista *Nascimento, Amauri Mascaro*: “1986: Vários Decretos-leis ns. 2.283, 2.284, 2.302 — o Plano Cruzado. Sucessivas substituições do INPC pelo IPCA e IPC; (...) 1987: Decreto-lei n. 2.335 — Plano Bresser: instituiu a URP; (...) 1988: Decreto-lei n. 2.425 — as URPs de abril e maio/88; (...) 1989: Decreto-lei n. 7.730 — Plano Verão e Lei n. 7.788; (...) 1990: Lei n. 8.030 — Plano Collor; (...) 1991: Lei n. 8.177, sobre desindexação da economia e Lei n. 8.178 — regras de preços e salários, inclusive sobre salário mínimo; (...) 1992: Lei n. 8.419, sobre reajustes quadrimestrais, e Lei n. 8.542, que revaloriza a negociação coletiva e o reajuste quadrimestral até 6 (seis) salários mínimos; (...) 1993: Lei n. 8.700 — reajustes até 6 (seis) salários mínimos; (...) 1994: Lei n. 8.800 — que prevê o programa de estabilização econômica⁽⁷⁾.”

Em 1994, com o chamado *Plano Real*, passa-se a fase distinta no tocante a esse tema. No contexto de uma política oficial voltada à conquista da estabilização monetária, estruturada no Governo Itamar Franco, elabora-se, no País, um roteiro de diplomas legais direcionados a implementar a *desindexação de preços e salários*.

(6) NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Indexação e Desindexação dos Salários*. Belo Horizonte: Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, Anais do 1º Seminário de Direito do Trabalho, janeiro de 1996, p. 16 (o Seminário realizou-se em outubro/1995).

(7) NASCIMENTO, A. M. *Indexação e Desindexação dos Salários*, cit., p. 16-17.

A Medida Provisória n. 434, de 27.2.94 (posteriormente renovada, com conversão na Lei n. 8.880, de 27.5.94), elimina o sistema de reajustes salariais mensais, bimensais, quadrimestrais ou semestrais automáticos (eliminação mantida pelo parágrafo 9º do art. 19 da Lei n. 8.880/94). Tais diplomas, ao estipularem a previsão de uma periodicidade estritamente anual para o reajuste dos salários, iniciam, em comparação com a sistemática até então prevalecente, um paulatino afastamento da prática de indexação corrente e legal de salários.

Esse processo de afastamento consoma-se em 1995, com a Medida Provisória n. 1.053, de 30.6.95. O referido diploma provisório (seguido de dezenas de MPs renovatórias) fixa, a contar de julho de 1995, o início da livre negociação coletiva de salários. Pelo novo sistema, estipula-se um momento por ano para a revisão de salários das categorias profissionais (a respectiva data-base anual), *procedimento a ser efetuado por meio de negociação coletiva*. Nessa linha, não mais se prevê, na legislação estatal, mesmo no tocante a essa data-base anual, índice obrigatoriamente a ser fixado pelo processo negocial coletivo. Em tal quadro, desaparece do Direito brasileiro o antigo critério de correção salarial automática fixada em texto de lei⁽⁸⁾.

3. Patamar Salarial Mínimo Imperativo

A terceira linha de proteção que a ordem jurídica estabelece ao valor do salário expressa-se por meio da determinação de existência de um patamar mínimo de valor salarial no conjunto do mercado, além de certas categorias ou profissões determinadas. Esse patamar pode ser genérico, abrangente de todo o mercado, ou especial, abrangente de certas profissões ou categorias profissionais específicas.

A) Salário Mínimo Legal — O patamar genérico de valor salarial firma-se pela figura do *salário mínimo legal e nacional*. Esta parcela, prevista já no tradicional texto celetista da década de 1940 (arts. 76 e seguintes, CLT), tornou-se necessariamente estipulada por diploma legal (e não mais decreto do Poder Executivo), a teor de comando constitucional nessa direção (art. 7º, IV, CF/88).

A Constituição, na verdade, trouxe alterações jurídicas importantes na figura do salário mínimo. Além de determinar sua fixação em *lei*, assegurou sua permanente *unificação nacional* (art. 7º). Com isso eliminou a antiga tradição de fixar-se o salário mínimo por decreto e em patamares diferentes segundo regiões e estados da federação.

(8) O texto da Medida Provisória n. 1.053, de 30.6.1995, que estabelecia medidas complementares para o Plano Real, seguido de múltiplas renovações, somente foi convertido em lei anos depois, em 2001, através da Lei n. 10.192, de 14.2.01 (a última MP renovatória foi a 2.074-73).

No que tange à fixação do salário mínimo nacionalmente unificado *por diploma legal* (art. 7º, IV, CF/88), a Lei n. 12.382, de 25.2.2011, trouxe curiosa regra: a autorização ao Poder Executivo para que defina, por decreto presidencial (art. 3º), os exatos valores mensal, diário e horário do salário mínimo (art. 3º), relativamente aos anos de 2012 a 2015 (art. 2º), a vigorarem tais valores a partir de 1º de janeiro do respectivo ano (art. 2º). Na definição desses valores, contudo, *deverão ser respeitados os critérios objetivos lançados na própria Lei n. 12.382/2011* (art. 2º).

À medida que o diploma legal fixou, com minúcia, os critérios e parâmetros de reajustes anuais (art. 2º, §§ 1º até 5º), a mera quantificação pelo Poder Executivo, via decreto (art. 3º), não foi considerada afronta ao comando maior advindo do art. 7º, IV, da Constituição.⁽⁹⁾

Fica assente, contudo, que lei estadual pode instituir, validamente, *piso salarial* no respectivo estado desde que superior ao fixado nacionalmente para o salário mínimo. É que, como se sabe, a Constituição consagrou o *princípio da norma mais favorável*, explicitando que as vantagens estipuladas em seu art. 7º não impedem a concessão de outras que *visem à melhoria da condição social* de trabalhadores rurais e urbanos.⁽¹⁰⁾

O Texto Máximo de 1988, de par com isso, vinculou o salário mínimo ao objetivo de ser “capaz de atender” (às) “necessidades vitais básicas” (do trabalhador) “e às de sua família” (art. 7º), em contraponto à CLT que falava apenas em “necessidades normais” exclusivamente do trabalhador (art. 76). Ampliou, ainda, significativamente, o rol de necessidades vitais básicas do trabalhador e sua família a serem atendidas pelo salário mínimo legal, em comparação com a CLT (que se referia apenas a alimentação, habitação, vestuário, higiene e transporte). Pela nova Constituição as necessidades vitais contempladas seriam: “moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, e previdência social” (art. 7º). Agregue-se que grande parte dessas necessidades vitais básicas inerentes ao salário mínimo (art. 7º, IV, CF) são tidas também como *direitos sociais fundamentais* pela própria Constituição de 1988 (art. 6º).

(9) O censurável critério adotado pela Lei n. 12.382/2011 — que não foi, porém, considerado inconstitucional pelo STF —, tangenciando a determinação expressa contida no art. 7º, IV, da CF (salário mínimo fixado em *diploma legal*, ao invés de em decreto do Poder Executivo), iria mostrar os seus efeitos negativos tempos depois, uma vez que facilitaria a desconstrução da política de fortalecimento dos valores reais do salário mínimo nacional no País. De fato, pelo Decreto n. 9.255, de 29.12.2017, por exemplo, o reajuste do salário mínimo, entre 2017 (R\$ 937,00) e 2018 (R\$ 954,00), foi de apenas 1,81% (R\$ 17,00).

(10) A própria Constituição, embora fixando a competência privativa da União para legislar sobre Direito do Trabalho (art. 22, *caput*, I), ressaltou poder lei complementar *autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo* (parágrafo único do art. 22, CF/88). Nesta esteira surgiu a LC n. 103, de 2000, autorizando os Estados a fixar *pisos salariais*.

Fica claro, pelo texto constitucional (art. 7º, IV), que o atendimento a essas necessidades vitais básicas da pessoa humana empregada e de sua família somente pode ser efetivado por intermédio do *salário mínimo legal mensal*, porém não pela ideia meramente contábil de salário mínimo horário e/ou diário. Daí que a garantia constitucional expressa de “*salário, nunca inferior ao mínimo, para os que percebem remuneração variável*”, contida no art. 7º, VII, da CF apenas pode ser, de fato, cumprida mediante o pagamento do *salário mínimo legal mensal*, ao invés do salário reduzido em face de jornada reduzida, por cálculo contábil do salário diário ou horário respectivo. Nessa linha é que tem bem compreendido o STF (a respeito, observe-se a referência feita no inciso II da OJ n. 358 da SDI-1 do TST), embora a jurisprudência do TST ainda não tenha se adequadado a essa específica compreensão (OJ n. 358, I, SDI-1 do TST).⁽¹¹⁾

É interessante observar que o preceito da Constituição da República parece querer incorporar, quanto ao salário mínimo, a característica da *suficiência* do salário, que é a qualidade de ser a parcela salarial hábil a atender a um conjunto de necessidades tidas como relevantes em certo momento histórico (ou seja, a suficiência importa na ideia pragmática de as necessidades indicadas no texto constitucional serem, realmente, do ponto de vista material, atendidas pelo valor monetário do salário mínimo). Embora a jurisprudência trabalhista e a do Supremo Tribunal Federal ainda não tenham inferido tal conclusão do Texto Constitucional, tem-se percebido novas possibilidades interpretativas nessa direção. Recorde-se que há Cortes Constitucionais de países europeus (Itália, por exemplo) que já entenderam fazer parte daquelas ordens jurídicas a característica da suficiência do salário, o que ensejaria até mesmo direito subjetivo de trabalhadores em situação salarial adversa a essa característica (como já estudado no capítulo anterior deste Curso).⁽¹²⁾

A Constituição de 1988, finalmente, buscou meios de favorecer a garantia do valor real do salário mínimo. Assim, de um lado, vedou “sua vinculação para qualquer fim” — proibição que objetivava evitar a utilização da figura como *medida de valor*, prática que historicamente sempre conspirou contra

(11) A partir de inúmeras decisões do STF sobre o assunto, foi inserido na OJ 358 o inciso II, em fevereiro de 2016, com o seguinte e relevante texto interpretativo: “II — Na Administração Pública direta, autárquica e fundacional não é válida remuneração de empregado público inferior ao salário mínimo, ainda que cumpra jornada de trabalho *reduzida*. Precedentes do Supremo Tribunal Federal”. Como os incisos IV e VII do art. 7º da Constituição não discriminam, nesse aspecto (ou em qualquer outro, aliás), os empregados do segmento privado da economia e da sociedade, torna-se clara a necessidade de se conferir plena efetividade, *para todos os empregados brasileiros*, às garantias e direitos lavrados nos incisos IV e VII do art. 7º da Constituição da República.

(12) A respeito do presente tema, consultar MUNIZ, Mirella Karen de Carvalho. *O Direito Fundamental ao Salário Mínimo Digno* — uma análise à luz do princípio da dignidade da pessoa humana. São Paulo: LTr, 2010.

sua efetiva valorização no contexto econômico. De outro lado, a Constituição determinou a incidência sobre a parcela de “reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo” (art. 7º, CF/88). Por fim, determinou que fosse fixado em lei, ao invés da antiga prática, anterior à CF/88, de ser fixado por intermédio de decreto do Poder Executivo.⁽¹³⁾

Piso Salarial Estadual — Registre-se que a Constituição da República, não obstante tenha unificado, nacionalmente, o salário mínimo (art. 7º, IV, *ab initio*), permitiu o posterior surgimento de leis estaduais fixadoras de *pisos salariais* mais favoráveis. É que seu art. 21, embora resguardando a clássica competência privativa da União para legislar sobre Direito do Trabalho (art. 21, *caput* e inciso I, *in fine*), criou autorização para surgimento de norma estadual sobre o tema: “Lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo” (parágrafo único do art. 21 da CF/88).

No contexto da permissão criada pela Constituição surgiu a LC n. 103, de 14.7.2000, autorizando Estados e Distrito Federal a instituírem, *mediante lei de iniciativa do Poder Executivo, o piso salarial de que trata o inciso V do art. 7º da Constituição Federal para os empregados que não tenham piso salarial definido em lei federal, convenção ou acordo coletivo de trabalho*. O piso salarial regional pode abranger inclusive os empregados domésticos (art. 1º, § 2º, Lei n. 103/2000).⁽¹⁴⁾

O STF tem considerado que as leis regionais, quando editadas, não eliminam, por incompatibilidade, regras convencionais privadas menos favoráveis relativas a pisos salariais de categorias profissionais diversas. Ou seja, havendo piso salarial fixado por CCT ou ACT no espaço de incidência da nova lei regional fixadora de piso salarial, prevalece a regra normativa privada menos favorável, e não a lei regional. Embora o fundamento dos julgados seja, efetivamente, relativo a *competência* (extrapolamento dos limites da delegação legislativa advinda da Lei Complementar n. 103/2000, em afronta ao art. 22, I e parágrafo único da Constituição),⁽¹⁵⁾ o efeito jurídico trabalhista é franquear-se incômoda exceção ao *princípio constitucional da norma mais favorável*, inserido claramente no *caput* do art. 7º do Texto Máximo.

(13) Cabe observar que o País, de todo modo, após décadas de desprestígio manifesto aos valores reais do salário mínimo, começou, desde 2003, a assegurar à verba aumentos efetivos de valor a cada ano, garantindo-lhe importante recuperação do poder de compra — fato que constitui uma das mais significativas afirmações dos objetivos do Direito do Trabalho na desigual sociedade capitalista. O Decreto n. 9.255, de 29.12.2017, entretanto, ao conferir reajuste de apenas 1,81% ao salário mínimo, entre o valor de 2017 (R\$ 937,00) para o montante de 2018 (R\$ 954,00), não conferiu continuidade à tendência de recuperação do poder de compra dessa relevante verba trabalhista constitucionalizada.

(14) Desde 2000, surgiram leis regionais instituidoras de pisos salariais, ilustrativamente, nos seguintes estados: Rio de Janeiro, São Paulo, Rio Grande do Sul, Santa Catarina e Paraná.

(15) Citem-se, ilustrativamente, a ADI 4391/RJ e a ADI 4364/SC, cujo julgamento encerrou-se em 2011.

B) Salário Profissional — O salário mínimo, como visto, consiste no *patamar genérico* de valor salarial estabelecido na ordem jurídica brasileira. A seu lado, existem alguns *patamares especiais* de valor salarial a serem observados no contexto do mercado de trabalho.

O primeiro desses patamares especiais de valor de salários desponta na figura do *salário mínimo profissional* (também chamado simplesmente *salário profissional*). Por essa figura entende-se o piso salarial mínimo devido a trabalhadores integrantes de certas *profissões legalmente regulamentadas*. O salário mínimo profissional, portanto, é fixado por lei, sendo deferido a profissional cujo ofício seja regulamentado também em diploma legal.

São exemplos expressivos de salário mínimo profissional os estipulados para médicos (Lei n. 3.999, de 1961; OJ 53, SDI-I/TST; Súmula 370, TST) e para engenheiros (Lei n. 4.950-A, de 1966; OJ 39, SDI-I/TST; Súmula 370, TST), além de outros profissionais que tenham leis regulamentadoras próprias.

É comum aos diplomas regulamentadores de profissões específicas fixarem o salário profissional mediante o parâmetro de certo montante de salários mínimos, como acima exemplificado. Essa tradicional conduta legislativa não se chocaria com o disposto no art. 7º, IV, CF/88, conforme já exposto — segundo a jurisprudência trabalhista dominante. Tem prevalecido o entendimento de que a proibição à utilização do salário mínimo como medida de valor (vedação à “...sua vinculação para qualquer fim”) dirige-se ao campo exterior ao Direito do Trabalho, não inviabilizando seu uso como critério de preservação contínua do valor real do salário efetivo do obreiro. O fundamento desta linha interpretativa é de que a nítida intenção do preceito constitucional seria preservar a desassociação do salário mínimo legal como *medida indexadora de preços e valores no conjunto do mercado e da economia* (a fim de propiciar sua contínua valorização ao longo do tempo), objetivo que não ficaria comprometido pela utilização da verba como elemento de cálculo da própria parcela salarial trabalhista. As antigas OJs. 39 e 53 da SDI-I e a Súmula 370, todas do TST, reconhecendo a validade dos salários profissionais de engenheiros e médicos empregados, demonstram que a jurisprudência trabalhista firmemente tem se pautado de acordo com a linha interpretativa aqui exposta.

Entretanto, cerca de 20 anos após a vigência da Constituição de 1988, o STF editou nova súmula, tendente a provocar significativa inflexão nessa linha interpretativa consolidada da jurisprudência trabalhista. De fato, a Súmula Vinculante 4, de 2008, estabelece que, “*salvo nos casos previstos na Constituição, o salário mínimo não pode ser usado como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, nem ser substituído por decisão judicial*”.

Para se compatibilizar o critério salarial fixado em múltiplos de salários mínimos (acolhido pela Súmula 370 do TST) com a proibição indexadora advinda do art. 7º, IV, CF/88 — *observada a leitura mais rigorosa feita pela Súmula Vinculante 4* —, é necessário que o salário efetivo do empregado seja convertido em *moeda real* (conversão em reais), recebendo em seguida os reajustes normativos aplicáveis que despontarem. Apenas o salário contratual *inicial* é que poderia, dessa maneira, seguir o piso fixado na lei profissional.

C) Salário Normativo e Salário Convencional — O segundo patamar especial de valor de salários desconta em duas figuras jurídicas próximas: *salário mínimo normativo* e *salário mínimo convencional*. Por essas figuras entende-se o patamar salarial mínimo devido a trabalhadores integrantes de certas categorias profissionais, conforme fixado em norma jurídica infralegal a elas aplicável.

O *salário mínimo normativo* (ou *salário normativo*) é aquele fixado por sentença normativa, resultante de processo de dissídio coletivo envolvente a sindicato de trabalhadores e respectivo(s) empregador(es) ou sindicato de empregadores. Traduz, assim, o patamar salarial mínimo aplicável no contexto da categoria representada pelo respectivo sindicato obreiro partícipe na relação processual de dissídio.

O *salário mínimo convencional*, por sua vez (também chamado simplesmente *salário convencional*), corresponde àquele patamar salarial mínimo fixado pelo correspondente instrumento negocial coletivo (convenção ou acordo coletivo de trabalho) para se aplicar no âmbito da respectiva categoria profissional ou categoria diferenciada.

A mesma reflexão relativa à utilização do salário mínimo legal como parâmetro de cálculo do salário profissional aplica-se, evidentemente, às figuras do salário normativo e do salário convencional.

III. PROTEÇÕES JURÍDICAS CONTRA ABUSOS DO EMPREGADOR

A ordem jurídica trabalhista classicamente tem estruturado uma teia articulada de garantias e proteções ao salário, de modo a viabilizar sua livre e imediata percepção pelo trabalhador ao longo da relação de emprego. Embora o núcleo dessas garantias e proteções dirija-se fundamentalmente às verbas salariais, a legislação e a jurisprudência têm sistematicamente ampliado o âmbito de abrangência do protecionismo construído, de modo a alcançar também parcelas contratuais trabalhistas que não tenham estrita natureza salarial. Grande parte das garantias e proteções, portanto, não obstante elaboradas originalmente em torno da parcela salarial, hoje debruçam-se sobre o conjunto de verbas trabalhistas decorrentes do contrato empregatício formado.

Esse articulado sistema de proteções justifica-se socialmente. As verbas salariais, na qualidade de contraprestação principal paga pelo empregador ao obreiro no contexto da relação de emprego, atendem a necessidades essenciais do trabalhador, como ser individual e ser social, respondendo, em substantiva medida, por sua própria sobrevivência e de sua família. Não é por outra razão que tais parcelas têm se constituído em tema central das lutas trabalhistas nos últimos dois séculos, magnetizando parte expressiva do potencial de articulação e organização dos trabalhadores no contexto empregatício.

Do ponto de vista jurídico, esse articulado sistema de proteções também claramente se justifica. É que a ordem jurídica reconhece no salário um caráter essencialmente alimentar, deferindo, em consequência, à parcela o mais notável universo de proteções que pode formular em contraponto com outros direitos e créditos existentes.

O sistema de proteções e garantias ao salário e demais verbas contratuais empregatícias desdobra-se em três dimensões de abrangência: garantias e proteções direcionadas a evitar abusos do empregador; garantias e proteções dirigidas a evitar o assédio dos credores do empregador; e, finalmente, garantias e proteções direcionadas a evitar o assédio dos próprios credores do empregado.

No presente item serão estudadas as medidas voltadas a garantir e proteger as parcelas salariais (e mesmo contratuais) contra eventuais irregularidades ou abusos do empregador.

Fixa o Direito do Trabalho um leque diversificado de garantias e proteções contra eventuais abusos do empregador no tocante ao pagamento e à própria higidez das verbas salariais. Tais proteções e garantias abrangem três níveis: *medidas relacionadas ao pagamento do salário* (a doutrina tende a falar apenas em “periodicidade do pagamento”, mas essa regra não esgota o grupo de proteções legais relativas ao pagamento do salário); *medidas relacionadas à irredutibilidade do salário*; finalmente, *medidas relacionadas à intangibilidade do salário (controle de descontos)*.

1. Critérios Legais de Pagamento Salarial: tempo, lugar, meios

A ordem jurídica estabelece para o empregador critérios objetivos concernentes ao pagamento do salário. Tais critérios dizem respeito ao *tempo* de pagamento, a seu *lugar* próprio e aos *meios* hábeis de concretização do pagamento salarial.

A) Tempo de Pagamento — Nesse tema, a primeira regra fundamental diz respeito à *periodicidade máxima mensal* para o pagamento do salário (art. 459, CLT). A periodicidade mensal, como visto, envolve não apenas o lapso temporal máximo para *pagamento* da parcela salarial (um mês), como

também o próprio critério temporal máximo para *cálculo* dessa parcela (hora, dia ou mês). Essa periodicidade imperativa abrange fundamentalmente o salário básico, refletindo-se também nos adicionais legais. Porém, não se aplica a certas parcelas de natureza salarial, como as comissões, percentagens e gratificações (art. 459, CLT).

A segunda regra fundamental é concernente ao *prazo máximo para pagamento* da parcela salarial acima mencionada. Esse prazo situa-se (desde a alteração celetista produzida pela Lei n. 7.855, de 1989) *no 5º dia útil seguinte ao mês de referência do salário* (o art. 459, parágrafo único, CLT, fala em “quinto dia útil do mês subsequente ao vencido”).

O pagamento de comissões, gratificações e outras percentagens (que não os adicionais legais) — que são parcelas que, em geral, não se calculam nem se vencem mensalmente — submete-se, por óbvio, a distinto critério temporal (art. 466, CLT). Não obstante esta especificidade, aplica-se também a tais parcelas o parâmetro genérico de que o pagamento deve efetivar-se em *dia útil*, vedando-se pagamentos salariais em dias de repouso (art. 465, CLT).

Enfatize-se que a jurisprudência já esclareceu satisfatoriamente a extensão da expressão *dia útil*. Ela exclui obviamente os dias de repouso (repouso semanal remunerado e feriados), mas não engloba dia não laborado em face da rotina empresarial interna (como ocorre frequentemente com o sábado). Tais dias são tidos, para todos os fins jurídicos, *como dias úteis não laborados* — conforme se depreende da interpretação lançada pela Súmula 113 do TST. Tal apreensão jurisprudencial é bastante sensata, ora favorecendo o empregado (caso do pagamento), ora favorecendo o empregador (caso do cálculo do repouso semanal remunerado). Desse modo, vencendo-se o 5º dia útil em um sábado não laborado, deverá o empregador efetuar o pagamento na sexta-feira anterior, para evitar a mora.⁽¹⁶⁾

A terceira regra diz respeito ao *momento de efetuação do pagamento* dos salários. Estipula a CLT que este importante ato deverá concretizar-se *dentro do horário do serviço ou imediatamente após o encerramento deste* (art. 465, CLT). O pagamento traduz a mais significativa obrigação contratual do empregador, devendo ser cumprido no período normal de trabalho ou imediatamente próximo a ele. Não quer a ordem jurídica que se fixem horários inusitados para cumprimento dessa relevante e rotineira obrigação, onerando-se o empregado com dispêndio de tempo excepcional (e extracontratual) para a percepção de sua verba de salário.

Há, finalmente, uma quarta regra, aplicável a salários devidos em contextos de *ações trabalhistas*. Em casos de *rescisão contratual*, fixava a

(16) Evidentemente que pode a regra coletiva negociada (CCT ou ACT) fixar critério mais favorável do que o previsto genericamente na lei.

lei a obrigação de o empregador pagar, *na data da primeira audiência do respectivo processo judicial a parte incontroversa dos salários*, sob pena de condenação a pagamento dobrado (art. 467, CLT). Trata-se, como se percebe, de norma punitiva, sem possibilidade, desse modo, de sofrer interpretação ampliativa. Não obstante, tem a jurisprudência acolhido a aplicação de tal preceito mesmo em quadros de revelia e confissão ficta (Súmula 69, TST), em que não há comparecimento ou contestação. De todo modo, a aplicação da pena nestas últimas situações deve fazer-se após criteriosa e sensata avaliação do caso concreto pelo juiz.

Note-se que a regra legal sofreu, em 2001, importante alteração (Lei n. 10.272, de 5.9.01), substituindo a referência restrita a *salários* por *verbas rescisórias*, mas reduzindo a 50% a cominação incidente sobre a *parte incontroversa dessas verbas* (novo art. 467, conforme Lei n. 10.272/2001)⁽¹⁷⁾.

B) Lugar de Pagamento — Nesse tema, a regra fundamental é que o pagamento seja feito em dia útil, *no local de trabalho*, dentro do horário do serviço ou imediatamente após o encerramento deste (art. 465, CLT). A intenção da ordem jurídica é tornar o pagamento procedimento funcional, ágil, prático. Em síntese, procedimento que, a um só tempo, transfira imediatamente para a posse do trabalhador a parcela salarial devida, como também o desonere de se submeter, depois da jornada, a longa espera ou a peregrinação em busca do pagamento cabível.

A regra geral celetista de que o salário seja pago *no local de trabalho* não é absoluta. Há modalidades de pagamento válidas que podem deslocar o pagamento para fora do estabelecimento de trabalho obreiro. É o que decorre da autorização contida na Convenção 95, OIT (promulgada pelo Decreto n. 41.721/57): a “...autoridade competente poderá permitir ou prescrever o pagamento do salário em cheque ou vale postal, quando esse modo de pagamento for prática corrente ou necessária, em razão de circunstâncias especiais, quando uma convenção coletiva ou uma sentença arbitral o determinar, ou quando, apesar de tais disposições, o trabalhador interessado o consentir” (art. 3º, inciso 2, Convenção 95/OIT). Com isso torna-se válido o pagamento através do hoje usual *crédito em conta corrente bancária* e até mesmo o *pagamento em cheque*⁽¹⁸⁾. Tais formas alternativas ao padrão básico celetista podem provocar o deslocamento do lugar de pagamento para fora do estabelecimento do empregador (caso de agências bancárias

(17) Para análise das cominações dos artigos 467 e 477 da CLT, examinar o Capítulo XXVIII, item VI. 3, deste Curso.

(18) Estas duas modalidades de pagamento, a propósito (cheque ou crédito em conta corrente bancária), já foram referidas em orientação administrativa do Ministério do Trabalho à fiscalização trabalhista (Portaria Ministério do Trabalho n. 3.281, de 7.12.1984). Hoje, a matéria encontra-se pacificada, em face do parágrafo único do art. 464 da CLT e do texto final do art. 465 da mesma Consolidação, conforme novas redações promovidas pela Lei n. 9.528/1997.

externas à empresa). Não há, assim, em princípio, irregularidade em tais práticas. O fundamental é que a escolha, pelo empregador, dessas formas modernas de pagamento não prejudique a *funcionalidade* — sob a perspectiva obreira — exigida pela ordem jurídica ao processo de pagamento. Portanto, tais modalidades importam, necessariamente, em algumas compatibilizações importantes: por exemplo, que a agência escolhida para o saque do cheque ou o crédito em conta esteja situada nas *proximidades do local de trabalho* (ou garantindo o empregador o transporte, caso o acesso à agência exija significativo deslocamento). Se se tratar de cheque, que seja *da praça* e que *não seja cruzado*. Mais ainda: é fundamental que a empresa assegure a *liberação do obreiro para sacar seu crédito, em horário compatível*. Tudo isso e outras medidas correlatas, se for o caso. O essencial é que tais novas modalidades de pagamento não gerem empecilhos suplementares ao imediato recebimento dos valores pagos, produzindo frustração quanto ao sentido teleológico das exigências dos artigos 463 e 465 da CLT, combinados com a Convenção 95, OIT.

Exatamente nesta linha, é que a Lei n. 9.528, de dezembro de 1997, oriunda de medidas provisórias prévias, ao acrescentar parágrafo único ao art. 464 da CLT, pacificou a questão, ao dispor que terá “força de recibo o comprovante de depósito em conta bancária, aberta para esse fim em nome da cada empregado, com o consentimento deste, *em estabelecimento de crédito próximo ao local de trabalho*” (grifos acrescidos).

C) Meios de Pagamento — No tema concernente aos meios hábeis à concretização do pagamento das verbas salariais, a regra fundamental celetista estatui que o salário tem de ser pago em “moeda nacional”, compreendida esta como a expressão monetária oficial e corrente no País (art. 463, CLT).

É absolutamente nulo o pagamento mediante “cartas de crédito”, bônus, cupons ou outros instrumentos semelhantes, ainda que supondo *representar* a moeda de curso legal no País (art. 463, CLT, combinado com art. 3º, *caput*, Convenção 95/OIT).

É absolutamente nulo ainda o pagamento mediante instrumentos que configurem o *truck system*, isto é, modalidades de vinculação automática do salário a armazéns ou sistemas de fornecimento de mercadorias (art. 462, §§ 2º, 3º e 4º, CLT). A relação que se estabelece com o armazém (ou ente semelhante) é civil e não pode autorizar interferência no âmbito do pagamento do contrato empregatício. O que quer definitivamente a ordem justralhista é vedar, de modo pleno e cabal, qualquer possibilidade de o empregador “... restringir a liberdade do trabalhador de dispor de seu salário da maneira que lhe convier” (art. 6º, Convenção 95/OIT).

São também nulos contratos que estipulem pagamento de salários em metal ou moeda estrangeira (Decreto-Lei n. 857/69; art. 463, CLT), por

conspirarem contra o curso forçado da moeda corrente do Brasil. Esta norma, entretanto, encontra exceções no próprio Direito do Trabalho (técnico estrangeiro contratado para trabalhar no País: Decreto-lei n. 691/69; empregado brasileiro transferido para trabalhar no exterior: Lei n. 7.064/82). Há também contratos excepcionados no Direito Comercial/Empresarial (exportação, importação, câmbio, etc., conforme Decreto-lei n. 857, de 1969). Observe-se, contudo, que as normas excepcionais tendem a autorizar apenas a indexação em moeda estrangeira nesses casos especificados, determinando que o pagamento efetivo verificado no País seja feito em moeda nacional⁽¹⁹⁾.

Como visto, a regra geral celetista é que o meio válido de pagamento do salário seja o dinheiro — moeda nacional (art. 463, CLT). À norma geral celetista acopla-se a citada regra oriunda do art. 3º, inciso 2, da Convenção 95/OIT (promulgada pelo Decreto n. 41.721/57), autorizativa de modalidades alternativas “práticas” ou “necessárias” de pagamento. A leitura lógica, sistemática e teleológica do conjunto desses dispositivos permite inferir-se — conforme já examinado — que o objetivo da ordem justrabalhista é garantir a disponibilidade imediata, pelo empregado, do *dinheiro* correspondente a seu salário, para dar-lhe a destinação que considerar conveniente (art. 6º, Convenção 95/OIT). Nesse contexto, torna-se válido o pagamento mediante crédito em conta corrente ou cheque da praça, desde que assegurada a absoluta funcionalidade e desoneração, sob a perspectiva obreira, de tal sistemática de pagamento (agência próxima ou fornecimento de transporte caso mais distante a agência, cheque da praça e não cruzado, liberação de horário compatível para recebimento, etc.). Evidenciando-se prático e sem restrições de qualquer natureza o pagamento através destas duas últimas modalidades, ter-se-ão como atendidos os objetivos enfatizados pelo Direito do Trabalho (parágrafo único do art. 464 da CLT).

A ordem jurídica admite também que parte do pagamento salarial se realize em bens ou serviços, isto é, *utilidades*. Trata-se da figura do chamado *salário in natura* ou *salário utilidade*, já examinada no item VIII do Capítulo XXI deste Curso. Acentue-se, porém, que a lei estabelece a obrigatoriedade de se pagar, pelo menos, uma pequena fração do salário em moeda corrente. Esta fração está fixada no montante de 30% do salário mínimo (art. 82, parágrafo único, CLT).

O correto pagamento somente se consuma se for efetuado à correta pessoa. No caso do salário, estipula a ordem jurídica que seu pagamento se faça *diretamente* ao empregado (art. 464, CLT). *Exige a lei que o salário seja entregue pessoalmente ao empregado e não a seu procurador (e,*

(19) O art. 3º do Decreto-Lei n. 691/69 estabelece, por exemplo, que a “...taxa de conversão da moeda estrangeira será, para todos os efeitos, a da data do vencimento da obrigação”. Noutras palavras: o pagamento faz-se em moeda nacional, convertido o salário fixado em moeda estrangeira (art. 1º) pela taxa de câmbio do dia do vencimento.

principalmente, não a seu credor) — sob pena de não desonerar o devedor trabalhista. É que o Direito do Trabalho não quer tolerar mecanismos que viabilizem, ainda que por vias transversas, a interferência de relações civis e comerciais firmadas pelo empregado em seu protegido crédito trabalhista.

Evidentemente que a ordem jurídica (aplicada com sensatez pelo operador do Direito) não rejeitará o *mandato* em situações excepcionais de impossibilidade de recebimento salarial pelo empregado mesmo, desde que configurado tratar-se apenas de efetivo (e exclusivo) mandato, em estrito benefício obreiro, sem manipulação por eventual mandatário-credor civil ou comercial. De todo modo, havendo dúvida, resta ao empregador sempre o funcional (e pacífico) instrumento da ação de consignação em pagamento (art. 890 e seguintes, CPC/1973; art. 539 e seguintes, CPC/2015).

Se a dúvida sobre o efetivo destinatário do pagamento for inevitável e manifesta — por exemplo, no caso de falecimento do obreiro, em que o pagamento deva ser feito ao espólio e seu inventariante, em princípio —, deve o empregador manejar a ação de consignação em pagamento (art. 890 e seguintes, CPC/1973; art. 539 e seguintes, CPC/2015). Proposta na própria Vara da Justiça do Trabalho (art. 651, CLT), esta ação evita o risco do *pagamento mal feito* (art. 308, CCB/2002), em face de eventuais subseqüentes disputas entre os dependentes ou herdeiros — eliminando, ademais, até mesmo o risco da *mora* no pagamento.

A quitação de verbas trabalhistas (notadamente salariais) será dada *por escrito* (art. 464, CLT). Sendo o empregado *analfabeto*, observar-se-ão as cautelas do art. 464 da CLT (impressão digital ou a rogo), harmonizadas, *preferivelmente* (em especial tratando-se de assinatura a rogo), ao previsto no art. 135 do antigo Código Civil (presença de duas testemunhas)⁽²⁰⁾.

2. Irredutibilidade Salarial

As medidas relacionadas à irredutibilidade do salário do trabalhador inscrevem-se entre aquelas garantias e proteções mais significativas criadas pela ordem jurídica no tocante a eventuais irregularidades ou abusos do empregador quanto ao pagamento e à própria higidez das verbas salariais.

Tais medidas, contudo, já foram exaustivamente analisadas nesta obra, no início do presente Capítulo, no item concernente às *proteções jurídicas*

(20) Há interpretações no sentido de ser dispensável a assinatura de duas testemunhas, por constar essa exigência apenas da lei geral (Código Civil), que não se comunicaria com a lei especial (CLT), conforme conduta inscrita no art. 2º, § 2º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (antiga “Lei de Introdução ao Código Civil”). O novo CCB, a propósito, no dispositivo correspondente ao velho art. 135, já não se refere à presença das duas testemunhas (art. 221 e art. 215, § 2º, CCB/2002).

quanto ao valor do salário. É desnecessário reproduzir-se, aqui, a exata mesma análise já exposta, remetendo-se, em consequência, o leitor ao item II. 1 deste Capítulo XXII.

3. Intangibilidade Salarial: controle de descontos

A) Regra Geral de Intangibilidade — No que tange às *medidas relacionadas à intangibilidade dos salários*, fixou a ordem jurídica a regra básica de vedação a descontos empresariais no salário obreiro (art. 462, *caput*, *ab initio*, CLT).

Essa garantia da intangibilidade salarial ampliou-se a contar de 5.10.1988. De fato, a Constituição da República estipula que a *retenção dolosa* do salário constitui crime (art. 7º, X, CF/88). A norma insculpida na Constituição obviamente não pode merecer interpretação extensiva — como qualquer norma fixadora de ilícito ou punição. Desse modo, deve-se compreender no sentido da norma constitucional a ideia de retenção do salário *stricto sensu*. Nessa linha, excluem-se dessa noção de salário retido (para fins penais) as parcelas salariais acessórias e ainda as verbas salariais controvertidas (a controvérsia sobre o débito exclui o próprio dolo em tais casos).

Feitas tais ressalvas, não há por que considerar-se ineficaz tal preceito constitucional. É que o tipo penal da apropriação indébita (art. 168, Código Penal) ajusta-se plenamente à hipótese (limitado, evidentemente, às situações de dolo), conferindo absoluta e cabal tipificação ao ilícito nos casos de retenção dolosa do salário-base incontroverso, por exemplo⁽²¹⁾.

B) Descontos Salariais Autorizados — A ordem justabalhista, contudo, tem autorizado diversas ressalvas à regra geral de vedação à efetuação de descontos no salário.

A primeira ressalva inscrita no art. 462 da CLT diz respeito aos *adiantamentos salariais* efetivados pelo empregador. Do ponto de vista técnico, porém, é certo que não se poderia considerar como *desconto* a simples dedução de adiantamento salarial já efetuado, uma vez que, em tal caso, o que ocorreu, na verdade, foi efetivo pagamento antecipado de salário. De todo modo, a CLT prefere arrolar os adiantamentos salariais no rol dos “descontos autorizados” (art. 462, *caput*).

A segunda ressalva do texto celetista diz respeito aos *descontos resultantes de dispositivos de lei*. Nesta larga hipótese, inúmeros descontos surgem no cotidiano laboral. Ilustrativamente, citem-se: descontos relativos a contribuição

(21) O art. 168 do Código Penal tipifica a figura da apropriação indébita como a conduta de “Apropriar-se de coisa alheia móvel, de que tem a posse ou a detenção”. Registre-se que a jurisprudência penalista dominante não tem considerado, porém, subsumida ao tipo penal da apropriação indébita a conduta de retenção de salários mensais, ainda que dolosa.

previdenciária oficial; imposto de renda deduzido na fonte; contribuição sindical obrigatória (art. 8º, IV, CF/88 c/c. art. 578 e seguintes, CLT);⁽²²⁾ prestações alimentícias judicialmente determinadas; pena criminal pecuniária; custas judiciais; dívidas junto ao Sistema Financeiro da Habitação (mediante requerimento: Lei n. 5.725/71); vale-transporte (Leis n. 7.418/85 e 7.619/87); retenção do saldo salarial por falta de aviso-prévio de empregado que pede demissão (art. 487, § 2º, CLT); participação do empregado no custo do vale-cultura (art. 8º, §§ 1º e 2º, Lei n. 12.761/2012; art. 15, Decreto n. 8.084, de 26.8.2013); empréstimo financeiro contratado pelo trabalhador, nos moldes e limites da Lei n. 10.820/03 (conversão da MP n. 130, publicada em 18.9.2003). Neste último quadro, a propósito, surgiu em 10.7.2015 a MPr. n. 681, convertida na Lei n. 13.172/2015, alargando os limites de descontos salariais por razões financeiras, regulados pela Lei n. 10.820/2003. Com a mudança legal, permitiu-se o acréscimo de mais 5% de desconto, até o limite de 35%, para amortizações de despesas contraídas por meio de cartão de crédito ou utilização com a finalidade de saque por esse mesmo meio creditício (nova redação do art. 1º, § 1º, I e II, da Lei n. 10.820/03).⁽²³⁾

A terceira ressalva indicada no texto celetista diz respeito a *descontos autorizados por norma negocial coletiva* (a CLT fala em dispositivo de contrato coletivo, valendo-se de expressão anterior à modificação promovida em seu Título VI pelo Decreto-lei n. 229/67, instituindo a Convenção Coletiva e o Acordo Coletivo do Trabalho). A jurisprudência dominante tem compreendido que tais descontos referem-se a contribuições sindicais distintas da legal obrigatória (a qual, conforme dito, desde a Lei n. 13.467/2017, passou a ser facultativa), podendo incidir estritamente sobre *empregados sindicalizados*. Semelhante restrição aplicar-se-ia inclusive à chamada contribuição confederativa, aventada pelo art. 8º, IV da CF/88⁽²⁴⁾.

Há correntes que entendem que não pode o Judiciário *atenuar* descontos pactuados coletivamente para serem feitos sobre o salário do obreiro sindicalizado — isso em virtude das regras contidas no art. 7º, XXVI e 8º, I, CF/88, assecuratórias do reconhecimento dos instrumentos normativos negociados e da inviabilização da intervenção estatal nos sindicatos.

(22) Pela Lei n. 13.467, vigente desde 11.11.2017, a antiga contribuição sindical obrigatória regulada pela CLT (arts. 545, 578, 579, 582, 583, 587 e 602 da Consolidação) tornou-se meramente facultativa, ficando, em consequência, o seu desconto submetido à prévia e expressa autorização do empregado.

(23) A Lei n. 13.313, de 14.7.2016 (resultado da conversão da MPr. n. 719, de 29.3.2016), permitiu também a oferta, pelo empregado, como garantia de empréstimo consignado, na forma da Lei n. 10.820/2003, de parcela (até 10%) dos depósitos do FGTS e da multa rescisória do Fundo (até 100%). Neste caso, porém, não se trata de desconto salarial, é claro.

(24) Esta é a linha da OJ 17 e do Precedente Normativo 119, da SDC/TST, e Súmula 666 do STF. O novo art. 611-B, inciso XXVI, da CLT, inserido pela Lei n. 13.467/2017, dispõe na mesma direção. Sobre o tema, consultar o Capítulo XXXV deste Curso (“Direito Coletivo e Sindicato”).

Essa interpretação não está isenta de problemas, entretanto. Na verdade, *o aparelho administrativo do Estado é que não pode interferir em associação sindical* (como sempre fez o Estado brasileiro, ao longo das décadas de repressão à organização livre dos trabalhadores). Isso não significa que os atos sindicais estejam isentos de exame acerca de sua legalidade — exame a ser feito, obviamente, mediante o devido processo legal, *em juízo* (como deflui, por exemplo, dos incisos XIX e XXXV do art. 5º, CF/88). Desse modo, se uma contribuição associativa mostrar-se nitidamente *abusiva*, em vista de seu *desmesurado valor*, pode o Judiciário, sob tal perspectiva, *adequá-la* a parâmetro que a afaste da fronteira da irregularidade.

A quarta ressalva colocada pelo texto celetista diz respeito a *descontos relativos a dano causado pelo empregado, ocorrendo dolo deste* (§ 1º do art. 462, CLT).

A quinta ressalva efetuada pela ordem jurídica diz respeito a *descontos relativos a dano causado pelo empregado, ocorrendo culpa deste e desde que esta possibilidade tenha sido pactuada* (§ 1º do art. 462, CLT). Esta hipótese autorizativa, contudo, tem sido atenuada pela jurisprudência. Tem-se compreendido que, em situações laborais envolvidas à efetiva possibilidade de acidentes com máquinas e equipamentos, não se poderia optar pela responsabilização obreira (§ 1º do art. 462) em detrimento do risco empresarial perante o empreendimento (*caput* do art. 2º, também da CLT). Nesse contexto, enquadrando-se o dano em ocorrência que pode ser também imputada ao risco da atividade empresarial, prevalece o princípio geral da assunção dos riscos pelo empregador em contraponto à ressalva da responsabilidade obreira pelo dano.

Nessa mesma linha atenuadora do preceito celetista, percebe-se ainda a tendência jurisprudencial de exigir-se uma intensificação especial da culpa do trabalhador no evento em que se verificou o dano. Interpreta-se, assim, a expressão celetista culpa como *culpa grave*⁽²⁵⁾.

Observe-se que, neste tópico, há *relativa* incompatibilidade do texto celetista com a nova Constituição da República. Esta coloca a saúde como “*direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos...*” (art. 196, grifos acrescidos); qualifica como de “*relevância pública as ações e serviços de saúde...*” (art. 197, grifos acrescidos); define a seguridade social como um “*conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde...*” (art. 194, grifos acrescidos); determina, por fim, a “*redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança*” (art. 7º, XXII,

(25) A respeito, CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 315.

grifos acrescidos). Ora, nesse quadro, *um sistema de trabalho que conduza à extenuação obreira (realização de horas extras, por exemplo), elevando os riscos de acidente de trabalho, não poderá, jamais, permitir a configuração da culpa (negligência, por exemplo) aventada pelo texto legal celetista examinado*. Assim, ou se reduz a efetiva abrangência do art. 462, § 1º, da CLT (interpretação em conformidade com a Constituição), ou se terá tal preceito como invalidado, por incompatibilidade perante o Texto Máximo, a partir de 5.10.1988.

Observe-se que o cotidiano trabalhista tem gerado *outras hipóteses recorrentes de descontos efetivados no salário obreiro*. É o que se passa, por exemplo, com descontos relativos a bens ou serviços colocados à disposição do empregado pelo próprio empregador ou por entidade a este vinculada. Ilustram tais descontos as contribuições recolhidas a título de inserção obreira em programas de seguros coletivos, previdência privada, saúde pessoal e familiar, clubes recreativos, cooperativas de crédito ou de consumo obreiras e outros fins correlatos.

Duas posições interpretativas transparecem com relação a tais descontos. A primeira, considerando-os inválidos, uma vez que não autorizados, explicitamente, pelo art. 462 da CLT. Nessa linha, ainda que praticados ao longo de todo o contrato, deveriam ser devolvidos ao obreiro, em face de sua irregularidade trabalhista.

A segunda posição interpretativa com respeito a essas novas hipóteses de desconto salarial busca estabelecer um critério prático para sua avaliação jurídica. Assim, considera relevante à aferição da validade ou não do referido desconto a efetiva adesão obreira ao pacto acessório ensejador da dedução e a circunstância de o desconto ensejar efetiva vantagem específica ao trabalhador ou sua família. *Sendo verdadeiramente acordados e verdadeiramente contraprestativos, tais descontos manter-se-iam como válidos, não afrontando a regra protetiva inserta no art. 462 examinado*. Nessa direção encaminhou-se a jurisprudência majoritária, como explicitado na Súmula 342, TST, de 1995: “descontos salariais efetuados pelo empregador, com a autorização prévia e por escrito do empregado, para ser integrado em planos de assistência odontológica, médico-hospitalar, de seguro, de previdência privada, ou de entidade cooperativa, cultural ou recreativa associativa dos seus trabalhadores, em seu benefício e dos seus dependentes, não afrontam o disposto pelo art. 462 da CLT, salvo se ficar demonstrada a existência de coação ou de outro defeito que vicie o ato jurídico”.

Em linha similar à jurisprudência dominante, surgiu alteração no art. 458 da CLT (Lei n. 10.243, de 19.6.2001). O dispositivo, ao não considerar salário-utilidade a oferta de bens e serviços como educação, saúde, transporte, seguros e previdência privada (art. 458, § 2º, II, III, IV, V e VI, CLT), confere

reconhecimento a tais pactos adjetos favoráveis aos empregados, afastando a presunção de ilicitude que era subjacente à primeira posição interpretativa acima enunciada. Em direção similar, o disposto no novo § 5º do art. 458 da CLT, introduzido pela Lei n. 13.467/2017.⁽²⁶⁾

C) A Especificidade Rurícola no Tema dos Descontos — O tema relativo a descontos salariais evidencia certa especificidade da categoria rural em face da urbana. É que a Lei de Trabalho Rural trouxe regra ainda mais restritiva do que a contida no art. 462 da CLT a esse respeito. Nessa linha, dispõe o art. 9º Lei n. 5.889/73: “*Salvo as hipóteses de autorização legal ou decisão judiciária*, só poderão ser descontadas do empregado rural as seguintes parcelas, *calculadas sobre o salário mínimo*: a) até o limite de 20% (vinte por cento) pela *ocupação da morada*; b) até 25% (vinte e cinco por cento) pelo *fornecimento de alimentação* sadia e farta, atendidos os preços vigentes na região; c) *adiantamentos em dinheiro*.” Esclarece o parágrafo 1º do mesmo artigo que as “deduções acima especificadas deverão ser *previamente autorizadas*, sem o que serão nulas de pleno direito” (grifos acrescidos ao texto legal citado).

A especificidade normativa rurícola (a lei especial não se comunica com a geral, conforme Teoria Geral do Direito e art. 2º, § 2º, Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro) elimina, portanto, os descontos indenizatórios por culpa do trabalhador (que teriam de ser *pactuados*, segundo a CLT). A mesma regra especial elimina, também, outros descontos a título de salário utilidade, além de alimentação e moradia⁽²⁷⁾.

IV. PROTEÇÕES JURÍDICAS CONTRA DISCRIMINAÇÕES NA RELAÇÃO DE EMPREGO

Discriminação é a conduta pela qual se nega à pessoa, em face de critério injustamente desqualificante, tratamento compatível com o padrão jurídico assentado para a situação concreta por ela vivenciada.

A causa da discriminação reside, muitas vezes, no cru *preconceito*, isto é, um juízo sedimentado desqualificador de uma pessoa em virtude de uma sua característica, determinada externamente, e identificadora de um grupo

(26) A Lei n. 12.761, de 27.12.2012, inseriu novo inciso VIII no art. 458, § 2º, da CLT: “§ 2º Para os efeitos previstos neste artigo, não serão consideradas como salário as seguintes utilidades concedidas pelo empregador: (...) VIII – o valor correspondente ao vale-cultura”.

(27) Para análise das particularidades rurícolas quanto ao salário-utilidade, consultar o item VIII.5 do Capítulo XXI do presente Curso. Para a análise das particularidades da *relação empregatícia doméstica* quanto ao salário-utilidade e descontos nos salários do empregado, consultar também, dentro do mesmo Capítulo XXI deste Curso, o item VIII.6. Quanto a esta dimensão do tema, consultar também DELGADO, M. G.; DELGADO, G. N. *O Novo Manual do Trabalho Doméstico*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2016.

ou segmento mais amplo de indivíduos (cor, etnia, sexo ou gênero, nacionalidade, origem, estado civil, deficiência, riqueza, orientação sexual, etc.). Ou, como afirma *Ronald Dworkin*, do fato de ser “membro de um grupo considerado menos digno de respeito, como grupo, que outros”⁽²⁸⁾.

Mas a discriminação pode, é óbvio, também derivar de outros fatores relevantes a um determinado caso concreto específico.

O combate à discriminação é uma das mais importantes áreas de avanço do Direito característico das modernas democracias ocidentais. Afinal, a sociedade democrática distingue-se por ser uma sociedade voltada para processos de inclusão social, contraponto às antigas sociedades, que se caracterizavam por serem reinos fortemente impermeáveis, marcados pela exclusão social e individual.

Também o Direito do Trabalho tem absorvido essa moderna vertente de evolução da cultura e prática jurídicas. No caso brasileiro, essa absorção ampliou-se, de modo significativo, apenas após o advento da mais democrática *carta de direitos* já insculpida na história política do País, a Constituição da República de 1988.

1. Não Discriminação e Isonomia: distinções

A relevância, no Direito atual, do combate antidiscriminatório erigiu ao *status* de *princípio* a ideia de não discriminação.

O *princípio da não discriminação* seria, em consequência, a *diretriz geral vedatória de tratamento diferenciado à pessoa em virtude de fator injustamente desqualificante*.

É que, conforme visto, discriminação define-se como a conduta pela qual se nega a alguém, em função de fator injustamente desqualificante, tratamento compatível com o padrão jurídico assentado para a situação concreta vivenciada. O referido princípio rejeita validade jurídica a essa conduta discriminatória.

Há certa dúvida sobre se cabe falar-se *em princípio de não discriminação* ou em *princípio de isonomia*, como proposição geral externa aplicável ao ramo justralhista especializado⁽²⁹⁾.

A dúvida é razoável, pois, afinal, não é pacífica a própria diferenciação entre as duas noções.

(28) DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 450.

(29) O presente paralelo entre não discriminação e isonomia é retirado, originalmente, da obra deste autor, *Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2001, em seu Capítulo V, item III.2.A (na 4ª edição da obra, de 2013, ver Capítulo VI, item III, 3.A).

Contudo, não são conceitos efetivamente idênticos. O princípio da não discriminação é princípio de proteção, de *resistência*, denegatório de conduta que se considera gravemente censurável. Portanto, labora sobre um *piso de civilidade* que se considera mínimo para a convivência entre as pessoas.

Já o princípio da isonomia é mais amplo, mais impreciso, mais pretensioso. A ideia de *isonomia* ultrapassa, sem dúvida, a mera *não discriminação*, buscando igualar o tratamento jurídico a pessoas ou situações que tenham relevante ponto de contato entre si. Mas não é, necessariamente (embora em certas situações concretas possa se confundir com isso), princípio de resistência básica, que queira essencialmente evitar conduta diferenciadora por fator injustamente desqualificante. A isonomia vai além, podendo seu comando igualador resultar de mera conveniência política, cultural ou de outra natureza (embora estas também sejam importantes, é claro), sem comparecer, no caso, fundamentalmente para assegurar um *piso mínimo de civilidade* para as relações entre as pessoas.

É exemplo de aplicação do princípio não discriminatório no Direito do Trabalho a proibição de tratamento jurídico-contratual desigual à *empregada* em desfavor do *empregado*, em face de ser ela mulher. Hoje, a diferença sexual (ou de gênero) não pode ser utilizada, em si, como critério de valoração; hoje, se essa diferença for utilizada como fator desqualificante, será tida como fator injusto, inaceitável, discriminatório. Rejeitar a ordem jurídica tal diferenciação significa, pois, estar ela assegurando, de fato, um piso mínimo de civilidade para as relações contratuais entre homem e mulher, entre todos os pactuantes, relativamente a seu gênero.

Por outro lado, é exemplo de aplicação do princípio isonômico no Direito do Trabalho a determinação de tratamento justabalhista igual (direitos laborativos iguais) a *empregados e trabalhadores meramente avulsos*. Ora, são trabalhadores diversos, que não se confundem tecnicamente. O manto protetivo do Direito do Trabalho dirige-se, em rigor, a uma figura sociojurídica especial, o empregado, formado pelos cinco elementos caracterizadores da relação de emprego (pessoa natural prestando serviços, com não eventualidade, pessoalidade, subordinação e onerosidade)⁽³⁰⁾. Nem todos esses elementos estão presentes na figura do trabalhador avulso. Não há, portanto, situação discriminatória entre eles (assim como entre o empregado e outros trabalhadores distintos, como o autônomo, o eventual — de que o avulso é um tipo particular, etc.).

Mas o Direito, por critério isonômico amplo, enfatizador dos pontos de contato entre as duas situações, em detrimento dos pontos diferenciadores

(30) Para análise desses cinco elementos constitutivos da relação de emprego, consultar o Capítulo VIII (“Relação de Trabalho e Relação de Emprego”) da obra deste autor, *Introdução ao Direito do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2001. Ver também o Capítulo IX deste Curso.

reais, preferiu determinar a igualdade de tratamento jurídico (hoje, a determinação tem fundo até mesmo constitucional — art. 7º, XXXIV, CF/88).⁽³¹⁾

Rigorosamente, o Direito do Trabalho incorporou, de fato, como critério básico, apenas o *princípio da não discriminação*. A proposição mais ampla e imprecisa da isonomia tem sido aplicada somente em certas circunstâncias mais estreitas e não como parâmetro informador universal. O princípio anti-discriminatório, contudo, é onipresente no ramo juristrabalhista especializado.

O jurista uruguaio *Américo Plá Rodriguez*, em texto do ano 2000, quando passou a tratar dos princípios da igualdade e da não discriminação em sua clássica obra, *Princípios de Direito do Trabalho*, apontou com perspicácia e firmeza a presente diferenciação. Diz ele ser o princípio da não discriminação “a versão mais modesta ou simples” do princípio da igualdade (ou isonomia); por este princípio “proíbe-se introduzir diferenciações por razões não admissíveis”⁽³²⁾. Pela proposição não discriminatória excluem-se “todas aquelas diferenciações que põem um trabalhador numa situação de inferioridade ou mais desfavorável que o conjunto, e sem razão válida nem legítima”⁽³³⁾.

Nesta linha também esclarece o juslaborista *Arion Sayão Romita*: “Proíbe-se a distinção que não assente num fundamento razoável. A distinção é lícita, desde que razoável, não arbitrária. A distinção é aceitável, é plenamente justificável quando não for discriminatória...”⁽³⁴⁾.

Já a noção de isonomia, igualdade, por sua amplitude, não seria compatível com a diversidade inerente à vida real e nem com os próprios objetivos essenciais do Direito do Trabalho, que busca estabelecer, segundo *Plá Rodriguez*, um “nível mínimo de proteção”. Pondera este jurista que o Direito “busca é evitar o atraso face ao nível normal ou geral; mas não se pretende equiparar todos no nível mais alto, porque alguém o obteve”⁽³⁵⁾. Afinal, o Direito não visa a proibir “todas as diferenças, mas só as diferenças injustificadas, que costumam ser identificadas pela palavra discriminação”⁽³⁶⁾.

(31) Regra curiosa de tratamento isonômico havia no § 1º do art. 39 da Constituição, em seu texto original: “A lei assegurará, aos servidores da Administração Direta, isonomia de vencimentos para cargos de atribuições iguais ou assemelhados do mesmo Poder ou entre servidores dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, ressalvadas as vantagens de caráter individual e as relativas à natureza ou ao local de trabalho”. Embora não houvesse qualquer traço de discriminação entre as situações equiparadas (servidores de poderes distintos da República, que realizaram concurso público manifestamente distinto), a regra criava largo critério de isonomia. O generoso preceito foi, por fim, revogado pela EC n. 19/1998.

(32) RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000, p. 442.

(33) RODRIGUEZ, A. P., ob. cit., p. 445.

(34) ROMITA, Arion Sayão. O Acesso ao Trabalho das Pessoas Deficientes Perante o Princípio da Igualdade. Curitiba: Genesis, in *Genesis — Revista de Direito do Trabalho*, n. 86, fevereiro/2000, p. 186.

(35) RODRIGUEZ, Américo Plá, ob. cit., p. 444; grifos acrescentados.

(36) RODRIGUEZ, A. P., ob. cit., p. 442.

Completa o jurista uruguaio, com sinceridade: “Em síntese, podemos dizer que, depois de vários anos de reflexão, nos inclinamos por admitir o princípio de não discriminação, mas não o de igualdade”⁽³⁷⁾.

2. Proteções Antidiscriminatórias Trabalhistas: linhas gerais

As proteções jurídicas contra discriminações na relação de emprego são distintas. De um lado, há as proteções jurídicas contra *discriminações em geral*, que envolvem tipos diversos e variados de empregados ou tipos diversos de situações contratuais. Embora grande parte desses casos acabem por ter, também, repercussões salariais, o que os distingue é a circunstância de serem discriminações de dimensão e face diversificadas, não se concentrando apenas (ou fundamentalmente) no aspecto salarial.

De outro lado, há as proteções que envolvem especificamente *discriminações com direta e principal repercussão na temática salarial*. Desdobram-se estas em quatro situações mais notáveis, sendo três já tradicionais ao ramo justralhista e uma mais recentemente advinda ao cotidiano do mercado de trabalho.

As três situações tradicionais são: aquela envolvente ao instituto da *equiparação salarial*; as situações similares que ocorram em empresas que organizam seus trabalhadores em *quadro de carreira*; finalmente, a situação que trata do nível salarial devido ao empregado *substituto provisório* de um colega que receba salário superior. A situação nova criada no mercado de trabalho e que também suscita o debate acerca do tema da discriminação é aquela envolvente aos trabalhadores submetidos ao mecanismo da *terceirização*.

3. Constituição de 1988: importância na temática antidiscriminatória

A análise dos parâmetros das proteções antidiscriminatórias trabalhistas permite, ainda, uma segunda reflexão comparativa. De fato, há significativa diferenciação no conjunto dessas proteções caso se proceda a um contraponto entre os períodos histórico-jurídicos separados pela Constituição de 1988.

Efetivamente, a ordem justralhista sempre se caracterizou pela presença de mecanismos de proteção contra a ocorrência de discriminações no contrato de trabalho. Tais mecanismos, entretanto, tendem obviamente a se ampliar à medida que se ampliam as franquias democráticas no conjunto da sociedade política e civil, projetando reflexos na relação de emprego. Nesse quadro, a Constituição de 1988 surgiu como o documento juspolítico mais significativo já elaborado na história do País acerca de mecanismos vedatórios a discriminações no contexto da relação de emprego.

(37) RODRIGUEZ, A. P., ob. cit., p. 445.

O marco constitucional de 1988 lançou, assim, um divisor nítido de fases nessa seara temática: de um lado, verifica-se o período anterior a 88, com referências jurídicas relativamente tímidas e dispersas; de outro lado, desponta o período iniciado com a nova Constituição, que se distingue pelo surgimento de um largo e consistente *sistema* de proteções jurídicas contra discriminações empregatícias.

Registre-se que o sistema constitucional de proteções contra discriminações, que tem caráter abrangente e diversificado, conta ainda na Constituição com um parâmetro normativo geral de natureza antidiscriminatória. Trata-se do dispositivo lançado no título magno que fixa os “Princípios Fundamentais” da República Brasileira: “Art. 3º — Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: (...) IV — promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e *quaisquer outras formas de discriminação*” (grifos acrescidos).

4. Tradicionais Proteções Antidiscriminatórias

Os mecanismos tradicionais de proteção contra discriminações trabalhistas existentes no Direito brasileiro caracterizavam-se por um grupo ainda não sistemático de dispositivos: havia preceitos inseridos no texto da CLT e alguns poucos dispositivos antidiscriminatórios incorporados nas cartas constitucionais anteriores a 1988. Ao lado dessas normas jurídicas, verificava-se, ainda, a existência de alguma referência normativa posicionada em diplomas legais externos à Consolidação e, eventualmente, até mesmo externos ao próprio Direito do Trabalho.

Nessa linha, previa a CLT que “a todo trabalho de igual valor corresponderá salário igual, *sem distinção de sexo*” (art. 5º; grifos acrescidos). A singeleza da proteção celetista (vedação à discriminação exclusivamente em face do sexo) foi ampliada pela Constituição de 1946: “proibição de diferença de salário para um mesmo trabalho por motivo de *idade, sexo, nacionalidade ou estado civil*” (art. 157, II; grifos acrescidos). Além da diferença sexual, também a idade, a nacionalidade ou o estado civil passaram a ser parâmetro para proteções antidiscriminatórias no campo salarial do contrato de trabalho.

As cartas constitucionais do período autoritário mais recente do País produziram algumas modificações neste padrão normativo anterior. O documento juspolítico de 1967, por exemplo, retirou do rol oriundo do texto de 1946 os parâmetros da *nacionalidade e idade*, acrescentando o parâmetro *cor* e a referência a *critérios de admissões* (art. 158, III, CF/67: “proibição de diferença de salários e de critérios de admissões por motivo de sexo, cor e estado civil”). A Carta de 1969 (EC n. 01/69, art. 165, III) manteve a alteração produzida dois anos atrás, repetindo a mesma norma jurídica.

Algumas observações podem ser feitas a respeito dessa evolução jurídica. Em primeiro lugar, o parâmetro antidiscriminatório da *cor* (ou *raça*; melhor dizendo, *etnia*), incorporado pela Carta de 1967, na verdade já se encontrava lançado pela Lei n. 1.390/51, que incluía entre as contravenções penais a prática de atos resultantes de preconceitos de raça ou de cor.⁽³⁸⁾ De todo modo, desde 1967 esse parâmetro não mais deixou o texto constitucional, reproduzindo-se, inclusive, no atual Texto Máximo (art. 7º, XXX). A Constituição de 1988, contudo, aprofundou a garantia jurídica, ao estabelecer que “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei” (art. 5º, XLII). Na regulamentação desse último preceito constitucional, surgiu a Lei n. 7.716/89.

Em segundo lugar, o parâmetro antidiscriminatório da *idade* — lançado em 1946 e suprimido em 1967 — foi reincorporado pelo Texto Constitucional de 1988 (art. 7º, XXX, CF/88). A Constituição de 1988 foi mais explícita ainda nessa intenção antidiscriminatória, ao estipular que entre a proteção especial normativamente deferida aos menores englobava-se a “garantia de direitos previdenciários e trabalhistas” (art. 227, § 3º, II, CF/88).

Em terceiro lugar, o parâmetro antidiscriminatório da *nacionalidade*, que fora lançado em 1946, suprimido em 1967, só retornando ao Texto Magno em 1988. É bem verdade que não foi mencionado no segmento constitucional especificamente dirigido à ordem justabalhista (ver-se, a respeito, o silêncio do art. 7º, XXX). Contudo, o Texto Magno de 1988 incorporou tal parâmetro antidiscriminatório no próprio corpo de um dos preceitos centrais sobre igualdade constante da Constituição. De fato, o art. 5º, *caput*, CF/88 estabelece, firmemente, que “*todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes...*” (grifos acrescidos).

Finalmente, o parâmetro antidiscriminatório sexo (na linguagem contemporânea, *gênero*). Embora tradicionalmente repetido nos textos normativos mencionados, jamais foi considerado, pela cultura jurídica dominante, inviabilizador da forte discriminação tutelar que a CLT sempre deferiu às mulheres no contexto do Direito do Trabalho pátrio. Desse modo, apenas após a Constituição de 1988 é que se faria uma revisão nessa concepção jurídica tutelar.

O sistema celetista tradicional previa ainda outra medida de proteção contra discriminações. De fato, dispunha o art. 6º da CLT que “não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador e o executado no domicílio do empregado, desde que esteja caracterizada a relação de emprego” (preceito alterado em 2011, pela Lei n. 12.551, de 15.12.11).

(38) As palavras *cor* ou *raça* constam de textos normativos mais antigos (por exemplo, estão no art. 1º da Lei n. 1.390/1951). Contemporaneamente, prevalece o uso da palavra *etnia* — embora também receba críticas.

5. *Novas Proteções Antidiscriminatórias a Contar de 1988*

A Constituição de 1988 alargou, significativamente, as medidas proibitivas de práticas discriminatórias no Brasil.

Algumas delas foram elaboradas enfocando diretamente as situações envolvidas à relação de emprego (por exemplo, as normas indicadas no art. 7º). Outras, embora não objetivando estritamente as figuras do empregado e do empregador, tiveram o condão, por sua generalidade, de abarcar também as situações próprias à relação empregatícia (ilustrativamente, normas constantes do art. 5º da CF/88).

Algumas dessas medidas antidiscriminatórias já tinham sido aventadas, de algum modo, por texto normativo anterior a 1988, conforme já percebido pela exposição acima. Contudo, a nova Constituição implementou-lhes alteração, alargamento e aprofundamento tão significativos que deu origem a um padrão jurídico qualitativamente novo em contraponto com o período anterior. Outras medidas antidiscriminatórias, porém, destacavam-se pelo completo pioneirismo se contrapostas ao universo normativo trabalhista do período jurídico precedente.

A) Discriminação Contra a Mulher — A primeira significativa modificação constitucional encontra-se no tocante à situação da mulher trabalhadora.

Não obstante os textos constitucionais anteriores vedassem discriminação em função de sexo (isto é, gênero), o fato é que a cultura jurídica prevalecente jamais considerou que semelhante dispositivo tivesse o condão de suprimir condutas tutelares discriminatórias contra a mulher no contexto do mercado de trabalho ou no próprio interior da relação de emprego.

A Constituição de 1988, entretanto, firmemente, eliminou do Direito brasileiro qualquer prática discriminatória contra a mulher no contexto empregatício — ou que lhe pudesse restringir o mercado de trabalho —, ainda que justificada a prática jurídica pelo fundamento da proteção e da tutela. Nesse quadro, revogou inclusive alguns dispositivos da CLT que, sob o aparentemente generoso manto tutelar, produziam efeito claramente discriminatório com relação à mulher obreira.

Nessa linha, dispôs a Constituição de 1988 (art. 5º, *caput* e inciso I) que “*todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza ...*” e que “*homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição*”. Enfatizando ainda sua intenção antidiscriminatória no que tange ao *sexo* (no sentido de *gênero*), incorporou esse referencial ao conjunto de parâmetros antidiscriminatórios especificados por seu art. 7º, XXX.

Ao lado desse firme comando antidiscriminatório, estipulou a Constituição, em seu art. 7º, XX, a “proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante *incentivos específicos*, nos termos da lei” (grifos acrescidos). Ob-

serve-se que aqui a Constituição permite uma prática diferenciada *desde que efetivamente dirigida a proteger (ou ampliar) o mercado de trabalho da mulher*. Nesse quadro, em vista de mais um fundamento constitucional, tornam-se inválidas normas jurídicas (ou medidas administrativas ou particulares) que importem em direto ou indireto desestímulo à garantia ou abertura do mercado de trabalho para a mulher.

A Lei n. 7.855/89, editada meses após a nova Constituição, procurou adequar a CLT ao comando antidiscriminatório constitucional. Assim, revogou preceitos que autorizavam a interferência marital ou paterna no contrato empregatício da mulher adulta (antigo art. 446, CLT), revogando, ainda, parte expressiva do capítulo celetista que tratava da “proteção ao trabalho da mulher” (como dispositivos que exigiam atestados médicos especiais da mulher e lhe restringiam a prestação de certos tipos de trabalho: antigos arts. 374/375, 378 a 380 e 387 da CLT, por exemplo).

Mas, insista-se: tais preceitos celetistas já estavam revogados (não recepcionados), em decorrência de frontal incompatibilidade com a Constituição emergente. *Isso significa que outros preceitos discriminatórios ignorados pela Lei n. 7.855/89 também não mais produzem efeitos, por estarem revogados, de modo tácito (isto é, não recebidos), inequivocamente, pelo Texto Constitucional citado*. É o que se passa, por exemplo, com o art. 383, da CLT, que exige um repouso mínimo de *uma a duas horas* para a obreira, qualquer que seja a extensão de sua jornada de trabalho. Ora, tal preceito é grosseiramente discriminatório (e insensato), impondo à mulher uma disponibilidade temporal enorme (ao contrário do imposto ao homem) *mesmo em casos de curtas jornadas, abaixo de seis horas ao dia* (como previsto no art. 71, § 1º da CLT, que prevê, em tais casos, descanso de apenas 15 minutos).

Ao invés, não se encontra revogado (ou não recepcionado) pela Constituição o art. 384 da CLT, que estabelece intervalo de 15 minutos para a mulher nos casos de prorrogação de jornada, “*antes do início do período extraordinário do trabalho*”. É que o preceito tem certa dimensão de política de medicina preventiva no ambiente de trabalho, usualmente corroborada pela Constituição (art. 7º, XXII), uma vez que as horas extras, de maneira geral, produzem inegáveis desgastes na saúde física e mental da pessoa humana a elas submetida. Aqui, portanto, a recepção foi plena.⁽³⁹⁾

É evidente que a Constituição não inviabiliza tratamento diferenciado à mulher *enquanto mãe*. A *maternidade* recebe normatização especial e privilegiada pela Constituição de 1988, autorizando condutas e vantagens superiores ao padrão deferido ao homem — e *mesmo à mulher que não esteja*

(39) A plena compatibilidade da regra intervalar especial do art. 384 da CLT com a Constituição de 1988 foi sufragada pela jurisprudência do TST. De toda maneira, a Lei da Reforma Trabalhista (n. 13.467/2017) *revogou*, expressamente, em seu art. 5º, desde 11.11.2017, o citado art. 384 da CLT.

vivenciando a situação de gestação e recente parto. É o que resulta da leitura combinada de diversos dispositivos, como o art. 7º, XVIII (licença à gestante de 120 dias), art. 226 (preceito valorizador da família) e das inúmeras normas que buscam assegurar um padrão moral e educacional minimamente razoável à criança e adolescente (contidos no art. 227, CF/88, por exemplo).

De par com isso, *qualquer situação que envolva efetivas considerações e medidas de saúde pública* (e o período de gestação e recente parto assim se caracterizam) *permite tratamento normativo diferenciado*, à luz de critério jurídico valorizado pela própria Constituição da República. Note-se, ilustrativamente, a esse respeito, o art. 196 que firma ser a saúde “*direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos...*”; ou o art. 197, que qualifica como de “*relevância pública as ações e serviços de saúde...*”, além de outros dispositivos, como artigos 194, 200, I e 7º, XXII, CF/88.

As posteriores Leis n. 9.029/1995 e n. 9.799/1999 vieram acentuar o combate à discriminação da mulher trabalhadora.

O primeiro desses diplomas proíbe a “*adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade*” (art. 1º da Lei n. 9.029/95; grifos acrescidos).⁽⁴⁰⁾ Com respeito especificamente à mulher, considera também práticas discriminatórias a exigência de declarações, exames e medidas congêneres relativamente a esterilização ou estado de gravidez (art. 2º, Lei n. 9.029/95). Veda, ainda, a lei a indução ou incitamento ao controle de natalidade. Porém, esclarece não ser considerado como tal “*o oferecimento de serviços e de aconselhamento ou planejamento familiar, realizados através de instituições públicas ou privadas, submetidas às normas do Sistema Único de Saúde — SUS*” (art. 2º, Lei n. 9.029/95).

A Lei n. 9.029/95 estabelece (art. 4º), sem prejuízo de penalidades administrativas mencionadas no art. 3º do diploma, que o *rompimento da relação de trabalho por ato discriminatório*, nos moldes tipificados na lei, *faculta* ao empregado *optar* entre duas alternativas reparatórias: ou a reintegração (o texto legal usa o verbete *readmissão*) com “ressarcimento integral de todo

(40) O referido art. 1º da Lei n. 9.029/1995 sofreu recente alteração por força do *Estatuto da Pessoa com Deficiência* (Lei n. 13.146/2015, art. 107), com vigência a partir de 4.1.2016. De um lado, o EPD substituiu a expressão “relação de emprego” pela mais larga expressão, *relação de trabalho*; de outro lado, inseriu explicitamente dois outros fatores de potencial discriminação: *deficiência e reabilitação profissional*; finalmente, tornou inquestionável o caráter meramente exemplificativo (já passível de interpretação nessa linha) do rol de fatores fixado no preceito legal. Eis a nova redação do dispositivo: “É proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à *relação de trabalho*, ou de sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar, *deficiência, reabilitação profissional*, idade, *entre outros, ...*” (grifos acrescidos relativamente às inovações de redação).

o período de afastamento, mediante pagamento das remunerações devidas, corrigidas monetariamente, acrescidas dos juros legais”, ou, ao revés, a “percepção, em dobro, da remuneração do período de afastamento, corrigida monetariamente e acrescida dos juros legais” (art. 4º, *caput* e incisos I e II).⁽⁴¹⁾

A Lei n. 9.799/99, por sua vez, torna expressos parâmetros antidiscriminatórios cujo conteúdo, de certo modo, já poderia ser inferido dos textos normativos preexistentes, em especial da Constituição. Nessa linha, a utilização de referências ou critérios fundados em sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez para fins de anúncios de empregos, de critérios de admissão, remuneração, promoção ou dispensa, para oferta de vagas de formação e aperfeiçoamento profissional e situações trabalhistas congêneres (art. 373-A, CLT, conforme inserção feita pela Lei n. 9.799/99). Não obstante essa redundância, a ênfase feita a tais parâmetros vedatórios de diferenciações injustas torna inquestionável a matriz jurídica antidiscriminatória ressaltada tempos antes pela Constituição Republicana democrática.⁽⁴²⁾

B) Discriminação Contra Trabalhador Menor de 18 Anos — Outra importante modificação constitucional encontra-se no tocante à situação jurídica do trabalhador com idade abaixo de 18 anos. Registre-se, porém, que, neste tema, o avanço constitucional, *em 5.10.1988*, não foi tão profundo como desejável (em contraponto aos padrões internacionais defendidos pela OIT, por exemplo).

Como já visto, o parâmetro antidiscriminatório *idade* foi lançado pela Constituição de 1946 e suprimido pelas cartas do regime militar. A Constituição de 1988 corrigiu a distorção, inserindo, novamente, esse padrão no corpo do Texto Político Máximo do País (art. 5º, *caput* e art. 7º, XXX, CF/88). E o fez reportando-se não somente à *diferença de salários* (como referido pela Constituição de 1946), mas também ao *exercício de funções* e de *critério de admissão* (art. 7º, XXX). A Constituição de 1988, porém, foi mais explícita ainda em sua intenção antidiscriminatória, ao estipular que entre a proteção especial normativamente deferida aos menores englobava-se a “*garantia de direitos previdenciários e trabalhistas*,” além da “*garantia de acesso do trabalhador adolescente à escola*” (art. 227, § 3º, II e III, CF/88).

A mesma Constituição, porém, admite tratamento jurídico diferenciado ao menor submetido a *contrato de aprendizagem* (art. 7º, XXXIII; art. 227, § 3º, I, CF/88).

(41) A palavra “readmissão”, mal utilizada pelo texto primitivo do inciso I do art. 4º da Lei n. 9.029/95 — uma vez que os efeitos explicitados pela regra correspondem ao claro sentido de *reintegração* —, foi finalmente substituída pelo próprio verbete *reintegração* em decorrência de mudança promovida pela Lei n. 13.146/2015 (art. 107), que aprovou o EPD, vigente desde 4.1.2016.

(42) Sobre o tema, consultar CANTELLI, Paula. *O Trabalho Feminino no Divã* — dominação e discriminação. São Paulo: LTr, 2007.

De todo modo, o vigor e a amplitude do comando constitucional evidenciam que não mais prevalecem, na ordem jurídica do Brasil, dispositivos que autorizem contratação de trabalhadores menores de 18 anos que seja restritiva de direitos trabalhistas. Excetuam-se três situações jurídicas, *todas com conteúdo e objetivos educacionais*: o contrato de aprendizagem (este, eminentemente empregatício e, ao mesmo tempo, educacional), o contrato de estágio (não empregatício, mas prevalentemente educacional) e o trabalho educativo (também não empregatício, embora essencial e prevalentemente educacional).

O *contrato de aprendizagem* foi ressalvado pela própria Constituição (art. 7º, XXXIII; art. 227, § 3º, I), sendo tradicionalmente regulado pela Consolidação das Leis do Trabalho (arts. 428 a 433, CLT). É, na verdade, contrato empregatício, com típicos direitos trabalhistas, embora regido com certas especificidades e restrições.⁽⁴³⁾ Segundo a lei, é pacto ajustado por escrito pelo qual o empregador se compromete a assegurar ao indivíduo maior de 14 e menor de 24 anos, inscrito em programa de aprendizagem, formação técnico-profissional metódica, compatível com o seu desenvolvimento físico, moral e psicológico, comprometendo-se o aprendiz a executar com zelo e diligência as tarefas necessárias à essa formação (art. 428, *caput*, CLT, segundo redação da Lei n. 11.180/2005). Seu prazo deve ser determinado, até o máximo de dois anos (exceto quando se tratar o aprendiz de pessoa com deficiência: § 3º do art. 428 da CLT, com redação da Lei n. 11.788/2008).⁽⁴⁴⁾

O *contrato de estágio* foi regulado, por décadas, pela antiga Lei n. 6.494/1977; mais recentemente passou à regência da Lei n. 11.788, de 25 de setembro de 2008. Este pacto, também formalístico mas não empregatício, supõe a observância de importantes *requisitos formais e materiais*, aptos, em seu conjunto, a garantir a real inserção do estudante, por meio do estágio, em sua formação educacional escolar.⁽⁴⁵⁾

Finalmente, o chamado *trabalho educativo*, referido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/1990 — ECA — art. 68 e parágrafos).

(43) Note-se que, a partir da Lei n. 11.180/2005 — nova redação do art. 428 da CLT —, o contrato de aprendizagem deixou de se restringir apenas ao trabalhador abaixo de 18 anos, podendo abranger obreiros *menores de 24 anos*; no caso de aprendizes que sejam pessoas com deficiência, não há sequer esse teto máximo de idade (§ 5º do art. 428, desde a Lei n. 11.180/05). Uma das poucas restrições de direitos que está presente neste contrato é o percentual de 2% (e não 8%) para os recolhimentos do FGTS (art. 15, § 7º, Lei n. 8.036/90, conforme a Lei n. 10.097/2000).

(44) O *Estatuto da Pessoa com Deficiência* (Lei n. 13.146/2015), vigente desde 4.1.2016, introduziu certas modificações na regulação celetista do contrato de aprendizagem, relativamente ao aprendiz que seja pessoa com deficiência. Sobre esse contrato empregatício especial, inclusive suas novas alterações decorrentes do EPD, consultar, neste Curso, no Capítulo XVII (“Tipos de Contratos a Termo”), o item II.5, intitulado: “Contrato de Aprendizagem (Empregado Aprendiz)”.

(45) A respeito do *contrato de estágio*, consultar o Capítulo X deste Curso (Relações de Trabalho *Lato Sensu*), em seu item III — Contraponto Estágio *Versus* Relação de Emprego.

Diz a lei que se entende *por trabalho educativo a atividade laboral em que as exigências pedagógicas relativas ao desenvolvimento pessoal e social do educando prevalecem sobre o aspecto produtivo* (§ 1º do art. 68 do ECA). Para a ordem jurídica, desse modo, o trabalho educativo é um instrumento auxiliar ao processo de formação educacional, moral, profissional, social e cultural do jovem, mantendo-se, necessariamente, subordinado a esses fins humanísticos; não se trata, pois, de simples atividade laborativa, que se esgote em si mesma, porém de *labor integrado a um processo mais amplo de construção da integralidade humana do adolescente, em especial sua dimensão pedagógica*.

Conforme esclarece *Oris de Oliveira*, quer isso dizer que o trabalho educativo envolve, em sua dinâmica, “uma interrelação com a escola, colaborando para que o educando tenha acesso (ou regresso), sucesso e permanência na escola não somente do ensino fundamental, mas também propiciando acesso a níveis mais elevados”.⁽⁴⁶⁾ Não há, pois, “trabalho educativo sem participação ativa da escola”.⁽⁴⁷⁾ Em síntese, no *trabalho educativo* mencionado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, *a atividade laborativa é mero acessório componente de um processo mais amplo e mais relevante de formação integral da pessoa do educando*.

Ausente esta estreita subordinação da atividade laborativa à *dinâmica e aos fins pedagógicos*, esvai-se o tipo jurídico do art. 68 do ECA, despontando a simples (e vedada) utilização do trabalho do jovem sem proteção trabalhista e previdenciária. Em tais situações de desvio da finalidade legal, impõe-se a plena incidência do manto protetivo da ordem jurídica trabalhista (*caput* dos arts. 3º e 2º da CLT; art. 227, § 3º, II, CF/88).

Nesta linha, não obstante certa controvérsia doutrinária e jurisprudencial ainda existente, parece claro que não mais têm validade na ordem jurídica antigas e novas fórmulas de *trabalho assistido* ou de *inserção meramente assistencial do menor no mercado econômico laborativo*, sem direitos e proteções trabalhistas e previdenciárias. Ou a atividade laboral se integra a um processo pedagógico mais abrangente e, sem dúvida, predominante

(46) OLIVEIRA, Oris de, O Trabalho Educativo, in: *Revista LTr*, São Paulo: LTr, ano 63, n. 04, abril de 1999, p. 459-465.

(47) OLIVEIRA, Oris de, loc.cit. Eis o pensamento do autor: “...inexiste trabalho educativo com a simples exigência de frequência à escola paralelamente a ‘qualquer trabalho’. O acoplamento trabalho-escola não pode ser extrínscico. Não há trabalho educativo sem participação ativa da escola” (loc.cit.). A respeito do trabalho educativo (art. 68 do ECA), com ênfase na prevalência de sua dimensão pedagógica ao invés da meramente laborativa, consultar ainda: Viviane Colucci, “Os Programas de Trabalho Educativo à Luz da Doutrina da Proteção Integral Preconizada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente”, in: *Revista do Ministério Público do Trabalho*, Brasília: Ministério Público da União e Ministério Público do Trabalho, ano IX, n. 17, março de 1999, p. 92-104; também Bernardo Leôncio Moura Coelho, A Realidade do Trabalho Educativo no Brasil, in: *Revista LTr*, São Paulo: LTr, ano 69, n. 09, setembro de 2005, p. 1065-1073.

(casos do contrato de aprendizagem, do contrato de estágio e do trabalho educativo), ou a regência normativa do correspondente vínculo com o tomador de serviços será a típica do contrato padrão da CLT (arts. 7º, XXXIII, e 227, *caput* e § 3º, I e II, CF/88; arts. 2º e 3º, *caput*, e art. 9º, todos da CLT).

Quedaram-se revogadas (*rectius*: não recepcionadas) pela Constituição, desde 1988, em consequência, fórmulas como a do *Programa Bom Menino*, instituído pelo Decreto-Lei n. 2.318, de 1986, que inseria os jovens nas empresas em função do labor, fora de projeto educacional mais amplo e sem as proteções e os direitos trabalhistas clássicos.⁽⁴⁸⁾

Também despontam como incompatíveis com a Constituição da República interpretações do tipo jurídico art. 68 e parágrafos do ECA que enquadrem o trabalho educativo como mero instrumento de integração de jovens nas empresas, à parte de um processo educacional envolvente e predominante.

Em suma, a ordem jurídica repele a utilização precarizante do trabalho do jovem no País, sem os imperativos direitos trabalhistas e previdenciários determinados pela Constituição (art. 227, § 3º, II). A circunstância de ser ele, eventualmente, parte de grupos sociais excluídos não autoriza sua inserção no mercado de trabalho pela via de uma nova exclusão (ainda que bem intencionada). Afora as três situações excetivas acima especificadas — que se harmonizam, necessariamente, a dinâmicas e fins pedagógicos (art. 227, § 3º, III, CF/88) —, a prestação de trabalho pelo adolescente a um tomador de serviços, com os elementos da relação de emprego, implica a óbvia incidência dos preceitos juslaborativos.⁽⁴⁹⁾

(48) Pelo antigo Programa Bom Menino (Decreto-Lei n. 2.318/86 e Decreto Regulamentador n. 93.338/87), que se embebia na *doutrina da situação irregular do menor* do antigo Código de Menores, de 1979, o jovem trabalhador *assistido* poderia ser *encaminhado a empresas pela respectiva entidade assistencial*, para laborar em jornada diária máxima de quatro horas, mediante *bolsa de iniciação ao trabalho* não inferior à metade do salário mínimo, sem caracterização de vínculo empregatício, excluindo-se, pois, dos clássicos direitos trabalhistas e garantias previdenciárias. O programa envolvia, usualmente, labor em atividades manuais simples, exigindo apenas *frequência escolar*, mas sem qualquer significativa integração a um processo pedagógico amplo e prevalente. Desde 5 de outubro de 1988, passou a ser considerado não compatível com o art. 7º, XXX (proibição de discriminação trabalhista em face da idade), e art. 227, *caput* e § 3º, II, da Constituição (garantia de direitos previdenciários e trabalhistas). Com o surgimento do ECA (Lei n. 8.069/1990) e sua explícita *doutrina de proteção integral à criança e ao adolescente* (já implícita na Constituição), não mais poderia subsistir, de todo modo, o tipo jurídico do DL n. 2.318/87.

(49) A própria CLT, em seu texto pré-1988, ainda guarda referência a antigos dispositivos manifestamente não recebidos pela Constituição, por serem lenientes com a prática do labor informal, em situação de risco, precarizante, não educativo e sem quaisquer proteções trabalhistas e previdenciárias (revogação tácita por incompatibilidade com a nova ordem jurídica implantada com a Constituição, além do subsequente ECA). Veja-se ilustrativamente, o § 2º do art. 405 (que menciona o trabalho nas *ruas, praças e outros logradouros ...* para atender à subsistência do menor ou *de seus pais, avós e irmãos*); veja-se também a menção do art. 405, § 4º, ao trabalho dos *menores jornaleiros*, a ser realizado também nas *ruas, praças e outros logradouros*.

O debate enfrentado nesse tema diz respeito, na verdade, às distintas orientações que existem no que concerne ao enfrentamento do problema do jovem carente.

Trabalho *versus* escola parece ser dilema proposto, inevitavelmente, neste debate. Os padrões internacionais vigentes indicam que o trabalho precoce consolida e reproduz a miséria, *inviabilizando que a criança e o adolescente suplantem suas deficiências estruturais através do estudo*. Por isso é que a Organização Internacional do Trabalho recomenda a proibição de qualquer trabalho anteriormente à idade de *quinze anos* (Convenção 138 da OIT). Embora o texto original da Constituição de 1988 não tenha avançado, satisfatoriamente, nesse tema (uma vez que colocava *14 anos* como a idade mínima para o trabalho, admitindo trabalho de aprendizagem até mesmo desde os *doze anos* — art. 7º, XXXIII), pelo menos inviabilizou a utilização do trabalho do menor de forma economicamente perversa, ao lhe garantir todos os direitos trabalhistas.

É bem verdade que a EC n. 20/1998, veio ultrapassar essa timidez do Texto Magno primitivo, ao elevar para 16 anos a idade mínima para o trabalho (fixando em 14 anos o limite para o contrato de aprendizagem).

É evidente que os limites etários constitucionais aplicam-se a *qualquer modalidade de labor* do jovem brasileiro (*qualquer trabalho*, enfatiza o art. 7º, XXXIII, CF/88). Tratando-se de vínculo empregatício clássico, o novo limite constitucional, desde a EC n. 20/1998, é a idade de 16 anos (o texto original de 1988 previa 14 anos, como já dito). Tratando-se de contrato de aprendizagem, este limite, desde a mesma EC n. 20, é de 14 anos (o texto original da Constituição estipulava 12 anos).

No tocante ao *trabalho educativo*, regulado pelo ECA, não podem subsistir dúvidas de que as referências feitas pela Lei n. 8.069, de 1990, ao limite de 12 anos — ou, genericamente, limite abaixo de 14 anos (arts. 2º, 60, 64 e 68 da Lei n. 8.069/90), foram revogadas, tacitamente, pela EC n. 20, de 1998, uma vez que esta modificou a Constituição, elevando *para 16 anos* o piso etário para *qualquer trabalho, salvo na condição de aprendiz, a partir de 14 anos* (novo art. 7º, XXXIII, CF/88, conforme EC n. 20/1998). Por esforço hermenêutico — considerando-se que essa situação excetiva tem fundo constitucional (interpretação conforme a Constituição) —, a par do prevalente objetivo educacional do tipo jurídico, poder-se-ia compreender aplicável o piso etário de 14 anos para o trabalho educativo, porém jamais abaixo desta linha de idade.

No que diz respeito, por outro lado, ao contrato de estágio, não há como elidir-se a incidência da regra imperativa do art. 7º, XXXIII, da Constituição: 14 anos até a EC n. 20/1998 e, desde a data dessa emenda constitucional, também o piso etário de *16 anos*. É que neste caso nenhuma das duas leis regentes do estágio no tempo (a antiga, n. 6.494/1977, e a nova,

n. 11.788/2008) mencionam limites mínimos de idade, evidenciando sua harmônica inserção ao piso constitucional genérico estabelecido⁽⁵⁰⁾.

Registre-se, por fim, que a ordem jurídica do País recentemente incorporou novas restrições ao labor do jovem abaixo de 18 anos. É que o Decreto n. 6.481, de 12.6.08 (vigência em 90 dias, isto é, em setembro de 2008), aprovou a *Lista TIP — Lista das Piores Formas de Trabalho Infantil*, em conformidade com o art. 3º, “d”, e art. 4º da Convenção n. 182 da OIT. Com essa longa listagem de atividades laborativas proibidas fica manifestamente clara a tendência crescente da ordem jurídica, desde 1988, de *privilegiar a educação*, e não o trabalho, como instrumento de formação da personalidade do jovem.⁽⁵¹⁾

Não é incompatível, como se sabe, com a Constituição uma *diferenciação protetiva do trabalhador menor*. Ao contrário: o Texto Máximo de 1988 *expressamente a determina*, ao vedar o trabalho noturno, perigoso ou insalubre aos menores de dezoito anos (art. 7º, XXXIII) e ao se referir a uma *proteção especial* à criança e ao adolescente (art. 227, CF/88). Dessa maneira, preservam-se como válidas as normas da CLT que fixam restrições e especificidades no tocante ao trabalho realizado pelo menor de dezoito anos.

A EC n. 65/2010 e o Conceito de Jovem — A Emenda Constitucional n. 65, de 13.7.2010, inseriu a palavra *jovem* na denominação do Capítulo VII do Título VIII da Constituição (“Da Família, da Criança, do Adolescente, do Jovem e do Idoso”), assim como no interior do art. 227 do Texto Máximo, que fixa parâmetros nesta seara não somente para a legislação ordinária, como também para as políticas públicas. No inciso I do § 8º deste artigo, a EC n. 65 fixou que a “lei estabelecerá (...) o estatuto da juventude, destinado a regular os direitos dos jovens”.

Conforme já esclarecido neste Curso, as restrições legais dirigidas ao trabalhador menor de 18 anos não se estendem, em princípio, *do ponto de vista trabalhista*, ao *jovem*, caso posicionado acima dessa faixa etária. A configuração do *jovem* (pessoa humana situada entre 15 e 29 anos de idade) não afasta a regência normativa especial deferida às pessoas com *idade abaixo de 18 anos* que tenham vinculação com o mundo laborativo. Afinal,

(50) Para exame da situação nulidade do contrato empregatício, em face de desrespeito à idade mínima do trabalhador, consultar o Capítulo XV, item IV, deste Curso (“Vícios e Defeitos do Contrato de Trabalho — Nulidades”).

(51) A Convenção 182 da OIT foi aprovada pelo Decreto Legislativo n. 178/1999, com divulgação pelo Decreto n. 3.597, de 2000. Contudo, sua eficácia social, que dependia do rol de atividades proibidas aos menores de 18 anos, só despontou com a *Lista TIP* divulgada pelo Decreto n. 6.481, de 2008. A *Lista TIP* conta com *várias dezenas* de segmentos e atividades em que é proibido o labor do jovem até 18 anos, em face do risco atinente à sua incolumidade física, psicológica ou moral. Até o trabalho doméstico abaixo de 18 anos foi incluído nessa extensa lista de proibições.

este parâmetro de idade especial já está consolidado no texto da própria Constituição (art. 7º, XXXIII, combinado com art. 227, § 3º, CF/88), não aceitando alterações normativas *in pejus*.

Por outro lado, se é inconcebível se restringirem proteções normativas em face do novo conceito mais abrangente criado (jovem), parece também imprudente se estenderem todas as restrições e limites aplicáveis aos menores de 18 anos à faixa etária superior a essa fronteira cardeal. Ou seja, o conceito de jovem não afeta nem as regras especiais relativas ao trabalho da pessoa humana abaixo de 18 anos, nem estende qualquer especial proteção *trabalhista* (que não esteja já fixada em norma trabalhista especial) ao indivíduo etariamente posicionado entre 18 e 29 anos.⁽⁵²⁾

C) Discriminação Contra o Estrangeiro — Uma terceira significativa modificação constitucional diz respeito à situação do trabalhador estrangeiro.

O parâmetro antidiscriminatório da *nacionalidade*, como se sabe, foi lançado pela Constituição de 1946 e suprimido pelos diplomas constitucionais do período de autoritarismo militar (1964-1985). Esse parâmetro, contudo, retornaria ao Texto Magno em 1988. De fato, a atual Constituição da República estabeleceu, em seu art. 5º, *caput*, que “*todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes...*” (grifos acrescentados).

Em face desse novo quadro constitucional, tem-se considerado que as diferenciações celetistas oriundas do início da década de 1930 (por exemplo, a famosa “Lei dos 2/3”, incorporada depois pela CLT) já não podem subsistir no Direito brasileiro. Nessa linha, o Capítulo II do Título III da CLT (artigos 352 a 371), tratando da “nacionalização do trabalho”, estaria revogado (ou não recepcionado) naquilo que traduzisse discriminação ao trabalhador estrangeiro residente no Brasil.⁽⁵³⁾

O exame mais minudente desse capítulo da CLT evidencia que existem, naturalmente, preceitos que, sem dúvida, não foram recepcionados pela Constituição de 1988, tal como ocorre com a antiga *Lei dos 2/3*, inserida, por exemplo, nos arts. 352, 354, 355 e 356 da Consolidação. São regras que, de

(52) O enquadramento legal do *jovem*, como dito, situa-se na faixa etária entre 15 e 29 anos. É o que deriva da Medida Provisória n. 411, de 28.12.2007, posteriormente convertida na Lei n. 11.692, de 10.6.2008, diplomas que instituíram o Programa Nacional de Inclusão de Jovens — Projovem. O Estatuto da Juventude, aprovado pela Lei n. 12.852, publicada em 6.8.2013, com vigência 180 dias após sua publicação (art. 48), também incorpora o mesmo parâmetro etário: 15 a 29 anos (art. 1º, § 1º). A respeito deste tema, consultar CORRÊA, Flávia Soares. *Educação e Trabalho na Dimensão Humana* — o dilema da juventude. São Paulo: LTr, 2011.

(53) Nessa direção, CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 236-243.

fato, discriminam trabalhadores estrangeiros em comparação com os nacionais — conduta inviabilizada pelo art. 5º, *caput*, do Texto Máximo de 1988.

Isonomia entre Brasileiro e Estrangeiro — Entretanto, há regra no art. 358 do mesmo capítulo celetista que estabelece *isonomia* entre o empregado nacional e o estrangeiro, *criando obrigação para o respectivo empregador*, porém nenhum óbice para o trabalhador externo. Esse preceito na verdade agrega obrigações para o empregador, sem discriminar, prejudicar, conferir tratamento diferenciado e lesivo ao empregado estrangeiro; apenas eleva as obrigações do empregador em face de empregado nacional situado em posição isonômica. A incompatibilidade com a Constituição não é, portanto, pelo menos, aparente, em contraponto com certos preceitos jurídicos do mesmo capítulo que: a) proíbem ao estrangeiro ser contratado, caso excedido determinado limite numérico de empregados não nacionais na empresa (arts. 352 e 354, CLT); b) determinam que o estrangeiro seja preferencialmente dispensado, em favor de brasileiro que exerça função análoga (parágrafo único do art. 358 da CLT); c) vedam ao estrangeiro o exercício de certas funções (art. 368, CLT).

Faz-se, em seguida, análise do tipo jurídico isonômico regulado pelo art. 358, alíneas “a”, “b”, “c” e “d” da Consolidação. Fica, porém, registrado que, *se considerada existente a incompatibilidade desse preceito isonômico da CLT com o art. 5º, caput, da Constituição* (não recepção da regra legal), perde sentido, é claro, examinar-se o critério jurídico fixado no mencionado dispositivo legal.

Caso seja tido como válido, constitucionalmente, esse preceito de isonomia (art. 358, *caput*, da CLT), sua compreensão deve ser a seguinte: *nenhuma empresa poderá pagar a trabalhador brasileiro que exerça função análoga à que é exercida por estrangeiro a seu serviço, salário inferior ao deste.*⁽⁵⁴⁾ Na interpretação desse enunciado geral do *caput* do art. 358 da CLT devem ser desprezadas as referências à *proporcionalidade de estrangeiros*, por ser critério manifestamente não recebido pela Constituição da República. Também não deve ser considerado o *juízo de enquadramento* da função análoga a ser feito pelo Ministério do Trabalho, também por ser manifestamente incompatível com a Constituição da República — desde o Texto Máximo de 1946, a propósito.

A função destacada pela regra legal deve ser somente *análoga* — similar, parecida —, não necessitando ser *idêntica* (ao contrário do que exige o instituto da equiparação de salários, regulado pelo art. 461 da CLT).

(54) Dispõe o *caput* do art. 358 da CLT: “Nenhuma empresa, ainda que não sujeita à proporcionalidade, poderá pagar a brasileiro que exerça função análoga, a juízo do Ministério do Trabalho, à que é exercida por estrangeiro a seu serviço, salário inferior ao deste, excetuando-se os casos seguintes: (...)”.

O preceito da CLT indica as excludentes da isonomia nas quatro alíneas seguintes do art. 358, a saber: a) *quando, nos estabelecimentos que não tenham quadros de empregados organizados em carreira, o brasileiro contar menos de dois anos de serviço, e o estrangeiro mais de dois anos*; b) *quando, mediante aprovação do Ministério do Trabalho, houver quadro organizado em carreira em que seja garantido o acesso por antiguidade*; c) *quando o brasileiro for aprendiz, ajudante ou servente, e não o for o estrangeiro*; d) *quando a remuneração resultar de maior produção, para os que trabalham à comissão ou por tarefa*.

No tocante à alínea “a”, a referência nos dois anos de serviço é na *função* e não no emprego — tal como já assentado desde a década de 1960 pela jurisprudência para as questões equiparatórias. Naturalmente que se trata de referência ao mesmo empregador ou empresas do mesmo grupo econômico (art. 2º, § 2º, CLT), ainda que envolvendo entidade empresarial situada no estrangeiro. Como ainda observa o Ministro Augusto César Leite de Carvalho, o que elide a isonomia “*é o fato de o brasileiro contar menos de dois anos no exercício da função e de o estrangeiro contar mais de dois anos. Não se considera, como se pode notar, a diferença de tempo entre um e outro (como se procede na equiparação com brasileiro), mas, sim, o tempo de cada qual*”.⁽⁵⁵⁾

No que diz respeito à alínea “b”, a excludente se refere a quadros de carreira aprovados pelo Ministério do Trabalho em que seja garantido o acesso por antiguidade — e não antiguidade e merecimento, como aponta o art. 461, § 2º, *in fine*, CLT.⁽⁵⁶⁾

No que se refere à excludente da alínea “c”, é até mesmo redundante, uma vez que as funções ali mencionadas não são sequer análogas, similares, porém obviamente díspares.

No que importa à alínea “d”, realmente despontam desempenhos efetivos diferentes, o que afasta até mesmo a ideia mais generosa de isonomia. Embora a letra da lei fale em *produção*, ao invés de *produtividade*, naturalmente esta é que no fundo elide a isonomia, uma vez que ela é que evidencia desempenhos distintos. Nesta direção, o Ministro Augusto César de Carvalho, que subscreve a seguinte assertiva de Márcio Túlio Viana: “... *pelo espírito da norma, parece-nos que, se a diferença de produção resultar dos meios postos à disposição do empregado — sendo, portanto, igual a produtividade —, caberá a equiparação*”.⁽⁵⁷⁾

(55) CARVALHO, Augusto César Leite de. *Direito Individual do Trabalho*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 272-273.

(56) Registre-se que a Lei n. 13.467/2017 eliminou, relativamente ao art. 461 da CLT, a exigência de homologação administrativa do quadro de carreira (nova redação do § 2º do art. 461 da CLT).

(57) CARVALHO, Augusto César Leite de. Ob. cit., p. 273.

D) Discriminação Contra a Pessoa com Deficiência — Uma inovação constitucional de grande relevância encontra-se na situação jurídica do obreiro que seja pessoa com deficiência. É que o art. 7º, XXXI, da Constituição estabelece a “proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do *trabalhador portador de deficiência*” (grifos acrescidos).

O preceito magno propiciou importantes avanços no que toca à proteção da pessoa com deficiência. A legislação previdenciária, por exemplo, agregou restrição indireta à dispensa de empregados portadores de necessidades especiais: estipulou que o trabalhador reabilitado ou o deficiente habilitado somente poderiam ser despedidos “... após a contratação de substituto de condição semelhante” (art. 93, § 1º, Lei n. 8.213/91). Obviamente a regra só se aplica àqueles que já tenham, de fato, retornado ao trabalho, uma vez que os afastados por razões médicas não podem sofrer a ruptura contratual por vontade empresarial (art. 471, CLT).⁽⁵⁸⁾

A proteção fixada pelo art. 93, *caput* e § 1º, da Lei Previdenciária n. 8.213, de 1991, abrange, desse modo, duas dimensões muito relevantes: de um lado, um sistema de cotas para obreiros *beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência* (*caput* do art. 93), o qual prevalece para empresas que tenham 100 (cem) ou mais empregados. Ou seja, de 100 até 200 empregados: pelo menos 2% de trabalhadores beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência; de 201 a 500: 3%; de 501 a 1.000: 4%; de 1.001 em diante: 5%.

De outro lado, a proteção manifesta-se pela garantia de emprego indireta, consistente no fato de que a dispensa desse trabalhador “... *só poderá ocorrer após a contratação de substituto de condição semelhante*” (§ 1º, *in fine*, do art. 93). Naturalmente que essa garantia de emprego se reporta também à cota fixada no *caput* do art. 93, sendo um instrumento para a sua efetivação.⁽⁵⁹⁾

(58) A Constituição de 1988, em seu texto original (art. 7º, XXXI), e a Lei Previdenciária n. 8.213/1991 (art. 93, *caput* e §§) se valem da expressão “pessoa portadora de deficiência”. Nas duas últimas décadas, tem se percebido a presença, na Psicologia Social e ciências correlatas, da expressão “pessoa portadora de necessidades especiais”. Contudo, mais recentemente, já no século XXI, surgiram dois diplomas normativos importantes que se valeram de uma terceira expressão, “pessoa com deficiência”. Trata-se da Convenção da ONU, aprovada em 2007 pela Assembléia Geral e ratificada pelo Brasil em 2008 (Decreto Legislativo n. 186/08), denominada *Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo*, e também do *Estatuto da Pessoa com Deficiência*, aprovado pelo Brasil por meio da Lei n. 13.146, de 2015.

(59) Também é instrumento para a efetivação da cota (em si, uma política mais abrangente e de longo prazo) a regra estipulada no § 2º do art. 93 da Lei n. 8.213/91: “O Ministério do Trabalho e Previdência Social deverá gerar estatísticas sobre o total de empregados e as vagas preenchidas por reabilitados e deficientes habilitados, fornecendo-as, quando solicitados, aos sindicatos ou entidades representativas dos empregados”.

Registre-se que o *Estatuto da Pessoa com Deficiência* (EPD), aprovado pela Lei n. 15.146/15 e vigente desde 4 de janeiro de 2016, fez mudanças pontuais nos §§ 1º e 2º do art. 93 da Lei Previdenciária n. 8.213/91, acrescentando ainda um novo § 3º nesse mesmo preceito legal. Houve veto presidencial quanto à tentativa de alteração do *caput* do art. 93.

Nesse quadro, assim dispõem as novas regras jurídicas, que entraram em vigência em 4.1.2016: “Art. 93. (...) § 1º A dispensa de pessoa com deficiência ou de beneficiário reabilitado da Previdência Social ao final do contrato por prazo determinado de mais de 90 (noventa) dias e a dispensa imotivada em contrato por prazo indeterminado somente poderão ocorrer após a contratação de outro trabalhador com deficiência ou beneficiário reabilitado da Previdência Social”. Já o § 2º do art. 93 da Lei n. 8.213/91 recebeu a seguinte nova redação pelo EPD: “§ 2º Ao Ministério do Trabalho e Emprego incumbe estabelecer a sistemática de fiscalização, bem como gerar dados e estatísticas sobre o total de empregados e as vagas preenchidas por pessoas com deficiência e por beneficiários reabilitados da Previdência Social, fornecendo-os, quando solicitados, aos sindicatos, às entidades representativas dos empregados ou aos cidadãos interessados”. Finalmente, o mesmo Estatuto acrescentou novo § 3º ao art. 93 da Lei n. 8.213/91: “§ 3º Para a reserva de cargos será considerada somente a contratação direta de pessoa com deficiência, excluído o aprendiz com deficiência de que trata a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT)...”.

A jurisprudência trabalhista, nesse contexto, tem desenvolvido reflexões significativas com respeito à tutela laboral de pessoas que vivenciam situações provisórias ou contínuas de relevante fragilidade física e/ou psíquica. Assim, despontaram decisões pioneiras que consideraram discriminatórias e, conseqüentemente, inválidas dispensas de trabalhadores com doenças crônicas de suma gravidade, como câncer ou AIDS. É que a doença crônica de elevada gravidade torna o trabalhador um ser com deficiência no aspecto físico, sensorial ou mental, favorecido por uma proteção especial da ordem jurídica (art. 7º, XXXI, CF/88; art. 471, CLT). Tal linha jurisprudencial desaguou, tempos depois, em 2012, na edição da Súmula 443 do TST.⁽⁶⁰⁾

E) Discriminação Contra a Pessoa com Doença Grave — A Constituição da República, em seus princípios e regras essenciais, estabelece

(60) Sobre este último tema consultar o artigo “Proteção ao Portador do Vírus HIV e ao Aidético: enfoque trabalhista a um projeto de lei”, do jurista Luiz Otávio Linhares Renault, in: VIANA, M. T. e RENAULT, L. O. L. (Coord.) *Discriminação*. São Paulo: LTr, 2000, p. 127-138. Consultar, também, LORENTZ, Lutiana Nacur. *A Norma da Igualdade e o Trabalho das Pessoas com Deficiência*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2016 (a 1ª edição desta obra fundamental despontou em 2006).

enfática direção normativa antidiscriminatória. Ao fixar como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil a *dignidade da pessoa humana* (art. 1º, III), o Texto Máximo destaca, entre os objetivos da República, *promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação* (art. 3º, IV).

Na mesma direção antidiscriminatória incidem regras internacionais ratificadas pelo Brasil, tais como a Convenção n. 111 da OIT, que trata da “Discriminação em Matéria de Emprego e Ocupação”, vigente no País desde a década de 1960, e a Convenção n. 117 da OIT, tratando de “Objetivos e Normas Básicas da Política Social”, vigente no Brasil desde 1970.⁽⁶¹⁾

Ora, a prática jurisprudencial trabalhista tem evidenciado a ocorrência de reiterados preconceito e discriminação, dentro do ambiente empresarial, com relação a trabalhadores portadores de certas *doenças graves*, que venham ensejar estigma ou preconceito. Essa prática processual demonstra que o viés pode ser verificado seja em vista da própria doença, seja em vista do decréscimo de produtividade laborativa que o malefício tende a produzir no empregado. Nesse quadro, a incidência dos princípios e regras constitucionais referidos (art. 1º, III; art. 3º, IV; art. 7º, XXXI), além dos internacionais ratificados, contrapostos à reiteração de casos de dispensas arbitrárias de obreiros portadores de tais doenças graves, conduziu a jurisprudência a consagrar a *presunção de despedida discriminatória*, com o consectário normativo da invalidação do ato de ruptura contratual. Nessa linha, editou o TST a Súmula 443:

DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. PRESUNÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DE DOENÇA GRAVE. ESTIGMA OU PRECONCEITO. DIREITO À REINTEGRAÇÃO — Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012

Presume-se discriminatória a despedida de empregado portador de vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito. Inválido o ato, o empregado tem direito à reintegração no emprego.

(61) As duas convenções internacionais possuem mais de quatro décadas de vigência no Brasil. De fato, considerados os ritos próprios à Constituição de 1946 e às Cartas de 1967 e 1969 (EC n. 1/69), em seus períodos de vigência e eficácia jurídicas, despontam como referências normativas para a vigência interna desses dois diplomas internacionais ratificados: Convenção n. 111 da OIT — aprovada pelo Decreto Legislativo n. 104, de 24.11.1964 e promulgada pelo Presidente da República em 1968 (Decreto n. 62.150, de 19.01.68); Convenção n. 117 da OIT — aprovada pelo Decreto Legislativo n. 65, de 30.11.1966, com promulgação pelo Presidente da República em 1970 (Decreto n. 66.496, de 27.04.70). Caso se acolha a tese de que o decreto de promulgação do Presidente da República, no contexto pré-CF/88, era relevante para fixar o início de vigência e eficácia jurídica dos diplomas, conclui-se que a Convenção 111 passou a produzir efeitos internos pelo menos em 1968, ao passo que a Convenção 117 da OIT passou a produzir efeitos internos pelo menos em 1970. Caso não se acolha tal tese, a data de vigência firma-se até mesmo em período anterior.

Naturalmente que se trata de presunção *juris tantum*, e não absoluta. Havendo prova consistente de que, no caso em análise, não se configurou a conduta discriminatória, esvai-se a diretriz presuntiva firmada pelo Direito do Trabalho.⁽⁶²⁾

F) Discriminação em Face do Tipo de Trabalho — O art. 7º, XXXII da Constituição de 1988 reelaborou antigo preceito antidiscriminatório existente na ordem jurídica: “proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos”.

A ideia básica aqui incorporada já estava expressa no anterior texto celetista (o art. 3º, parágrafo único da CLT falava que “não haverá distinções relativas à espécie de emprego e à condição do trabalhador, nem entre o trabalho intelectual, técnico e manual”) e no anterior texto constitucional (art. 165, XVII, CF/69).

Contudo, a Constituição de 1988 fez combinar o tradicional preceito a um novo relevante dispositivo, enunciador do direito a “piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho” (art. 7º, V, CF/88). A partir dessa combinação, superou, definitivamente, antiga polêmica acerca da validade ou não do estabelecimento de pisos salariais em face de uma certa categoria profissional por preceito normativo convencional ou judicial.

É interessante perceber que os dois dispositivos combinados (art. 7º, VI e XXXII, CF/88) têm dado suporte a uma interpretação contemporânea de grande impacto social, já que abrangente de uma crescente situação laboral criada no mercado de trabalho: a situação de terceirização.

Há leituras doutrinárias e jurisprudenciais no sentido de que a contratação terceirizada de trabalhadores não pode, juridicamente, propiciar tratamento discriminatório entre o trabalhador terceirizado e o trabalhador exercente de função equivalente na empresa tomadora de serviços. Pelo parâmetro constitucional seria devido, em tais situações, o chamado *salário equitativo*, hábil a assegurar a equivalência jurídica entre os respectivos profissionais⁽⁶³⁾.

(62) No quadro dos avanços antidiscriminatórios percebidos no Direito brasileiro desde a Constituição da República com respeito ao trabalhador aidético, desponta a recente Lei n. 12.984, publicada em 3.6.2014. O diploma legal, ao definir “o crime de discriminação dos portadores do vírus da imunodeficiência humana (HIV) e doentes de Aids”, estabelece: “Art. 1º. Constitui crime punível com reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa, as seguintes condutas discriminatórias contra o portador do HIV e doente de Aids, em razão de sua condição de portador ou de doente: I — recusar, procrastinar, cancelar ou segregar a inscrição ou impedir que permaneça como aluno em creche ou estabelecimento de ensino de qualquer curso ou grau, público ou privado; II — negar emprego ou trabalho; III — exonerar ou demitir de seu cargo ou emprego; IV — segregar no ambiente de trabalho ou escolar; V — divulgar a condição de portador do HIV ou de doente de Aids, com intuito de ofender-lhe a dignidade; VI — recusar ou retardar atendimento de saúde.”

(63) O tema do salário equitativo será examinado mais à frente, neste Capítulo. A seu respeito, consultar também o Capítulo XVIII, item 4, da obra deste autor, *Salário — Teoria e Prática*, 2. ed.

Nesse tema, por fim, cabe destacar que a Lei da Reforma Trabalhista introduziu discriminação inusitada no campo das relações laborativas, criando regra que autoriza a segregação dos empregados mais qualificados e melhor remunerados no contexto da mesma empresa empregadora: é o que implica o disposto no novo parágrafo único do art. 444 da CLT, inserido pela Lei n. 13.464, vigente desde 11 de novembro de 2017. Pela regra jurídica, tais empregados poderão celebrar, no interior do contrato de adesão empregatício, “livre estipulação” com o seu empregador apta a lhes propiciar cláusulas contratuais menos favoráveis do que as fixadas em lei e na negociação coletiva trabalhista.

Observe-se que a Lei da Reforma Trabalhista não está se referindo aos altos executivos de grandes empresas, com poderes estatutários e/ou contratuais impressionantes, além de ganhos contratuais diferenciados e estratosféricos (entre salários, verbas não salariais, a par de utilidades e benefícios diversos). De forma alguma, pois a nova regra legal está se reportando simplesmente aos empregados que sejam portadores de diploma de curso superior e que percebam salário mensal igual ou superior ao dobro do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social (na data de vigência da Lei n. 13.467 — 11.11.2017 — apenas o montante de R\$ 11.062,62).

Conforme já exposto no Capítulo XI deste Curso, a afronta a normas constitucionais realizada pelo parágrafo único do art. 444 da CLT é palmar, direta e literal, uma vez que a Constituição da República proíbe distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos, em preceito específico do Capítulo II do Título II: trata-se do art. 7º, XXXII. Se não bastasse esse preceito específico, há também na Constituição Federal norma antidiscriminatória de caráter geral, fixada tanto no *caput* do art. 5º, quanto no art. 3º, IV, da Constituição de 1988 — todas claramente agredidas pela nova regra lançada no art. 444 da CLT.

A discriminação evidencia-se, na hipótese em exame, não somente em decorrência de ser erigida a partir da qualificação intelectual e científica do empregado (a partir de curioso critério, aliás: quanto mais qualificado for o empregado, mais discriminado será), como também a partir de parâmetro econômico modesto, desarrazoado e desproporcional (ganho salarial mensal correspondente apenas ao dobro do teto de benefícios do INSS).⁽⁶⁴⁾

Belo Horizonte: Del Rey, 2001, que é a base do presente estudo. No presente Curso, consultar ainda o Capítulo XIII (“Terceirização Trabalhista”), em seu item III.2.B, a saber: “B) Isonomia: salário equitativo”.

(64) Para maiores ponderações acerca desta hipótese de regra discriminatória, consultar, neste Curso, em seu Capítulo XI, o item III.5 (“5. Empregados Portadores de Diploma de Nível Superior e que Percebam Salário Igual ou Superior à Dobra do Teto de Benefícios do INSS: segregação jurídica”).

G) Isonomia com Respeito ao Trabalhador Avulso — A Constituição de 1988, finalmente, alçou a estatuto magno preceito que estipula a “igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso” (art. 7º, XXXIV).

A regra é claramente inspirada na ideia ampla de isonomia, ao invés daquela mais básica de *não discriminação*, conforme já visto.

Uma situação curiosa foi vivenciada por esse dispositivo. No instante histórico-jurídico de seu ingresso na ordem constitucional (1988) ele não produziu qualquer efeito relevante, uma vez que os trabalhadores avulsos já haviam alcançado, há décadas, uma abrangente equiparação jurídica com os trabalhadores empregatícios.

Entretanto, a Lei n. 8.630, de 1993, revogou, expressamente, inúmeros diplomas e preceitos assecuratórios de tais direitos empregatícios (arts. 75 e 76 da Lei n. 8.630/93), remetendo a instrumentos normativos negociados (contrato coletivo, convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho) as regras laborais concernentes a tais obreiros (arts. 22 e 29, Lei do Trabalho Portuário).

Ora, na ausência de tais instrumentos, é evidente que o dispositivo constitucional examinado incidirá sobre as situações jurídicas concretas, provocando a extensão dos direitos laborais dos *empregados aos trabalhadores avulsos*, com as adequações cabíveis em face da especificidade da estrutura e dinâmica da relação de trabalho avulso. Em consequência, a regra constitucional que não produzira impacto jurídico real antes, por já estar sendo cumprida mediante a anterior legislação infraconstitucional, passou, posteriormente, a ter efetiva possibilidade de provocar efeitos concretos no âmbito das contratações avulsas de trabalho.

Quase 20 anos depois de 1993, a Medida Provisória n. 595, de 6 de dezembro de 2012, que reestruturou a exploração direta e indireta pela União de portos e instalações portuárias e as atividades desempenhadas pelos operadores portuários, revogou a Lei n. 8.630/93. Abrindo nova fase de transição no setor portuário do Brasil, o novo diploma jurídico incorporou o sistema de contratação trabalhista então vigorante nos portos brasileiros, isto é, a intermediação de mão de obra avulsa por meio de órgão gestor (OGMO) ou, residualmente, a intermediação por meio do próprio sindicato de trabalhadores avulsos, quando ainda não estruturado o correspondente OGMO; ao lado do trabalho avulso, permite a nova lei também — como já tradicional — a presença do trabalho empregatício clássico (arts. 28 a 40, MPr n. 595/2012). Meses depois, a MPr. n. 595 foi convertida na Lei n. 12.815, de 5.6.2013, confirmando a transição normativa deflagrada nesse segmento econômico e profissional.

Em vista dos desafios inevitáveis em qualquer período de mudanças, torna-se claro que, também nessa fase, destaca-se mais ainda o império da Constituição da República, fazendo prevalecer, independentemente das

vicissitudes e fórmulas de contratação escolhidas, a regra da *igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso* (art. 7º, *caput* e inciso XXXIV).⁽⁶⁵⁾

6. Antidiscriminação e Equiparação de Salários

O princípio antidiscriminatório objetiva também evitar tratamento salarial diferenciado àqueles trabalhadores que cumpram trabalho igual para o empregador. Uma das mais relevantes de tais situações é a da equiparação salarial.

Equiparação salarial é a figura jurídica mediante a qual se assegura ao trabalhador idêntico salário ao do colega perante o qual tenha exercido, simultaneamente, função idêntica, na mesma localidade, para o mesmo empregador. A esse colega comparado dá-se o nome de *paradigma* (ou *espelho*) e ao trabalhador interessado na equalização confere-se o epíteto de *equiparando*. Designam-se, ainda, ambos pelas expressões *paragonados* ou *comparados*.

O instituto da equiparação está regulado pela CLT, por meio do artigo 461. Está fundado na ideia de combate à discriminação.

Já o art. 358 da Consolidação estabelece regras envolventes à *isonomia* entre brasileiros e estrangeiros (e não exatamente à antidiscriminação), introduzindo certas especificidades normativas quanto a esta situação. Tem sido forte a interpretação, entretanto, de que tais especificidades normativas teriam perdido validade, em virtude da determinação de tratamento igual perante a lei efetivada pela Constituição de 1988 (art. 5º, *caput*, CF/88). O tema será examinado no presente Capítulo, na alínea e deste item 6.

Embora a CLT, em seu art. 461, confira à equiparação um conjunto unitário de requisitos, o instituto, na verdade, tem fundamento jurídico mais amplo do que aquele lançado no referido preceito celetista: é que ele se esteia, seguramente, em qualquer dispositivo que enuncie o *princípio geral da não discriminação*, como fazem os arts. 3º, IV, 5º, *caput* e inciso I, e 7º, XXX e XXXII, da Constituição da República, sem contar o art. 5º da própria CLT.

A) Requisitos da Equiparação Salarial — A ordem jurídica estabelece um tipo legal característico para a equiparação de salários. Ele se forma caso reunidos, em uma dada situação concreta, os elementos ou requisitos da figura equiparatória.

São *quatro* os requisitos da equiparação salarial, construídos pela comparação entre as situações empregatícias *reais* vivenciadas por equiparando e paradigma: *identidade de função exercida; identidade de empregador; identidade de localidade de exercício das funções; simultaneidade nesse exercício.*

(65) Sobre os trabalhadores avulsos, consultar, neste Curso, no Capítulo X (“Relações de Trabalho *Lato Sensu*”), o seguinte item: “VII. Trabalho Avulso”.

Os três primeiros requisitos estão claramente fixados pelo *caput* do art. 461 da CLT (identidade de função, de empregador e de localidade). O quarto requisito (simultaneidade no exercício funcional) não surge do texto expresso da lei, mas da leitura doutrinária e jurisprudencial que se tem feito da ordem jurídica no tocante a esse tema.

a) *Identidade de Funções* — Por identidade funcional entende-se a *circunstância de os trabalhadores comparados realizarem o mesmo trabalho, englobando atribuições, poderes e prática de atos materiais concretos.*

A lei vale-se da palavra *identidade* — afastando, com isso, a noção mais aberta de simples analogia, proximidade, similitude de funções. É interessante perceber que, com respeito à igualação salarial entre empregados brasileiros e estrangeiros, a CLT exige *simples similitude* de situações funcionais (o art. 358 fala em *função análoga*). Entretanto, como já exposto, é forte a compreensão de que semelhante diferenciação teria ficado suplantada pelo preceito antidiscriminatório do art. 5º, *caput*, CF/88. De todo modo, o texto do art. 358 ajuda a compreender, através da interpretação sistemática, o fato de que a ordem jurídica não considera relevante para a formação do tipo legal equiparatório referido no art. 461 a simples aproximação ou semelhança de funções, exigindo, ao invés, efetiva identidade funcional.

A *função*, como facilmente se percebe, não se confunde com *tarefa*. Tarefa é atribuição ou ato singulares no contexto da prestação laboral, ao passo que função é um *feixe unitário de tarefas*, isto é, *um conjunto de tarefas que se reúnem em um todo unitário, de modo a situar o trabalhador em um posicionamento específico no universo da divisão do trabalho da empresa.* Uma função pode englobar, obviamente, uma única tarefa (o que é incomum, entretanto). Em geral, engloba um conjunto de tarefas, isto é, de atribuições, poderes e atos materiais concretos.

Por outro lado, uma mesma tarefa pode comparecer à composição de mais de uma função (tirar fotocópias ou atender ao público, por exemplo, podem ser tarefas integrantes de distintas funções no contexto da divisão do trabalho na empresa), sem que com isso venha necessariamente propiciar o pleito equiparatório. *Apenas se o conjunto unitário de tarefas, identificador do trabalho no universo empresarial, surgir como idêntico (a mesma função, portanto), é que caberá falar-se no cumprimento do tipo legal do art. 461 da CLT.*

O exercício de cargo/função de confiança não inviabiliza pleitos equiparatórios. Da mesma maneira, essa inviabilidade não ocorre em situações envolventes a trabalho qualificado ou altamente qualificado. Tais situações podem, é claro, tornar mais difícil a comprovação da identidade funcional (ou ensejar a comprovação do fato modificativo da diferença de qualidade técnica ou de produtividade no trabalho exercido). Contudo, a presença dos requisitos da figura jurídica equiparatória (sem comprovação dos fatos modificativos,

impeditivos ou extintivos da equiparação) levará, inevitavelmente, à aplicação da mesma regra do art. 461 celetista nessas duas situações enfocadas.

b) Identidade de Empregador — Por identidade empresarial entende-se a *circunstância de os trabalhadores comparados laborarem para o mesmo empregador*.

Esse requisito, por sua singeleza, é, evidentemente, o menos controvertido entre os quatro existentes. Ainda assim, permite a ocorrência de uma situação relativamente polêmica quanto à sua configuração. Trata-se da situação que envolve o grupo econômico justabalhista.

Caso se acate a tese de o grupo ensejar solidariedade passiva e *ativa* (solidariedade dual) entre seus entes integrantes (formando, pois, o chamado *empregador único*), obviamente que será possível se considerar a incidência da figura da equiparação envolvendo empregados vinculados a distintas empresas do mesmo grupo. Desse modo, seria viável falar-se em equiparação entre empregados contratados por diferentes empresas do mesmo grupo econômico, desde que presentes os demais requisitos da figura do art. 461 da CLT.

Ressalte-se que essa possibilidade é acatada pela maioria da jurisprudência, uma vez que a figura do empregador único, gerada pela responsabilidade dual de seus entes integrantes, é tida como vigorante no Direito do Trabalho do País (Súmula 129, TST).

Registre-se, não obstante, que há vozes doutrinárias que tendem a considerar incompatível com o ordenamento jurídico brasileiro a solidariedade dual dos componentes do grupo. A par disso, a nova redação conferida ao art. 2º, § 2º, da CLT pela Lei n. 13.467/2017 reabriu o debate sobre a existência efetiva dessa solidariedade dual no grupo econômico para fins trabalhistas, colocando em questão a tese do empregador único sufragada pela Súmula 129 do TST (este debate está enfrentado no Capítulo XII, item III, do presente Curso — para onde remetemos o leitor). Pontue-se que, embora não se concorde com a obsolescência da tese do “empregador único”, o fato é que a Lei da Reforma Trabalhista reabriu, outra vez, esse debate na comunidade jurídica.

c) Identidade de Localidade — Por identidade de localidade entende-se a *circunstância de os trabalhadores comparados realizarem o trabalho para o empregador em um mesmo espaço, um mesmo lugar, uma mesma circunscrição geográfica*.

A tipificação de *localidade* (essa era a expressão vigente do art. 461, *caput*, da CLT até o advento da Lei n. 13.467/2017) não é absolutamente pacífica na doutrina e na jurisprudência. Há, contudo, parâmetros mínimos insuplantáveis nessa tipificação. Seguramente, a abrangência da ideia de localidade não é tão estreita a ponto de significar apenas o mesmo setor de trabalho ou

apenas a mesma planta empresarial (ou o mesmo estabelecimento — verbebe escolhido pela Lei n. 13.467/2017, aliás). Por outro lado, seguramente também a abrangência dessa ideia não será tão ampla a ponto de significar o mesmo estado-membro ou o mesmo país.

O tipo celetista de *localidade* (ao menos até o advento da Lei da Reforma Trabalhista) diz respeito ao mesmo *sítio geográfico básico*, *o mesmo lugar que tenha as mesmas precisas características socioeconômicas*, *a ponto de não justificar tratamento salarial diferenciado entre os trabalhadores pelo empregador*.

No tipo legal da localidade enquadra-se, fundamentalmente, a noção de *cidade*, enquanto mesmo espaço urbano delimitado.

Pode enquadrar-se também no tipo legal do art. 461 da CLT a noção de *município*, caso se trate de um espaço geográfico com as mesmas características socioeconômicas. Contudo, nem sempre o espaço do município atenderá à tipificação celetista. Citem-se, por ilustração, certos municípios de dimensões exacerbadas, que são relativamente comuns no Brasil: neles tenderá a ocorrer diferenciação profunda de características socioeconômicas entre a sede do município (a cidade) e as longínquas áreas interioranas.

Por outro lado, a urbanização acentuada e crescente do País tem possibilitado, em certos casos, a ultrapassagem pelo tipo legal celetista das fronteiras máximas das noções de cidade ou mesmo município. É o que ocorre com as chamadas *regiões metropolitanas*. O grupo de cidades componentes dessas regiões, *desde que configurando, efetivamente, o mesmo espaço socioeconômico*, pode corresponder ao tipo legal da localidade aventado pela CLT, embora componham municípios diversos. Neste último caso, porém, o operador jurídico deverá aferir, sensatamente, se o mesmo espaço socioeconômico abrange, de fato, todas as cidades da região metropolitana considerada, *ou se atinge apenas algumas específicas cidades dessa mesma região*. É que a interpretação extensiva (saindo-se da noção de *cidade* para a noção de *região socioeconômica metropolitana*) somente se justifica caso, efetivamente, naquelas cidades envolvidas imperem os mesmos condicionamentos básicos de caráter socioeconômico que conferem suporte ao tratamento jurídico antidiscriminatório. *O que a lei pretende é apenas e tão somente evitar discriminação — e não criar mecanismo artificial de extensão geográfica dos mesmos critérios empresariais de gestão trabalhista*.

A Lei n. 13.467, vigente desde 11.11.2017, alterou a expressão “na mesma localidade”, inserida no *caput* do art. 461 da CLT, pela expressão “no mesmo estabelecimento empresarial”. Embora a nova expressão, em sua literalidade, seja mais restrita do que a anterior, o fato é que o instituto da equiparação salarial visa atender à enfática determinação constitucional de combate à discriminação, conforme exposto — determinação que não estará atendida caso se restrinja, desproporcionalmente, o sentido do requisito

celetista concernente ao âmbito geográfico de comparação. Nesse quadro, ficando evidenciada a efetiva similitude de condições organizacionais e de trabalho entre os estabelecimentos empresariais situados *no mesmo âmbito municipal* (agência de entidades bancárias ou de lojas de varejo do mesmo exato empregador, situadas no mesmo âmbito municipal, por exemplo), torna-se possível, sim, observar-se o parâmetro discriminatório adequado ao espírito constitucional mais amplo. Assim, a noção de *âmbito municipal* preserva a sua validade, pelo menos nos casos em que, nesse contexto municipal, sejam idênticos os parâmetros organizacionais e laborativos estruturados pela empresa empregadora em seus estabelecimentos.

d) *Simultaneidade no Exercício Funcional* — O tipo celetista da *simultaneidade no exercício das funções* pelos empregados comparados não derivava de texto expresso de lei, mas de compreensão construída pela doutrina e jurisprudência de que tal requisito estaria *implícito* na figura equiparatória, sendo-lhe inerente (nessa direção, por exemplo, o antigo Enunciado 22 e a atual Súmula 6, IV, TST).

De fato, não se pode falar em discriminação caso não tenham equiparando e paradigma, em qualquer tempo, sequer laborado simultaneamente para o mesmo empregador, na mesma função e na mesma localidade. A não percepção no tipo legal enfocado do requisito da simultaneidade conduziria à esdrúxula situação de se permitir falar em equiparação entre trabalhadores vinculados ao mesmo empregador em épocas sumamente distintas da história da economia do País e da estrutura e dinâmica empresariais — o que seria grotesco absurdo jurídico.

Por simultaneidade compreende-se a ideia de *coincidência temporal no exercício das mesmas funções pelos empregados comparados*. É óbvio que a coincidência temporal tem de assumir, ainda que por curto período, o caráter de permanência, não podendo ser meramente eventual — sob pena de não caracterizar a simultaneidade. Embora não se tenha parâmetro muito preciso acerca dessa fronteira (*caráter permanente “versus” caráter meramente eventual*), pode-se dizer que coincidência inferior a 30 dias não tem, de fato, aptidão para ensejar a concretização do requisito da simultaneidade. É que esse lapso temporal padrão (30 dias) já tem sido comumente exigido pela jurisprudência para diferenciar substituições provisórias de substituições meramente eventuais (art. 450, CLT; Súmula 159, I, TST), podendo, desse modo, ser também aplicado à análise da presente situação.

Registre-se que a Lei n. 13.467, vigente desde 11.11.2017, inseriu no art. 461, em novo § 5º, expressamente esse requisito da *contemporaneidade* entre os empregados comparados, mesmo que esta contemporaneidade tenha ocorrido no passado e não ao tempo da propositura da ação trabalhista (novo § 5º, c./c. inciso IV da Súmula 6 do TST).

B) Outros Elementos de Relevância no Tema Equiparatório — Os requisitos da equiparação salarial são os quatro acima examinados. Presentes tais requisitos em uma dada situação concreta, forma-se o tipo legal do art. 461 da CLT, cabendo, *em princípio*, o deferimento do pleito equiparatório. Tais requisitos são, assim, fatos constitutivos da figura legal celetista, ou seja, *fatos ou atos cuja ocorrência plena propicia a configuração do modelo jurídico previsto na regra de Direito*.

Contudo, a ordem jurídica prevê a possibilidade de ocorrência de outros fatos ou atos que podem inviabilizar a figura equiparatória, ainda que verificados seus requisitos constitutivos. Tais situações constituem *fatos modificativos, impeditivos ou extintivos* da equiparação salarial pretendida.

Os primeiros (*fatos modificativos*) têm o condão de alterar a tipicidade padrão da situação sociojurídica aventada pela lei (a situação equiparatória), prejudicando os efeitos que lhe seriam próprios. Os *fatos impeditivos*, por sua vez, têm o condão de esterilizar os efeitos próprios à situação sociojurídica imaginada pela lei, embora sem necessariamente alterar a própria composição do correspondente tipo-legal. Já os *fatos extintivos*, embora reconhecendo a existência da situação sociojurídica tipificada e a produção de seus efeitos próprios, desempenham o papel de atestar o pleno cumprimento ou esgotamento desses efeitos.

Esses fatos que inviabilizam a equiparação salarial e suas repercussões estão arrolados nos parágrafos integrantes do art. 461 da CLT: *diferença de perfeição técnica na realização do trabalho; diferença de produtividade no tocante a essa realização laboral; diferença de tempo de serviço na função não superior a dois anos* (também aqui a Lei n. 13.467/2017 trouxe alterações no texto da CLT); *existência de quadro de carreira na empresa, com promoções alternadas por merecimento e antiguidade* (aqui também a Lei n. 13.467/2017 introduziu alterações no texto da CLT); *paradigma ocupando a função enfocada pela equiparação em decorrência de readaptação previdenciária por “deficiência física ou mental”*.

a) *Diferença de Perfeição Técnica* — No que tange à *diferença de perfeição técnica na realização do trabalho* (art. 461, § 1º, CLT), estabeleceu a ordem jurídica diferencial essencialmente *qualitativo* na aferição do trabalho comparado. A superior qualidade na concretização laborativa efetuada pelo paradigma terá o condão de tornar efetivamente distinto o real trabalho realizado, inviabilizando a equiparação.

O caráter valorativo (e, portanto, subjetivo) dessa diferenciação torna, contudo, difícil, na prática, a comprovação desse fato modificativo. Não obstante essa dificuldade, é evidente que a *demonstração de maior qualificação técnico-profissional do paradigma (cursos, estágios, significativa experiência anterior na função, mais elevada titulação profissional ou acadêmica, etc.) é conduta que favorecerá, significativamente, à tese da diferenciação na*

qualidade do trabalho prestado. É que, normalmente, a maior qualificação, titulação e prestígio do profissional comparado agrega consistência, reconhecimento e notoriedade ao produto ou serviço ofertado à comunidade pela empresa, alcançando, em favor desta, maior e melhor mercado; nessa medida, a diferença na qualidade técnica do serviço fica evidenciada.

Se, contudo, a superioridade da qualificação técnico-profissional do paradigma não repercutir, favoravelmente, no contrato de trabalho, na forma acima ou outra correlata, não se poderá considerar comprovado o fato modificativo eleito pela CLT.

b) Diferença de Produtividade — No que tange à *diferença de produtividade na realização do trabalho* (art. 461, § 1º, CLT), estabeleceu a ordem jurídica um diferencial essencialmente *quantitativo* na aferição do trabalho comparado. É bem verdade que não se confundem as noções de *produtividade* e de *produção*. Esta última refere-se a um valor absoluto, traduzindo o montante de trabalho efetuado pelo obreiro. Já a produtividade diz respeito a valor relativo — valor derivado de uma relação —, *traduzindo o índice de intensidade laborativa do trabalhador em certo tempo delimitado*.

A noção de produtividade é mais adequada do que a de produção para os fins objetivados pelo art. 461 da CLT, já que permite estabelecer comparação razoavelmente objetiva entre a *intensidade laborativa* dos empregados contrapostos. Entretanto, é óbvio que só se pode acolher o critério da distinta produtividade quando se comparam duas funções efetivamente idênticas.

Repitam-se, aqui, as observações feitas na análise do elemento anterior: a demonstração de maior qualificação técnico-profissional do paradigma (cursos e estágios relevantes, significativa experiência anterior na função, mais elevada titulação profissional ou acadêmica, etc.) é conduta que pode favorecer, substantivamente, à tese da diferenciação na produtividade do trabalho prestado. É que, normalmente, a maior qualificação, titulação e prestígio profissionais do trabalhador comparado agregam reconhecimento e notoriedade ao produto ou serviço ofertado à comunidade pela empresa, favorecendo o alcance, por esta, de maior e melhor mercado. Nesse quadro, a produtividade do paradigma pode medir-se, na prática, por critério mais abrangente do que a estrita quantidade de labor efetivada diretamente por ele.

Renove-se a ressalva de que, não repercutindo, favoravelmente, no contrato de trabalho, na forma acima ou correlata, a superioridade da qualificação técnico-profissional do paradigma, não se poderá considerar comprovado o fato modificativo eleito pela CLT.

Uma Particularidade: salário por unidade de obra — É interessante perceber-se que no *tipo salarial por unidade de obra* já está incorporado certo critério de aferição da intensidade laborativa do obreiro, isto é, de sua *produtividade*.

A equiparação desse modo apenas terá sucesso caso se fundamente em um tratamento discriminatório relativo ao *preço* unitário diferenciado das peças produzidas; se não houver essa discriminação quanto ao preço da unidade referencial do salário, o fato modificativo da equiparação transparecerá inquestionavelmente, já que o salário global recebido tenderá a ser a demonstração objetiva da intensidade laborativa de cada trabalhador comparado.

Nessa exata linha, o art. 358 esclarece descaber isonomia “quando a remuneração resultar de maior produção, para os que trabalham à comissão ou por tarefa”.

c) *Diferença de Tempo de Serviço* — No tocante à *diferença de tempo de serviço não superior a dois anos* (anterior redação do art. 461, § 1º, *in fine*, CLT), já pacificou a jurisprudência que tal parâmetro temporal conta-se *na função* e não exatamente no emprego (antigo Enunciado 135; Súmula 6, II, TST).

É, pois, irrelevante que o paradigma tenha tempo de serviço no emprego vários anos superior ao equiparando; apenas se tiver tempo de serviço na *função* superior a dois anos é que o fato impeditivo irá se configurar.

Conforme adiantado, porém, a Lei n. 13.467, vigente desde 11.11.2017, alterou fortemente esse requisito temporal. A nova redação do § 1º do art. 461 da CLT refere-se a uma comparação “entre pessoas cuja *diferença de tempo de serviço para o mesmo empregador não seja superior a quatro anos* e a *diferença de tempo na função não seja superior a dois anos*” (grifos acrescentados).

Para o novo texto legal, dessa maneira, passam a ser dois os aspectos temporais relevantes comparados: que a diferença de tempo de serviço para o mesmo empregador não superior a quatro anos e, concomitantemente, que a diferença de tempo na função não seja superior a dois anos.

d) *Existência de Quadro de Carreira* — No que diz respeito à *existência de quadro de carreira na empresa, com promoções alternadas por merecimento e antiguidade* (anterior redação do art. 461, §§ 2º e 3º, CLT), supõe a ordem jurídica que esse fato cria mecanismo suficiente e adequado de evolução funcional do trabalhador na empresa, afastando, assim, o remédio jurídico equiparatório, corretivo de discriminações salariais.

Antes da vigência da Lei n. 13.467/2017, exigia, contudo, a jurisprudência que esse quadro fosse homologado pelo Ministério do Trabalho (Súmula n. 6, I, TST), órgão público tido como melhor habilitado para bem examinar a estrutura e critérios operativos do quadro de carreira. Está excluído dessa exigência o *quadro de carreira das entidades de direito público da administração direta, autárquica e fundacional aprovado por ato administrativo da autoridade competente* (Súmula n. 6, I, *in fine*; antigo Enunciado n. 231, TST). Claro que esse mesmo critério de homologação por órgão ou autori-

dade administrativos próprios, e não pelo Ministério do Trabalho, deve se aplicar também a entidades públicas estaduais, distritais e municipais, sob pena de agressão ao princípio e à regra constitucionais referentes à *autonomia administrativa*, que favorecem tais entidades político-administrativas (art. 18, *caput*, CF/88).⁽⁶⁶⁾

Há críticas ao entendimento jurisprudencial de que o quadro de carreira (de empresas estatais e de entes privados) deva merecer imprescindível homologação administrativa do Ministério do Trabalho. De fato, não se justifica semelhante excesso de burocratização e de intervencionismo meramente administrativo. O fundamental, sob o ponto de vista do contraponto à equiparação (art. 461, §§ 2º e 3º, CLT), é que o quadro de carreira estabeleça efetivos mecanismos impessoais de promoções alternadas por merecimento e antiguidade⁽⁶⁷⁾.

De todo modo, a própria jurisprudência tem atenuado a exigência burocrática contida no inciso I da Súmula 6: é que considera válido esse quadro de carreira, para os fins da elisão equiparatória referida no § 2º do art. 461 da CLT, quando ele for sufragado por negociação coletiva trabalhista (CCT ou ACT) e também possuir critério alternado de promoções por antiguidade e merecimento.

Esclareça-se que uma estrutura de cargos e salários na organização intraempresarial que não atenda a tais requisitos do quadro de carreira (QC) referido pela Consolidação não se mostra hábil a elidir pleitos equiparatórios. É comum a existência no universo das empresas de Planos de Cargos e Salários (PCS) relativamente sofisticados, mas que não atendem aos requisitos referidos pela CLT. Tais PCS não são fato impeditivo a pleitos equiparatórios, portanto.

Conforme antecipado, a Lei de Reforma Trabalhista, vigente desde 11.11.2017, alterou bastante esse aspecto legal (nova redação do § 2º do art. 461 da CLT). Com isso, o preceito celetista não se refere mais apenas a “quadro de carreira” (QC) mas também a “plano de cargos e salários” (o que não é necessariamente negativo; depende da qualidade e complexidade do

(66) O Ministério do Trabalho já ostentou distintos epítetos ao longo de seus mais de 85 anos de história: Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio (esta foi a sua denominação original, oriunda de 1930), Ministério do Trabalho e Previdência Social, Ministério do Trabalho, Ministério do Trabalho e Emprego. A partir de 2016, em nova reforma da estrutura dos Ministérios do Governo Federal, passou a se chamar simplesmente *Ministério do Trabalho*. Por fim, o novo governo a ser empossado em 1.1.2019 prevê a extinção do Ministério do Trabalho, como pasta própria.

(67) Essa exigência fiscalizatória prévia criada pela jurisprudência (que não se encontra no texto literal clássico do art. 461 da CLT) cria curioso artificialismo no âmbito de inúmeras empresas públicas e sociedades de economia mista: a presença de reconhecidos quadros de carreira altamente vantajosos para os empregados, produtos de longos debates com a administração pública superior e, até mesmo, com a representação sindical obreira, mas sem a homologação administrativa pelo Ministério do Trabalho.

PCS); exige que sejam aprovados por negociação coletiva trabalhista (o que é positivo, naturalmente); porém, alternativamente, autoriza a aprovação por simples “norma interna da empresa” (o que, evidentemente, não é positivo, pois elimina a participação da entidade sindical obreira na elaboração da peça regulamentar, propiciando, ademais, a gestação de fraudes); por fim, a nova regra dispensa “qualquer forma de homologação ou registro em órgão público”.

Entretanto, inusitadamente, a Lei n. 13.467/2017 também autoriza, relativamente aos quadros de carreira ou planos de cargos e salários especificados no § 2º do art. 461, que “as promoções poderão ser feitas por merecimento e por antiguidade, *ou por apenas um destes critérios, dentro de cada categoria profissional*” (novo texto do § 3º do art. 461; grifos acrescidos).

Duas dessas mudanças colocam em questão a aptidão do QC ou do PCS em se erigirem como efetivos obstáculos ao pleito antidiscriminatório constitucional mediante o instituto da equiparação de salários: a sua aprovação meramente unilateral e, principalmente, a circunstância de tais diplomas regulamentares não terem de ostentar, necessariamente, um sistema alternado de promoções por merecimento e antiguidade, porém até mesmo um único tipo de promoção (§ 3º do art. 461, CLT).

A lógica desse fato impeditivo, a ponto afastar o comando antidiscriminatório constitucional, é a circunstância de o QC ou o PCS instituírem tamanhas vantagens econômicas e salariais agregadas para os empregados que se torna ilógico falar-se em discriminação salarial no âmbito da respectiva empresa. O excessivo enfraquecimento desse fato impeditivo pode comprometer, como dito, o seu papel de anteparo ao pleito antidiscriminatório constitucional.

e) Paradigma em Readaptação Funcional — No concernente ao fato de estar o *paradigma ocupando a função enfocada pela equiparação em decorrência de readaptação previdenciária por “deficiência física ou mental”* (art. 461, § 4º, CLT), estabelece a ordem jurídica um fato impeditivo de grande importância.

Efetivamente, qualquer programa de reaproveitamento e readaptação de trabalhador com deficiência física ou mental superveniente estaria comprometido caso o obreiro deslocado de função (em geral removido para função mais simples) passasse a se tornar parâmetro para equiparações salariais, ao chegar em sua nova função. Nesse contexto, em virtude do fato impeditivo absorvido pela CLT, o trabalhador readaptado, embora recebendo maior salário do que os colegas ocupantes da nova função, não pode ser tomado como paradigma.

C) Um Debate: desnível salarial resultante de decisão judicial favorável ao paradigma — A jurisprudência sempre considerou irrelevante o fato de o paradigma ter padrão salarial mais elevado em face de decisão

judicial favorável, desde que presentes os requisitos equiparatórios e não verificados os óbices legais quanto ao referido pleito (fatos modificativos, impeditivos e extintivos).

A prática processual de décadas, entretanto, conduziu a algumas ressalvas no tocante a esse aspecto. Nesta linha esclarece a nova redação do inciso VI da Súmula n. 6 do TST (de junho de 2015, esclareça-se) que, estando presentes os requisitos do art. 461 da CLT, desponta como *irrelevante a circunstância de que o desnível salarial tenha origem em decisão judicial que beneficiou o paradigma*, exceto: a) se decorrente o desnível de *vantagem pessoal* do paradigma (*primeira exceção*) ou se decorrente o desnível de *tese jurídica superada pela jurisprudência de Corte Superior*, anteriormente seguida na sentença favorável ao paradigma (*segunda exceção*); b) ou, na hipótese de equiparação salarial em cadeia, *suscitada em defesa, se o empregador produzir prova do alegado fato modificativo, impeditivo ou extintivo do direito à equiparação salarial em relação ao paradigma remoto, considerada irrelevante, para esse efeito, a existência de diferença de tempo de serviço na função superior a dois anos entre o reclamante e os empregados paradigmas componentes da cadeia equiparatória, à exceção do paradigma imediato.*⁽⁶⁸⁾

Contudo, a Lei da Reforma Trabalhista simplesmente eliminou a possibilidade de repercussões equiparatórias com suporte na ideia de *paradigma remoto* (a denominada “equiparação salarial em cadeia” referida pela Súmula 6, inciso VI, do TST). Para tanto, dispõe o texto do novo § 5º do art. 461 da CLT, vigente desde 11.11.2017: “A equiparação salarial só será possível entre empregados contemporâneos no cargo ou função, *ficando vedada a indicação de paradigmas remotos, ainda que o paradigma contemporâneo tenha obtido a vantagem em ação judicial própria*”. (grifos acrescentados).

(68) O texto original da Súmula 120, de 1981, não apresentava qualquer ressalva (“Presentes os pressupostos do art. 461 da CLT é irrelevante a circunstância de que o desnível salarial tenha origem em decisão judicial que beneficiou o paradigma”). Em 2000 foram acrescentadas ressalvas concernentes à *vantagem pessoal* e também à *tese jurídica superada*. Em novembro de 2010, surge a referência à *equiparação salarial em cadeia*, com a seguinte redação: “... ou, na hipótese de equiparação salarial em cadeia, se não demonstrada a presença dos requisitos da equiparação em relação ao paradigma que deu origem à pretensão, caso arguida a objeção pelo reclamado”. Em setembro de 2012, desponta outra redação para o item VI da Súmula n. 6, em seu final: “ou, na hipótese de equiparação salarial em cadeia, suscitada em defesa, se o empregador produzir prova do alegado fato modificativo, impeditivo ou extintivo do direito à equiparação salarial em relação ao paradigma remoto”. Finalmente, em junho de 2015, é aprovada a presente redação do item VI da Súmula VI, em seu final: ... b) *na hipótese de equiparação em cadeia, suscitada em defesa, se o empregador produzir prova do alegado fato modificativo, impeditivo ou extintivo do direito à equiparação salarial em relação ao paradigma remoto, considerada irrelevante, para esse efeito, a existência de diferença de tempo de serviço na função superior a dois anos entre o reclamante e os empregados paradigmas componentes da cadeia equiparatória, à exceção do paradigma imediato*.

D) Equiparação Salarial: ônus da prova — A distribuição do ônus probatório em lides concernentes a equiparação salarial não é distinta das demais situações genericamente percebidas no contexto trabalhista. Como óbvio, a prova dos fatos constitutivos cabe ao autor da ação, ao passo que à defesa cabe a prova dos fatos modificativos, impeditivos e extintivos do pleito equiparatório (art. 818, CLT; art. 333, CPC-1973; art. 373, CPC-2015; Súmula n. 6, VIII, TST). A dificuldade que pode surgir, concretamente, situa-se no tocante à precisa identificação de tais fatos.

Não obstante, é indubitável que *os fatos constitutivos são aqueles que, no seu conjunto, formam o tipo legal construído pela norma*. No que diz respeito à equiparação, trata-se de seus requisitos (ou elementos) constitutivos: identidade de função; identidade de empregador; identidade de localidade (segundo a Lei da Reforma Trabalhista, a noção de localidade se restringe ao “estabelecimento empresarial”); simultaneidade no exercício funcional.

Os demais fatos são aqueles que atuam sobre o tipo legal já concretamente configurado, quer modificando seus efeitos jurídicos originariamente cabíveis, quer impedindo esses efeitos, quer extinguindo tais efeitos jurídicos originariamente cabíveis.

Na temática equiparatória, compõem tais fatos: diferença de perfeição técnica na realização do trabalho; diferença de produtividade no tocante a essa realização laboral; diferença de tempo de serviço na função não superior a dois anos; (e, a partir da Lei n. 13.467/2017, diferença de tempo de serviço *na empresa* não superior a quatro anos e, *na função*, não superior a dois anos); existência de quadro de carreira na empresa, com promoções alternadas por merecimento e antiguidade (e, a partir da vigência da Lei n. 13.467/2017, existência de QC ou PCS com os requisitos fixados em lei); paradigma ocupando a função em decorrência de readaptação previdenciária por “deficiência física ou mental”.

No contexto jurisprudencial precedente à vigência da Lei n. 13.467/2017, registre-se ainda com respeito aos fatos obstativos à equiparação salarial em situações em que o desnível resulte de *decisão judicial* (isto é, desnível resultante de *vantagem pessoal* do paradigma, desnível resultante de *tese jurídica superada pela jurisprudência de Corte Superior* na decisão que beneficiou o paradigma ou, finalmente, desnível resultante de *equiparação salarial em cadeia*, isto é, pleito equiparatório que envolva, de modo reflexo, outro paradigma cujo salário se projetou no primeiro espelho), o ônus da prova é também, naturalmente, da defesa. Trata-se de fatos impeditivos (Súmula 6, VIII), somente trazidos aos autos *caso suscitada em defesa* (Súmula 6, VI, *in fine*). Agregue-se aqui a ressalva feita pela última redação (de junho de 2015) do final do item VI da Súmula VI do TST: considera-se irrelevante, para efeito de fato impeditivo da equiparação, “a existência de diferença de tempo de serviço na

função superior a dois anos entre o reclamante e os empregados paradigmas componentes da cadeia equiparatória, à exceção do paradigma imediato”.

Entretanto, conforme exposto, a Lei n. 13.467/2017, vigente desde 11.11.2017, vedou a equiparação em cadeia, fundada em diferenças salariais reportadas a paradigma remoto (novo § 5º do art. 461 da CLT).

E) Isonomia entre Brasileiro e Estrangeiro (art. 358, CLT) — À diferença da regra antidiscriminatória contida no art. 461 da CLT, a mesma Consolidação fixou, em seu art. 358, preceito mais favorável, tipicamente isonômico, que busca reger situações de comparação salarial entre trabalhadores brasileiros e estrangeiros.

a) *Recepção versus Não Recepção* — A regra de isonomia salarial do art. 358, contudo, enfrenta um primeiro e importante óbice, que envolve sua compatibilidade (ou não) com o preceito antidiscriminatório estabelecido pelo art. 5º, *caput*, da Constituição. Desde 5.10.1988 não pode haver mais, de maneira geral, diferenciação em face da *nacionalidade* da pessoa humana, inclusive quanto a trabalhadores.

São substantivos os argumentos das duas correntes que se digladiam. Em favor da não recepção do preceito celetista desponta o argumento de que o trabalhador estrangeiro, com esta isonomia celetista, mostra-se discriminado em função de sua nacionalidade, pois exerce função superior, mais bem remunerada — que não é idêntica, embora possa ser análoga —, ensejando o alcance da mesma remuneração pelo colega brasileiro, que se encontra favorecido pela lei, em virtude de ser nacional.⁽⁶⁹⁾

No sentido da recepção deste específico art. 358 e alíneas “a” até “d”, argumenta-se haver no Capítulo II do Título III da CLT, que trata da *nacionalização do trabalho* (arts. 352 a 371), efetivamente diversos preceitos manifestamente incompatíveis com a Constituição, não tendo sido, desse modo, recebidos pelo Texto Máximo de 1988. Três grupos de preceitos indicam claros exemplos dessa incompatibilidade: as regras que proíbem ao estrangeiro ser contratado, caso excedido determinado limite numérico de empregados não nacionais na empresa (arts. 352 e 354, CLT); as regras que determinam que o estrangeiro seja preferencialmente dispensado, em favor de brasileiro que exerça função análoga (parágrafo único do art. 358 da CLT); as regras que vedam ao estrangeiro o exercício de certas funções (art. 368, CLT, por exemplo).

Entretanto, a mesma incompatibilidade não ocorreria com o disposto no art. 358, alíneas “a” até “d”, da Consolidação. É que este dispositivo (art. 358), ao estabelecer *isonomia* entre o empregado nacional e o

(69) Na edição de 1995 da obra de CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 236-243, há manifestação pela incompatibilidade constitucional, por exemplo.

estrangeiro, *apenas cria obrigação para o respectivo empregador*, não levantando qualquer óbice em desfavor do empregado externo. O dispositivo, na verdade, somente agrega obrigações para o empregador, sem discriminar, prejudicar ou conferir tratamento diferenciado e lesivo ao empregado estrangeiro; repita-se, apenas eleva as obrigações do empregador em face de empregado nacional situado em posição isonômica.

b) Análise do Tipo Isonômico — Caso superado o obstáculo da incompatibilidade constitucional (não recepção), analisa-se, em seguida, o tipo jurídico isonômico regulado pelo art. 358, alíneas “a”, “b”, “c” e “d”, da Consolidação das Leis do Trabalho.

O fato constitutivo do direito à isonomia salarial é a existência de *função análoga* entre o trabalhador brasileiro e o estrangeiro, desde que vinculados à mesma empresa ou entidades do mesmo grupo econômico (*caput* do art. 358, CLT, combinado com art. 2º, § 2º, CLT).⁽⁷⁰⁾ Na interpretação desse enunciado geral do *caput* do art. 358 da CLT deve ser desconsiderada a referência à *proporcionalidade de estrangeiros*, por ser critério manifestamente não recebido pela Constituição da República. Também não deve ser considerado o *juízo de enquadramento* da função análoga a ser feito pelo Ministério do Trabalho, também por ser manifestamente incompatível com a Constituição da República — neste caso, a propósito, desde o Texto Máximo de 1946.

A função destacada pela regra legal deve ser somente *análoga*, parecida, similar, não necessitando ser *idêntica* (ao contrário do que exige o instituto da equiparação de salários, regulado pelo art. 461 da CLT).

Os fatos impeditivos da isonomia salarial estão arrolados nas quatro alíneas do art. 358 da CLT: a) *quando, nos estabelecimentos que não tenham quadros de empregados organizados em carreira, o brasileiro contar menos de dois anos de serviço, e o estrangeiro mais de dois anos*; b) *quando, mediante aprovação do Ministério do Trabalho, houver quadro organizado em carreira em que seja garantido o acesso por antiguidade*; c) *quando o brasileiro for aprendiz, ajudante ou servente, e não o for o estrangeiro*; d) *quando a remuneração resultar de maior produção, para os que trabalham à comissão ou por tarefa*.

Enfocada a regra da alínea “a”, cabe lembrar que a referência dos dois anos de serviço é na *função* e não no emprego — tal como já assentado desde a década de 1960 pela jurisprudência para questões equiparatórias. Naturalmente que se trata de referência ao mesmo empregador ou empresas do mesmo grupo econômico (art. 2º, § 2º, CLT), *ainda que envolvendo entidade empresarial situada no estrangeiro*. Em conformidade com a pon-

(70) Eis o que dispõe o *caput* do art. 358 da CLT: “Nenhuma empresa, ainda que não sujeita à proporcionalidade, poderá pagar a brasileiro que exerça função análoga, a juízo do Ministério do Trabalho, à que é exercida por estrangeiro a seu serviço, salário inferior ao deste, excetuando-se os casos seguintes: (...)”.

deração do Ministro do TST, Augusto César Leite de Carvalho, o que elide a isonomia “*é o fato de o brasileiro contar menos de dois anos no exercício da função e de o estrangeiro contar mais de dois anos. Não se considera, como se pode notar, a diferença de tempo entre um e outro (como se procede na equiparação com brasileiro), mas, sim, o tempo de cada qual*”.⁽⁷¹⁾

Posta a lume a regra da alínea “b”, cabe enfatizar que a excludente se refere a quadros de carreira aprovados pelo Ministério do Trabalho em que seja garantido o acesso por antiguidade — e não *antiguidade e merecimento*, como aponta o art. 461, § 2º, *in fine*, CLT.

No que diz respeito à regra excludente da alínea “c”, fica claro ser até mesmo redundante, uma vez que as funções ali mencionadas não são sequer análogas, similares, porém obviamente díspares.

Finalmente, no que tange ao exame da regra excludente da alínea “d”, ela visa a eliminar a isonomia caso o desempenho do trabalhador estrangeiro, *trabalhando ambos por produção*, seja maior do que o do colega brasileiro. Embora a letra da lei fale em *produção* e não *produtividade*, naturalmente esta é que, no fundo, elide a isonomia, uma vez que ela é que evidencia desempenhos distintos. Nesta direção conclusiva está o Ministro Augusto César de Carvalho, que subscreve a seguinte assertiva do notável jurista Márcio Túlio Viana: “... *pelo espírito da norma, parece-nos que, se a diferença de produção resultar dos meios postos à disposição do empregado — sendo, portanto, igual a produtividade — caberá a equiparação*”.⁽⁷²⁾

Observe-se, a propósito, que a Lei da Reforma Trabalhista não fez menção ao instituto do art. 358 da CLT.

7. Antidiscriminação Salarial em Empresas com Quadro de Carreira

A existência, no plano empresarial, de quadro de carreira, caracterizado pela presença de sistemática de promoções alternadas por merecimento e antiguidade, impede o efeito jurídico da equiparação (assunto examinado no item 6, retro, que menciona a atenuação de exigências feita pela Lei n. 13.467/2017). Essa existência do QC, como já estudado, constitui fato impeditivo de pleitos equiparatórios, por força do art. 461, §§ 2º e 3º, da CLT. O suposto da ordem jurídica é que esse fato impeditivo cria mecanismo suficiente e adequado de evolução funcional do trabalhador na empresa, afastando, assim, o remédio jurídico equiparatório, corretivo de discriminações salariais.

(71) CARVALHO, Augusto César Leite de. *Direito Individual do Trabalho*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 272-273.

(72) CARVALHO, Augusto César Leite de. *Ob. cit.*, p. 273.

A) Requisitos do Quadro de Carreira — Há requisitos, porém, à validade de tal quadro de carreira; são, pelo menos, requisitos à sua potencialidade de atuar como fato impeditivo da equiparação salarial. Esses requisitos podem ser classificados como formais e substanciais.

O *requisito formal* — vigente antes do advento da Lei n. 13.467/2017 — consiste na exigência de o quadro de carreira receber *homologação administrativa* (Súmula 6, I, TST). Esta autoridade é, de maneira geral, o Ministério do Trabalho (Súmula n. 6, inciso I, *ab initio*).

Exclui-se, porém, da homologação administrativa por esse órgão ministerial específico o *quadro de carreira das entidades de direito público da administração direta, autárquica e fundacional aprovado por ato administrativo da autoridade competente* (Súmula n. 6, I, *in fine*, TST; antigo Enunciado n. 231, TST). Claro que esse mesmo critério de homologação por órgão ou autoridade administrativos próprios, e não pelo Ministério do Trabalho, deve se aplicar também a entidades públicas estaduais, distritais e municipais, sob pena de se agredirem o princípio e a regra constitucionais da autonomia administrativa, favorecedores de tais entidades político-administrativas (art. 18, *caput*, CF/88). Nesta direção é que se deve ler a antiga OJ 193 da SDI-I do TST e a atual Súmula 6, I, da mesma Corte Superior.

Tratando-se de entidade privada ou ente estatal organizado privatisticamente (sociedades de economia mista e empresas públicas, por exemplo), incide o critério geral de homologação administrativa pelo Ministério do Trabalho, segundo a jurisprudência dominante (Súmula n. 6, I).

Esse requisito formal de homologação, enxergado pela jurisprudência (não há tal referência explícita no texto clássico do art. 461 da CLT), tem merecido críticas. Argumenta-se que, na verdade, importa para o Direito do Trabalho, para fins de inviabilização da equiparação salarial (princípio da *primazia da realidade sobre a forma*), fundamentalmente saber-se se o quadro de carreira prevê *efetiva e real sistemática de promoções alternadas por merecimento e antiguidade*, de modo a neutralizar eventuais discriminações salariais entre empregados.

De toda maneira, a jurisprudência passou a atenuar a exigência formalística contida no inciso I da Súmula 6 ao acolher como válido esse quadro de carreira, para os fins da elisão equiparatória referida no § 2º do art. 461 da CLT, quando ele for sufragado por negociação coletiva trabalhista (CCT ou ACT) e também possuir critério alternado de promoções por antiguidade e merecimento.

Com a Lei n. 13.467, vigente desde 11.11.2017, suprimiu-se a necessidade de homologação administrativa (nova redação do art. 461, § 2º, da CLT). Além disso, esse novo § 2º passou a fazer menção tanto a quadro de carreira (QC), quanto a plano de cargos e salários (PCS), deles exigindo

aprovação por meio de negociação coletiva ou, até mesmo, “por meio de norma interna da empresa” (art. 461, § 2º, conforme Lei n. 13.467/17).

O *requisito substancial* à validade do quadro de carreira diz respeito à necessidade de ele instituir, dentro de cada categoria ou classe de profissões ou cargos ou funções, uma *sistemática de promoções alternadas por merecimento e antiguidade*. Não importa, obrigatoriamente, o tipo de parâmetro adotado para sua estruturação: por exemplo, *categoria* ou *classe*, de acordo com *cargos* ou *profissões* ou *funções*. O que importa é que haja uma sistemática objetiva e geral de promoções alternadas por merecimento e antiguidade no respectivo quadro de carreira.

Os quadros de carreira prevêem, comumente, dois tipos de promoções em seu interior: a horizontal e a vertical. A promoção horizontal ocorre dentro da mesma categoria ou classe, mantendo a mesma identificação essencial do obreiro no contexto do quadro. A promoção vertical, por sua vez, permite o deslocamento do obreiro para uma categoria ou classe superior àquela em que se encontrava inserido, propiciando-lhe efetiva *ascensão funcional*. Através da promoção vertical, o empregado modifica sua identificação essencial no contexto do quadro.

É comum o estabelecimento de exigências formais (por exemplo, certo nível de escolaridade ou, até mesmo, certa formação profissional completa) à ascensão funcional do obreiro no quadro de carreira. Desde que não impliquem prática discriminatória (o que ocorreria se fossem, por exemplo, fundadas em sexo, nacionalidade, etc.), tais exigências poderão ser, validamente, estipuladas no âmbito empregatício.

Com a Lei n. 13.467, vigente desde 11.11.2017, atenuaram-se os requisitos substanciais, pois se exige que o QC ou o PCS sejam aprovados por negociação coletiva trabalhista (o que é positivo, por propiciar maiores garantias, evidentemente) ou por meio de simples “norma interna da empresa” (novo § 2º do art. 461 da CLT). A par disso, permite a nova regra que as promoções sejam feitas por merecimento e por antiguidade (critério clássico, bastante positivo) ou, alternativamente, “por apenas um desses critérios, dentro de cada categoria profissional” — aspecto bastante negativo, aliás (art. 461, § 2º, desde a Lei n. 13.467/17).

B) Proteções Antidiscriminatórias — O fato de o quadro de carreira regular impedir pleitos equiparatórios não significa que ele inviabiliza litígios derivados de sua inadequada aplicação e observância (Súmula 19, TST). O mesmo se aplica ao regular PCS - a contar da mudança feita pela Lei n. 13.467/2017.

Tais litígios podem resultar da ocorrência da irregular *preferição* do obreiro no fluxo de promoções alternadas do quadro; ou do incorreto *enquadramento* do trabalhador no referido quadro; ou, ainda, da ausência de

reenquadramento ou *reclassificação* do empregado no novo quadro implantado. Todas estas situações têm sido classicamente aventadas pela jurisprudência (Súmula 127, TST, por exemplo).

Todas elas dão origem, regra geral, a pleitos de enquadramento ou reenquadramento (reclassificação) do trabalhador no contexto do quadro de carreira, com as diferenças contratuais decorrentes.

A jurisprudência tem compreendido que o “*simples desvio funcional do empregado não gera direito a novo enquadramento, mas apenas às diferenças salariais respectivas, mesmo que o desvio de função haja iniciado antes da vigência da CF/1988*”⁽⁷³⁾.

A mesma jurisprudência, entendendo tratar-se o enquadramento ou reenquadramento de ato único do empregador, fundado em direito criado por regra infralegal ou regulamento de empresa, tem considerado extintiva, isto é, total, a prescrição aplicável a tais pleitos⁽⁷⁴⁾. É claro que o prazo da prescrição total aqui considerada será de 5 anos, somente iniciando-se o lapso bienal após a extinção do vínculo empregatício.

Entretanto, será *parcial* a prescrição quinquenal caso o pleito brandido refira-se a diferenças resultantes do não cumprimento de regulamento empresarial em vigor (Plano de Cargos e Salários, por exemplo), pois, neste caso, *a lesão é sucessiva e se renova mês a mês* (OJ n. 404, SDI-I/TST).

Naturalmente, com o PCS passando a cumprir o mesmo papel do QC, desde as mudanças feitas pela Lei n. 13.467/2017, tais pleitos por diferenças salariais em face de preterição, enquadramento e/ou reenquadramento também podem acontecer, com adequações, nos casos de incorreto manejo, pelo empregador, do respectivo plano de cargos e salários.

8. Antidiscriminação e Substituição de Empregados

As proteções jurídicas contra discriminação salarial conduzem, ainda, ao problema que envolve a substituição de empregados no âmbito empresarial interno.

Três são as situações abrangidas pela substituição laboral: em primeiro lugar, a substituição tida como provisória, interina, mas não meramente eventual; em segundo lugar, a substituição considerada meramente eventual;

(73) Orientação Jurisprudencial n. 125, SDI-I/TST.

(74) Súmula 275, II, TST. Consultar também a antiga Súmula 198 (que trazia a noção de ato único) e a Súmula 294 (que se refere à ideia de título jurídico infralegal para a prescrição total). A Lei n. 13.467/2017 inseriu expressamente a distinção entre prescrição parcial e total no novo § 2º do art. 11 da CLT.

em terceiro lugar, a “substituição permanente”, com ocupação definitiva do cargo anteriormente ocupado por outro trabalhador, deslocado da função ou com o contrato rompido.

As duas primeiras situações devem ser examinadas em conjunto.

A) Diferenciação Relevante: substituição interina ou provisória e substituição meramente eventual — A orientação justrabalhista essencial a respeito do tema da substituição de empregados é que, “enquanto perdurar a substituição que não tenha caráter meramente eventual, inclusive nas férias, o empregado substituto fará jus ao salário contratual do substituído” (Súmula 159, I, TST). A diretriz não discriminatória aqui comparece, portanto, de modo a assegurar ao trabalhador substituto o *padrão salarial do colega substituído*. No presente caso, contudo, a diretriz jurídica produz efeitos temporalmente delimitados, assegurando o diferencial de salário apenas *enquanto permanecer a substituição (salário isonômico ou salário substituição)*. Trata-se, aliás, de rara hipótese de *salário condição* abrangendo o próprio salário básico.

A garantia ao empregado substituto é, porém, mais extensa do que a mencionada na súmula em exame. Assegura a lei ao obreiro todos os demais efeitos contratuais pelo período de substituição, inclusive a contagem do tempo de serviço e retorno ao cargo efetivo (art. 450, CLT).

A conduta isonômica fixada pela lei abrange, porém, apenas empregados envolvidos nas *substituições provisórias ou interinas*, não se aplicando às denominadas *substituições meramente eventuais*.

É, portanto, necessário distinguirem-se as duas situações.

Pelo tipo jurídico de *substituição meramente eventual* deve se compreender *aquela que se concretiza por curtíssimo período, sem possibilidade de gerar estabilização contratual minimamente necessária para propiciar efeitos salariais diferenciados em benefício do trabalhador*. A substituição de um chefe por um ou alguns poucos dias configura, nitidamente, esse tipo legal específico.

Embora não haja parâmetro temporal absolutamente claro na jurisprudência fixador da fronteira entre a substituição meramente eventual e a provisória ou interina, pode-se inferir que tal parâmetro tem-se consolidado, tendencialmente, em torno do quantitativo temporal do *mês* (ou quantitativo *em torno* de 30 dias). *O mês (ou suas fronteiras), ao consistir no parâmetro temporal máximo para cálculo do salário (art. 459, CLT), estabelecerá, logicamente, o parâmetro temporal ideal para que uma substituição produza ou não efeitos salariais*.

Já a substituição interina ou provisória (e não meramente eventual) é *aquela que abrange prazo delimitado, porém capaz, por sua extensão, de provocar efeitos salariais diferenciados em favor do empregado substituto*. Esse prazo é tendencialmente fixado pela jurisprudência em torno do parâmetro *mês* ou suas fronteiras.

A substituição em virtude de férias é, claramente, *provisória, interina*, ensejando o pagamento da diferença salarial correspondente⁽⁷⁵⁾.

A substituição interina assegura ao empregado substituto, como examinado, o salário isonômico, a contagem do tempo de serviço e o retorno ao cargo efetivo, além do cumprimento das demais cláusulas contratuais.

Já a substituição meramente eventual, embora não produza o efeito salarial ressaltado pela jurisprudência, assegura, é claro, ao trabalhador a contagem do tempo de serviço pelos dias de substituição, o direito ao retorno ao cargo/função anterior, além do cumprimento das demais cláusulas de seu contrato (art. 450, CLT).

B) “Substituição Permanente”: *ocupação de cargo vago* — A terceira situação surgida no cotidiano trabalhista em torno dessa temática é aquela que se relaciona à ocupação definitiva, pelo obreiro, do cargo anteriormente provido através de outro trabalhador, em face de este ter sido deslocado da função ou de ter tido o contrato encerrado.

A situação tem sido, também, designada pela expressão *substituição permanente* — que tem inegável sentido contraditório. É que se o empregado ocupa um *cargo vago*, não está mais efetivando real substituição.

Há, contudo, uma situação prática que contribui para conferir alguma consistência à expressão “substituição permanente”. Trata-se do caso em que o empregado seja alçado, em caráter provisório, ao cargo/função de um colega, que, tempos depois, é afastado, de modo definitivo, do referido cargo/função — tornando, assim, permanente a ocupação iniciada como provisória. Em casos como este, o que fora uma substituição provisória, que já assegurava o direito à conduta não discriminatória, torna-se uma situação permanente, preservando ao novo ocupante do cargo o direito ao salário contratual mais elevado.

A simples *ocupação de cargo vago*, entretanto, nem sempre impõe a incidência da regra não discriminatória em favor do novo ocupante. Se este não chegou a substituir, de fato, o antigo colega, antes de sua exoneração — ingressando, desse modo, em cargo efetivamente vago —, não há como enxergar-se aí a ideia de discriminação; por isso, em princípio, não há como realizar-se a incidência sobre o novo ocupante da regra isonômica do art. 450 da CLT e Súmula, 159, I, do TST. É que não ocorre, no caso, efetiva substituição, mas provimento de cargo vago por novo ocupante, *não impondo o Direito que o*

(75) Nesta linha, a antiga OJ n. 96, SDI-I/TST, e a nova redação da Súmula n. 159, I, do TST. Tal entendimento não diferencia entre férias integrais ou de gozo fracionado, ensejando interpretação sobre a possibilidade de período menor do que 30 dias para o salário substituição, ao menos neste caso.

passado referente a outro empregado com quem não se teve uma relação isonômica produza consequências com respeito ao novo empregado⁽⁷⁶⁾.

Mas atenção a uma possível particularidade que pode ocorrer na situação acima enfocada: se houver, na empresa, plano de cargos e salários que estipule *tipicidade ao cargo/função, atribuindo-lhe nível salarial distintivo, próprio*, evidentemente que surgirá a obrigação empresarial de pagar o correspondente padrão de salários. Note-se, contudo, que a obrigação terá decorrido do regulamento da empresa (Súmula 51, I, TST), e não da incidência do princípio antidiscriminatório inspirador do salário substituição. Será outro, pois, o fundamento jurídico do direito do empregado.

9. Antidiscriminação e Terceirização Trabalhista

Terceirização é palavra criada (neologismo) pela cultura do mercado de trabalho das últimas quatro/cinco décadas, sob influência principal da área de Administração de Empresas, porém com grandes repercussões no Direito do Trabalho. Para este campo jurídico, a terceirização traduz o *mecanismo jurídico de contratação de força de trabalho mediante o qual se dissocia a relação econômica laboral da relação trabalhista que lhe seria correspondente*. Por meio desse mecanismo insere-se o obreiro no processo empresarial do tomador de serviços, sem que se estendam a ele os laços trabalhistas, que se preservam fixados a uma entidade interveniente.

O modelo trilateral de relação jurídica que surge desse mecanismo é francamente distinto do clássico modelo empregatício, que se funda em relação de caráter essencialmente bilateral (empregado e empregador). Chocando-se com a estrutura teórica e normativa original do Direito do Trabalho, esse novo modelo propicia tratamento socioeconômico e jurídico ao prestador de serviços muito inferior ao padrão empregatício tradicional. Em consequência, dá origem ao debate acerca da extensão aos trabalhadores terceirizados dos princípios antidiscriminatórios que presidem a ordem constitucional do País.

O modelo terceirizado de contratação de força de trabalho não será, como um todo, examinado neste capítulo, evidentemente. Remetemos, a esse propósito, o leitor a outros estudos já desenvolvidos a respeito do assunto no Capítulo XIII deste Curso. Será analisado aqui, apenas, o aspecto da incidência do princípio antidiscriminatório aos trabalhadores submetidos à terceirização.

A) Terceirização Provisória (contrato de trabalho temporário) —
A relação jurídica de trabalho temporário foi criada, como se sabe, pela

(76) Nesta linha, a antiga OJ 112, SDI-I/TST; hoje, Súmula 159, II, TST.

Lei n. 6.019, de 1974. Ela tem tipicidade própria, apresentando três polos subjetivos: a) a empresa de trabalho temporário (ou empresa terceirizante); b) o trabalhador temporário; c) a empresa tomadora dos serviços (ou empresa cliente).

O contrato do trabalhador temporário é, necessariamente, a prazo: na origem, pelo limite máximo de três meses; após as mudanças introduzidas pela Lei n. 13.429/2017, 180 dias (as leis permitem, contudo, uma prorrogação). O contrato e o correspondente vínculo jurídico do trabalhador estabelecem-se com a empresa de trabalho temporário, embora o obreiro preste efetivos serviços à empresa tomadora. Como se percebe, por meio dessa fórmula, a Lei n. 6.019/74 dissociou a relação econômico-social de prestação de serviços da relação jurídica decorrente, rompendo com a dualidade combinada que caracteriza a fórmula clássica celetista (arts. 2º e 3º, CLT).

O trabalhador temporário não se confunde com a figura do empregado admitido por contrato a termo, por curto período, *pela própria empresa tomadora de serviços*. Este último não é trabalhador terceirizado, uma vez que firma relação de emprego com o real tomador de seu trabalho; rege-se este empregado pelas normas de contrato de trabalho a termo, insculpidas na CLT (arts. 443 e 445, CLT). Já o temporário tem sua relação jurídica, mesmo que de natureza empregatícia, firmada com a empresa de trabalho temporário, e não com o tomador real de seus serviços, submetendo-se às regras da Lei n. 6.019⁽⁷⁷⁾.

No contexto do Direito do Trabalho, a fórmula contratual da Lei n. 6.019/74 é considerada excetiva, uma vez que rompe com o padrão básico de contratação de força de trabalho existente no Direito brasileiro (o padrão celetista, pelo qual o tomador de serviços pessoais, onerosos, não eventuais e subordinados assume a posição de empregador na relação socioeconômica e jurídica). Esse caráter excetivo é que justifica ser apenas a termo o presente contrato (terceirização apenas provisória). E ele se aprofunda pelo fato de ter a Lei n. 6.019/74 previsto, originalmente, leque restrito de direitos laborais em favor do obreiro terceirizado, em contraponto com o padrão da CLT.

Entretanto, o diploma legal examinado estipulou, expressamente, norma atenuadora das diferenciações entre o trabalhador temporário e o empregado da empresa tomadora de serviços que exercesse função equivalente ou fosse da mesma categoria. Trata-se da norma contida no art. 12, “a”, da Lei n. 6.019/74, fixadora daquilo que a doutrina tem chamado de *salário equitativo*. Assim, é direito do trabalhador temporário *“remuneração equivalente à percebida pelos empregados da mesma categoria da empresa tomadora ou*

(77) A natureza *empregatícia* do vínculo do temporário (e do terceirizado, em geral) com a *empresa locadora de mão de obra*, embora fosse controvertida no início do processo de terceirização (a Lei n. 6.019 é de 1974), hoje tem sido considerada inquestionável, nas reflexões doutrinárias mais atualizadas.

cliente calculados à base horária, garantida, em qualquer hipótese, a percepção do salário mínimo regional” (art. 12, “a”, Lei n. 6.019/74).

A interpretação da norma antidiscriminatória ora exposta tem levado a jurisprudência a corrigir (ou, pelo menos, atenuar) o tratamento diferenciado que o modelo temporário confere aos trabalhadores a ele submetidos. Nessa linha, estendeu o 13º salário à categoria, embora fosse silente o texto da Lei n. 6.019 a esse respeito. Da mesma maneira, tem considerado devido ao trabalhador temporário o salário normativo ou convencional aplicável aos empregados da empresa tomadora de serviços, embora possam se tratar de obreiros representados por sindicatos profissionais diferentes. O mesmo fundamento torna, obviamente, devidas ao trabalhador temporário quaisquer outras parcelas de caráter salarial pagas aos empregados comparados da empresa tomadora de serviços.

B) Terceirização Permanente — A terceirização expandiu-se, no mercado de trabalho brasileiro, desde os anos de 1970, não apenas nos moldes tipificados na Lei n. 6.019/74, mas também, e principalmente, através de fórmula jurídica não tipificada em qualquer outro diploma legal, ao menos expressamente: trata-se da fórmula de terceirização permanente do trabalho humano.

O desenvolvimento inicial da terceirização permanente aproximava-se do modelo temporário acima descrito, embora distinguindo-se pelo importante fato de o contrato terceirizado não sofrer limitação quanto à sua continuidade no tempo. Por essa fórmula primitiva, uma empresa terceirizante celebraria contrato empregatício (via CLT, portanto) com um trabalhador, colocando-o, entretanto, para prestar serviços perante outra empresa.

A jurisprudência trabalhista, porém, por cerca de 40 anos, vinha considerando inválido esse modelo de contratação informalmente concretizado (inicialmente, por meio da Súmula n. 256, da década de 1980; depois, esta foi substituída pela Súmula n. 331, publicada, em sua primeira versão, na década de 1990). Excluída a hipótese de trabalho temporário (Lei n. 6.019/74), os Tribunais do Trabalho têm acolhido a terceirização como *fórmula de prestação de serviços por uma empresa a outrem, e não exatamente como fórmula de locação de mão de obra*. Segundo esta linha interpretativa — que é clara no inciso III da Súmula 331 do TST —, a terceirização não poderia propiciar pessoalidade e subordinação diretas do trabalhador terceirizado perante o tomador de serviços, mas, essencialmente, apenas em face da própria empresa terceirizante (à diferença, pois, do que ocorre com o trabalhador temporário).

Vinha, ainda, compreendendo a jurisprudência que a terceirização seria lícita (além da *situação envolvente ao trabalhador temporário*) somente nos casos de trabalho de *vigilância especializada* (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 subordinação direta” (Súmula n. 331 do TST, especialmente em seus itens I e III; grifos acrescentados no item III).

A ilicitude da terceirização conduziria à formação do vínculo empregatício diretamente com o tomador de serviços, pelo período de prestação de trabalho terceirizado (Súmula 331, I, TST). Esta resposta jurídica corretiva apenas não seria aplicável em situações de terceirização ilícita perpetrada por entidades estatais, em virtude da exigência formal de observância de concurso público para ingresso no Estado (Súmula 331, II, TST; art. 37, II e § 2º, CF/88).

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal, em sessão encerrada em 30.08.2018, julgando a ADPF n. 324 (Relator Min. Luis Roberto Barroso) e o RE n. 958252 (Relator Min. Luiz Fux), com repercussão geral reconhecida, decidiu, por maioria de votos (7 X 4), ser lícita a terceirização em todas as etapas do processo produtivo, seja atividade-meio, seja atividade-fim (vencidos os Ministros Edson Fachin, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio). Eis a tese de repercussão geral aprovada no RE: “*É lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante*” (Fonte: Supremo Tribunal Federal — sítio eletrônico na internet — “Notícias STF”, de 30.08.2018). Enfatize-se que o STF não esclareceu, em seu julgamento, acerca da modulação de efeitos de sua decisão (fato que tem levado diversas turmas do TST a manterem a suspensão dos processos anteriores a 30.08.2018 até que a Corte Suprema esclareça qual a modulação temporal de sua decisão vinculante).

A decisão do STF — que não tomou em referência, esclareça-se, em seus dois julgados, a Lei n. 13.467/2017, baseando-se apenas na normatividade anterior — soma-se à tendência de desregulamentação e flexibilização do Direito do Trabalho no País, a qual já fora brandida pela recente Lei da Reforma Trabalhista (n. 13.467/2017) — esta, porém, iniciando vigência apenas em 11.11.2017.

Nesse novo quadro hermenêutico e normativo, perdem força, realmente, as reflexões abaixo, as quais buscam conectar o tema da discriminação de pessoas humanas no contexto da terceirização trabalhista com as fórmulas de superação desse desafio pelo Direito. De todo modo, preservam-se, neste Curso, tais reflexões, constantes da próxima alínea “c”, apenas como contribuição à análise da complexa e desafiante questão relativa à discriminação de pessoas humanas no campo justralhista, mesmo envolvendo o contexto da terceirização.

C) Terceirização e Discriminação: problemas e soluções no Direito — Discriminação, conforme já estudado, é a conduta pela qual se nega à pessoa tratamento compatível com o padrão jurídico assentado para a situação concreta por ela vivenciada.

O combate à discriminação, como visto, é uma das mais importantes áreas de avanço do Direito característico das modernas democracias ocidentais. É que a sociedade democrática distingue-se por sua larga sensibilidade a processos de inclusão social, que se tornam institucionalmente garantidos em suas regras e princípios básicos. A discriminação, desse modo, seria o contraponto da inclusão social, surgindo como o mecanismo clássico de estigmatização de diferenças e perenização de exclusões de pessoas e grupos sociais.

O combate à discriminação constitui núcleo da Constituição de 1988, de toda a sua estrutura normativa, de seus princípios humanísticos e sociais, além de estar expressamente determinado no art. 3º, IV, no art. 5º, *caput* e inciso I, além de no art. 7º, XXX, XXXI e XXXII (este último, entre os três incisos citados do art. 7º, é que se mostra mais diretamente ligado à terceirização).

A fórmula terceirizante de contratação permanente de força de trabalho suscita o debate acerca da discriminação em duas situações principais: a primeira, mais crua, referente à terceirização ampla e contínua perpetrada por entidades estatais (não se está falando da terceirização pelo contrato de trabalho temporário, evidentemente); a segunda, referente aos efeitos jurídicos dos próprios mecanismos de terceirização ampla e contínua praticados no mercado de trabalho do País.

Cada uma dessas situações será, a seguir, examinada.

a) *Terceirização Permanente em Entidades Estatais* — No que concerne à terceirização ilícita realizada por entidades estatais, a presença da discriminação é inevitável. É que, afinal, não se pode corrigir o viés, como já visto, mediante a fixação do vínculo empregatício diretamente com a entidade estatal tomadora de serviços, em decorrência da expressa vedação constitucional existente nessa linha.

Há que se pesquisar, desse modo, direção interpretativa que volte a recuperar a coerência e organicidade que a ordem jurídica necessariamente tem. Esta pesquisa leva à necessária compatibilização entre a vedação constitucional ao reconhecimento de vínculo empregatício com entidades estatais sem concurso público (art. 37, II e § 2º, CF/88) e o princípio antidiscriminatório central contido nos preceitos constitucionais supra mencionados (art. 3º, IV; art. 5º, *caput* e inciso I; art. 7º, XXXII). Como se efetivar essa compatibilização, se estiver, no caso concreto, diante da circunstância de prestação concomitante de igual trabalho tanto por empregado direto como por trabalhador permanentemente terceirizado, na mesma entidade estatal? Tome-se, ilustrativamente, o seguinte caso, envolvendo *caixas bancários* laborando no mesmo Banco Estatal: alguns caixas bancários são empregados do Banco Estatal, com ganhos contratuais elevados; outros caixas bancários não são empregados desse Banco, recebendo, em consequência, modesta retribuição material e jurídica de sua empresa empregadora terceirizante.

A resposta (já sugerida na citada obra *Introdução ao Direito do Trabalho*, de 1995) certamente não está em se negar eficácia ao democrático e ético preceito do art. 37, *caput*, II e § 2º, CF/88 (lançando-se no limbo da história todo o esforço de democratização e moralização da administração pública que foi incorporado pela Constituição de 1988). *A resposta está na garantia da observância do tratamento antidiscriminatório constitucional no núcleo da relação jurídica trabalhista pactuada, afastando-se os efeitos diversos tentados pela terceirização ilícita.*

Isso se concretiza assegurando-se ao trabalhador terceirizado todas as verbas trabalhistas legais e normativas aplicáveis ao empregado estatal direto que cumpria a mesma função na entidade estatal tomadora dos serviços. Ou todas as verbas trabalhistas legais e normativas próprias à função específica exercida pelo trabalhador terceirizado junto à entidade estatal beneficiada pelo trabalho. Verbas trabalhistas, e apenas estas — sem retificação, portanto, de CTPS quanto à entidade empregadora formal, já que esse tópico é objeto de expressa vedação pelo Texto Máximo.

No caso em exame, o empregador formal (isto é, a entidade terceirizante ou “empresa contratada”) responderia, em primeiro plano, pelas verbas derivadas da comunicação remuneratória perpetrada. A entidade estatal (“empresa contratante”), porém, iria responder, subsidiariamente, por tais verbas, na linha já autorizada pela Súmula n. 331, V, do TST (responsabilidade subsidiária que foi mantida na decisão do STF no RE n. 958252 e na ADPF n. 324, prolatada na sessão de 30.08.2018; também foi mantida pela própria Lei da Reforma Trabalhista). Tudo sem afronta à essencial (e democrática) vedação do art. 37, *caput*, II e § 2º, da CF/88, e sem negativa de eficácia ao também essencial e democrático princípio antidiscriminatório incorporado na Constituição de 1988.

Nesta direção encontra-se a jurisprudência trabalhista dominante (OJ n. 383, SDI-1/TST). É bem verdade que, a partir da decisão do STF na ADPF n. 324 e no RE n. 958252 (decisões plenárias de 30.08.2018, mas ainda sem modulação temporal, relembre-se), pode-se argumentar que a licitude conferida à terceirização de atividades-fins elimina a possibilidade de se falar em discriminação.

b) O Problema Discriminatório na Terceirização Lícita — No que diz respeito à terceirização lícita realizada no mercado de trabalho, o vislumbre da diretriz jurídica antidiscriminatória aplicável tem sido, na jurisprudência, mais controvertido do que na situação anteriormente exposta.

Ora, mostra-se inegável que a fórmula terceirizante tende a criar um padrão de contratação de força de trabalho sumamente inferior àquele que caracteriza o trabalhador submetido a contrato empregatício clássico. E esse contraponto de situações socioeconômicas e jurídicas não é tolerado pela ordem constitucional brasileira.

É que, como já estudado, o art. 7º, XXXII, da Constituição de 1988, reelaborou antigo preceito antidiscriminatório existente na ordem jurídica: “*proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos*”. A ideia básica incorporada na regra constitucional já estava expressa até mesmo no antigo texto celetista (o art. 3º, parágrafo único da CLT falava que “não haverá distinções relativas à espécie de emprego e à condição do trabalhador, nem entre o trabalho intelectual, técnico e manual”) e no anterior texto constitucional (art. 165, XVII, CF/69). Contudo, a Constituição de 1988 fez combinar o tradicional preceito às suas regras antidiscriminatórias gerais — que são regras fortemente enfáticas e precisas —, inseridas no art. 3º, *caput* e inciso IV da Constituição (“*Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: ... IV — promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação*”) e também insertas no art. 5º, *caput* e inciso I, da mesma Constituição (“*Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza...*”; “*I — homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição*”).

A combinação de todos esses significativos preceitos constitucionais tem dado suporte à interpretação contemporânea de que *a contratação terceirizada de trabalhadores não poderia, juridicamente, propiciar tratamento discriminatório entre o trabalhador terceirizado e o trabalhador inserido em categoria ou função equivalentes na empresa tomadora de serviços*. Em virtude do parâmetro constitucional analisado, seria devido, em tais situações, o chamado *salário equitativo*, hábil a assegurar a correspondência não discriminatória entre os respectivos profissionais.

Note-se que a própria ordem jurídica regulamentadora da terceirização temporária sempre assegurou a observância desse tratamento antidiscriminatório, ao garantir ao obreiro terceirizado *remuneração equivalente à percebida pelos empregados da mesma categoria da empresa tomadora ou cliente calculados à base horária...* (art. 12, “a”, Lei n. 6.019/74). Ora, se o critério já se estendia, de modo expresso, até mesmo à *terceirização de caráter provisório*, é lógico concluir-se que a ordem jurídica, implicitamente, considera aplicável o mesmo critério às *terceirizações de mais longo curso*, as chamadas *terceirizações permanentes*. De todo modo, se a reflexão sobre as normas infraconstitucionais ainda não fosse bastante para garantir o tratamento antidiscriminatório ao trabalhador terceirizado, a incidência dos preceitos constitucionais acima referidos inevitavelmente produziria essa consequência jurídica de natureza isonômica.

Conforme já exposto neste Curso, deve ser reconhecido, por dever de lealdade ao leitor, que a jurisprudência ainda não se direcionou, com clareza e majoritariamente, para a linha antidiscriminatória aqui descrita. De maneira geral, considerada lícita a terceirização — e não se tratando de hipótese de trabalho temporário —, os tribunais têm decidido que o padrão remuneratório

da empresa tomadora não se comunica com o padrão remuneratório dos trabalhadores terceirizados postos a serviço dessa mesma tomadora.

Entretanto algumas reflexões adicionais devem se agregar ao exame desse tema, em decorrência de sua profunda relevância no contexto trabalhista hoje vivenciado no País.

É que a fórmula terceirizante permanente, se não acompanhada do remédio jurídico da comunicação remuneratória, transforma-se em mero veículo de discriminação e aviltamento do valor da força de trabalho, rebaixando drasticamente o já modesto padrão civilizatório alcançado no mercado de trabalho do Brasil. Reduzir a terceirização a um simples mecanismo de tangenciamento da aplicação da legislação trabalhista é suprimir o que pode haver de tecnologicamente válido em tal fórmula de gestão trabalhista, colocando-a contra a essência do Direito do Trabalho, enquanto ramo jurídico finalisticamente dirigido ao aperfeiçoamento das relações de trabalho na sociedade contemporânea.

Ademais, existem claros preceitos constitucionais e justralhistas que, lidos em conjugação sistemática entre si e com os aspectos acima apontados, indicam na direção da comunicação remuneratória entre o contrato do trabalhador terceirizado e o padrão prevalecente para os empregados da mesma categoria ou função da empresa tomadora dos serviços. Trata-se, de um lado, dos preceitos constitucionais já citados concernentes à *ideia básica de não discriminação* (art. 3º, *caput* e inciso IV; art. 5º, *caput*, *ab initio*, e inciso I; art. 7º, XXXII, todos da CF/88), mas, também, inúmeros outros princípios e regras da Constituição valorizadores do trabalho humano. Cite-se, por exemplo, a *ideia de prevalência na ordem jurídica dos direitos sociotrabalhistas* (art. 1º, III e IV; art. 3º, I, *in fine* e III, *ab initio*, e IV, *ab initio*; art. 4º, II; art. 6º, art. 7º, *caput*, *in fine*; art. 7º, VI, VII, X; art. 100, *caput* e inciso I; art. 170, III). Apontem-se, finalmente, *diversos preceitos referenciais à proteção ampla do salário* (art. 7º, VI, VII e X, CF/88).

Registre-se, contudo, mais uma vez, por lealdade ao leitor: a partir da decisão do STF na ADPF n. 324 e no RE n. 958252 (decisões plenárias de 30.08.2018, mas ainda sem modulação temporal, relembre-se), acolhendo a validade da terceirização permanente mesmo nas atividades-fins da empresa tomadora de serviços, pode-se argumentar que essa licitude conferida à terceirização de atividade-fim elimina a possibilidade de se falar em discriminação.

V. PROTEÇÕES JURÍDICAS CONTRA CREDORES DO EMPREGADOR

O ordenamento jurídico do País estabelece um conjunto diversificado de garantias e proteções em favor do crédito trabalhista quando confrontado a eventuais credores do respectivo empregador. É que o Direito do Trabalho conclui que seu largo arsenal de princípios, regras e institutos perderia efeti-

vidade caso os créditos obreiros não se postassem em patamar de vantagem perante os créditos de outra natureza contrapostos ao patrimônio da pessoa física ou jurídica do empregador.

Três são as hipóteses centrais tratadas pela ordem justralhista no tocante às proteções jurídicas contra credores do empregador. A primeira diz respeito à *ampliação da responsabilidade pelas dívidas trabalhistas por além da figura específica do empregador, mediante os institutos da responsabilidade subsidiária ou solidária*; a segunda hipótese diz respeito à situação de *concordata ou recuperação judicial ou extrajudicial da empresa empregadora perante seus credores*; a terceira hipótese diz respeito à *situação de falência do empregador* e suas repercussões perante os credores do falido.

1. Proteção Jurídica Mediante a Responsabilidade Trabalhista

O Direito do Trabalho, como qualquer ramo jurídico que trate de direitos patrimoniais, busca encontrar mecanismos de ampliação das garantias dos créditos que regula por além do simples patrimônio do devedor. Noutras palavras, mecanismos de ampliação das garantias dos créditos trabalhistas por além do estrito patrimônio do empregador.

Tais mecanismos de alargamento de garantias creditícias não são, portanto, específicos ao ramo justralhista. Traduzem, na verdade, a importação para a seara laborativa de instrumentos já tradicionais em outros ramos do Direito, em especial Direito Obrigacional Civil e Direito Empresarial (ou Direito Comercial). Tipificam tais mecanismos a *responsabilidade solidária* e a *responsabilidade subsidiária*.

O tema da responsabilidade por verbas trabalhistas, como se sabe, permite a construção de duas tipologias extremamente práticas no Direito brasileiro, hoje. A primeira tipologia diz respeito à *existência ou não de responsabilidade trabalhista deferida ao não empregador* em determinado contexto concreto. A pergunta central a permear esta tipologia é a seguinte: sob a perspectiva jurídica, mostra-se viável (ou não) responsabilizar alguém que se mostrou beneficiário, direta ou indiretamente, pela utilização da força de trabalho manejada pelo empregador pelas dívidas trabalhistas desse efetivo empregador?

A segunda tipologia diz respeito à *modalidade de responsabilidade trabalhista* característica àquele contexto concreto supra enfocado. A pergunta central a permear esta tipologia, por sua vez, é: de que tipo será a responsabilidade trabalhista incidente sobre essa entidade beneficiária do trabalho dirigido por outrem?

Passa-se ao exame sintético dessas duas relevantes (e práticas) tipologias.

A tipologia concernente à *existência ou não de responsabilidade trabalhista* enxerga quatro grandes situações justralhistas. De um lado, aquelas que envolvem figuras assimiladas (ou identificadas mesmo) ao próprio empregador, como ocorrido com os *entes integrantes do chamado grupo econômico*. De outro lado, situações que envolvem figuras vinculadas ao empregador por laços de domínio direto ou indireto (no sentido civil/comercial), de que é expressivo exemplo a situação do *sócio da entidade societária*. Finalmente, as situações relativas aos *tomadores de serviços que contratam certos empregadores* (grupo que envolve as *situações de terceirização*, por exemplo, quer no âmbito privado, quer no âmbito público).

No tocante a esses três grupos iniciais, tende a haver entendimento relativamente homogêneo da doutrina e da jurisprudência no sentido da incidência da responsabilidade trabalhista de seus membros componentes. Mesmo havendo peculiaridades com respeito à responsabilidade na terceirização ocorrida no âmbito estatal, o fato é que se tornou consensual a sua existência, respeitadas tais peculiaridades.

O quarto grupo, finalmente, diz respeito a situações em torno das quais ainda existe razoável divergência quanto à viabilidade da responsabilização trabalhista. Trata-se dos casos que atingem o *dono da obra*.

A segunda tipologia é concernente à *modalidade de responsabilidade* fixada pelo Direito do Trabalho. Surgem aqui dois tipos de figuras: a *responsabilidade solidária* e a *responsabilidade subsidiária*.

A responsabilidade solidária tem tradicionalmente sido suscitada em três situações principais: as *entidades integrantes do grupo econômico* (textos do art. 2º, § 2º, CLT — acrescido do § 3º, pela Lei n. 13.467/2017; a seu lado, o art. 3º, § 2º, Lei n. 5.889/73); a *figura do empreiteiro perante as dívidas trabalhistas do subempreiteiro por ele contratado* (interpretação corrente do art. 455, CLT); finalmente, a *figura do tomador de serviços temporários perante algumas dívidas especificadas na Lei de Trabalho Temporário* (texto do art. 16 da Lei n. 6.019/74). Conforme já foi explicitado neste Curso, entretanto, não obstante a expressão literal dos respectivos artigos legais, o fato é que se firmou a tendência jurisprudencial em qualificar como subsidiária a responsabilidade mesmo nestas duas últimas situações (empreiteiro/subempreiteiro e tomador de serviços temporários), mormente a partir da interpretação consolidada na Súmula 331, IV, do TST. Em consequência, resta a responsabilidade solidária essencialmente para as situações envolventes aos integrantes do grupo econômico para fins justralhistas.

Toda essa temática, contudo, já foi especificamente examinada em capítulo próprio deste Curso, não sendo lógico e prático, neste instante, repisarem-se fundamentos e explanações. Trata-se do Capítulo XIV (“Responsabilidade por Verbas Trabalhistas”) — para onde remetemos, dessa maneira, o caro Leitor.

2. Proteção Jurídica na Concordata do Empregador

No conjunto de proteções deferidas pela ordem jurídica ao crédito trabalhista em confronto com os demais créditos existentes no mercado patrimonial, posicionava-se a impermeabilidade das parcelas juslaborativas em situação de concordata do empregador, a *teor do sistema estipulado pela antiga Lei de Falências* (Decreto-lei n. 7.661/45). A concordata atingia, efetivamente, certos créditos dirigidos contra o patrimônio do empregador (os chamados *créditos quirografários*), ampliando o prazo de pagamento de tais parcelas e reduzindo-lhes o custo financeiro regular.

A figura da concordata, porém, não produzia efeitos no Direito do Trabalho, não atingindo os créditos trabalhistas (art. 449, CLT).

Sob o ponto de vista material (*aspectos materiais*), a concordata, como visto, abrangia exclusivamente créditos quirografários, não afetando sequer outros créditos civis e comerciais mais bem favorecidos (os dotados de garantia real, por exemplo). Não poderia, desse modo, atingir créditos trabalhistas, tidos como *superprivilegiados* no contexto da ordem jurídica e dos créditos existentes no âmbito do mercado patrimonial. Nesse quadro, a estrita lógica jurídica já eliminaria qualquer possibilidade de o instituto da concordata produzir qualquer repercussão jurídica no Direito do Trabalho. Some-se a isso o texto claro do art. 449, da CLT, inviabilizando a incidência dos favores da concordata sobre as dívidas trabalhistas do empregador.

Sob o ponto de vista processual (*aspectos processuais*), também não havia repercussão da concordata no âmbito trabalhista. Uma eventual lide entre empregado e empregador sob concordata desenvolvia-se no estuário processual da Justiça do Trabalho, quer na fase de conhecimento, quer na fase de liquidação/execução. Nessa linha é, inclusive, enfática a Súmula n. 227 do Supremo Tribunal Federal: a “concordata do empregador não impede a execução do crédito nem a reclamação de empregado na Justiça do Trabalho”.

3. Proteção Jurídica na Recuperação Judicial ou Extrajudicial

A nova Lei de Falências (n. 11.101), em vigência desde 9 de junho de 2005, criou, em substituição à tradicional *concordata*, as alternativas da *recuperação judicial ou extrajudicial* da empresa.

A recuperação extrajudicial da empresa, do mesmo modo que a antiga concordata, não afeta os direitos trabalhistas e acidentários dos empregados (art. 161, § 1º; art. 163, § 1º, combinado com o art. 83, todos da Lei n. 11.101/2005). Não houve, portanto, *neste aspecto*, efetiva inovação no que concerne à proteção jurídica aos direitos empregatícios derivados do contrato de trabalho.

A *recuperação judicial*, ao contrário, pode causar, sim, espantosos danos a direitos dos empregados, se prevalecer a explícita direção normativa do novo diploma jurídico.

A nova lei flexibiliza, *respeitado um tempo máximo de 1 (um) ano*, o prazo de pagamento dos créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes do trabalho vencidos até a data do pedido de recuperação judicial (*caput* do art. 54 da Lei n. 11.101/2005). Estipula ainda que os créditos de natureza estritamente salarial vencidos nos 3 (três) meses anteriores ao pedido de recuperação judicial, *no limite de 5 (cinco) salários mínimos por trabalhador*, sejam pagos em até 30 (trinta) dias (parágrafo único do art. 54, Lei n. 11.101/2005) — o que significa autorização para prazo inclusive anual de pagamento de verbas salariais vencidas superiores a esse modesto teto legal!

Mais: o novo diploma estabelece constituir meio de recuperação judicial empresária, genericamente, a “concessão de prazos e condições especiais para pagamento das obrigações vencidas e vincendas” (inciso I do art. 50, Lei n. 11.101/2005). Ainda que se interprete que tamanha liberalidade jurídica, por ser genérica e não específica, não se aplique aos créditos e direitos do empregado, o novo diploma falimentar estatui, expressamente, serem também meios de recuperação judicial de empresas, mediante acordo ou convenção coletiva, *redução salarial (sic!)*, compensação de horários e redução de jornada (art. 50, VIII, Lei n. 11.101/2005). Terá o mesmo caráter o “trespasse ou arrendamento de estabelecimento, inclusive à sociedade constituída pelos próprios empregados” (inciso VII do art. 50 da Lei n. 11.101/2005).

A Lei n. 11.101/2005 encontra-se, porém, como qualquer regra jurídica, submetida à ordem constitucional do País, não podendo agredi-la, direta ou indiretamente. Seus preceitos examinados, no que tange aos direitos e créditos dos empregados, de natureza trabalhista ou acidentária, afrontam, gravemente, não apenas princípios constitucionais decisivos como também regras explicitamente incorporadas pela Constituição de 1988.

A ordem constitucional confere prevalência aos princípios da *dignidade da pessoa humana*, da *centralidade da pessoa na vida socioeconômica e na ordem jurídica*, da *justiça social*, da *valorização do trabalho e do emprego*, além da *submissão da propriedade à sua função social*. Estes são tanto princípios como regras magnos da Constituição de 1988 (ver na CF/88, ilustrativamente, os seguintes dispositivos: *Preâmbulo*; art. 1º, III e IV; art. 3º, I, II, III e IV; art. 5º, *caput* e XXIII; art. 6º; art. 7º; art. 170, *caput*, III, VII e VIII; art. 192, *caput*; art. 193).

A Lei n. 11.101, de 2005, ignorando a filosofia e a determinação constitucionais, confere enfática prevalência aos interesses essencialmente econômicos, em detrimento dos interesses sociais, como se tentasse inverter a ordem jurídica do País. E o faz não apenas em virtude dos preceitos

que diretamente agridem o universo de direitos empregatícios, como também em decorrência de outras de suas regras, as quais, cuidadosamente, salvaguardam da *recuperação judicial de empresas* créditos e direitos inerentes à elite do sistema econômico vigorante (ver, por exemplo, o longo rol de credores capitalistas superprotegidos, nos §§ 3º e 5º do art. 49 da nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas).

Neste contexto, a necessária interpretação da Lei n. 11.101/2005, a ser feita *em conformidade com a Constituição* (como imperativo no sistema democrático constitucional do País), há de esterilizar ou adequar tais critérios antissociais da nova lei ao comando magno de prevalência do valor-trabalho e de respeito à dignidade da pessoa humana, além da permanente regência da propriedade privada por seus fins sociais. Não obstante, em julgados sobre o assunto, o STF firmou tendência no sentido de confirmar a constitucionalidade de diversos dispositivos da mencionada lei.⁽⁷⁸⁾

4. Proteção Jurídica na Falência do Empregador

A situação fático-jurídica de falência provoca, como se sabe, um concurso global de credores perante o patrimônio do devedor. Ao abranger todos os credores do falido, em situação de quase inevitável insuficiência patrimonial perante as dívidas diversas em confronto, a falência enseja, necessariamente, uma discussão acerca da hierarquia de créditos em face do patrimônio falimentar. Nessa hierarquia, a ordem jurídica busca assegurar efetivas vantagens aos créditos trabalhistas.

O Direito fixa clara hierarquia, do ponto de vista material, entre os créditos componentes do quadro geral de credores que disputam o patrimônio da massa falida. Nessa hierarquia, os créditos acidentários devidos diretamente pelo empregador (isto é, pela massa falida) ao empregado e os créditos empregatícios despontariam no primeiro plano de atendimento, seguidos pelos demais créditos contrapostos à massa.

Esta hierarquia jurídica, embora resultando da legislação infraconstitucional desde décadas atrás (por exemplo, Lei de Falências de 1945: n. 7.661), ganhou maior consistência com a Constituição de 1988, por esta ter instaurado o império de um conjunto coordenado de princípios e regras, quais sejam,

(78) A respeito da ocorrência (ou não) de sucessão trabalhista nos casos de alienação de ativos empresariais no contexto da recuperação extrajudicial, judicial ou falência da empresa empregadora — inclusive com a posição firmada por julgados do STF —, consultar o Capítulo XII, item IV.5 deste Curso, no subtítulo “Restrições Tópicas à Sucessão”. Sobre a constitucionalidade ou não desses e outros dispositivos da Lei n. 11.101/2005 — inclusive com a posição firmada por julgados do STF —, consultar o item 4, logo à frente (“Proteção Jurídica na Falência do Empregador”), em que se informa acerca de decisões do STF no sentido confirmatório da constitucionalidade.

da dignidade da pessoa humana, a centralidade da pessoa humana na vida socioeconômica e na ordem jurídica, da justiça social, da valorização do trabalho e do emprego e da submissão da propriedade à sua necessária função social⁽⁷⁹⁾.

Há várias décadas tem sido a seguinte a ordem hierárquica do quadro geral de credores em situação de falência do empregador (com as respectivas normas de fundamentação):

- Crédito acidentário devido diretamente pelo empregador (princípios e regras constitucionais assecutorios da prevalência da dignidade da pessoa humana, da centralidade da pessoa humana na vida socioeconômica e na ordem jurídica, da justiça social, da valorização do trabalho e do emprego e da subordinação da propriedade à sua função social. Além disso, art. 7º, XXVIII, CF/88; art. 102, § 1º, Dec.-lei n. 7.661/1945);
- Créditos trabalhistas (o mesmo grupo de princípios e regras da Constituição de 1988, que asseguram a prevalência da dignidade da pessoa humana, da centralidade da pessoa humana na vida socioeconômica e na ordem jurídica, da justiça social, da valorização do trabalho e do emprego, além da subordinação da propriedade à sua função social. Também art. 102, Dec.-lei n. 7.661/1945; art. 449, CLT);
- Créditos tributários (arts. 187, CTN e 29, Lei n. 6.830/80);
- Créditos por encargos da massa (art. 124, § 1º, Dec.-lei n. 7.661/45);
- Créditos por dívida da massa (art. 124, § 2º, Dec.-lei n. 7.661/45);
- Créditos com direitos reais de garantia (art. 102, I, Dec.-lei n. 7.661/45);
- Créditos com privilégio especial sobre determinados bens (art. 102, II, Dec.-lei n. 7.661/45);
- Créditos com privilégio geral (art. 102, III, Dec.-lei n. 7.661/45);
- Créditos quirografários (art. 102, IV, Dec.-lei n. 7.661/45)⁽⁸⁰⁾.

A pirâmide hierárquica exposta demonstra, de modo inequívoco, que os créditos obreiros oriundos da situação propiciada pelo contrato de emprego

(79) A respeito desse império central desses princípios constitucionais, consultar a obra deste autor, *Princípios Constitucionais do Trabalho e Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2017, especialmente em seu Capítulo II: “Princípios Constitucionais do Trabalho”.

(80) Gradação de créditos e direitos em conformidade com Amador Paes de Almeida, *Curso de Falência e Concordata*. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 312. Evidentemente que as referências à nova Constituição da República não constam da edição de 1988 da obra do grande autor de Direito Comercial, tendo sido acrescentadas na presente edição deste Curso. Ainda de Amador Paes de Almeida, consultar, *Os Direitos Trabalhistas na Falência e Concordata do Empregador*. São Paulo: LTr, 1996, p. 107-109.

(sejam trabalhistas ou acidentários) situam-se no vértice da escala de prevalência. A própria precedência assegurada aos créditos relativos a acidente de trabalho não minora a garantia dos créditos estritamente empregatícios, já que todos eles são créditos devidos pelo empregador ao empregado como resultado de fatos ocorridos na relação de emprego.

A nova Lei de Falências, entretanto (n. 11.101, de 2005), com vigência a partir de 9.6.2005, abrangendo, essencialmente, processos novos (art. 201, combinado com art. 192, Lei n. 11.101/05), manifesta direção normativa claramente antitética à tradicional do Direito brasileiro, no que tange à hierarquia de direitos e créditos cotejados no concurso falimentar. Nesta linha, parece até mesmo desconsiderar a existência do citado rol princípios e regras nucleares da Constituição de 1988.

Para o novo diploma legal a hierarquia creditícia nos processos falimentares coloca em primeiro plano, sem restrições, os *créditos decorrentes de acidente do trabalho* (inciso I, *in fine*, do art. 83, Lei n. 11.101/2005). Neste aspecto, a lei nova se compatibiliza, por inteiro, com a ordem constitucional brasileira.

A nova lei, entretanto, embora classifique neste mesmo patamar os *créditos derivados da legislação do trabalho* (o que é coerente, do ponto de vista constitucional), estabelece, logo a seguir, inusitadamente, um *teto* para a prevalência hierárquica destes mesmos créditos: apenas até 150 (cento e cinquenta) salários mínimos (inciso I do art. 83 da Lei n. 11.101/2005).

A presença desse singular teto legal significa que valores de créditos trabalhistas que sejam superiores a 150 salários mínimos perderiam, de modo automático, a superproteção da ordem jurídica, descendo, radicalmente, na escala hierárquica, passando a se posicionar em patamar próximo ao piso da pirâmide creditícia, amalgamados no conjunto dos créditos *meramente quirografários* (art. 83, VI, c, Lei n. 11.101/2005).

Melhor posicionados na escala hierárquica de caráter protetivo, em contraponto a este desgarrado saldo de créditos trabalhistas, estariam, pelo menos, cerca de 8 (oito) tipos de créditos, a maioria deles de natureza taxativamente privatística, de direto interesse das forças empresariais que compõem o poder econômico. Desde créditos com garantia real até o limite do valor do bem gravado (a propósito, os que melhor garantem, regra geral, diversas operações do sistema financeiro), créditos tributários (exceto multas), créditos com privilégio especial definidos em leis civis e comerciais, créditos com privilégio geral definidos em leis civis e comerciais, a par de inúmeros outros cuidadosamente destacados pelo art. 83 da Lei n. 11.101/2005.⁽⁸¹⁾

(81) O Supremo Tribunal Federal, na sessão plenária de 27.5.2009, em que julgou a ADI 3.934-2-DF, mediante voto relatado pelo Ministro Ricardo Lewandowski, declarou, por maioria de votos, compatível com a Texto Máximo de 1988 a regra contida no art. 83, I e IV, "c", da Lei

Competência Judicial — Do ponto de vista processual, há importante debate provocado pela situação de falência do empregador: o juízo competente para execução de dívidas trabalhistas do falido.

Atendência majoritária da doutrina e da jurisprudência é de que as matérias trabalhistas terão seu respectivo *processo de conhecimento* efetivado perante o Juízo Trabalhista Especial, a teor da competência fixada pela Constituição de 1988 (art. 114), repetindo antiga tradição constitucional. A competência especial trabalhista estender-se-ia até a fase de acerto do título executivo judicial trabalhista — a fase de liquidação da sentença prolatada.

Para essa tendência dominante, entretanto, após definido, pela fase processual liquidatória, o *quantum debeatur* relativo à sentença trabalhista, o obreiro teria de obter a correspondente certidão do crédito trabalhista judicialmente fixado e definido, procedendo, em sequência, à sua habilitação no Juízo Civil Falimentar. Noutras palavras, *a fase estritamente de execução* (execução especial, é bem verdade) *seria efetivada perante o Juízo Falimentar, onde se reúnem os bens da massa falida e procede-se ao concurso universal de credores*. Acresça-se, a propósito, um esclarecimento: como se trata, no caso, de fase de estrita execução, descabe qualquer impugnação ao crédito liquidando obreiro oriundo do Juízo Trabalhista Especializado, por já se ter formado a coisa julgada material a respeito no juízo competente para a instituir.

Há, contudo, uma segunda tendência jurisprudencial e doutrinária a respeito deste tema. Com suporte no primitivo texto constitucional que fixava competir à Justiça do Trabalho conciliar e julgar “...os litígios que tenham origem no cumprimento de suas próprias sentenças...” (art. 114, *caput, in fine*, CF/88), esta vertente sustentava que caberia ao Juízo Especializado Trabalhista proceder, inclusive, à própria execução final do título executivo alcançado na sentença juslaboral. Noutras palavras, seria incabível falar-se em expedição de certidão de habilitação de crédito judicial trabalhista para apresentação ao Juízo Cível, uma vez que a execução seria processada no próprio foro trabalhista.

De todo modo, esta segunda vertente, embora possuísse substantiva sustentação jurídica, sempre enfrentou uma ponderável dificuldade prática: o prejuízo à celeridade processual que a adoção de sua tese termina por ensejar. É que a penhora de bens da massa falida conduz a um conflito positivo de competência entre o Juízo Trabalhista e o Juízo Cível Falimentar, que prejudica a eficácia dessa via executória perseguida. A morosidade daí

n. 11.101/2005, preservando válido, desse modo, o teto restritivo do superprivilégio conferido aos créditos trabalhistas introduzido na ordem jurídica pelo novo diploma legal (até 150 salários mínimos). No voto prevalecente ficou consignado que “...não existe ofensa à Constituição no tocante ao limite de conversão de créditos trabalhistas em quirografários”.

resultante acentua-se quando se sabe que o conflito somente pode ser resolvido mediante procedimento encaminhado a um Tribunal Superior, o STJ (art. 105, I, “d”, *in fine*, CF/88).

Por fim, esta última vertente não tem recebido respaldo do órgão judicial encarregado de decidir o conflito positivo de competência que tende a ensejar. Efetivamente, o Superior Tribunal de Justiça, por suas Turmas competentes para conhecer de recursos em mandados de segurança ou recursos especiais que tratem de tais temas, e principalmente por sua 2ª Seção, que é composta pelos Ministros integrantes de tais Turmas e é especializada em matéria trabalhista e falimentar ao mesmo tempo, cabendo-lhe conhecer os conflitos de competência aqui referidos, tem reiteradamente decidido, muitas vezes por unanimidade, que a competência para proceder à execução final é do Juízo Cível Falimentar, respeitada a coisa julgada laboral formada no Juízo Trabalhista Especializado⁽⁸²⁾.

Com a nova redação do art. 114 da Constituição, a partir da *reforma do Judiciário*, de dezembro de 2004, a corrente minoritária perdeu substância jurídica. Embora, obviamente, mantenha-se implícito que compete, sim, à Justiça do Trabalho executar suas próprias decisões (seria teratologia remeter execução de decisão de um ramo do Judiciário, regra geral, para outro), a exceção concernente à falência é, de fato, singular, justificando a concentração de atos no juízo universal instalado no âmbito civil estadual. Tal singularidade, a propósito, foi explicitamente reconhecida pela própria Constituição (art. 109, I, CF/88).

De todo modo, a nova Lei de Falências e Recuperação Empresarial é enfática na afirmação da corrente interpretativa clássica (e majoritária), qual seja, a que advoga pelo processo de conhecimento e respectiva fase liquidatória na Justiça do Trabalho, passando-se à fase executiva (execução especial) no Juízo Falimentar Estadual (art. 6º, § 2º, Lei n. 11.101/2005).⁽⁸³⁾

5. Proteção Jurídica na Liquidação Extrajudicial do Empregador

A situação fático-jurídica de liquidação extrajudicial de instituições financeiras, regulada pela Lei n. 6.024, de 1974, também provoca, é claro, um

(82) Nessa linha, o CCn. 100 — PR (Registro n. 89.7301-0), 1989, e o CC n. 6.729-4 (Em. Jur. do STJ, ano 4, n. 9, maio/94, p. 192), de 1994, ambos julgados, por unanimidade, pela 2ª Seção. Na mesma direção, o RMS n. 1.459-0-SP, 4ª T. (Em. Jur. do STJ, ano 3, n. 6, p. 198), de 1992, e o RE n. 6.786, 3ª T. (DJ, 6.5.91 — LEX-29, p. 180), de 1991, também decididos por unanimidade. (83) A vertente dominante na jurisprudência e doutrina recebeu confirmação pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 583.955-9/RJ, ocorrido na sessão do Tribunal Pleno de 28.5.2009, mediante voto relatado pelo Ministro Ricardo Lewandowski, ao considerar válida, sob a perspectiva do art. 114 da Constituição, a escolha da Lei de Falências e Recuperação Empresarial de “...manter o regime anterior de execução dos créditos trabalhistas pelo juízo universal de falência, sem prejuízo da competência da Justiça Laboral quanto ao julgamento do processo de conhecimento”.

assédio global de credores perante o patrimônio do devedor. Ao abranger todos os credores da massa liquidanda, tal situação reabre, é óbvio, a necessária consideração acerca da hierarquia de créditos em face do patrimônio da massa. Porém, nessa hierarquia, *todas as vantagens que a ordem jurídica assegura aos créditos trabalhistas, construídas para as situações falimentares, acima examinadas, estão plenamente preservadas.*

Do ponto de vista material, portanto, não há qualquer dúvida de que os créditos acidentários devidos diretamente pelo empregador (isto é, pela massa liquidanda) ao empregado e os créditos juslaborativos deste despontam no primeiro plano de atendimento, seguidos pelos demais créditos contrapostos à massa.

Do ponto de vista processual, a controvérsia existente no tocante ao processo falimentar (competência para concretizar a execução, após apurado, na Justiça do Trabalho, o *quantum debeat* do título exequendo) não existe nos casos de liquidação extrajudicial.

É que não há, de fato, em tais casos, efetiva *competência concorrente* (Juízo Trabalhista *versus* Juízo Cível Falimentar), uma vez que a autoridade que procede à liquidação (Banco Central do Brasil) é meramente administrativa e não jurisdicional. Em face disso, pacificou a jurisprudência que, não obstante o texto da Lei n. 6.024, de 1974, é direta a execução de crédito trabalhista contra empresa em liquidação extrajudicial (OJ n. 143, SDI-I/TST)⁽⁸⁴⁾.

VI. PROTEÇÕES JURÍDICAS CONTRA CREDORES DO EMPREGADO

A ordem jurídica fixa ainda um leque diversificado de garantias e proteções em favor das verbas salariais quando confrontadas com eventual assédio dos próprios credores do empregado. Pode parecer, aqui, que haja excesso protecionista do Direito do Trabalho, que estaria tratando o empregado como um *cidadão* hipossuficiente (o que seria inaceitável, do ponto de vista democrático).

Não há, entretanto, semelhante excesso tutelar.

A ordem justralhista não se imiscui na vida privada e social do trabalhador, que pode, assim, firmar os compromissos de caráter material que entender convenientes. Não admite, apenas, o Direito do Trabalho que tais compromissos ingressem na relação de emprego, antecipando-se ao recebimento do crédito trabalhista devido a esse trabalhador. O objetivo pretendido pelo Direito do

(84) A respeito desses casos controvertidos de execução, verificar, também, o texto da Orientação Jurisprudencial 87 da mesma SDI-I do TST.

Trabalho é assegurar, portanto, que o obreiro receba livre e prontamente suas parcelas contratuais trabalhistas. Apenas em seguida, através de outras relações jurídicas — incomunicáveis com a empregatícia específica —, é que passará a responder por seus compromissos no contexto societário.

Na verdade, essa orientação normativa, aparentemente singular, guarda nítida coerência com a própria posição inter-relacional do Direito do Trabalho no conjunto dos demais ramos jurídicos. É que a inviabilidade da prevalência das *dívidas* não trabalhistas do empregado perante os *créditos* trabalhistas desse mesmo empregado desponta como mero corolário lógico da afirmação da preponderância dos créditos obreiros no conjunto da ordem jurídica. Se o crédito laboral prevalece sobre todos os outros direitos patrimoniais, não pode frustrar-se exatamente no instante de sua realização concreta, em decorrência do assédio dos créditos de outra natureza a ele concorrentes.

São quatro os tipos de medidas adotadas pelo Direito com o objetivo de proteger os créditos trabalhistas em face dos credores do próprio empregado. Tais medidas dizem respeito à *impenhorabilidade do salário*, às *restrições à compensação de créditos gerais e trabalhistas com os trabalhistas específicos do empregado*, ao critério de *cômputo da correção monetária* e, finalmente, à *inviabilidade da cessão do crédito salarial obreiro*.

1. Impenhorabilidade do Salário

A primeira das garantias citadas diz respeito à *impenhorabilidade do salário* (art. 649, IV, CPC/1973; art. 833, IV, CPC/2015). À luz dessa garantia, as verbas salariais não podem sofrer constrição extrajudicial ou judicial, não podendo cumprir papel de lastro a qualquer crédito contra o obreiro, nem receber restrições a seu recebimento direto pelo próprio trabalhador. As leis processuais se referem a *salários* e também a *remunerações*, indicando sua intenção realmente ampliativa.

A amplitude dessa garantia conduz à óbvia conclusão de ser inviável, do ponto de vista jurídico, até mesmo a penhora no rosto de autos trabalhistas em decorrência de ação proposta contra o trabalhador no âmbito de outro segmento do Judiciário. É evidente que o Juiz do Trabalho pode acatar, por mera cautela, para posterior exame, a incidência nos autos trabalhistas da constrição oriunda do Juízo Cível; mas, logo a seguir, *no instante em que tomar decisão analítica acerca do problema, no âmbito do respectivo processo trabalhista, deverá afastar a constrição, por ela não encontrar o mínimo respaldo na ordem jurídica do país. Créditos civis, comerciais, tributários e outros não são aptos à satisfação mediante créditos de caráter trabalhista — estes últimos são, necessariamente, créditos livres e desembaraçados, em contraponto ao assédio dos créditos de outra natureza.*

Essa regra já foi praticamente absoluta, abrindo exceção apenas a um crédito tido também como de caráter alimentar e mais ainda emergencial: a pensão alimentícia devida pelo(a) trabalhador(a) a seu ex-cônjuge ou companheira(o) e filhos e dependentes (art. 649, IV, CPC/1973, em sua antiga redação). A partir da vigência da Lei n. 11.382/2006 (ocorrida em 20.1.2007), a impenhorabilidade também deixou de ser oponível “à cobrança do crédito concedido para a aquisição do próprio bem” (ver novo art. 649, IV, §§ 1º e 2º, do CPC/1973, desde Lei n. 11.382/2006).

Na mesma direção afirmativa da impenhorabilidade dos salários e remunerações está o art. 833, *caput* e inciso IV, do CPC/2015. A nova lei processual civil, contudo, mantém as anteriores ressalvas (“a impenhorabilidade não é oponível à execução relativa ao próprio bem, inclusive àquela contraída para sua aquisição” — § 1º do art. 833) e, de certo modo, alarga as ressalvas a essa impenhorabilidade. É que o novo CPC esclarece que a impenhorabilidade não se aplica “à hipótese de penhora para pagamento de prestação alimentícia, *independentemente de sua origem*” (§ 2º, *ab initio*, do art. 833; texto inovador em grifos acrescidos); além disso, aduz que ela também não se aplica às *importâncias excedentes a 50 salários-mínimos mensais*, “devendo a constrição observar o disposto no art. 528, § 8º, e no art. 529, § 3º” (art. 833, § 2º, CPC/2015). Considerado, por exemplo, o disposto no Decreto n. 9.255, de 29.12.2017 (salário mínimo de R\$ 954,00 para 2018), esse teto corresponde a R\$ 47.700,00 a partir de janeiro de 2018.

A Lei da Reforma Trabalhista, por fim, abriu duas novas exceções à impenhorabilidade dos salários obreiros e dos respectivos créditos trabalhistas. É que ela autoriza, mesmo para o beneficiário da justiça gratuita (*sic!*), que os honorários periciais do trabalhador sucumbente no objeto da perícia e os respectivos honorários advocatícios sejam descontados dos créditos que o obreiro tiver no correspondente processo ou em outro processo judicial, mesmo trabalhista (art. 790-B, *caput* e § 4º, e art. 791-A, *caput* e § 4º, ambos da CLT, conforme redação inserida pela Lei n. 13.467, vigente desde 11.11.2017).

2. Restrições à Compensação

A segunda medida adotada pelo Direito com o objetivo de proteger os créditos trabalhistas em face dos credores do próprio empregado diz respeito às *restrições à compensação* no âmbito da relação de emprego.

Há duas dimensões de restrições estabelecidas pelo Direito. Uma de caráter absoluto, outra de caráter relativo.

A restrição de caráter absoluto refere-se à *inviabilidade de compensação de créditos laborais do obreiro com suas dívidas não trabalhistas*. Não

se compensam créditos laborais com quaisquer outros que tenham distinta natureza (civil, comercial, tributário, etc.). Insista-se: a inviabilidade desse tipo de compensação ocorre mesmo perante dívidas não trabalhistas assumidas pelo empregado com relação a seu próprio empregador (Súmula 18, TST).

Essa regra da incomunicabilidade entre créditos trabalhistas e dívidas de outra natureza, embora seja tradicional na jurisprudência trabalhista, deriva, na verdade, do próprio Direito Civil. Efetivamente, o Código Civil estabelece não ser passível de compensação dívida concernente à coisa impenhorável (art. 1.015, III, CCB/1916; art. 373, III, CCB/2002). Sendo o salário bem não penhorável, não poderia, de fato, ser objeto de compensação.

A segunda dimensão das restrições colocadas pela ordem jurídica à compensação no âmbito trabalhista tem caráter relativo, como sugerido. Ela diz respeito à *limitação quantitativa da compensação entre créditos e débitos trabalhistas obreiros em face do mesmo empregador*.

Note-se que a ordem jurídica proíbe a compensação de dívidas não trabalhistas do obreiro com os créditos laborais deste (Súmula 18); *mas não impede, obviamente, a compensação no tocante a créditos e débitos estritamente trabalhistas existentes entre o mesmo empregado e empregador*. A ordem jurídica autoriza esse segundo tipo de compensação, por terem os direitos e obrigações *referidos a mesma natureza jurídica e o mesmo título fundamentador, o contrato empregatício*.

Contudo, ainda assim, estabelece o Direito do Trabalho algumas restrições ao procedimento compensatório. Nesse quadro, estabelece o art. 477, § 5º, da CLT, que esse tipo de compensação, previsto para o instante de acerto rescisório, não pode ultrapassar o teto máximo de um mês da remuneração obreira.

Outra restrição colocada a esse procedimento compensatório tem caráter processual, referindo-se ao prazo máximo para arguição válida da figura jurídica. Entende a jurisprudência que a “compensação só poderá ser arguida com a contestação” (Súmula 48, TST), isto é, no instante de apresentação da defesa pelo reclamado trabalhista.

Registre-se, entretanto, que a mesma jurisprudência tem atenuado o rigor da súmula mencionada, em situações concretas de claro e inquestionável enriquecimento sem causa do empregado. Trata-se do recurso a certos princípios jurídicos gerais passíveis de atuação, em alguma medida, no âmbito justralhista⁽⁸⁵⁾.

(85) A respeito da aplicação de certos princípios gerais do Direito ao campo justralhista, consultar a obra deste autor *Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho*. São Paulo: LTr, em seu último capítulo. Na 4ª edição dessa obra (2013), consultar Capítulo VI.

3. Critério de Correção Monetária

A terceira medida adotada pelo Direito com o objetivo de proteger os créditos trabalhistas em face dos credores do próprio empregado diz respeito ao *critério de aplicação da correção monetária sobre créditos e débitos trabalhistas*.

Aqui, dois aspectos principais devem ser ressaltados.

Em primeiro lugar, já está pacificado na jurisprudência trabalhista que se aplica a correção monetária sobre *todos* os créditos obreiros veiculados em ação trabalhista e deferidos em sentença. A correção monetária é efeito automático, inerente à preservação do valor real dos créditos resultantes da condenação. Nessa linha firmou-se, por exemplo, a Súmula 211 do TST: “Os juros de mora e a correção monetária incluem-se na liquidação, ainda que omissa o pedido inicial ou a condenação”.

Observe-se que não se tolera mais, hoje, exceção à presente regra, aplicando-se a correção monetária inclusive sobre direitos laborais devidos por entidades em processo de liquidação extrajudicial (apesar do texto contrário da Lei n. 6.024/74). É que, em decorrência do comando expresso da Constituição de 1988 (art. 46, ADCT/CF-88), a correção passou a incidir mesmo que tenha havido, anteriormente, decisão judicial em sentido contrário (decisão certamente fundada na antiga compreensão interpretativa lançada pelo velho Enunciado 185, TST). A Constituição, sabiamente, eliminou, inclusive quanto a antigos processos judiciais, a imoral prática de negar-se a atualização dos créditos trabalhistas de entidades financeiras liquidadas extrajudicialmente — firmando uma expressa excepcionalidade no tocante ao princípio geral nela também incorporado, da irretroatividade da norma jurídica. Hoje, na jurisprudência trabalhista, já não mais se acolhe controvérsia a esse respeito, conforme claro pela Súmula 304, TST: “Os débitos trabalhistas, das entidades submetidas aos regimes de intervenção ou liquidação extrajudicial estão sujeitos a correção monetária desde o respectivo vencimento até seu efetivo pagamento, sem interrupção ou suspensão, não incidindo, entretanto, sobre tais débitos juros de mora”.

Note-se, ademais, que a correção monetária (ou atualização do crédito trabalhista, se se quiser fugir da desgastada expressão) é inerente, como afirmado, ao processo liquidatório trabalhista. Após incorporada a noção de atualização do crédito trabalhista pela matriz constitucional (art. 46, ADCT/CF-88), não se concebe que possa a regra jurídica infraconstitucional pretender eliminar tal noção do processo do trabalho, criando, pela desvalorização monetária, imoral mecanismo de enriquecimento sem causa do devedor trabalhista e de ineficácia concreta da coisa julgada material no processo do trabalho.

Agregue-se, por fim, que a atualização monetária dos créditos trabalhistas judicialmente reconhecidos atende ao *princípio constitucional da efetividade da*

jurisdição (art. 5º, LXXVII, CF/88); atende, ainda, ao *direito de propriedade do credor* (art. 5º, XXII, CF/88) — fundamento este, a propósito, brandido pelo STF nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade n. 4.357 e n. 4.425, em que considerou inconstitucional o novo texto do art. 100, § 12, da Constituição, inserido pela EC n. 62/2009, prevendo atualização de valores de precatórios pelo “índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança”. O STF vislumbrou, na hipótese, “inadequação manifesta entre meios e fins”, a par de “discriminação arbitrária entre devedor público e devedor privado”, em decorrência de se mostrar tal índice “manifestamente incapaz de preservar o valor real do crédito de que é titular o cidadão”, tudo gerando afronta ao direito de propriedade do credor. (STF, Pleno, ADI 4.357/DF, Rel. p/Ac. Ministro Luiz Fux. DJe 26.09.2014). Nos julgamentos citados, a Corte Constitucional determinou a atualização monetária pelo Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E); entretanto, fixou modulação de efeitos a contar da data do julgamento do incidente, ou seja, 25.03.2015.

Nesse quadro, deve-se considerar aplicável aos créditos judiciais trabalhistas a atualização monetária pelo índice IPCA-E, a contar de 25.03.2015, considerando-se inconstitucional a indexação à TRD (ou TR) fixada pelo art. 39 da Lei n. 8.177, de 1991, e, inclusive, mais recentemente, também brandida pela Lei da Reforma Trabalhista (novo § 7º do art. 879 da CLT, inserido pela Lei n. 13.467, vigente desde 11.11.2017). Em síntese, tecnicamente, desde 25.03.2015, o índice de atualização monetária nos processos judiciais trabalhistas deixa de ser a TR (ou TRD), passando a ser o IPCA-E. Isso que dizer que a regra introduzida no § 7º do art. 879 da CLT não produziu qualquer efeito, por ser manifestamente inconstitucional, à luz de decisões plenárias do Supremo Tribunal Federal.⁽⁸⁶⁾

O segundo aspecto a ser ressaltado no tocante à correção monetária diz respeito aos *débitos* trabalhistas do obreiro perante seu empregador. Embora seja inquestionável e pacífica a aplicação da correção monetária sobre *créditos* obreiros, na ordem jurídica brasileira, parece haver orientação distinta no que tange aos *débitos* trabalhistas do mesmo empregado em face de seu empregador. É que a Súmula 187 do TST dispõe que “a correção monetária não incide sobre o débito do trabalhador reclamante”.

Afinal, qual a extensão dessa orientação sumular?

Certamente que ela não quer sugerir que eventual compensação de montante já pago pelo empregador não se faça a partir de seu valor real — com o que estaria criando um enriquecimento sem causa inverso no processo

(86) A propósito, decisão liminar do Min. Dias Toffoli, da 2ª Turma do STF, suspendendo a aplicação do IPCA-E em processos judiciais trabalhistas — deferida após a decisão plenária do próprio STF sobre o assunto —, foi cassada pela 2ª Turma da Corte Constitucional, em julgamento ocorrido no dia 05.12.2017, considerando-se improcedente a Reclamação (RCL n. 22012. 2ª Turma. STF. Sessão de 05.12.2017. Redator para o Acórdão: Min. Ricardo Lewandowski).

do trabalho. Seguramente, não. *É que, nos casos de compensação de débitos trabalhistas obreiros em processos judiciais, a dedução correspondente realiza-se na data do efetivo pagamento e, assim, em estrita observância a seu valor real (atualizando-se, monetariamente, apenas o saldo favorável ao trabalhador, se houver).* Não há, portanto, enriquecimento desmotivado do empregado, já que a compensação cabível se concretiza de acordo com a data real de consumação do crédito empresarial a ser deduzido.

O sentido do critério exposto pela Súmula 187 é outro. O que não quer a ordem jurídica, à luz dessa interpretação sumular, é que um critério nitidamente financeiro (a correção monetária) reduza ou elimine um efetivo direito obreiro — já que conhece o Direito do Trabalho a perversa tendência de os indicadores financeiros sobrepujarem (em muito) a evolução do próprio valor do salário. Assim, ilustrativamente, o adiantamento do 13º salário (pago necessariamente antes de dezembro do respectivo ano, como já estudado) não poderá ser atualizado monetariamente para fins de efetuação da compensação autorizada no instante de pagamento da segunda parcela desse instituto (a se realizar até o dia vinte de dezembro do mesmo ano).

4. Inviabilidade da Cessão do Crédito Salarial

A quarta medida adotada pelo Direito com o objetivo de proteger os créditos trabalhistas em face dos credores do próprio empregado diz respeito à *inviabilidade da adoção de mecanismos de cessão de crédito, pelo próprio empregado, em face de seu crédito laboral*. A cessão de crédito, no tocante aos direitos empregatícios, é figura inabsorvível pelas regras juslaborais.

Noutras palavras, a ordem jurídica não tolera mecanismos explícitos ou dissimulados de efetuação do pagamento salarial ao *credor* do empregado. É inválida, no Direito do Trabalho, até mesmo a expressa autorização do empregado a seu credor para que este receba o crédito salarial. Isso significa que *o único pagamento hábil a desonerar o devedor trabalhista é aquele feito diretamente ao próprio empregado* (art. 464, CLT), já que a ordem jurídica veda a cessão de crédito trabalhista.

O veículo utilizado pela CLT para evitar a cessão de crédito, seja ela explícita ou implícita, foi a determinação de pagamento salarial diretamente ao próprio trabalhador. Nessa linha, a lei especial trabalhista (art. 464, CLT) afasta até mesmo, em princípio, a validade do *contrato de mandato* para a realização do negócio jurídico do pagamento salarial. Efetivamente, o próprio mandato (e a procuração dele resultante) deve ser rechaçado como instrumento hábil a propiciar o recebimento do salário e a entrega da correspondente quitação. Isso em virtude da possibilidade de o contrato de mandato ensejar potencial cessão de crédito, frustrando, ainda, o comando direto do art. 464 da CLT (art. 9º, CLT).

Esse é o sentido geral proposto pela lei trabalhista. Não obstante esse sentido geral, o exame do caso concreto, de todo modo, pode evidenciar ausência de fraude no mandato celebrado (ilustrativamente, a esposa sendo autorizada a receber pelo marido em viagem, etc.), permitindo conferir-se, topicamente, validade a esse tipo de procedimento, em situações nitidamente inequívocas e especiais. Afinal, *o que importa na análise da incidência da norma jurídica sobre o caso concreto é se a intenção essencial da regra de Direito foi observada na situação concreta figurada.*

De qualquer maneira, será mais seguro ao devedor trabalhista (empregador), em tais situações de difícil viabilização do regular pagamento — e desde que outras modalidades funcionais, como o crédito em conta corrente, não tenham sido ainda praticadas —, proceder à ação de consignação em pagamento (art. 890 e seguintes, CPC/1973; art. 539 e seguintes, CPC/2015).⁽⁸⁷⁾

(87) Evidentemente que não se está referindo neste tópico ao mandato em processos judiciais, próprio às ações trabalhistas, mas ao mandato extrajudicial.

CAPÍTULO XXIII

DURAÇÃO DO TRABALHO — JORNADA

I. INTRODUÇÃO

Jornada de trabalho é o lapso temporal diário em que o empregado se coloca à disposição do empregador em virtude do respectivo contrato. É, desse modo, a medida principal do tempo diário de disponibilidade do obreiro em face de seu empregador como resultado do cumprimento do contrato de trabalho que os vincula.

A jornada mede a principal obrigação do empregado no contrato — o tempo de prestação de trabalho ou, pelo menos, de disponibilidade perante o empregador. Por ela mensura-se, também, em princípio, objetivamente, a extensão de transferência de força de trabalho em favor do empregador no contexto de uma relação empregatícia. É a jornada, portanto, ao mesmo tempo, a medida da principal obrigação obreira (prestação de serviços ou disponibilidade do trabalhador perante o seu empregador) e a medida da principal vantagem empresarial (apropriação dos serviços pactuados). Daí sua grande relevância no cotidiano trabalhista e no conjunto das regras inerentes ao Direito do Trabalho.

1. Jornada e Salário

O tema da jornada ocupa, em conjunto com o tema referente ao salário, posição de nítido destaque no desenvolver da história do Direito do Trabalho. Salário e jornada sempre foram, de fato, os temas centrais e mais polarizantes brandidos ao longo das lutas trabalhistas que conduziram à construção e desenvolvimento desse ramo especializado do Direito.

A relevância notável e combinada de tais figuras justralhistas ao longo dos últimos dois séculos não resulta de simples coincidência. É que, na verdade, *jornada e salário têm estreita relação com o montante de transferência de força de trabalho que se opera no contexto da relação empregatícia*. Como já magistralmente formulado pelo jurista *Délio Maranhão*, seria salário o *preço* atribuído à força de trabalho alienada, ao passo que a jornada despontaria como a *medida* dessa força que se aliena⁽¹⁾.

(1) MARANHÃO, Délio. *Direito do Trabalho*. 14. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1987, p. 83.

Mais do que isso: não há regra jurídica ampliadora ou redutora da jornada que não tenha influência automática no montante salarial relativo devido ao empregado. Nesse quadro, caso se reduza a jornada padrão no contexto de certa categoria ou grupo de trabalhadores — sem regra negocial autorizativa da redução correspondente de salários —, está-se elevando, automaticamente, o preço relativo da força de trabalho contratada, através do aumento do respectivo salário hora. É o que ocorreu, a propósito, em face das alterações constitucionais de 1988, quer ao reduzir a Constituição a duração semanal padrão de trabalho para 44 horas (art. 7º, XIII), quer ao fixar uma jornada especial de seis horas para trabalhadores laborando em turnos ininterruptos de revezamento (art. 7º, XIV).

2. Jornada e Saúde no Trabalho

Modernamente, o tema da jornada ganhou importância ainda mais notável, ao ser associado à análise e realização de uma consistente política de saúde no trabalho.

Efetivamente, os avanços dos estudos e pesquisas sobre a saúde e segurança laborais têm ensinado que a extensão do contato do indivíduo com certas atividades ou ambientes é elemento decisivo à configuração do potencial efeito insalubre de tais ambientes ou atividades. Essas reflexões têm levado à noção de que a redução da jornada e da duração semanal do trabalho em certas atividades ou ambientes constitui medida profilática importante no contexto da moderna medicina laboral. Noutras palavras, *as normas jurídicas concernentes à duração do trabalho já não são mais — necessariamente — normas estritamente econômicas, uma vez que podem alcançar, em certos casos, a função determinante de normas de saúde e segurança laborais, assumindo, portanto, o caráter de normas de saúde pública.*

A Constituição da República apreendeu, de modo exemplar, essa nova leitura a respeito da jornada e duração laborativas e do papel que têm no tocante à construção e implementação de uma consistente política de saúde no trabalho. Por essa razão é que a Constituição de 1988, sabiamente, arrolou como direito dos trabalhadores a “*redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança*” (art. 7º, XXII; grifos acrescidos).

Pela mesma razão é que a ação administrativa estatal, por meio de normas de saúde pública e de medicina e segurança do trabalho que venham reduzir o tempo lícito de exposição do trabalhador a certos ambientes ou atividades (mediante portarias do Ministério do Trabalho, por exemplo) não é inválida — nem ilegal, nem inconstitucional. Ao contrário, é francamente autorizada (mais: determinada) pela Constituição, mediante inúmeros dispositivos que se harmonizam organicamente. Citem-se, por exemplo, o

mencionado art. 7º, XXII, que se refere ao direito à redução dos riscos do trabalho por meio de normas de saúde, higiene e segurança; o art. 194, *caput*, que menciona a seguridade social como “conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde...”; o art. 196, que coloca a saúde como “direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos...”; o art. 197, que qualifica como de “relevância pública as ações e serviços de saúde...”; cite-se, finalmente, o art. 200, II, que informa competir ao sistema único de saúde “executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador”.

É importante enfatizar que o maior ou menor espaçamento da jornada (e duração semanal e mensal do labor) atua, diretamente, na deterioração ou melhoria das condições internas de trabalho na empresa, comprometendo ou aperfeiçoando uma estratégia de redução dos riscos e malefícios inerentes ao ambiente de prestação de serviços. Noutras palavras, *a modulação da duração do trabalho é parte integrante de qualquer política de saúde pública, uma vez que influencia, exponencialmente, a eficácia das medidas de medicina e segurança do trabalho adotadas na empresa*. Do mesmo modo que a ampliação da jornada (inclusive com a prestação de horas extras) acentua, drasticamente, as probabilidades de ocorrência de doenças profissionais ou acidentes do trabalho, sua redução diminui, de maneira significativa, tais probabilidades da denominada “infortunistica do trabalho”.

Note-se, aqui, um aspecto fundamental: o eventual incremento do chamado *custo trabalhista*, que poderia decorrer da restrição imposta à duração do trabalho em atividades ou circunstâncias insalubres (objeção que costuma ser aventada no quadro do presente debate), seria notavelmente compensado, sob a perspectiva do empregador, pela significativa diminuição dos riscos oriundos da infortunistica do trabalho. Mesmo sob o estrito ponto de vista empresarial, essa diminuição, hoje, no Brasil, tornou-se necessidade até mesmo econômica: é que a Constituição criou obrigação de pagamento, pelo empregador, havendo dolo ou culpa sua (afora situações de responsabilidade objetiva), de indenização específica e direta ao empregado vítima de doença profissional ou acidente do trabalho (art. 7º, XXVIII, CF/88). Em consequência, o que fora um reclamo essencialmente *social* tornou-se um impetrativo de inquestionável conteúdo econômico-financeiro.⁽²⁾

(2) Inusitadamente, contudo, a Lei da Reforma Trabalhista buscou, ao máximo, dissociar as regras da duração do trabalho das regras de saúde e segurança do trabalhador e dentro do ambiente laborativo. E o fez tanto expressamente (parágrafo único do novo art. 611-B da CLT, acrescentado pela Lei n. 13.467/2017), quanto, indiretamente, mediante regras de ampliação da duração do trabalho obreiro sem as garantias e travas clássicas postas pela legislação trabalhista. Nesta hipótese, vide, por exemplo, a permissão para a pactuação de jornada de

3. Jornada e Emprego

A importância do tema da jornada mais se expande, hoje, em virtude de outra associação sugestiva que se faz a ele: o problema do emprego e seu contraponto, o desemprego.

De fato, a evolução do Direito do Trabalho no mundo ocidental tem demonstrado que *a modulação da jornada e da duração do trabalho consiste em um dos mais eficazes mecanismos de combate ao desemprego*. A redução da duração diária, semanal e mensal do labor abre, automaticamente (ainda que não em proporção equivalente), inúmeros novos postos de trabalho, ou — na pior das hipóteses — obstacula, de modo franco e direto, o ritmo de avanço da taxa de desocupação no mercado de trabalho.

É comum argumentar-se que essa redução provocaria efeitos paradoxais sobre o próprio nível de emprego. Sustenta-se que embora a medida seja, de fato, hábil a elevar a taxa de ocupação, em um primeiro momento, ela também produziria, logo a seguir, uma retração na atividade econômica (em virtude da elevação do custo trabalhista), ensejando, conseqüentemente, nova — e mais grave — diminuição na oferta de postos de trabalho no mercado.

Não é, contudo, o que a evolução do sistema capitalista tem demonstrado. Ao contrário, as medidas de redução de jornada e/ou duração semanal de trabalho têm se mostrado compatíveis e até mesmo *funcionais* ao avanço do sistema econômico. É que tais medidas tendem a incentivar o conjunto de entidades econômicas à busca de maiores investimentos em tecnologia e intensificação de capital, como meio de compensarem a restrição legal na utilização da força de trabalho. Com isso, o sistema vê-se estimulado, do ponto de vista organizacional e tecnológico, ao avanço e aperfeiçoamento quando defrontado com situações de redução da duração do tempo laborativo.

Há outro aspecto importante na presente relação (jornada-emprego/desemprego): é que a redução da duração do trabalho desponta, sem dúvida, como um dos mais eficazes instrumentos de *redistribuição social* de, pelo menos, *parte dos enormes ganhos de produtividade alcançados pelo desenvolvimento científico e tecnológico inerente ao capitalismo*. De fato, a espetacular evolução da ciência e da tecnologia experimentada nas décadas mais recentes dos séculos XX e XXI pelo sistema capitalista, em seus vários segmentos, somente seria redistribuída mais equanimemente ao conjunto da sociedade caso se permitisse a incorporação de novas pessoas ao próprio mercado econômico — o que seria feito por intermédio da redução do tempo unitário de labor dos contratos de emprego existentes.

plantão 12 X 36 horas por simples acordo bilateral (ao invés de negociação coletiva trabalhista), inclusive nas atividades insalubres (novo art. 59-A, *caput* e parágrafo único, c./c. novo parágrafo único do art. 60, todos da CLT, conforme redação inserida pela Lei n. 13.467/2017).

Ora, não tem sentido admitir-se, em uma sociedade *democrática* (onde o poder político não mais depende apenas — em tese — do poder econômico-social de cada indivíduo ou setor), que todos os ganhos do espetacular avanço científico e tecnológico ocorrido no sistema fiquem concentrados estritamente nas elites econômicas, sem qualquer efetiva redistribuição social (ainda que em parte, é claro). Assim, a criação de empregos novos em face do encurtamento da duração do trabalho seria fundamental mecanismo de democratização do progresso científico e tecnológico alcançado pela humanidade nas últimas décadas.⁽³⁾

Cabe notar, é bem verdade, que o legislador brasileiro da década de 1990 não se mostrou sensível a conferir relevância à equação *jornada-emprego*. Ao contrário — embora no período a taxa de desemprego fosse muito elevada. De fato, por exemplo, a Lei n. 9.601, de 21 de janeiro de 1998, oriunda de mensagem do Poder Executivo e oficialmente defendida como programa emergencial para combate ao desemprego, não estipulou qualquer medida redutora da duração do trabalho (construindo, em contrapartida, incentivos à base da precarização dos direitos trabalhistas *no contrato provisório* que regula). Preferiu o novo diploma, ao invés, *ampliar* os critérios de pactuação de horas suplementares por regime de compensação (instaurando o regime *anual* de compensação de horas de labor), além de não restringir a prática de horas suplementares no cotidiano do mercado laborativo⁽⁴⁾.

Na mesma linha, o legislador brasileiro de 2016/2017, no contexto de elevado desemprego deflagrado em curto período prévio no País (a partir de 2015, mas acentuado em 2016/17), decidiu formular legislação restritiva de direitos e garantias trabalhistas, inclusive de desregulamentação e/ou flexibilização de regras concernentes à duração do trabalho. Trata-se da denominada *reforma trabalhista*, que se consumou mediante a Lei n. 13.467, de 13.07.2017 (vigência em 11 de novembro do mesmo ano). As mudanças normativas no plano do Direito Individual do Trabalho e do Direito Coletivo do Trabalho serão estudadas neste Curso, enfatizando-se, nos Capítulos XXIII e XXIV, os aspectos concernentes à jornada de trabalho e aos intervalos trabalhistas.⁽⁵⁾

(3) A diminuição da jornada de trabalho, em seus múltiplos aspectos, está examinada em DELGADO, M.G., “Duração do Trabalho: o debate sobre a redução para 40 horas semanais”, in *Revista LTr*, São Paulo: LTr, ano 73, n. 08, agosto de 2009, p. 914-918. Sobre o tema, consultar também DELGADO, M. G. *Capitalismo, Trabalho e Emprego* — entre o paradigma da destruição e os caminhos de reconstrução. 3. ed. São Paulo: LTr, 2017, especialmente em seu Capítulo V (“V — O Desemprego como Estratégia no Capitalismo de Finanças”).

(4) No tocante à análise do contrato provisório de trabalho instituído pela Lei n. 9.601/98, consultar, neste Curso, o Capítulo XVII, o seu item III (“Uma Especificidade Entre os Contratos a Termo: o Contrato Provisório da Lei n. 9.601/1998”).

(5) Para estudo sistematizado acerca da nova legislação (inclusive, se for o caso, as pontuais mudanças feitas pela MPr. n. 808, que vigorou por curto período, de 14.11.2017 até 23.4.2018), consultar DELGADO, M. G.; DELGADO, G. N. *A Reforma Trabalhista no Brasil* — com os comentários à Lei n. 13.467/2017. 2. ed. São Paulo: LTr, 2018.

II. DISTINÇÕES RELEVANTES — DURAÇÃO, JORNADA, HORÁRIO

No presente estudo três expressões apresentam-se, correspondendo a conceitos correlatos de importância na análise do fenômeno do tempo de trabalho, ou melhor, *tempo de disponibilidade contratual*. Trata-se, respectivamente, de duração do trabalho, jornada de trabalho e, por fim, horário de trabalho.

1. Duração do Trabalho

Duração do trabalho é a noção mais ampla entre as três correlatas. Abrange o lapso temporal de labor ou disponibilidade do empregado perante seu empregador em virtude do contrato, considerados distintos parâmetros de mensuração: dia (duração diária, ou jornada), semana (duração semanal), mês (duração mensal), e até mesmo o ano (duração anual).

Embora *jornada* seja palavra que tem magnetizado as referências culturais diversas feitas ao tempo de trabalho ou disponibilidade obreira em face do contrato, a expressão *duração do trabalho* é que, na verdade, abrange os distintos e crescentes módulos temporais de dedicação do trabalhador à empresa em decorrência do contrato empregatício.

A CLT regula a duração do trabalho em capítulo próprio (II — “Duração do Trabalho” —, no Título II, “Das Normas Gerais de Tutela do Trabalho”), composto pelos arts. 57 até 75, os quais tratam da jornada, da duração semanal de labor, dos intervalos intra e interjornadas e dos repousos trabalhistas.

2. Jornada de Trabalho

Jornada de trabalho é expressão com sentido mais restrito do que o anterior, compreendendo o *tempo diário em que o empregado tem de se colocar em disponibilidade perante seu empregador, em decorrência do contrato*. O tempo, em suma, em que o empregador pode dispor da força de trabalho de seu empregado em um dia delimitado.

O período considerado no conceito de jornada corresponde ao lapso temporal *diário*, em face de o verbete, em sua origem, referir-se à noção de *dia* (por exemplo, no italiano: *giorno — giornata*; e no francês: *jour — journée*). Jornada, portanto, traduz, no sentido original (e rigoroso, tecnicamente), o lapso temporal diário em que o obreiro tem de se colocar à disposição do empregador em virtude do contrato laboral.

Na cultura da língua portuguesa, porém, tem-se, comumente, conferido maior amplitude à expressão, de modo a abranger lapsos temporais mais amplos, como a semana, por exemplo (com o que se falaria, pois, em *jornada semanal*). Esta extensão semântica é reconhecida pelo legislador (o § 2º do

art. 59 da CLT refere-se, ilustrativamente, “...à soma das jornadas semanais de trabalho previstas...”). A pesquisa jurídica também o atesta: *Sadi dal Rosso*, nesta linha, esclarece que constitui uma *particularidade da língua portuguesa* o uso da expressão *para designar tempo de trabalho, qualquer que seja a medida de duração*⁽⁶⁾.

Embora a jornada de trabalho refira-se, como visto, ao tempo em que se considera o empregado contratualmente à disposição do empregador em um dia, o avanço do Direito do Trabalho tem produzido a inserção de certos curtos períodos de intervalos *intrajornadas* dentro do conceito de jornada, como forma de remunerar tais curtos períodos e, ao mesmo tempo, reduzir o tempo de efetiva exposição e contato do trabalhador à atividade contratada. Por essa razão é que se afirma que no lapso temporal da jornada deve incluir-se, também, não só o tempo trabalhado e à disposição, mas também o tempo tido como contratual estritamente por imposição legal (caso dos *intervalos remunerados*) — embora neste último lapso o empregado não labore nem sequer fique à disposição empresarial.

A Lei n. 13.467/2017 tem buscado restringir a noção de jornada de trabalho, de modo a diminuir a inserção, em seu interior, de tempos tidos, classicamente, como à disposição em face do empregador (a esse respeito, por exemplo, ver a nova redação conferida ao art. 4º, § 2º, da CLT, além da exclusão do conceito de horas *in itinere* no art. 58, §§ 2º e 3º, da Consolidação). Com isso, a nova legislação procura atingir o seu objetivo de reduzir o valor trabalho no ordenamento jurídico brasileiro e, ao mesmo tempo, elevar os ganhos econômicos empresariais com o manejo do contrato de emprego.

3. Horário de Trabalho

Já a expressão *horário de trabalho* traduz, rigorosamente, o lapso temporal entre o início e o fim de certa jornada laborativa⁽⁷⁾.

Tem-se utilizado a expressão para abranger também o parâmetro semanal de trabalho (horário semanal). Em tal amplitude, o horário corresponderia à delimitação do início e fim da duração diária de trabalho, com respectivos dias semanais de labor e correspondentes intervalos *intrajornadas*.

A CLT estabelece normas concernentes à publicidade do horário de trabalho na comunidade laborativa. Assim estipula a afixação em “lugar bem visível”, no âmbito do estabelecimento, do horário de trabalho dos obreiros ali situados (art. 74).

(6) ROSSO, Sadi dal. *Jornada de Trabalho na Sociedade* — o castigo de Prometeu. São Paulo: LTr, 1996, p. 43.

(7) MARANHÃO, Délio, ob. cit., p. 84 (“Horário é o espaço entre o termo *inicial* e o *final* da jornada de trabalho”).

Determina, ainda, a lei que seja o horário de trabalho anotado em registro de empregados com a indicação de normas coletivas negociadas porventura celebradas a respeito (art. 74, § 1º, CLT).

O horário de trabalho suscita importante discussão acerca de três tipos existentes de jornada laborativa: *jornadas controladas* (com horário de trabalho definido, sujeito a controle pelo empregador: art. 74, §§ 2º e 3º, CLT); *jornadas não controladas* (sem efetivo controle do horário de trabalho pelo empregador: art. 62, I, II e III, CLT); *jornadas não tipificadas* (caso específico do empregado doméstico que, até a EC n. 72/2013, não teve jornada padrão fixada por norma jurídica estatal: art. 7º, a, CLT; Lei n. 5.859/72; art. 7º, parágrafo único, CF/88). O debate sobre estes três tipos de jornada e suas repercussões jurídicas será efetivado em tópico específico do presente capítulo, mais à frente (item V — *Modalidades de Jornada — O Problema do Controle*).

III. COMPOSIÇÃO DA JORNADA DE TRABALHO

São três os critérios principais de cálculo da extensão da jornada de trabalho. Podem eles ser ordenados sequencialmente, em correspondência à crescente amplitude que conferem à noção de jornada. São tais critérios o do *tempo efetivamente laborado*, o do *tempo à disposição no centro de trabalho* e, finalmente, o do *tempo despendido no deslocamento residência-trabalho-residência* (além do somatório anterior).

Ao lado desses três critérios mais gerais, há ainda dois outros de caráter especial, aventados por normas específicas de certas categorias profissionais brasileiras: o critério do *tempo prontidão* (ou horas prontidão) e o do *tempo sobreaviso* (horas sobreaviso).

1. Critérios Básicos de Fixação da Jornada

As ordens justralhistas nacionais tendem, obviamente, a se pautar, como orientação básica, por um dos três critérios principais informadores da composição da jornada laboral (no caso brasileiro, é indubitável a eleição do *tempo à disposição* como essa orientação básica, conforme se verá a seguir). Entretanto, é comum também ocorrer a incorporação tópica, respeitadas certas circunstâncias e situações especiais, de regras de outro critério básico informador (produzindo uma combinação de critérios, portanto). Por essa razão, a análise dos três referidos critérios não guarda mero interesse histórico, já que pode auxiliar a própria compreensão da realidade jurídica brasileira envolvente.

A) Tempo Efetivamente Trabalhado — O *primeiro critério* considera como componente da jornada apenas o *tempo efetivamente trabalhado pelo obreiro*. Por esse critério excluem-se do cômputo da jornada laboral, ilustra-

tivamente, os seguintes períodos: o “tempo à disposição” do empregador mas sem labor efetivo; eventuais paralisações da atividade empresarial que inviabilizem a prestação de trabalho; qualquer tipo de intervalo intrajornada. Em suma, exclui-se do cálculo da jornada todo e qualquer lapso temporal que não consista em direta transferência da força de trabalho em benefício do empregador.

É evidente que tal critério opera uma necessária assunção, pelo obreiro, de parte significativa do risco empresarial, uma vez que o salário somente seria pago em direta proporção ao real trabalho prestado. Por essa razão é que semelhante critério tende a ser rejeitado pelas modernas ordens justralhistas. No Brasil, o fato de a Consolidação considerar como tempo de serviço também o período em que o empregado estiver simplesmente “à disposição do empregador, aguardando ... ordens” (art. 4º, *caput*, CLT) demonstra a rejeição, pela ordem justralhista brasileira, do critério do tempo efetivamente laborado como critério padrão de cálculo da jornada no mercado de trabalho do País.

Não é absoluta, contudo, essa rejeição. É que a lei brasileira admite o sistema de cálculo salarial estritamente por peça (respeitado o mínimo legal a cada mês: art. 7º, VII, CF/88; art. 78, CLT), em que se computa o valor do salário segundo o total da produção efetivada pelo trabalhador. Ora, esse sistema salarial provoca, indiretamente, uma relação proporcional muito estreita entre o tempo de trabalho efetivo e o montante salarial pago, alcançando efeitos próximos ao critério do tempo efetivamente laborado.

B) Tempo à Disposição — O *segundo critério* considera como componente da jornada o *tempo à disposição do empregador no centro de trabalho*, independentemente de ocorrer ou não efetiva prestação de serviços. Amplia-se, portanto, a composição da jornada, em contraponto com o critério anterior — agrega-se ao tempo efetivamente trabalhado também aquele tido como à disposição do empregador.

A ordem jurídica brasileira adota este critério como regra padrão de cômputo da jornada de trabalho no País (art. 4º, *caput*, CLT).

Ressalte-se que a expressão *centro de trabalho* não traduz, necessariamente, a ideia de *local de trabalho*. Embora normalmente coincidam, na prática, os dois conceitos com o lugar em que se presta o serviço, pode haver, entretanto, significativa diferença entre eles. É o que se passa em uma mina de subsolo, em que o centro de trabalho se situa na sede da mina, onde se apresentam os trabalhadores diariamente, ao passo que o local de trabalho situa-se, às vezes, a larga distância, no fundo da própria mina (art. 294, CLT)⁽⁸⁾.

(8) É o que esclarece o jurista Amauri Mascaro Nascimento, em sua obra *Iniciação ao Direito do Trabalho*. 21. ed. São Paulo: LTr, 1994, p. 238-239.

No bloco do tempo à disposição, o Direito brasileiro engloba ainda dois lapsos temporais específicos: o período necessário de deslocamento interno, entre a portaria da empresa e o local de trabalho (Súmula 429, TST), ao lado do tempo residual constante de cartão de ponto (art. 58, § 1º, CLT; Súmula 366, TST).

Conforme já adiantado, a Lei n. 13.467/17, vigente desde 11.11.2017, procurou reduzir lapsos temporais anteriormente tidos como integrantes (ao menos alguns deles) do conceito de tempo à disposição do empregador. Para tanto, encartou no novo § 2º e respectivos incisos do art. 4º da CLT a seguinte regra:

§ 2º Por não se considerar tempo à disposição do empregador, não será computado como período extraordinário o que exceder a jornada normal, ainda que ultrapasse o limite de cinco minutos previsto no § 1º do art. 58 desta Consolidação, quando o empregado, por escolha própria, buscar proteção pessoal, em caso de insegurança nas vias públicas ou más condições climáticas, bem como adentrar ou permanecer nas dependências da empresa para exercer atividades particulares, entre outras: I — práticas religiosas; II — descanso; III — lazer; IV — estudo; V — alimentação; VI — atividades de relacionamento social; VII — higiene pessoal; VIII — troca de roupa ou uniforme, quando não houver obrigatoriedade de realizar a troca na empresa.” (*Texto legal transcrito de forma corrida*).

A figura do contrato de trabalho intermitente, também encartada na Consolidação (art. 443, *caput* e § novo 3º, c./c. novo arts. 452-A, *caput* e §§ 1º até 9º) pela Lei n. 13.467/2017, constitui outro claro intento de diminuir a presença do tempo à disposição no conceito da duração do trabalho (sem contar, no caso desse restritivo contrato de trabalho, a diminuição da presença dos intervalos trabalhistas e dos dias remunerados de descanso), tudo com efeitos inevitáveis quanto à redução do valor trabalho na economia e sociedade brasileiras.

C) Tempo de Deslocamento — O *terceiro critério* considera como componente da jornada também o *tempo despendido pelo obreiro no deslocamento residência-trabalho-residência*, período em que, evidentemente, não há efetiva prestação de serviços (“horas deslocamento”). Como se percebe, aqui se amplia mais ainda a composição da jornada, em contraponto com os critérios anteriores.

O critério de tempo deslocamento tem sido acolhido, *regra geral*, pela *legislação acidentária do trabalho*: “Equiparam-se ao acidente do trabalho (...) o acidente sofrido pelo segurado, ainda que fora do local e horário de trabalho (...) no percurso da residência para o local de trabalho ou deste para aquela qualquer que seja o meio de locomoção, inclusive de veículo de propriedade do segurado” (art. 21, IV, “d”, Lei n. 8.213/91).

Não obstante o “tempo deslocamento” seja, de fato, uma ampliação da noção de “tempo à disposição”, a doutrina e a jurisprudência *trabalhistas* (não previdenciárias e acidentárias, evidentemente) têm entendido, com

firmeza e de modo pacífico, que tal critério não se encontra acobertado pela regra do art. 4º da CLT. Não se aplica, pois, esta *orientação geral* do Direito Acidentário do Trabalho ao Direito Material do Trabalho brasileiro.

Há, contudo, algumas poucas situações especiais em que o ramo justralhista pátrio acolhe o critério do “tempo deslocamento”. É o que se passa com respeito, por exemplo, a uma parcela da categoria dos ferroviários. As chamadas “turmas de conservação de ferrovias” têm computado como seu tempo de serviço o período de deslocamento “...desde a hora da saída da casa da turma até a hora em que cessar o serviço em qualquer ponto compreendido dentro dos limites da respectiva turma” (art. 238, § 3º, CLT). Vale-se o referido preceito celetista, uma segunda vez, do mesmo critério de “horas deslocamento” ao dispor que nas vezes em que “...o empregado trabalhar fora dos limites da sua turma, ser-lhe-á também computado como de trabalho efetivo o tempo gasto no percurso da volta a esses limites”.

Tempo de Deslocamento — horas *in itinere* — Este terceiro critério informador da composição da jornada de trabalho (tempo de deslocamento), embora não seja adotado como regra geral na ordem *justralhista* do País, tem produzido certa repercussão particularizada no cotidiano do Direito do Trabalho pátrio. É que a jurisprudência trabalhista apreendeu também do art. 4º, *caput*, da CLT, mediante leitura alargadora desse preceito, uma hipótese executiva de utilização do critério de tempo deslocamento. É o que se verifica nas chamadas horas “*in itinere*” (originalmente referidas pelas Súmulas 90, 320, 324 e 325, TST). Após a construção jurisprudencial longamente maturada, o legislador, em 19.6.2001, incorporou, em diploma normativo (Lei n. 10.243/01), as horas *in itinere*, mediante inserção de um § 2º no art. 58 da CLT:

“§ 2º O tempo despendido pelo empregado até o local de trabalho e para o seu retorno, por qualquer meio de transporte, não será computado na jornada de trabalho, salvo quando, tratando-se de local de difícil acesso ou não servido por transporte público, o empregador fornecer a condução”.

O novo critério legal não dissentiu do antigo inferido pela jurisprudência; na verdade, reproduziu-o, quase que de modo literal. A partir desse critério jurídico, considera-se integrante da jornada laborativa o período que o obreiro despenda no deslocamento ida-e-volta para *local de trabalho* considerado de *difícil acesso* ou *não servido por transporte regular público*, desde que transportado por condução fornecida pelo empregador (Sum. 90, I, TST; art. 58, § 2º, CLT).

São dois os requisitos, portanto, das chamadas *horas itinerantes*: em primeiro lugar, que o trabalhador seja transportado por *condução fornecida pelo empregador*. É óbvio que não elide o requisito em exame a circunstância de o transporte ser efetivado por empresa privada especializada *contratada* pelo empregador, já que este, indiretamente, é que o está provendo e fornecendo.

Aqui também não importa que o transporte seja ofertado pela empresa tomadora de serviços, em casos de terceirização, já que há, evidentemente, ajuste expresso ou tácito nesta direção entre as duas entidades empresariais.

Também é irrelevante que exista onerosidade na utilização do transporte. Isso porque a figura em tela não diz respeito a salário *in natura*, mas a jornada de trabalho. É o que bem acentuou a Súmula 320, TST.

O segundo requisito pode consumir-se de modo alternativo (*ou* — e não *e* — enfatizam tanto a Súmula 90, I, TST, como o novo art. 58, § 2º, CLT). Ou se exige que o local de trabalho seja de *difícil acesso*, ou se exige que, pelo menos, o local de trabalho não esteja servido por *transporte público regular*.

No exame do segundo requisito, é pertinente realçarem-se alguns esclarecimentos. De um lado, cabe notar-se que a jurisprudência tem considerado, de maneira geral, que *sítios estritamente urbanos* (espaços situados em cidades, portanto) não *tendem* a configurar local de trabalho de difícil acesso. É que a urbanização se caracteriza pela socialização e democratização do acesso geográfico às pessoas integrantes do respectivo grupo populacional. Por tal razão, a primeira alternativa do segundo requisito da ordem jurídica (art. 58, § 2º, CLT, e Súmula 90, I) tende a configurar-se, predominantemente, no meio rural (embora, é claro, boas condições de acesso a locais de trabalho no campo também possam elidir este requisito).

Percebe-se, em decorrência do exposto, que a prática jurisprudencial tem formulado duas presunções concorrentes, que afetam, é claro, a distribuição do ônus da prova entre as partes processuais: presume-se de *fácil acesso* local de trabalho situado em *espaço urbano*; em contrapartida, presume-se de *difícil acesso* local de trabalho situado em *regiões rurais* (presunções *juris tantum*, é claro).

De outro lado, deve-se também enfatizar que a expressão *regular* (transporte público regular), existente apenas na súmula, mas não na lei, sempre ensejou polêmica interpretativa. Assim, dissentia a jurisprudência sobre os efeitos da insuficiência e também da incompatibilidade do transporte público existente no tocante ao cumprimento (ou não) do presente requisito. Finalmente ficou assentado (Súmula 90, III) que a mera *insuficiência* do transporte público não autoriza o deferimento das horas *in itinere*. Contudo, ressaltou-se (Súmula 90, II) que a *incompatibilidade de horários* no tocante ao transporte público atende, sim, ao requisito do art. 58, § 2º, da CLT e Súmula 90, I, do TST. Nessa linha interpretativa, portanto, deve-se compreender que a mera insuficiência do transporte público não deflagra o requisito das horas itinerantes. Porém, caso se verifique real incompatibilidade de horários, configura-se o requisito aventado pela jurisprudência (evidentemente que se a incompatibilidade ocorrer apenas em parte do dia ou noite, apenas neste período é que se apresentará o requisito mencionado).

Esclareça-se, por fim, que se atendidos os requisitos das horas itinerantes apenas em *parte do trajeto*, somente nesse trecho o tempo despendido na condução fornecida será considerado como à disposição do empregador, para todos os fins (Súmula 90, IV).

A Lei Complementar n. 123 (Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte), publicada em 15.12.2006, inseriu novo § 3º no art. 58 da CLT, estabelecendo a seguinte ressalva:

“§ 3º Poderão ser fixados, para as microempresas e empresas de pequeno porte, por meio de acordo ou convenção coletiva, em caso de transporte fornecido pelo empregador, em local de difícil acesso ou não servido por transporte público, o tempo médio despendido pelo empregado, bem como a forma e a natureza da remuneração”.

Note-se que a lei não concedeu à negociação coletiva o poder de *suprimir* as horas itinerantes e nem lhes eliminar a natureza salarial. Apenas lhe permitiu fixar o montante médio estimado de horas *in itinere*, afastando a dúvida temporal que comumente ocorre em situações fáticas.⁽⁹⁾

A Lei n. 13.467, vigente desde 11.11.2017, ao conferir nova redação ao § 2º do art. 58 da CLT e revogar o § 3º desse art. 58, excluiu da CLT a referência às horas *in itinere*, acanhando, uma vez mais, o conceito de tempo à disposição no Direito do Trabalho do País. Naturalmente que as horas *in itinere* podem, ainda, ser objeto de negociação coletiva trabalhista, mas deixam de estar explicitadas na Consolidação.

2. Critérios Especiais de Fixação da Jornada

Os critérios especiais de cômputo da jornada de trabalho aventados por normas específicas de certas categorias profissionais brasileiras são dois: o do *tempo de prontidão* e o do *tempo de sobreaviso*. Ambos originam-se de normas jurídicas próprias à categoria dos ferroviários (art. 244, CLT).

O caráter especial desses critérios resulta de dois aspectos combinados: por um lado, vinculam-se à regência normativa de categorias específicas — não se estendendo, assim, em princípio, a todo o mercado de trabalho empregatício. Por outro lado, sua integração à jornada será sempre parcial, fracionada — inte-

(9) A jurisprudência trabalhista, a partir da autorização aberta pelo § 3º do art. 58 da CLT, tem considerado que esse montante médio estimado de horas *in itinere* reconhecido na regra coletiva negociada tem de ser igual ou superior a pelo menos 50% do lapso temporal verificado no caso concreto, sob pena de ser tido como artificial e inconsistente, portanto abusivo. Entretanto, o Ministro Teori Zavaski, em decisão monocrática prolatada em setembro de 2016, considerou que o instrumento coletivo negociado sindical pode flexibilizar mais largamente tais horas *in itinere*, desde que conferindo aos trabalhadores parcelas compensatórias específicas. Os agravos regimentais interpostos contra tal decisão não foram providos pela 2ª Turma do STF, em julgamento ocorrido no dia 9.12.2016. Sobre esta nova hipótese de flexibilização da jornada, consultar, neste Capítulo XIII, no item IV (“Natureza das Normas Relativas à Jornada: Transação e Flexibilização”), o subitem IV.2.C: “C) *Flexibilização de Horas in Itinere*”.

gração especial, portanto —, já que o período prontidão e o período sobreaviso não se computam na jornada e respectiva remuneração obreira segundo as mesmas regras incidentes sobre as hipóteses gerais acima enunciadas.

A) Tempo de Prontidão — Por *tempo de prontidão* (horas prontidão) compreende-se o período tido como integrante do contrato e do tempo de serviço obreiro em que o ferroviário fica nas dependências da empresa ou via férrea respectiva (a CLT fala “dependências da Estrada”), *aguardando ordens* (§ 3º, art. 244, CLT).

Percebe-se que a lei cria noção intermediária entre o tempo laborado ou à disposição e o tempo extracontratual: o obreiro tem sua disponibilidade pessoal significativamente restringida (afinal, está nas dependências do estabelecimento empresarial ou suas cercanias, fora de sua residência), razão por que o Direito dá consequência contratual a este período. Porém, o trabalhador não está efetivamente laborando, o que faz com que a consequência contratual não seja plena. Note-se que a ordem jurídica não considera também que esta situação se iguale à do tempo à disposição no centro do trabalho, conferindo-lhe menor peso jurídico.

Dispõe a CLT que a escala de prontidão não poderá, lícitamente, ultrapassar 24 horas (§ 3º, art. 244). Esta norma é, obviamente, de caráter administrativo, razão pela qual sua inobservância não altera a natureza jurídica do tempo prontidão superior à 12ª hora e nem as regras incidentes sobre sua integração ao contrato de trabalho. A falta administrativa surge (propiciando a respectiva punição), sem, contudo, modificar o caráter e regras próprias às horas de prontidão ocorridas.

A integração contratual (integração à jornada) do *tempo prontidão* é especial, como dito. Estabelece a lei, assim, que as “horas de prontidão serão, para todos os efeitos, contadas à razão de 2/3 (*dois terços*) do *salário-hora normal*” (art. 244, § 3º, CLT; grifos acrescentados).

B) Tempo de Sobreaviso — Por *tempo de sobreaviso* (horas sobreaviso) compreende-se o período tido como integrante do contrato e do tempo de serviço obreiro em que o ferroviário “permanecer em sua própria casa, aguardando a qualquer momento o chamado para o serviço” (art. 244, § 2º, CLT).

Aqui a lei cria outra noção intermediária entre o tempo laborado ou à disposição e o tempo extracontratual: o obreiro tem sua disponibilidade pessoal *relativamente* restringida (afinal, tem de permanecer em sua residência, aguardando o chamado para o serviço), razão por que o Direito, mais uma vez, confere consequência contratual a este período. Contudo, o trabalhador não está efetivamente laborando, o que faz com que a consequência contratual não seja também plena.

Note-se que a ordem jurídica não considera, é claro, esta situação igual à do tempo à disposição no centro do trabalho; não a considera, inclusive, tão

restritiva quanto a do tempo de prontidão. Por isso, confere-lhe menor peso jurídico. Ressalte-se que, de fato, a restrição à disponibilidade pessoal obreira verificada nas horas de sobreaviso é muito menor do que a ocorrida nas horas de prontidão, pois, afinal, o trabalhador *permanece em sua residência*, não tendo de se deslocar para o estabelecimento empresarial ou suas cercanias.

Dispõe a CLT que a escala de sobreaviso não poderá, lícitamente, ultrapassar vinte e quatro horas (§ 2º do art. 244). Também esta norma é, inquestionavelmente, de caráter administrativo, razão pela qual sua inobservância não altera a natureza jurídica do tempo sobreaviso superior à 24ª hora e nem as regras incidentes sobre sua integração ao contrato de trabalho. Repita-se que também aqui a falta administrativa surge, propiciando a punição respectiva, sem, entretanto, modificar o caráter e regras próprias às horas de sobreaviso prestadas.

A integração ao contrato (e, em consequência, à jornada de trabalho) do tempo sobreaviso é, como se sabe, especial. Assim, estabelece a lei que as horas de sobreaviso, “para todos os efeitos, serão contadas à razão de 1/3 (*um terço*) do salário normal” (art. 244, § 2º, CLT; grifos acrescidos).

A figura do tempo de sobreaviso, embora originária da regência própria à categoria dos ferroviários, já foi estendida, por analogia, à categoria que vivencia circunstâncias laborais semelhantes: os eletricitários. É o que decorre do texto da Súmula 229, do TST.

BIPs, pagers, telefones celulares e outros instrumentos de comunicação — O avanço tecnológico tem propiciado situações novas que suscitam debate acerca da possibilidade de incidência da figura especial do tempo de sobreaviso. É o que se passa com a utilização, pelo empregado, fora do horário de trabalho, de aparelhos de comunicação telemáticos ou informatizados, como BIPs, *pagers*, telefones celulares e equivalentes — mecanismos que viabilizam, em princípio, seu contato imediato com o empregador e consequente imediato retorno ao trabalho.

Inicialmente não era pacífico o enquadramento jurídico dessas duas situações fáticas novas. O argumento em favor da aplicação da figura celetista do tempo de sobreaviso respaldava-se no juízo de que tais aparelhos colocariam, automaticamente, o trabalhador em posição de relativa disponibilidade perante o empregador, “*aguardando a qualquer momento o chamado para o serviço*” (§ 2º, art. 244, CLT). Esse contingenciamento à plena liberdade pessoal do obreiro, ainda que potencialmente, é que aproximaria essa moderna situação vivenciada por certos trabalhadores àquele tipo legal construído pelo § 2º do art. 244 da CLT.

O argumento contrário à aplicação da analogia com o tempo sobreaviso fundamenta-se na alegada disparidade de situações fáticas comparadas (a antiga, aventada pela CLT, e a moderna). Sustenta-se que a figura celetista teria se construído na suposição de o empregado “*permanecer em sua*

própria casa, aguardando a qualquer momento o chamado para o serviço” (§ 2º do art. 244 examinado; grifos acrescidos). Esta significativa restrição à disponibilidade pessoal do empregado, que era compelido a permanecer em sua residência — restrição criada em benefício do empregador —, teria decorrido do fato de os equipamentos tecnológicos existentes à época da CLT (década de 1940) não permitirem outra alternativa de compatibilização com determinadas situações de atendimento a emergências (situações objetivadas pela sistemática do sobreaviso). O avanço tecnológico subsequente, contudo, suplantou tal restrição circunstancial, permitindo — por intermédio dos BIPs, *paggers*, telefones celulares e instrumentos congêneres — que o empregado se desloque livremente em direção a seus interesses pessoais, respeitada certa distância geográfica, podendo ser convocado em qualquer local em que se encontre. Não estaria, desse modo, significativamente contingenciado em sua disponibilidade pessoal, razão por que a situação fática envolvida seria sumamente diversa daquela figurada pelo preceito celetista analisado.

As duas posições interpretativas têm se mostrado relativamente fortes na construção da jurisprudência. Porém, cabe registrar-se que a vertente contrária à aplicação analógica *irrestrita* recebeu apoio da antiga OJ 49 da SDI-1 do TST (editada em 1995), estando hoje respaldada pela Súmula 428 da Corte Superior Trabalhista. Este verbete sumular, a propósito, em sua nova redação de 2012, trata de duas situações próximas, porém distintas: em primeiro plano, a situação abrangida pela regra geral, no sentido de que o mero *uso de instrumentos telemáticos ou informatizados fornecidos pela empresa ao empregado, por si só, não caracteriza o regime de sobreaviso* (item I da Súmula 428). De outro lado, a situação abrangida por regra subsidiária: “II — *Considera-se em sobreaviso o empregado que, à distância e submetido a controle patronal por instrumentos telemáticos ou informatizados, permanecer em regime de plantão ou equivalente, aguardando a qualquer momento o chamado para o serviço durante o período de descanso*” (Súmula 428, II, TST).⁽¹⁰⁾

(10) O surgimento da Lei n. 12.551, de 15.12.2011, conferindo redação distinta ao art. 6º da CLT, agregou considerações novas a esse debate. Embora o grande objetivo da lei — e seu grande mérito — seja o de incorporar, implicitamente, as dimensões *estrutural* e também *objetiva* da subordinação jurídica (além da dimensão tradicional consagrada), incentivando a retomada do expansionismo da *relação de emprego* e do Direito do Trabalho para a inovadora seara das relações estabelecidas por meios eletrônicos, informatizados e telemáticos, o fato é que o surgimento do diploma legal reabriu o debate sobre o *tempo de sobreaviso* nos casos de uso de celulares, BIPs, *paggers* e equipamentos congêneres. Eis o novo texto do art. 6º, *caput* e parágrafo único, da CLT, segundo a redação conferida pela Lei n. 12.551/2011: “Art. 6º Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado a distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego. (...) Parágrafo único. Os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio”. Repercutindo esse debate, o TST, em setembro de 2012, decidiu conferir nova redação à Súmula 428, nela inserindo os incisos I e II, já citados.

De todo modo, anote-se que, independentemente de se acatar (ou não) a incidência analógica do preceito enfocado, é importante resguardar-se uma conclusão: após chamado ao serviço por telefone celular, *pager* ou BIP, o obreiro que atenda à convocação e compareça ao local de trabalho passa, automaticamente, a ficar à disposição do empregador, prestando horas normais de serviço (ou horas extras, se for o caso) — e não mais horas de sobreaviso ou de prontidão (art. 4º, CLT).

C) Tempo Residual à Disposição — A jurisprudência elaborou concepção relativa a pequenos períodos residuais de disponibilidade do empregado em face de seu empregador, nos momentos anteriores e posteriores à efetiva prestação de serviços, em que o trabalhador aguarda a marcação do ponto, já ingressando na planta empresarial.

Trata-se de regra inferida pela prática jurisprudencial, capturada, em 1996, pela OJ n. 23 da SDI-I/TST (hoje Súmula 366). Anos depois, tornou-se expressa no art. 58, § 1º, da CLT, após inserção feita pela Lei n.10.243, de 19.6.2001:

“§ 1º Não serão descontadas nem computadas como jornada extraordinária as variações de horário no registro de ponto não excedentes de cinco minutos, observado o limite máximo de dez minutos diários”.

Isso significa que as pequenas variações, até cinco minutos, totalizando dez ao dia, não serão consideradas para qualquer fim. A partir desse limite de cinco minutos, no começo e no fim da jornada, o tempo lançado no cartão de ponto será tido como à *disposição do empregador* (art. 4º, *caput*, c./c. art. 58, § 1º, CLT), integrando a jornada laborativa obreira para todos os efeitos. Note-se que a Súmula 366 (ex-OJ 23) manda que se computem todos os minutos, mesmo os poucos iniciais e finais, se em cada extremo da jornada for ultrapassado o teto de cinco minutos.⁽¹¹⁾

A mesma jurisprudência percebeu a existência, nas grandes plantas empresariais, de tempo necessário de deslocamento interno dentro do estabelecimento, seja da portaria para o local de trabalho, seja no sentido inverso. Nesse tempo residual o trabalhador está submetido ao poder empregatício, ainda que não esteja efetivamente trabalhando (art. 4º, *caput*, CLT). É o que dispõe a Súmula 429 do TST:

(11) Observe-se que desde a vigência da Lei n. 10.243/01 (Diário Oficial de 20.6.2001), a regra do tempo residual à disposição tornou-se *imperativa*, deixando de ser mera construção extensiva da interpretação jurisprudencial. Em consequência, tornam-se inválidos dispositivos de convenções ou acordos coletivos de trabalho que eliminem o direito trabalhista ou estabeleçam regra menos favorável (como o elastecimento do limite de cinco minutos fixados na lei). Nesta linha, a OJ 372, SDI-I/TST, editada em dezembro de 2008 (que, em 2014, foi convertida na Súmula 449 do TST). A Lei n. 13.467/2018, contudo, abriu seara flexibilizadora, via negociação coletiva trabalhista, também nesse aspecto (novo art. 611-A, *caput* e inciso I, CLT).

TEMPO À DISPOSIÇÃO DO EMPREGADOR. ART. 4º DA CLT. PERÍODO DE DESLOCAMENTO ENTRE A PORTARIA E O LOCAL DE TRABALHO — Considera-se à disposição do empregador, na forma do art. 4º da CLT, o tempo necessário ao deslocamento do trabalhador entre a portaria da empresa e o local de trabalho, desde que supere o limite de 10 (dez) minutos diários.

Note-se que a súmula fala em *tempo necessário ao deslocamento*, ao invés de todo o tempo gasto no percurso. Com isso a jurisprudência, por realismo, justiça e equidade, excluiu as frações temporais destinadas ao uso estritamente pessoal (ida a postos bancários dentro da planta empresarial, banheiros, etc.), sugerindo a fixação do *tempo médio necessário estimado*, dentro do caso concreto, para esse deslocamento (art. 4º, *caput*, da CLT). Em acréscimo o verbete vale-se do mesmo critério acolhido pela jurisprudência em situação análoga — os tempos residuais dos cartões (ex-OJ n. 23, SDI-1; Súmula 366; art. 58, § 1º, CLT) —, determinando a desconconsideração de dez minutos diários (cinco minutos na entrada e cinco na saída do estabelecimento). Naturalmente que, a contar do advento da Lei n. 13.467/17 (vigente desde 11.11.2017), a Súmula 429/TST, tem de ser lida em harmonia ao disposto no novo § 2º do art. 4º da CLT.

3. Jornada: tronco básico e componentes suplementares

A composição da jornada de trabalho faz-se, essencialmente, a partir dos critérios acima examinados, indicativos dos lapsos temporais eleitos pelo Direito como parte integrante de sua estrutura. Tais lapsos temporais caracterizam-se ou por serem períodos de trabalho efetivo ou por serem períodos tidos como *à disposição* (plena ou parcial) do empregador.

Ao lado desses lapsos temporais de trabalho efetivo ou *à disposição* parcial ou plena, há uma singularidade: os intervalos remunerados. É que a ordem justralhista confere tratamento especial a alguns poucos intervalos intrajornada — que são tidos pelo Direito como parte integrante da jornada laborativa, embora durante sua fruição o obreiro não trabalhe efetivamente nem se coloque *à disposição* do empregador.

A jornada de trabalho compõe-se de um *tronco básico* e de alguns *componentes suplementares*. O tronco básico é elemento natural do contrato de trabalho, ao passo que os componentes suplementares são elementos acidentais desse contrato, que existem apenas em decorrência de a prestação de serviços concretizar-se sob determinadas circunstâncias ou normas especiais.

A) Tronco Básico — Integra o tronco básico da jornada de trabalho, no Direito brasileiro, o lapso temporal situado nos limites do *horário de trabalho* pactuado entre as partes. Como dificilmente um empresário irá contratar alguém senão com o objetivo de retirar o máximo proveito econômico do labor por este prestado, o horário de trabalho contratado *tende* a englobar efetivo tempo laborado.

Na prática, contudo, é comum agregarem-se, no desenrolar do pacto empregatício, ao horário de trabalho primitivo do contrato outros componentes suplementares da jornada laborativa obreira.

B) Componentes Suplementares — São *componentes suplementares* da jornada de trabalho todos os demais períodos trabalhados ou apenas à disposição plena ou mesmo parcial do empregador reconhecidos pelos critérios de composição de jornada que caracterizam o Direito do Trabalho do País e que não se situam dentro das fronteiras do horário de trabalho primitivo obreiro. Além de tais componentes, há que se citar, também, os chamados intervalos remunerados.

Desse modo, constituem componentes suplementares da jornada as *horas extraordinárias* (arts. 59 e 61, CLT), que se integram, com plenos efeitos, à jornada.

Tendem, ainda, a assumir o caráter de componentes suplementares as diversas situações de *horas (ou tempo) à disposição* (art. 4º, *caput*, CLT). Neste quadro, é indubitável componente suplementar o chamado *tempo itinerante* (Súmula n. 90 e art. 58, § 2º, CLT) — quando aplicável, evidentemente, ressalvada, ademais, a sua supressão pela Lei n. 13.467/2017. Também é componente suplementar o chamado *tempo itinerante* (Súmula 90 e art. 58, § 2º, CLT) — quando aplicável, evidentemente, ressalvada, ademais, a sua supressão pela Lei n. 13.467/2017. Também é componente suplementar o tempo residual à disposição lançado nos cartões de ponto (Súmula 366, TST, e art. 58 § 1º, CLT). Além disso, cabe se computar o período interno necessário de deslocamento entre a portaria e o local de trabalho e vice-versa (Súmula 429, TST; art. 4º, *caput*, CLT), excluídas, nesta hipótese, as frações temporais para fruição de interesse estritamente individual do trabalhador (note-se que o conceito de tempo de fruição estritamente individual alargou-se com o advento do novo § 2º do art. 4º da CLT, inserido pela Lei n. 13.467/2017).

Claro que o tempo à disposição (inclusive as horas *in itinere*, os minutos residuais dos cartões e o período necessário de deslocamento interno — se pertinentes tais lapsos) integra-se, com plenos efeitos, à jornada de trabalho obreira.⁽¹²⁾

São também componentes suplementares da jornada as *horas (ou tempo) de prontidão* (art. 244, § 3º, CLT) e as *horas (ou tempo) de sobreaviso* (art. 244, § 2º, CLT). Tais lapsos integram-se à jornada de trabalho obreira, como visto, porém com efeitos restritos.

(12) É claro que, na fase de transição aberta pela reforma trabalhista (Lei n. 13.467, vigente desde 11.11.2017), é preciso se tomar em conta, em qualquer análise, o período contratual do trabalhador, pois a incidência de certas parcelas (como, por exemplo, horas *in itinere*) dependerá desse período contratual.

O Direito do Trabalho prevê figura singular integrante da jornada laborativa do empregado: são os *intervalos remunerados* (de que é expressivo exemplo o intervalo contido no art. 72, CLT). Tais intervalos (que serão estudados no próximo capítulo deste Curso) são elementos acidentais na composição da jornada de trabalho, cuja incidência resulta do exercício do trabalho pelo obreiro em certas atividades ou circunstâncias especiais. Como já exposto, esses lapsos temporais (em geral de curta duração) não são tempo laborado nem tempo à disposição do empregador, mas integram plenamente, *por força de norma jurídica*, a jornada laborativa obreira.

Fica, é claro, enfatizado que os intervalos *não* remunerados (de que são expressivos exemplos os referidos pelo art. 71, *caput*, e §§ 1º e 2º, CLT) não participam dessa singularidade. Tais intervalos não favorecidos por remuneração específica não integram, para qualquer efeito, a jornada laborativa do empregado (para este estudo, remetemos o leitor ao Capítulo XXIV deste Curso).

Os componentes suplementares da jornada laborativa *tendem* (embora nem sempre, esclareça-se) a se caracterizar como parcelas do tipo *salário condição*, isto é, verbas pagas pelo empregador ao obreiro em face de circunstâncias especiais, que podem desaparecer no contexto laboral, ensejando a supressão do próprio pagamento da verba. É o que ocorre, usualmente, com as horas extras (Súmula 291, TST), podendo ocorrer, também, com os demais componentes suplementares da jornada⁽¹³⁾.

Os componentes suplementares da jornada de trabalho, por fim, também se submetem ao critério geral trabalhista de produção de efeitos contratuais: a equação entre *habitualidade* e *eventualidade* de sua incidência. Aqueles componentes que compareçam apenas *eventualmente* à realidade do contrato laboral (horas extras, horas à disposição, horas itinerantes, etc.) não terão, obviamente, o condão de se integrarem ao contrato, não adquirindo o *efeito expansionista circular dos salários*; assim, tendem a não produzir reflexos sobre outras verbas contratuais. Também no presente caso a habitualidade desponta, portanto, como requisito objetivo à integração salarial de tais parcelas.

4. A Peculiaridade dos Motoristas Profissionais no Tema da Duração do Trabalho

A categoria dos motoristas profissionais passou a vivenciar forte oscilação normativa nos últimos anos, especialmente no que tange ao tema da duração do trabalho, com regras sobre sua extensão, seus tempos componentes e não componentes, seus intervalos específicos e outros

(13) Sobre a caracterização e efeitos do chamado *salário condição*, ver a obra deste autor *Salário — Teoria e Prática*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, Capítulo II. Neste Curso, consultar o Capítulo XXI.

aspectos correlacionados. É que em 2012 foi promulgada a Lei n. 12.619, que introduziu sistema regulador próprio sobre a duração do trabalho para esses profissionais; entretanto, em curto período subsequente (2015), novo diploma legal foi aprovado, a Lei n. 13.103, de 2.3.15, que promoveu, mais uma vez, significativas mudanças no regime jurídico da duração do trabalho da mesma categoria profissional.⁽¹⁴⁾

Nas alíneas “A)” e “B)”, logo a seguir, serão alinhavadas as principais peculiaridades de cada uma dessas leis no que diz respeito ao tema da duração do trabalho.

A) Lei n. 12.619/2012: tempo de repouso, tempo de espera, tempo de reserva — A Lei n. 12.619, reguladora do contrato de emprego dos motoristas profissionais e de outros aspectos relevantes para os profissionais desse segmento (vigência a partir de 11.09.2012), ao inserir regras novas na CLT (arts. 235-A até 235-H, no Título III, Capítulo I, da nova Seção IV-A: “Do Serviço do Motorista”), referiu-se a três tipos de lapsos temporais que poderiam, de alguma maneira, compor a jornada de trabalho da categoria, ainda que com restrições: o *tempo de repouso*, o *tempo de espera* e o *tempo de reserva*. Preferiu, entretanto, a Lei 12.619/12, excluir, taxativamente, os dois primeiros desses lapsos temporais do conjunto da jornada de trabalho do empregado motorista profissional, mesmo que conferindo ao *tempo de espera* algum efeito jurídico próprio: *indenização* à base do valor do salário hora normal, mais 30% (art. 235-C, §§ 2º e 9º; art. 235-D, *caput* e III; art. 235-E, §§ 5º, 6º e 11, todos da CLT). Quanto ao *tempo de reserva*, inseriu-o como componente suplementar da jornada, porém com valor significativamente reduzido (30% da hora normal: § 9º do art. 235-C da Consolidação).

Relativamente ao *tempo de repouso*, dispõem as novas regras da CLT: “Art. 235-D. *Nas viagens de longa distância, assim consideradas aquelas em que o motorista profissional permanece fora da base da empresa, matriz ou filial e de sua residência por mais de 24 (vinte e quatro) horas, serão observados: (...) III – repouso diário do motorista obrigatoriamente com o veículo estacionado, podendo ser feito em cabine leito do veículo ou em alojamento do empregador, do contratante do transporte, do embarcador ou do destinatário ou em hotel, ressalvada a hipótese da direção em dupla de motorista prevista no § 6º do art. 235-E*”.

(14) Parte significativa dos dispositivos da Lei n. 13.103, inclusive determinados preceitos concernentes à duração do trabalho, passou a vigorar 45 dias após a publicação do diploma legal, em conformidade com o critério fixado no art. 1º, *caput*, da *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro*. Como a publicação da lei nova ocorreu em 3.3.2015, essa vigência iniciou-se em 17.4.2015; nesta data, a propósito (17.4), também foi publicado o Decreto n. 8.433, de 16.4.2015, que regulamentou certos preceitos do diploma legal n. 13.103/15. Vários dispositivos da nova lei, contudo, ostentam prazos diferenciados e mais longínquos para a sua efetiva vigência.

Esse tempo de repouso não integra a jornada de trabalho e não ostenta qualquer efeito jurídico indenizatório peculiar, segundo a nova Lei dos Motoristas (art. 235-E, combinado com art. 235-C, § 2º, ambos da CLT). Desaparece, assim, a possibilidade de enquadramento desse lapso temporal no conceito de *horas de prontidão* (art. 244, § 3º, CLT), tema que usualmente comparecia nas lides judiciais trabalhistas envolvendo a categoria profissional dos motoristas em viagem.

Por outro lado, a nova lei tipifica o *tempo de espera*, embora atribua a ele uma verba a título de *indenização*, ao invés de simplesmente integrá-lo à jornada de trabalho (art. 235-C, § 9º, e art. 235-E, § 5º, CLT). Diz o § 9º do art. 235-C da Consolidação: “§ 9º As horas relativas ao período do tempo de espera serão indenizadas com base no salário-hora normal acrescido de 30% (trinta por cento)”. Também no § 5º, *in fine*, do art. 235-E, dispõe a CLT que “... o tempo parado que exceder a jornada normal será computado como tempo de espera e será *indenizado* na forma do § 9º do art. 235-C” (grifos acrescidos). Registre-se que o § 2º do art. 235-C já mencionara que os “intervalos para refeição, repouso, espera e descanso” não serão considerados como partícipes do conceito de trabalho efetivo, por não abrangerem o “...tempo que o motorista estiver à disposição do empregador”.⁽¹⁵⁾

Por *tempo de espera* consideram-se os lapsos temporais excedentes à jornada normal de trabalho em que o motorista permanecer dentro ou junto do veículo, em decorrência da necessidade do serviço. Tais lapsos podem se destinar ao aguardo “para carga ou descarga do veículo no embarcador ou destinatário ou para fiscalização da mercadoria transportada em barreiras fiscais ou alfandegárias” (art. 235-C, § 8º, CLT); ou podem se referir ao tempo em que o motorista, fora da base da empresa, fique com o veículo parado por além da jornada normal de trabalho e lhe “for exigida permanência junto ao veículo” (art. 235-E, § 4º, CLT); ou ainda o tempo parado excedente à jornada normal “em viagens de longa distância e duração, nas operações de carga e descarga e nas fiscalizações em barreiras fiscais ou aduaneira de fronteira” (art. 235-E, § 5º, CLT).

Finalmente a Lei n. 12.619/2012 tipifica o *tempo de reserva*, embora aqui — ao reverso dos dois tempos anteriores — autorize que seja tido como componente suplementar da jornada de trabalho, mas com remuneração bastante reduzida. Menciona o art. 235-E da CLT, em seu § 6º, *in fine*, que o tempo de reserva “... será *remunerado* na razão de 30% (trinta por cento)

(15) Eis o texto do § 2º do art. 235-C da CLT: “Será considerado como trabalho efetivo o tempo que o motorista estiver à disposição do empregador, excluídos os intervalos para refeição, repouso, espera e descanso”. A exclusão do tempo de espera posiciona-se, dessa maneira, no mesmo quadro jurídico dos intervalos para refeição, repouso e descanso, conforme se vê.

da hora normal”. Além disso, o tempo de reserva não consta das exclusões mencionadas pelo § 2º do art. 235-C da Consolidação, ao invés dos outros lapsos temporais já especificados: “os intervalos para refeição, repouso, espera e descanso”. Está-se, pois, diante de um componente suplementar da jornada de trabalho do motorista, quando em viagem, sendo passível de produzir, caso recebido com habitualidade no contrato, o clássico efeito expansionista circular dos salários.⁽¹⁶⁾

Por *tempo de reserva* consideram-se os lapsos temporais excedentes à jornada normal de trabalho “em que o motorista estiver em repouso no veículo em movimento” nos casos “em que o empregador adotar revezamento de motoristas trabalhando em dupla no mesmo veículo” (art. 235-E, § 6º, CLT). Esse repouso diário no veículo em movimento não compõe, assim, o período de repouso diário excluído da jornada de trabalho, em conformidade com o art. 235-D, III, *in fine*, e o art. 235-C, § 2º, da CLT.

B) Lei n. 15.103/2015: novas regras jurídicas — A Lei n. 15.103 também buscou regular o contrato de emprego dos motoristas profissionais e outros aspectos relevantes para os trabalhadores desse segmento. Estendeu, contudo, as suas regras sobre a jornada de trabalho, especialmente as fixadas no art. 235-C da Consolidação, também para o “ajudante empregado nas operações em que acompanhe o motorista” (art. 235-C, § 16, CLT), estendendo-as ainda aos “operadores de automotores destinados a puxar ou a arrastar maquinaria de qualquer natureza ou a executar trabalhos de construção ou pavimentação e aos operadores de tratores, colheitadeiras, autopropelidos e demais aparelhos automotores destinados a puxar ou a arrastar maquinaria agrícola ou a executar trabalhos agrícolas” (§ 17 do art. 235-C da CLT).

Com vigência a partir de 17.4.2015, no que tange a diversos de seus dispositivos, a Lei n. 13.103 inseriu novas regras, além de ter revogado outras, na Seção IV-A da CLT, denominada “Do Serviço do Motorista Profissional”, que é composta pelos artigos 235-A até 235-H. Tal Seção IV-A integra o Capítulo I do Título III da Consolidação das Leis do Trabalho.

O espírito da nova lei foi mais desregulamentador e flexibilizador do que o da precedente Lei n. 12.619/2012, permitindo maior alargamento da duração do trabalho e atenuando alguns preceitos protetores trabalhistas. Ilustrativamente, fixou a jornada diária em oito horas, admitindo a sua prorrogação por até duas horas extraordinárias (art. 235-C, *caput*); entretanto, logo a seguir, na mesma regra jurídica, autorizou, mediante previsão em convenção ou acordo coletivo, a prorrogação por até *quatro*

(16) A respeito, consultar, neste Curso, em seu Capítulo XXI, item IV (“Salário: Composição e Distinções”), o tópico intitulado “Efeito Expansionista Circular”.

horas extraordinárias (caput do art. 235-C da CLT). Não bastasse, o novo art. 235-F estipula que convenção coletiva ou acordo coletivo poderá prever jornada especial de 12 horas de trabalho por 36 horas de descanso “para o trabalho do motorista profissional empregado em regime de compensação”. Arremata, na mesma linha flexibilizadora, o § 13 do art. 235-C da Consolidação, em sua nova redação: “Salvo previsão contratual, a *jornada de trabalho do motorista empregado não tem horário fixo de início, de final ou de intervalos*” (grifos acrescidos).

No tocante ao *tempo de repouso*, ao *tempo de espera* e ao *tempo de reserva*, lapsos temporais que foram tipificados pela anterior Lei n. 12.619, as mudanças normativas serão a seguir examinadas. Já se antecipa a informação sobre a existência de mudanças substanciais quanto à regência normativa do *tempo de espera* e do *tempo de reserva*.

Relativamente ao *tempo de repouso*, eis o que dispõem as novas regras da CLT: “Art. 235-C, § 4º. *Nas viagens de longa distância, assim consideradas aquelas em que o motorista profissional empregado permanece fora da base da empresa, matriz ou filial e de sua residência por mais de 24 (vinte e quatro) horas, o repouso diário pode ser feito no veículo ou em alojamento do empregador, do contratante do transporte, do embarcador ou do destinatário ou em outro local que ofereça condições adequadas*”. Esse tempo de repouso — tal como na regra anterior — não compõe a jornada de trabalho para qualquer fim, não recebendo também qualquer indenização peculiar; isso é o que determina o § 1º do art. 235-C da Consolidação: “§ 1º. Será considerado como trabalho efetivo o tempo em que o motorista empregado estiver à disposição do empregador, *excluídos os intervalos para refeição, repouso e descanso e o tempo de espera*” (grifos acrescidos).

Conforme percebido, esse tempo de repouso não integra a jornada de trabalho e não ostenta qualquer efeito jurídico indenizatório peculiar, segundo a Lei dos Motoristas, em sua precedente e em sua nova redação. Continua afastada, portanto, a possibilidade de enquadramento desse lapso temporal no conceito de *horas de prontidão* (art. 244, § 3º, CLT), à diferença do que usualmente se notava, antes de 2012, nas lides judiciais trabalhistas envolvendo a categoria profissional dos motoristas em viagem.

No que tange ao *tempo de espera*, assim estipulam as novas regras da Consolidação: “Art. 235-C, § 8º. *São considerados tempo de espera as horas em que o motorista profissional empregado ficar aguardando carga ou descarga do veículo nas dependências do embarcador ou do destinatário e o período gasto com a fiscalização da mercadoria transportada em barreiras fiscais ou alfandegárias, não sendo computados como jornada de trabalho e nem como horas extraordinárias*” (grifos acrescidos). Agrega o § 11 do art. 235-C: “Quando a espera de que trata o § 8º for superior a 2 (duas) horas

ininterruptas e for exigida a permanência do motorista empregado junto ao veículo, caso o local ofereça condições adequadas, o tempo será considerado como de repouso para os fins do intervalo de que tratam os §§ 2º e 3º, sem prejuízo do disposto no § 9º. Completa ademais o § 12 do mesmo art. 235-C que, durante o tempo de espera, “o motorista poderá realizar movimentações necessárias do veículo, as quais não serão consideradas como parte da jornada de trabalho, ficando garantido, porém, o gozo do descanso de 8 (oito) horas ininterruptas aludido no § 3º” (grifos acrescidos). Por fim, o art. 235-D, § 3º, arrola nova hipótese de *tempo de espera*: “O motorista empregado, em viagem de longa distância, que ficar com o veículo parado após o cumprimento da jornada normal ou das horas extraordinárias fica dispensado do serviço, exceto se for expressamente autorizada a sua permanência junto ao veículo pelo empregador, hipótese em que o tempo será considerado de espera” (grifos acrescidos).

Tal como no anterior regime da Lei n. 12.619/2012, o *tempo de espera*, atualmente, continua a não compor a jornada de trabalho do empregado motorista profissional (novo art. 235-C da Consolidação, em seus seguintes parágrafos: § 1º, *in fine*; § 8º, *in fine*; § 11, *in fine*; § 12). Entretanto, *no regime anterior*, era atribuído a esse lapso temporal uma *indenização* à base do valor do salário hora normal, mais 30% (antigos artigos 235-C, §§ 2º e 9º; 235-D, *caput* e inciso III; 235-E, §§ 5º, 6º e 11, todos da CLT). Pela nova Lei n. 13.103/2015, esse valor indenizatório despencou para modestos 30% do salário-hora normal!!! É o que se infere da regra fixada no § 9º do art. 235-C da CLT: “As horas relativas ao tempo de espera serão indenizadas na proporção de 30% (trinta por cento) do salário-hora normal”.⁽¹⁷⁾

No que diz respeito ao *tempo de reserva*, a nova regência normativa fixada pela Lei n. 13.103 simplesmente descaracterizou tal lapso temporal como componente suplementar da jornada, ainda que com remuneração reduzida (30% da hora normal, em conformidade com o regime anterior). A partir da nova redação lançada na CLT, esse lapso temporal passou a ser considerado simplesmente como *tempo de repouso*, não integrante da jornada de trabalho, não sendo suscetível ademais de qualquer indenização (novo art. 235-D, § 5º, combinado com art. 235-C, § 1º, ambos da CLT). É o que determina o art. 235-D, § 5º, em sua nova redação: “Nos casos em que o empregador adotar 2 (dois) motoristas trabalhando no mesmo veículo, o *tempo de repouso* poderá ser feito com o veículo em movimento, assegurado o repouso mínimo de 6 (seis) horas consecutivas fora do veículo em alojamento externo ou, se na cabine leito, com o veículo estacionado, a cada 72 (setenta e duas) horas” (grifos acrescidos).

(17) No regime legal precedente, uma hora (60 minutos, portanto) de tempo de espera gerava uma *indenização* no importe de 78 minutos de salário; no novo regime, a mesma uma hora de tempo de espera gera uma *indenização* no importe de 18 minutos de salário.

IV. NATUREZA DAS NORMAS RELATIVAS À JORNADA: TRANSAÇÃO E FLEXIBILIZAÇÃO

1. *Natureza das Normas Relativas à Jornada*

O universo normativo incidente sobre a jornada e a duração do trabalho é bastante variado. As normas jurídicas heterônomas estatais estabelecem, de um lado, um padrão normativo geral, que se aplica ao conjunto do mercado de trabalho e, de outro lado, um leque diversificado de regras incidentes sobre situações ou categorias específicas de trabalhadores envolvidos. Em contraponto a esse quadro normativo heterônimo, surge ainda um significativo espaço à criatividade autônoma coletiva privada, hábil a tecer regras específicas aplicáveis às searas trabalhistas a que se reportam.

Nesse confronto entre o padrão normativo heterônimo e o autônomo coletivo privado, entre regras gerais e regras especiais, um debate relevante desponta: o concernente à natureza das regras jurídicas que tratam da jornada e duração do trabalho, com o conseqüente espaço à suplantação concreta dessas regras pelos agentes coletivos privados envolvidos com a relação de emprego.

As normas jurídicas estatais que regem a estrutura e dinâmica da jornada e duração do trabalho são, de maneira geral, no Direito brasileiro, *normas imperativas*. O caráter de obrigatoriedade que tanto qualifica e distingue o Direito do Trabalho afirma-se, portanto, enfaticamente, neste campo juslaboral.

Em consequência dessa afirmação, todos os princípios e regras associados ou decorrentes de tal imperatividade incidem, soberanamente, nesta seara. Por essa razão, a renúncia, pelo trabalhador, no âmbito da relação de emprego, a alguma vantagem ou situação resultante de normas respeitantes à jornada é absolutamente inválida.

A transação meramente bilateral, sem substrato em negociação coletiva, também se submete ao mesmo conjunto indissolúvel de princípios e regras. Desse modo, como critério geral, será inválida a transação bilateral que provoque prejuízo ao trabalhador (princípio da inalterabilidade contratual lesiva; art. 468, CLT). Ilustrativamente, redução da duração diária, semanal ou mensal de trabalho, com diminuição de salário, seria alteração contratual lesiva e, assim, ilícita. Excepcionalmente, a validação dessa modificação do contrato poderia ocorrer, caso existisse prova clara de que a mudança se fez por essencial *interesse extracontratual do empregado* (como, por exemplo, em face de pretender dedicar-se, paralelamente, a outra atividade profissional).

É óbvio que não haverá invalidação de ato modificativo de aspectos da jornada ou duração do trabalho que esteja situado dentro do *jus variandi* empresarial (art. 2º, *caput*, CLT). Tais modificações lícitas tendem a ser muito

restritas — sob pena de comprometerem o princípio básico vedatório de alterações lesivas. Por isso é que se limitam, em geral, àquelas modificações que estejam *normativamente autorizadas*, seja por texto expresso de lei, seja por compreensão jurisprudencial da ordem jurídica: exemplo expressivo é dado pela alteração do trabalho noturno para o turno do dia, que a jurisprudência tende a considerar, regra geral, como lícita (Súmula 265, TST).

Entretanto, conforme se sabe, a Lei da Reforma Trabalhista, procurou, em alguma medida, desregular e flexibilizar regras concernentes à duração do trabalho. Tais novos parâmetros serão examinados em conjugação com os critérios prevalecentes antes do advento da Lei n. 13.467/2017.

2. Transação e Flexibilização da Jornada: possibilidades e limites

O debate acerca das possibilidades e limites da transação e flexibilização no tocante à jornada e duração do trabalho deve passar pela análise dos critérios gerais informadores desse tema no conjunto do ramo justralhista.

A) Critérios Gerais Informativos — Essa análise sobre as possibilidades e limites jurídicos da transação e flexibilização no que concerne à duração do trabalho reporta-se aos critérios gerais anteriormente alinhavados na obra deste autor, *Introdução ao Direito do Trabalho*⁽¹⁸⁾. Ali sustenta-se o seguinte:

“De fato, um dos pontos centrais de inter-relação entre o Direito Coletivo e o Direito Individual do Trabalho reside na fórmula de penetração e harmonização das normas juscoletivas negociadas perante o estuário normativo heterônomo clássico ao Direito Individual do Trabalho. Reside, em síntese, na pesquisa e aferição sobre os critérios de validade jurídica e extensão de eficácia das normas oriundas de convenção, acordo ou contrato coletivo do trabalho em face da legislação estatal imperativa que tanto demarca o ramo justralhista individual especializado. Em que medida as normas juscoletivas podem se contrapor às normas jusindividuais imperativas estatais existentes? Desse dilema é que trata o que denominamos princípio da adequação setorial negociada — configurado, por essa razão, como o princípio de Direito Coletivo que mais de perto atua e influencia a dinâmica específica ao Direito Individual do Trabalho.

Pelo princípio da adequação setorial negociada as normas autônomas juscoletivas construídas para incidirem sobre uma certa comunidade econômico-profissional podem prevalecer sobre o padrão geral heterô-

(18) DELGADO, Mauricio Godinho. *Introdução ao Direito do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1999, p. 163-165. A referência ao princípio já consta da 1ª edição da citada obra, de 1995.

nomo justralhista desde que respeitados certos critérios objetivamente fixados. São dois esses critérios autorizativos: a) quando as normas autônomas juscoletivas implementam um padrão setorial de direitos superior ao padrão geral oriundo da legislação heterônoma aplicável; b) quando as normas autônomas juscoletivas transacionam setorialmente parcelas justralhistas de indisponibilidade apenas relativa (e não de indisponibilidade absoluta).

No primeiro caso especificado (quando as normas autônomas juscoletivas implementam um padrão setorial de direitos superior ao padrão geral oriundo da legislação heterônoma aplicável), as normas autônomas elevam o patamar setorial de direitos trabalhistas, em comparação com o padrão geral imperativo existente, não afrontando sequer, desse modo, o princípio da indisponibilidade de direitos que é inerente ao Direito Individual do Trabalho.

Já no segundo caso (quando as normas autônomas juscoletivas transacionam setorialmente parcelas justralhistas de indisponibilidade apenas relativa — e não de indisponibilidade absoluta) o princípio da indisponibilidade de direitos é afrontado, mas de modo a atingir somente parcelas de indisponibilidade relativa. Estas assim se qualificam quer pela natureza própria à parcela mesma (ilustrativamente, modalidade de pagamento salarial, tipo de jornada pactuada, fornecimento ou não de utilidades e suas repercussões no contrato, etc.), quer pela existência de expresso permissivo jurídico heterônomo a seu respeito (por exemplo, montante salarial: art. 7º, VI, CF/88; ou montante de jornada: art. 7º, XIII e XIV, CF/88).

São amplas, portanto, as possibilidades de validade e eficácia jurídicas das normas autônomas coletivas em face das normas heterônomas imperativas, à luz do princípio da adequação setorial negociada. Entretanto, está também claro que essas possibilidades não são plenas e irrefreáveis. Há limites objetivos à adequação setorial negociada. Desse modo, ela não prevalece se concretizada mediante ato estrito de renúncia (e não transação). É que ao processo negocial coletivo falece poderes de renúncia sobre direitos de terceiros (isto é, despojamento unilateral sem contrapartida do agente adverso); cabe-lhe, essencialmente, promover transação (ou seja, despojamento bilateral ou multilateral, com reciprocidade entre os agentes envolvidos), hábil a gerar normas jurídicas.

Também não prevalece a adequação setorial negociada se concernente a direitos revestidos de indisponibilidade absoluta (e não indisponibilidade relativa), os quais não podem ser transacionados nem mesmo por negociação sindical coletiva. Tais parcelas são aquelas imantadas por uma tutela de interesse público, por se constituírem em um patamar civilizatório mínimo que a sociedade democrática não concebe ver reduzido em qualquer

segmento econômico-profissional, sob pena de se afrontar a própria dignidade da pessoa humana e a valorização mínima deferível ao trabalho (arts. 1º, III e 170, *caput*, CF/88). Expressam, ilustrativamente, essas parcelas de indisponibilidade absoluta a anotação de CTPS, o pagamento do salário mínimo, as normas de medicina e segurança do trabalho.

No caso brasileiro, esse patamar civilizatório mínimo está dado, essencialmente, por três grupos convergentes de normas trabalhistas heterônomas: as normas constitucionais em geral (respeitadas, é claro, as ressalvas parciais expressamente feitas pela própria Constituição: art. 7º, VI, XIII e XIV, por exemplo); as normas de tratados e convenções internacionais vigorerantes no plano interno brasileiro (referidas pelo art. 5º, § 2º, CF/88, já expressando um patamar civilizatório no próprio mundo ocidental em que se integra o Brasil); as normas legais infra-constitucionais que asseguram patamares de cidadania ao indivíduo que labora (preceitos relativos à saúde e segurança no trabalho, normas concernentes a bases salariais mínimas, normas de identificação profissional, dispositivos antidiscriminatórios, etc.)⁽¹⁹⁾.

Tais critérios informados pelo *princípio da adequação setorial negociada*, aplicados à duração do trabalho, permitem a formulação de algumas conclusões objetivas. Passemos a elas:

Em primeiro lugar, é *válida*, juridicamente, a redução da duração do trabalho, com respectiva redução salarial, *desde que coletivamente negociada a medida, correspondendo a uma transação* (art. 7º, VI e XIII, CF/88).

Em consequência, é inválida, pois, em princípio, redução meramente contratual das horas de labor com redução salarial, ainda que com aquiescência do empregado (princípio da inalterabilidade contratual lesiva; art. 468, *caput*, CLT; art. 7º, VI, CF/88). A propósito de tal invalidade, frustrou-se, rapidamente, a tentativa do legislador presidencial de instituir, em 1998, certo mecanismo de mudança contratual redutora do salário (via redução de jornada), conforme Medida Provisória 1.709, de 6.8.98 — a qual permitia a diminuição “mediante *opção (sic!)* dos atuais empregados, manifestada perante a empresa”. As críticas diretas e imediatas ao censurável intento, que se chocava contra dispositivo constitucional expresse — art. 7º, VI —, fizeram com que o legislador presidencial alterasse tal regra nas medidas provisórias subsequentes, ressaltando a necessidade de negociação coletiva prévia à pretendida alteração redutora de tempo de trabalho e de salário (art. 58-A, § 2º, da CLT, conforme redação da MP 1.709-1, de 3.9.98, e medidas provisórias renovatórias subsequentes, inclusive MP 2.164-41, de 24.8.01)⁽²⁰⁾.

(19) DELGADO, Mauricio Godinho. *Introdução ao Direito do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1999. p. 163-165. Na 3ª edição da mesma obra, de 2001, a referência encontra-se em seu Capítulo V.

(20) A MP 2.164-41, de 24.8.01, teve sua vigência indeterminada pelo art. 2º da Emenda Constitucional n. 32, de 11.9.01 (Diário Oficial de 12.9.01).

Reenfatize-se, é claro, neste debate, que a redução das horas de labor *sem* redução salarial, por ser medida favorável, seria válida, mesmo inexistindo negociação coletiva.

Reitere-se, ainda, neste quadro de modificações contratuais, a possibilidade de se acolher, hipoteticamente, a redução da duração do trabalho e correspondente redução salarial por mero acordo bilateral, *desde que comprovado efetivo interesse pessoal obreiro, de origem extracontratual* (e não simples interesse de “...manter o emprego”). É evidente que o ônus probatório específico quanto à causa da alteração perpetrada será da defesa, em eventual processo judicial a respeito (art. 333, II, CPC)⁽²¹⁾.

Em segundo lugar, é *inválida*, juridicamente, a pura e simples extensão da duração do trabalho por além do montante de horas que deriva do texto constitucional (8 horas ao dia, 44 horas na semana, 220 horas no mês — aqui já incluído o repouso semanal). Nem mesmo a negociação coletiva pode suplantiar o parâmetro básico resultante da Constituição: qualquer extrapolação na duração padrão das horas de labor será tido como trabalho *extraordinário* (art. 7º, XIII e XVI, CF/88). A flexibilização aqui permitida atinge apenas aquela vinculada ao *regime de compensação de horários* (que será examinado ainda no presente Capítulo, logo a seguir), mas, neste caso, a flexibilização não importa em efetivas horas extras (se considerada a duração semanal ou mensal de labor) — pelo menos até o advento do *banco de horas* da Lei n. 9.601/98 (que também será examinado na alínea “B”, seguinte).

Em terceiro lugar, é *válida*, juridicamente, a ampliação da jornada *especial* em labor em turnos ininterruptos de revezamento (jornada especial de 6 horas, com semana laborativa de 36 horas de duração, conforme instituído pela própria Constituição). Esta ampliação pode fazer-se até o limite padrão constitucional (8 horas diárias e 44 horas na semana), *desde que a transação ampliativa se faça por negociação coletiva* (art. 7º, XIV, CF/88). A presente hipótese ampliativa da duração do trabalho não traduz real exceção ao critério acima enunciado, dado que se trata, no presente caso, de ampliação de *jornada especial reduzida* (6 horas), até atingir-se o montante padrão estabelecido no art. 7º, XIII, da Constituição de 1988 — 8 horas (este montante padrão é que não pode ser alargado, regra geral)⁽²²⁾.

Em quarto lugar, finalmente, há a flexibilização derivada do regime compensatório de jornada ou de horários, previsto no art. 7º, XIII, CF/88, o qual estabelece: “duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e

(21) Para outras reflexões sobre tais mudanças redutoras de jornada, consultar a obra deste autor *Alterações Contratuais Trabalhistas*. São Paulo: LTr, 2000, p. 85-92. Examinar, também, o Capítulo XXVI, item IX. 2, do presente Curso.

(22) A respeito, consultar Súmula 423 do TST, que incorporou a ex-OJ 169, SDI-I/TST.

quarenta e quatro semanais, *facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho*” (grifos acrescidos).⁽²³⁾

B) Flexibilização e Compensação de Jornada — O regime em exame traduz mecanismo flexibilizatório importante ressaltado pela Constituição no conjunto de suas regras imperativas concernentes à duração do trabalho. Já existiram na doutrina e jurisprudência significativas divergências acerca do tratamento que a ordem constitucional teria fixado como pertinente ao regime de compensação de jornada. Contudo, em face de nova regulamentação recém-surgida a respeito do assunto (Lei n. 13.467, vigente desde 11.11.2017), far-se-á, neste item “B” (alíneas “a”, “b” e “c”), uma síntese dos aspectos centrais envolvendo o tema, objetivando a sua mais ágil compreensão.

a) Título Jurídico Autorizador e Prazo Compensatório — Dois debates podem ser aqui reunidos: o primeiro, concernente à natureza do título jurídico autorizador da compensação: *acordo tácito, acordo bilateral escrito* ou, exclusivamente, *instrumento negocial coletivo*? O segundo debate diz respeito aos prazos para a concretização dos regimes compensatórios: dentro da *semana, do mês* ou do *ano*?

Abordando o primeiro tópico (título jurídico autorizador da compensação), é preciso esclarecer que a posição acolhedora da validade do simples *acordo tácito* mostra-se, há tempos, francamente minoritária na cultura justrabalhista brasileira. Afinal, mesmo antes da Constituição de 1988 a jurisprudência dominante insistia na necessidade de pactuação pelo menos *por escrito* do regime de compensação, não acatando sua inserção meramente tácita no contrato (antigos Enunciados 108 e 85, TST). A relevância dessa medida flexibilizadora exigiria, desse modo, manifestação expressa formal do obreiro para a sua validade.

O avanço constitucional trazido ao tema não acresceu qualquer novo argumento em favor da tese minoritária (ao contrário, o que se debatia, essencialmente, após a Constituição de 1988, é se o Texto Máximo teria tornado mais rigoroso o requisito para a adoção do regime, impondo a negociação coletiva prévia para o seu estabelecimento). Isso significa que a tese da viabilidade do mero acordo tácito tornou-se cada vez menos sustentável na dinâmica do Direito do Trabalho pátrio.

(23) A regra anômala do novo parágrafo único do art. 444 da CLT — inserida pela Lei n. 13.467/2017 — que permite ao empregado com diploma de nível superior e com salário igual ou superior ao dobro do teto previdenciário realizar “livre estipulação” de condições menos favoráveis em seu contrato de adesão empregatício — instituindo, pois, segregação jurídica entre empregados da mesma empresa — escapa aos marcos jurídicos normais, em face de sua manifesta inconstitucionalidade. Se prevalecente tal regra, porém, os limites da flexibilização trabalhista se alargam.

A jurisprudência do TST, após pequena insegurança (expressada na infeliz redação da antiga OJ n. 182 da SDI-I/TST, de 2000 — caso lida em sua *literalidade*), pacificou-se no sentido de ser inválido o simples acordo tácito para o regime compensatório de jornada. Nesta direção, a OJ n. 223 da SDI/TST e a redação subsequente da Súmula 85 do TST (Res. 121/2003 e Res. n. 129/2005). A Súmula 85, por fim, incorporou as anteriores OJs 182, 220 e 223, deixando clara a necessidade de pactuação bilateral escrita (Súmula 85, I, TST). Observe-se que, antes da Lei n. 9.601, de 1998, somente se falava em regime compensatório clássico, não em banco de horas (a figura do banco de horas somente surgiu com a Lei n. 9.601/98).

Na outra extremidade do leque de divergências sobre o tema, ao longo da década de 1990, havia a posição interpretativa que argumentava residir nos *instrumentos negociais coletivos* os únicos títulos jurídicos válidos para instauração desse regime flexibilizatório, em face do novo quadro normativo estabelecido pela Constituição de 1988. Para esta vertente, o art. 7º, XIII, da nova Constituição teria *imposto* a negociação coletiva no tocante à fixação de regime de compensação de jornada no contexto empregatício concreto. Em consequência, estaria superada a conduta hermenêutica lançada pelo então Enunciado 108 do TST (simples acordo bilateral, porém *escrito*), que foi construída com suporte no antigo § 2º do art. 59 da CLT.

O argumento central desta via interpretativa ancorava-se no fato de que a Constituição da República teria claramente prestigiado a negociação coletiva (o que, efetivamente, ocorre, como se sabe, em inúmeros de seus dispositivos). Essa conduta constitucional prestigiadora da negociação coletiva teria lançado também direta influência sobre o sentido da norma magna examinada (art. 7º, XIII, CF/88). Noutras palavras, toda e qualquer flexibilização autorizada pelo texto constitucional far-se-ia, sempre, sob tutela coletiva sindical, e assim também a flexibilização compensatória da jornada.

Embora o argumento central desta vertente em análise fosse (e continua sendo) substantivamente correto, regra geral — ou seja, *a flexibilização trabalhista somente se deve fazer sob tutela negocial coletiva, com a participação do sindicato obreiro* —, o fato é que havia um exagero no argumento: é que o regime compensatório clássico, grande parte das vezes, era favorável ao trabalhador, não sendo sequer, nessa medida, um bom exemplo de flexibilização desfavorável ao empregado. O que existia antes da Lei n. 9.601/98 era apenas o clássico regime compensatório, que propiciava a diminuição dos dias de trabalho do empregado ao longo da semana, não tendo o condão de extenuar o ritmo laborativo no desenrolar do contrato.

Pacificado o título jurídico contratual escrito para o regime compensatório clássico, reabriu-se o debate em 1998 com o advento da figura do *banco de horas*, que permitia um sistema de compensação muito mais largo no tempo e, dessa maneira, com acentuado potencial lesivo ao trabalhador.

Originalmente, esse prazo de compensação foi fixado em 120 dias (nova redação conferida ao art. 59, § 2º, pela Lei n. 9.601/98); contudo, poucos meses depois, mediante nova alteração no texto do art. 59, § 2º, da CLT (MPr. n. 1.709, de agosto de 1998), tal prazo passou para um ano (banco de horas de um ano) — assim prevalecendo pelas décadas seguintes.

Nesse quadro relativo à existência de dois tipos de regimes compensatórios (o clássico, do tipo mensal, ao lado do banco de horas, do tipo anual), a jurisprudência, de maneira técnica e sensata, pacificou-se no sentido de caber o título jurídico contratual escrito para os casos de compensação clássica, sendo necessária, ao revés, a autorização por negociação coletiva trabalhista para os casos de banco de horas. É o que, tempos depois, ficou explicitado nos itens I e V da Súmula 85.

A Lei n. 13.467/2017, lamentavelmente, decidiu reabrir o debate sobre o título jurídico. Capturando tese brandida no período anterior à Constituição de 1988, autorizou o regime compensatório de jornada até mesmo tacitamente, desde que “para a compensação no mesmo mês” (novo § 6º, *in fine*, do art. 59 da CLT). Embora a regra esteja se referindo ao regime compensatório clássico, dentro do mês (e não ao banco de horas), o fato é que a pactuação bilateral escrita propicia maior segurança e transparência ao contrato. Pela literalidade da nova regra, contudo, essa pactuação passou a poder ser escrita ou meramente tácita.

Em se tratando do regime compensatório do banco de horas — que tem extensão superior a do mês —, a pactuação tem de ser autorizada por instrumento negocial coletivo, regra geral (novo § 5º do art. 59 da CLT). Entretanto, infelizmente, dispõe o novo preceito inserido pela Lei n. 13.467 que, “desde que a compensação ocorra no período máximo de seis meses”, poderá o banco de horas ser pactuado por acordo individual escrito (art. 59, § 5º, CLT).

Conforme se percebe, o desrespeito à Constituição da República (art. 7º, XIII, CF) mostra-se claro. Afinal, trata-se de regime compensatório potencialmente desfavorável (banco de horas), sem garantias significativas para o trabalhador — o que torna imprescindível a intervenção do ser coletivo obreiro, o sindicato, via negociação coletiva trabalhista. A flexibilização trabalhista autorizada pela Constituição, em especial no art. 7º, XIII, tem de ser realizada mediante os instrumentos coletivos negociados.

Abordando o segundo tópico (prazo para a realização da compensação), é preciso esclarecer que, nos anos de 1990, ainda sob o influxo do antigo texto do § 2º do art. 59 da CLT, existia vertente interpretativa que considerava válida a compensação apenas se efetivada dentro da própria semana ou, no máximo, na semana seguinte ou imediatamente anterior àquela em que houve o excesso ou a restrição de jornada. Tal posição, conforme se vê, mostrava-se desproporcionalmente rigorosa, tornando quase sempre irregular o regime compensatório clássico em sua prática efetiva no contrato.

Em contraponto a essa posição, emergia a vertente interpretativa que sustentava bastar ocorrer a compensação dentro do mês, por ser o mês o parâmetro central de análise do sistema compensatório clássico. Tal interpretação, conforme se percebe, mantinha as vantagens, para o trabalhador, do regime compensatório clássico, mas sem tornar a fórmula excessivamente rígida, a ponto de evidenciar parca valia na realidade concreta das relações empregatícias.

Com a Lei n. 9.601/1998, surgiu o conceito de banco de horas, com permissão para a compensação acima do módulo mensal: inicialmente, 120 dias; logo depois, ainda em 1998, o módulo anual.

A Lei n. 13.467/2017 explicitou, claramente, que o regime compensatório clássico abrange o módulo mensal; ou seja, a compensação tem de ser feita dentro do mesmo mês (novo § 6º do art. 59 da CLT). Sob esse ponto de vista, eliminou a dúvida precedente (se é que ainda havia). Mas, equivocadamente, permitiu que esse tipo de compensação seja pactuada até mesmo de maneira tácita (ao invés de por acordo bilateral escrito).

De outra parte, o novo diploma legal manteve o regime de banco de horas anual, a ser necessariamente pactuado mediante instrumento coletivo negociado (novo § 5º do art. 59 da CLT). Porém, equivocadamente, permitiu que o banco de horas seja pactuado bilateralmente, por escrito, caso a compensação ocorra dentro do período máximo de seis meses (art. 59, § 5º).

b) Dinâmica do Banco de Horas — O regime compensatório anual do banco de horas, criado pela Lei n. 9.601/98, com alterações implementadas pela MPr. n. 1.709/98 (e MPrs. renovatórias subsequentes, até a MPr. n. 2.164-41, de 24.8.2001, cuja vigência se tornou indeterminada, a teor da EC n. 32, de 11.9.2001, em seu art. 2º), originalmente, somente poderia ser pactuado por negociação coletiva trabalhista (Súmula 85, V, TST). Fica ressaltado o debate sobre a contratação bilateral escrita de banco de horas nos limites de compensação até seis meses, conforme referido pelo novo § 5º do art. 59 da CLT (Lei n. 13.467/2017).

A figura jurídica permite a prorrogação de duas horas ao dia ou, sendo a jornada inferior a oito horas, uma prorrogação até o teto global de 10 horas diárias (§ 2º do art. 59 da CLT). Dentro do ano, tais excessos devem ser compensados, sob pena de ser devida a extrapolação da jornada regular como efetivas horas extras.

Contudo, respeitados os parâmetros corretos do banco de horas, as horas suplementares ocorridas no contexto do regime compensatório serão pagas como horas normais, *sem* qualquer acréscimo específico.

A presença de qualquer irregularidade no regime compensatório anual previsto no novo art. 59 da CLT importa, entretanto, o pagamento do período de excesso laborativo diário como *sobrejornada*, a qual se remunera com o respectivo adicional de horas extras (art. 7º, XVI, CF/88).

Dessa maneira, a ultrapassagem do bloco temporal máximo de um ano; ou a não correspondente redução da jornada dentro do respectivo bloco temporal (mesmo que em virtude da extinção do contrato); ou, até mesmo, a ausência de instrumento coletivo autorizador desse sistema compensatório desfavorável (com a ressalva do § 5º do art. 59 da CLT, conforme Lei n. 13.467/2017), *qualquer dessas situações de desrespeito à regularidade da figura jurídica conduzirá à automática sobre remuneração das horas diárias em excesso, como se fossem efetivas horas extras*. Esta conduta resulta do sentido da norma disposta no novo § 3º do art. 59 da CLT, dispositivo que considera que a frustração do regime compensatório anual pela não redução efetiva da correspondente jornada obreira enseja o pagamento do período não compensado como labor extraordinário.

A Lei n. 13.467/2017 dispõe que a prestação de horas extras habituais não descaracteriza o acordo de compensação de jornada e o banco de horas (Novo art. 59-B, parágrafo único).

Também dispõe a nova lei que “o não atendimento das exigências legais para a compensação de jornada, inclusive quando estabelecida mediante acordo tácito, não implica a repetição do pagamento das horas excedentes à jornada normal diária se não ultrapassada a duração máxima semanal, sendo devido apenas o respectivo adicional.” (novo art. 59-B, *caput*; grifos acrescidos).

Uma última indagação: é possível ainda se falar em regime de compensação em entidades estatais de Direito Público (municípios, por exemplo)? Para tais entidades que ainda contratem obreiros por meio da legislação trabalhista (os chamados *servidores celetistas*), e que não podem — segundo jurisprudência largamente dominante, inclusive do Supremo Tribunal Federal — gerar normas através de negociação coletiva sindical, estaria inviabilizado, de todo, o regime de compensação de jornada?

A resposta não pode ser *inteiramente* negativa, sob pena de não ser o Direito uma síntese de lógica e sensatez aplicada à realidade. O regime de compensação de jornada (*excluído o anual, é claro*), como já verificado, é mecanismo essencialmente favorável ao trabalhador, garantido pela Constituição (art. 7º, XIII), não podendo, desse modo, ser inviabilizado pela ordem infraconstitucional (nem mesmo a lei pode eliminar, de todo, direito trabalhista garantido pela Constituição). É evidente que a modalidade mais desfavorável desse mecanismo (regime de compensação anual ou *banco de horas*) não pode, de fato, ser validamente seguida sem negociação coletiva — apenas por lei ou negociação coletiva é que se pode reduzir direitos trabalhistas no país, como se sabe (Súmula 85, V, TST). Contudo, a modalidade favorável, *que engloba, no máximo, o parâmetro mensal de compensação* (ou, por extremo rigor, o parâmetro intrassemanal), continuaria a poder ser pactuada em segmentos, como a área pública, que não tenham possibilidade jurídica

(segundo a jurisprudência, repita-se) de celebrar negociação coletiva, uma vez que a vantagem compensatória está constitucionalmente assegurada.

Com a ratificação pelo Brasil, em 2010, da Convenção 151 da OIT (Decreto Legislativo 206, publicado em 8.4.10), que trata das *relações de trabalho na função pública*, inclusive incentivando a negociação coletiva no segmento, o óbice acima mencionado desapareceu. Desse modo, torna-se viável o estabelecimento de *banco de horas* nas entidades de direito público, mediante instrumento coletivo negociado, inclusive pela circunstância de não constituir cláusula de natureza e repercussões econômicas, as quais se consideram privativas de regência legal (art. 169, CF/88).⁽²⁴⁾

Agregue-se que, se considerada válida a autorização para a pactuação meramente bilateral do banco de horas desde que o regime compensatório seja no período máximo de seis meses (novo § 5º do art. 59 da CLT, conforme Lei n. 13.467/2017), nessa hipótese seria viável a celebração do banco de horas semestral na área pública, a contar de 11.11.2017.

c) *Restrições ao Regime Compensatório* — No exame da presente figura jurídica, deve-se esclarecer que há, na ordem jurídica, algumas restrições clássicas à prorrogação por regime de compensação de jornada. Restrições que já se aplicavam à revogada figura celetista, aplicando-se, também, como é evidente, à nova figura da Lei n. 9.601/98.

No caso de *trabalhadores menores* de 18 anos, tal modalidade sempre foi viável somente mediante *convenção ou acordo coletivo* (o art. 413, I, CLT, a propósito, inverte, sugestivamente, as expressões, ao contrário do ocorrido com o art. 59, § 2º, CLT, e art. 7º, XIII, CF/88). Como se compreende que a própria Constituição admite a existência de um estatuto normativo tutelar rigoroso com respeito ao jovem, não haveria incompatibilidade entre tal texto restritivo celetista e a regra genérica oriunda do art. 7º, XIII, CF/88. Ressalte-se que está previsto, ainda, para os menores, descanso de 15 minutos antes do início da prorrogação efetivada (parágrafo único do art. 413 combinado com art. 384, CLT).

No caso de *atividades ou circunstâncias insalubres*, a prorrogação também exigiria a prévia licença por parte das “*autoridades competentes em matéria de higiene do trabalho, as quais, para esse efeito, procederão aos necessários exames locais e à verificação dos métodos e processos de trabalho, quer diretamente, quer por intermédio de autoridades sanitárias federais, estaduais e municipais, com quem entrarão em entendimento para tal fim*” (art. 60, CLT). A Súmula 349 do TST, contudo, entendia não ter sido recebido, pela nova Constituição (art. 7º, XIII), esse preceito celetista de medicina e segurança do

(24) Sobre o tema consultar o texto “Negociação Coletiva no Segmento Público — especificidades”, no Capítulo IV, item X do livro deste autor, *Direito Coletivo do Trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2017.

trabalho. Com isso, considerava prescindir da inspeção prévia da autoridade administrativa a validade de acordo ou convenção coletiva de compensação de jornada de trabalho em atividade insalubre. Tratava-se de caminho hermenêutico criticável, contudo, uma vez que aparentemente considerava que a negociação coletiva podia desprezar normas de saúde pública.

A respeito desse tópico, sempre insistimos que não havia qualquer incompatibilidade entre o texto constitucional vigorante e a exigência celetista de vistoria administrativa prévia para a pactuação de sobrejornada ou compensação de horários em situações laborais insalubres. É que uma larga multiplicidade de normas constitucionais coloca a saúde e segurança do obreiro em patamar destacado e superior a interesses protegidos por outras normas jurídicas, inclusive trabalhistas (ilustrativamente, arts. 7º, XXII; 194; 196; 197; 200, II, CF/88). Pelo Texto Magno, a saúde e segurança laborais são direito subjetivo obreiro, constituindo, ainda, parte integrante e exponencial de uma política de saúde pública no País. Não há, ao invés, na Constituição qualquer indicativo jurídico de que tais valores e objetivos possam ser descurados em face de qualquer processo negocial coletivo. Na verdade, está-se aqui diante de uma das mais significativas limitações manifestadas pelo *princípio da adequação setorial negociada*, informador de que a margem aberta às normas coletivas negociadas não pode ultrapassar o patamar sociojurídico civilizatório mínimo característico das sociedades ocidentais e brasileira atuais. Nesse patamar, evidentemente, encontra-se a saúde pública e suas repercussões no âmbito empregatício⁽²⁵⁾.

Felizmente, em 2011, o TST cancelou a censurada Súmula 349 (Res. 174/2011), restaurando a plena efetividade do art. 60 da CLT.

É bem verdade que a Lei n. 13.467/2017, na inserção de dispositivos que realizou na CLT (art. 611-A, *caput* e incisos I, II e XIII, c./c. parágrafo único do art. 611-B da Consolidação), procurou desvincular, cirurgicamente, do campo da saúde e segurança do trabalho as regras sobre duração do trabalho e intervalos, autorizando à negociação coletiva trabalhista fixar cláusulas sobre jornada de trabalho, banco de horas e prorrogação de jornada em ambientes insalubres, sem licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho. Conforme já exposto neste Curso, as matérias de saúde do trabalhador e no ambiente do trabalho escapam, pela Constituição de 1988, entretanto, evidentemente, dos poderes da negociação coletiva trabalhista.

Já no tocante às *mulheres*, ao contrário, está-se, efetivamente, diante de clara incompatibilidade normativa com o texto constitucional vigente — como já examinado. O art. 374 da CLT, que admitia a compensação de jornada apenas mediante negociação coletiva já foi revogado pela Lei n. 7.855/89

(25) DELGADO, Mauricio Godinho. *Introdução ao Direito do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1999, p. 163-165.

(com o que a mesma restrição contida no velho Enunciado 108 — cancelado apenas 10 anos após a Constituição — já estaria claramente superada). Restaria em aparente vigência o texto do examinado art. 376 da CLT — cujo teor, entretanto, sempre esteve gravado de forte incompatibilidade com a Constituição de 1988, conforme já examinado acima (apenas em 27.6.2001, por meio da Lei n.10.244, é que o art. 376 da CLT seria formalmente revogado — embora, tacitamente, já o estivesse desde 1988 — *não recepção*).

Esclareça-se, por fim, a distinção de efeitos no tocante à irregularidade na pactuação do regime compensatório. Tratando-se do clássico regime de compensação (figura anterior à Lei n. 9.601/98), essa irregularidade (falta de acordo bilateral escrito) impõe o pagamento apenas do adicional relativo às horas que extrapolem a jornada padrão diária ou semanal (Súmula 85, III, TST). Não são devidas as próprias horas suplementares, já que regularmente pagas pelo salário quitado: é que a duração padrão semanal do trabalho (no caso de compensação intrassemanal) ou a duração mensal padrão (no caso de compensação entre semanas) não foi ultrapassada.

Tratando-se, porém, de irregularidade referente à pactuação do novo regime compensatório criado pela Lei n. 9.601/98 (isto é, regime que não esteja autorizado por negociação coletiva), qualquer excesso na jornada laborativa diária importará em efetivas horas extras. Esta é a conduta que decorre não apenas do § 3º do art. 59 da CLT (acrescentado pela mesma Lei n. 9.601), como também do fato de que o próprio tipo legal do *banco de horas* somente passar a vigorar na relação empregatícia caso expressamente previsto por título jurídico coletivo negociado. Ora, se não há sequer o tipo legal — em virtude da irregularidade percebida — não se pode considerar produzido, ainda que em parte, qualquer de seus efeitos. Nesta linha, felizmente, o item V da Súmula n. 85 do TST.

Fica ressalvada, contudo, a hipótese recente aberta pelo § 5º do art. 59 da CLT, que se refere ao banco de horas semestral pactuado por simples acordo bilateral escrito.

C) Flexibilização de Horas *in Itinere* — As horas *in itinere* foram produto de interpretação extensiva, pela jurisprudência, desde os anos de 1970, do preceito fixado no art. 4º da CLT, referente ao tempo contratual “à disposição do empregador”. Nessa linha, o texto original da Súmula n. 90 do TST, editada em 1978.

Não integrando texto explícito de lei — ao menos até 2001 —, as horas *in itinere*, na época, podiam ser objeto de ampla flexibilização, mediante negociação coletiva trabalhista.

A contar da publicação da Lei n. 10.243, ocorrida em 20.6.2001, o direito às horas *in itinere* ingressou expressamente no § 2º do art. 58 da CLT; com isso, sua flexibilização passou a ser restringida, observados os limites

do *princípio da adequação setorial negociada*. Considerada, entretanto, a relativa permissão à flexibilização expressamente despontada com o novo § 3º do art. 58 da CLT, inserido pela Lei Complementar n. 123 (Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte), que foi publicada em 15.12.2006, a jurisprudência do TST passou a admitir certa flexibilização relativamente à parcela, permitindo que o montante numérico das horas itinerantes — que é fato usualmente controvertido, na prática — seja prefixado por ACT ou CCT, em número médio igual ou superior a pelo menos 50% do tempo despendido quanto ao estabelecimento empresarial.⁽²⁶⁾

O Ministro do STF, Teori Zavaski, contudo, por meio de decisão monocrática lavrada em setembro de 2016 no RE n. 895.759-PE, reconheceu a validade de documento coletivo negociado (no caso, ACT) em que se estabeleceu a *supressão* do pagamento das horas *in itinere* mediante a contrapartida da concessão de outras vantagens aos empregados. Com isso, o Ministro Relator conferiu provimento ao recurso extraordinário “para afastar a condenação da recorrente ao pagamento das horas *in itinere* e dos respectivos reflexos salariais”. Em julgamento ocorrido em 9.12.2016, a 2ª Turma do STF negou provimento aos agravos regimentais apresentados contra a referida decisão monocrática.

Embora tal interpretação possa se encaixar dentro da autorização realizada pelo texto final do § 3º do art. 58 da CLT (que fala em fixação, pela negociação coletiva, do “tempo médio despendido pelo empregado, *bem como a forma e a natureza da remuneração*” — grifos acrescidos), a verdade é que a fundamentação da decisão monocrática do Ministro Relator se reporta, essencialmente, aos poderes constitucionais da negociação coletiva trabalhista, ao invés da permissão legal expressa do § 3º do art. 58 da CLT.⁽²⁷⁾

A Lei da Reforma Trabalhista (n. 13.467, vigente desde 11.11.2017), de todo modo, excluiu da CLT a referência expressa às horas *in itinere*, ao conferir nova redação ao § 2º do art. 58 e revogar, de modo explícito, o § 3º desse mesmo art. 58.

(26) Eis o texto do § 3º do art. 58 da CLT: “*Poderão ser fixados, para as microempresas e empresas de pequeno porte, por meio de acordo ou convenção coletiva, em caso de transporte fornecido pelo empregador, em local de difícil acesso ou não servido por transporte público, o tempo médio despendido pelo empregado, bem como a forma e a natureza da remuneração*”. Esse § 3º do art. 58 da CLT, contudo, foi expressamente revogado pela Lei n. 13.467/2017, que também conferiu nova redação ao § 2º do mesmo art. 58 — com isso, eliminando do texto da Consolidação as horas *in itinere*.

(27) Para maior aprofundamento sobre os poderes e limites da negociação coletiva trabalhista, com o ressurgimento do debate político e jurídico acerca do “negociado sobre o legislado”, consultar, no presente Curso, o Capítulo XXXVI (“Negociação Coletiva Trabalhista”), em seu item VII (“Negociação Coletiva — Possibilidades e Limites”). Consultar também a nova edição do livro deste autor, *Direito Coletivo do Trabalho* (7ª ed. São Paulo: LTr, 2017), em seu Capítulo IV (“Negociação Coletiva Trabalhista”), item VIII.3, a saber: “3. Um Debate em Recidiva: o negociado sobre o legislado”.

V. MODALIDADES DE JORNADA — O PROBLEMA DO CONTROLE

Jornada de trabalho é o lapso temporal diário em que o trabalhador presta serviços ou se coloca à disposição total ou parcial do empregador, incluídos ainda nesse lapso os chamados intervalos remunerados.

Como se percebe da própria definição da figura jurídica, para que se afira, no plano concreto, uma jornada de trabalho efetivamente prestada, é necessário que exista um mínimo de controle ou fiscalização sobre o tempo de trabalho ou de disponibilidade perante o empregador. *Trabalho não fiscalizado ou controlado minimamente é insuscetível de propiciar aferição da real jornada laborada pelo obreiro*: por esse motivo é insuscetível de propiciar aferição da prestação (ou não) de horas extraordinárias pelo trabalhador.

1. Modalidades de Jornada de Trabalho

A presença ou não de controle e fiscalização pelo empregador é, desse modo, um marco distintivo fundamental entre as jornadas laborativas obreiras. Em consequência, o Direito do Trabalho diferencia entre jornadas controladas e não controladas.

As primeiras (*jornadas controladas*), em que a prestação do trabalho é submetida a efetivo controle e fiscalização do empregador, podem ensejar a prestação de horas extraordinárias, caso evidenciada a extrapolação da fronteira temporal regular da jornada padrão incidente sobre o caso concreto. As segundas (*jornadas não controladas*), em que a prestação do trabalho não é submetida a real controle e fiscalização pelo empregador, não ensejam o cálculo de horas extraordinárias, dado que não se pode aferir sequer a efetiva duração do trabalho no caso concreto.

Ao lado das jornadas controladas e não controladas, havia, finalmente, na ordem jurídica, a existência de *jornada não legalmente tipificada*, a qual se tornava, desse modo, também insuscetível de ensejar incidência de horas extraordinárias, no plano concreto. Esta última situação abrangia exclusivamente, no Direito brasileiro, a categoria doméstica — ao menos até o advento da Emenda Constitucional n. 72, publicada em 3 de abril de 2013.

2. Jornadas Controladas

A regra geral, no Direito brasileiro, é que são *controladas* as jornadas laborativas do empregado. E isso é lógico, à medida que incide em benefício do empregador um amplo conjunto de prerrogativas autorizadoras de sua direção, fiscalização e controle sobre a prestação de serviços contratada (art. 2º, *caput*, CLT). Nesse quadro, presume-se que tal poder de direção, fiscalização

e controle manifestar-se-á, cotidianamente, ao longo da prestação laboral, quer no tocante à sua qualidade, quer no tocante à sua intensidade, quer no tocante à sua frequência.

Não obstante exista *presunção de ser controlada a jornada laborativa obreira*, não estabelece a lei procedimentos especiais para esse controle quando se tratar de trabalho interno a *pequeno estabelecimento empresarial* (até dez trabalhadores — § 2º do art. 74, CLT). A razão é meramente prática, visando a simplificar as exigências administrativas sobre o pequeno empresário. Contudo, esta simplificação de procedimentos não elide a *presunção jurídica de jornada controlada* incidente em tais casos.

Tratando-se, porém, de trabalho interno a estabelecimento com *mais de dez trabalhadores*, institui a CLT alguns procedimentos formais de controle de jornada, com o objetivo de facilitar a prova do respeito à jornada legal padrão, ou a prova do trabalho extraordinário efetivamente realizado. De fato, dispõe o art. 74, § 2º, da CLT, ser obrigatória, nestes casos, “a anotação da hora de entrada e de saída, em registro manual, mecânico ou eletrônico”, conforme instruções administrativas do Ministério do Trabalho, prevista, ainda, pelo mesmo dispositivo, a “pré-assinalação do período de repouso”.

A jurisprudência tem se digladiado sobre os efeitos processuais desses registros de jornada. Duas posições básicas despontam: a primeira, indicando que os registros escritos constituiriam a principal modalidade de prova da jornada. Tal posição conduziria à aplicação de *confissão ficta* com respeito à jornada alegada em um processo em que tais registros não fossem juntados (uma variante mais rigorosa dessa primeira posição propõe que mesmo os registros pouco convincentes — porque absolutamente uniformes, por exemplo — produziram idêntico efeito de *confissão ficta*).

A segunda posição surgida a respeito do tema considera que o não colacionamento dos registros de ponto (ou a juntada de registros de parca fidedignidade) *reduz* os efeitos da contestação processual do empregador, *atenuando* o ônus probatório cabível ao obreiro de provar a existência de *sobrejornada* — mas não elimina, em absoluto, esse ônus, nem seria hábil a produzir *confissão ficta* a respeito da jornada alegada. Apenas se houvesse descumprimento desmotivado a uma determinação judicial expressa de juntada de cartões, caberia falar-se na pena do art. 359 do CPC⁽²⁸⁾.

(28) No TST a primeira posição intepretativa (hoje dominante) já se expressava na ex-OJ 306, da SDI-I, editada em agosto de 2003, além da então nova redação da Súmula 338 que foi conferida também em 2003 pela Corte Superior. Ganhou maior respaldo ainda com a subsequente e atual redação da Súmula 338, em seus diversos itens, editada pelo TST em 2005. Já a segunda posição interpretativa teve prestígio no período anterior a 2003, durante a vigência do texto original da Súmula 338, publicada em 1994.

A jurisprudência mais atual aproxima-se da primeira posição interpretativa, conforme se verifica dos três itens da Súmula 338 do TST, conforme redação aprovada em 2005:

JORNADA DE TRABALHO. REGISTRO. ÔNUS DA PROVA (incorporadas as Orientações Jurisprudenciais n. 234 e 306 da SBDI-I) — Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005

I — É ônus do empregador que conta com mais de 10 (dez) empregados o registro da jornada de trabalho na forma do art. 74, § 2º, da CLT. A não apresentação injustificada dos controles de frequência gera presunção relativa de veracidade da jornada de trabalho, a qual pode ser elidida por prova em contrário. (ex- Súmula 338 — alterada pela Res. 121/2003, DJ 21.11.2003)

II — A presunção de veracidade da jornada de trabalho, ainda que prevista em instrumento normativo, pode ser elidida por prova em contrário. (ex-OJ n. 234 da SBDI-1 — inserida em 20.06.2001).

III — Os cartões de ponto que demonstram horários de entrada e saída uniformes são inválidos como meio de prova, invertendo-se o ônus da prova, relativo às horas extras, que passa a ser do empregador, prevalecendo a jornada da inicial se dele não se desincumbir. (ex-OJ n. 306 da SBDI-1 — DJ 11.08.2003).

Ressalte-se que a ordem jurídica prevê, além do trabalho interno — usualmente controlado —, a possibilidade de existência de trabalho externo submetido a alguma forma de fiscalização e controle. É o que se passa, ilustrativamente, com roteiros externos cumpridos em horários lançados em fichas ou papeletas de registro de horário em poder do próprio empregado (§ 3º do art. 74, CLT).

De todo modo, a prática justrabalhista tem demonstrado que a simples circunstância de ser o trabalho realizado externamente não elimina, em extensão absoluta, a viabilidade de certo controle e fiscalização sobre a efetiva prestação laboral. Existindo tal controle e fiscalização, torna-se viável mensurar-se a jornada trabalhada, passando a ser possível, dessa maneira, falar-se em horas extras.

3. Jornadas Não Controladas

A ordem jurídica reconhece que a aferição de uma efetiva jornada de trabalho cumprida pelo empregado supõe um mínimo de fiscalização e controle por parte do empregador sobre a prestação concreta dos serviços ou sobre o período de disponibilidade perante a empresa. *O critério é estritamente prático: trabalho não fiscalizado nem minimamente controlado é insuscetível de propiciar a aferição da real jornada laborada pelo obreiro — por essa razão é insuscetível de propiciar a aferição da prestação (ou não) de horas extraordinárias pelo trabalhador.* Nesse quadro, as jornadas não controladas não ensejam cálculo de horas extraordinárias, dado que não se pode aferir sequer a efetiva prestação da jornada padrão incidente sobre o caso concreto.

Critério prático — reconhecido pelo Direito, como síntese de lógica e sensatez socialmente ajustadas. Não critério de eleição de discriminação — que seria, de todo modo, inconstitucional (art. 5º, *caput*, e 7º, XIII e XVI, CF/88).

O art. 62 da CLT tem indicado, ao longo do tempo, dois tipos de empregados como inseridos em situação empregatícia tal que se tornam inviáveis efetivos controle e fiscalização sobre o cotidiano de suas jornadas laboradas. Trata-se, de um lado, dos trabalhadores que exercem atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho; de outro lado, os exercentes de cargos de gestão, desde que também recebam acréscimo salarial igual ou superior a 40% do salário do cargo efetivo (art. 62, I e II e parágrafo único, CLT).

Com a recente Lei da Reforma Trabalhista, a esse rol do art. 62 foi enfatizada mais uma hipótese de trabalho externo sem controle de jornada: *os empregados em regime de teletrabalho* (novo inciso III do art. 62). Essa hipótese, contudo, já podia ser enquadrada no próprio inciso I do art. 62 da Consolidação (atividade externa incompatível com o controle de horários).

Mas atenção: cria aqui a CLT apenas uma *presunção* — a de que tais empregados não estão submetidos, no cotidiano laboral, a fiscalização e controle de horário, não se sujeitando, pois, à regência das regras sobre jornada de trabalho. Repita-se: *presunção jurídica* ... e não discriminação legal. Desse modo, havendo prova firme (sob ônus do empregado) de que ocorria efetiva fiscalização e controle sobre o *cotidiano* da prestação laboral, fixando fronteiras claras à jornada laborada, afasta-se a *presunção legal* instituída, incidindo o conjunto das regras clássicas concernentes à duração do trabalho.

A) Atividade Externa Incompatível com a Fixação de Horário — O primeiro grupo de trabalhadores que não tem jornada controlada engloba os empregados que exercem atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho. A maneira como desempenham suas funções contratuais, efetivamente longe das vistas do empregador e de suas chefias, com singular liberdade de tempo, de horário de prestação de serviços, sem frequência significativa aos estabelecimentos físicos da empresa e laborando no plano geográfico realmente externo, tudo conduz à regra celetista de considerar tais profissionais insuscetíveis de controle real e minucioso de seu cotidiano contratual. Por essa razão de caráter fático, razão essencialmente objetiva, é que não se enquadram no requisito imprescindível para a fixação e mensuração da jornada — o controle dos efetivos horários de trabalho pelo empregador.

Os empregados situados nessa circunstância contratual têm contra si a *presunção* de que, laborando externamente, não se submetem a real e eficaz controle de horários, não se lhes aplicando as regras concernentes a jornada de trabalho (art. 61, I, CLT). Essa *presunção* atinge, por exemplo, *vendedores viajantes* e outros empregados posicionados em situação

similar. Registre-se, a propósito, não ser relevante o tipo de categoria ou de atividade profissional do trabalhador, *porém o fato de efetivamente exercer atividade externa não submetida a controle e fiscalização de horários*.

É o que deixou claro a nova redação do art. 62, I, da CLT, conferida pela Lei n. 8.966, de 1994, em contraponto com o texto tradicional do mencionado preceito normativo.

Esta circunstância especial prevalecente durante o exercício da função do contrato (trabalho externo insuscetível de controle de horários) deve ser lançada, pelo empregador, na Carteira de Trabalho do obreiro e no respectivo *registro de empregados* (art. 62, I, CLT). Trata-se, é claro, de regra meramente administrativa, cuja falta pode ensejar penalidade da mesma natureza (art. 75, CLT), porém não elide a presunção jurídica. O princípio da primazia da realidade sobre a forma atua dialeticamente na relação de emprego, em favor da verdade real, não tendo caráter unilateral.

Do ponto de vista prático, é possível ao trabalhador suplantar a presunção jurídica — meramente relativa, como se sabe —, por meio de provas que demonstrem a existência de mecanismos constantes, minuciosos e eficazes de controle e mensuração da jornada de trabalho. É o que ocorria, por exemplo, com motoristas carreteiros, desde que cumprindo roteiros repetidos e uniformes, com distintos controles de movimentação do veículo e de suas paradas, com real possibilidade de estimativa de seu horário médio diário ou semanal de trabalho. Evidenciada a existência de controles efetivos da jornada de trabalho, esvaía-se a presunção de que se tratava de prestação laborativa enquadrada no tipo jurídico excetivo do art. 62, I, da CLT.

a) *A Peculiaridade dos Motoristas Profissionais* — Os motoristas profissionais em viagens, inclusive os carreteiros, vivenciaram curiosa situação normativa no Direito do Trabalho. Antes da vigência da Lei n. 12.619, verificada em 11.09.2012, prevalecia na jurisprudência antiga presunção de que tais trabalhadores não ostentavam jornada de trabalho controlada; a simples presença de tacógrafo no veículo não era bastante para desconstituir essa presunção jurídica (OJ 332, SDI-I do TST). Para a linha interpretativa então dominante, tornava-se necessária a demonstração da presença de outros mecanismos eficazes de controle de jornada.

Com o surgimento da Lei dos Motoristas Profissionais (Lei n. 12.619/12), o controle tornou-se obrigatório, seja por “anotação em diário de bordo, papeleta ou ficha de trabalho externo”, seja por “meios eletrônicos idôneos instalados nos veículos, a critério do empregador” (art. 2º, V, Lei n. 12.619/2012). Nesse quadro, desaparece a velha presunção jurídica, ao menos com respeito às situações subseqüentes à vigência do novo diploma normativo. De todo modo, com o advento da Lei n. 12.619/12, que se refere inclusive a *controles*

eletrônicos, usualmente já utilizados há vários anos, tal antiga presunção enfraqueceu-se significativamente, mesmo para o passado (para o presente ela foi extirpada, insista-se).

A última Lei dos Motoristas Profissionais (n. 13.103/15), em vigor desde 17.4.2015, manteve a obrigatoriedade de controle de jornada “mediante anotação em diário de bordo, papeleta ou ficha de trabalho externo, ou sistema e meios eletrônicos instalados nos veículos, a critério do empregador” (art. 2º, V, “b”).

b) Trabalho no Domicílio (Home-Office) e Teletrabalho (novo inciso III do art. 62 da CLT) — Dentro da situação-tipo aventada pelo art. 62, I, da CLT (labor externo insuscetível de controle de jornada) podem se inserir três outras possibilidades importantes, do ponto de visto do mundo laborativo: b.1) o tradicional *trabalho no domicílio*, há tempos existente na vida social, sendo comum a certos segmentos profissionais, como as costureiras, as cerzeiras, os trabalhadores no setor de calçados, as doceiras, etc.; b.2) o *novo* trabalho no domicílio, chamado *home-office*, à base da informática, dos novos meios de comunicação e de equipamentos elétricos e eletrônicos convergentes; b.3) o *teletrabalho*, que pode se jungir ao *home-office*, mas pode também se concretizar em distintos locais de utilização dos equipamentos eletrônicos hoje consagrados (informática, internet, telefonia celular, etc.). As duas últimas possibilidades (alíneas *b.2* e *b.3* passaram a merecer menção expressa no novo inciso III do art. 62 da CLT, assim intitulado: “III — os empregados em regime de teletrabalho”.

A CLT, concebida na década de 1940, naturalmente não possuía regra específica sobre as novas formas de prestação laborativa, vinculadas aos inovadores meios tecnológicos. Apenas se reportava ao tradicional *trabalho no domicílio*, no antigo texto de seu art. 6º (“*Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador e o executado no domicílio do empregado, desde que esteja caracterizada a relação de emprego*”), reportando-se também às situações laborativas externas ao ambiente físico empresarial (art. 62, I, CLT).

Não obstante essa defasagem de algumas décadas, a imprecisão e amplitude dos dois textos legais existentes sempre permitiu ao intérprete e aplicador do Direito, desde que atuando com sensatez, argúcia e prudência, enquadrar essas novas situações fáticas na ordem jurídica trabalhista, seja para apreender (ou não) a presença da *subordinação* no vínculo social e econômico entre as partes, seja para enquadrar ou não tal vínculo empregatício (se configurado) na situação-tipo do trabalho externo sem controle de jornada de que fala o art. 62, I, da Consolidação.

Dessa maneira, tanto o trabalho no domicílio, em sua configuração tradicional ou em sua configuração tecnológica moderna, como também o próprio teletrabalho, todos podem se caracterizar (ou não) pela presença da *subor-*

dinação — esta especialmente em suas dimensões objetiva e estrutural —, ensejando, em seguida, o debate sobre a configuração ou não de suficientes e minuciosos controles de horários e de jornada.

Recentemente, a esse propósito, a CLT recebeu importante atualização, que lhe aperfeiçoou o espectro normativo, por meio de nova redação dada a seu art. 6º, acrescido de novo parágrafo único, por obra da Lei n. 12.551, de 15.12.2011. O novo preceito incorporou, implicitamente, os conceitos de *subordinação objetiva* e de *subordinação estrutural*, equiparando-os, *para os fins de reconhecimento da relação de emprego*, à subordinação tradicional (clássica), que se realiza por meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio. Desse modo, o novo dispositivo da CLT permite considerar *subordinados* profissionais que realizem *trabalho a distância*, submetidos a meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão. Esclarece a regra que os “...*meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio*” (novo parágrafo único do art. 6º da CLT). Ora, essa equiparação se dá em face das dimensões objetiva e também estrutural que caracterizam a subordinação, já que a dimensão tradicional (ou clássica) usualmente não comparece nessas relações de trabalho a distância.⁽²⁹⁾

A compreensão dessas três dimensões do fenômeno subordinativo (a tradicional, a objetiva e a dimensão estrutural) — agora manifestamente assimiladas pela CLT — não somente permite adequar o conceito jurídico da subordinação, pela via interpretativa, às modificações da realidade, como também instiga e renova o imprescindível expansionismo do Direito do Trabalho, de maneira a colocar sob sua regência situações novas, bastante atuais, de prestação de serviços por seres humanos a tomadores empresariais e institucionais.

Claro que a operação de enquadramento dos fatos à regra jurídica não deve ser artificial e desproporcional, sob pena de conspirar contra seu próprio sucesso e validade. Desse modo, a circunstância de a lei permitir o enquadramento no pressuposto da *subordinação* dessas situações novas de prestação de serviços em *home-offices* e também em dinâmicas de *teletrabalho*, autorizando o reconhecimento do vínculo de emprego (se presentes os demais elementos fático-jurídicos dessa relação tipificada, é claro), isso não confere automático fôlego para se concluir pelo império de minucioso sistema de controle de horários durante a prestação laborativa. Nessa medida, o notável

(29) Eis o novo art. 6º, *caput* e parágrafo único, da CLT, em conformidade com redação conferida pela Lei n. 12.551/2011: “Art. 6º. Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado a distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego. (...) Parágrafo único. Os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio”.

avanço trazido pela nova redação do art. 6º e parágrafo único da CLT, viabilizando a renovação e expansionismo da *relação de emprego*, talvez não seja capaz de produzir significativas repercussões no plano da *jornada de trabalho*. O alargamento do conceito de subordinação não importa, *necessariamente*, desse modo, no mesmo alargamento da concepção de jornadas controladas. Trata-se de conceitos e extensões distintos, de maneira geral.⁽³⁰⁾

A Lei da Reforma Trabalhista (n. 13.467/2017), conforme exposto, fez menção expressa ao teletrabalho. Desse modo, inseriu novo inciso III no art. 62 da Consolidação e acrescentou novo Capítulo II-A ao Título II da CLT (composto pelos arts. 75-A até 75-E, além do art. 134, relativo às férias anuais remuneradas): todos esses novos dispositivos são direcionados ao regime de teletrabalho.

Em suas novas regras sobre o teletrabalho, a CLT ainda não enfrentou temas candentes como as limitações à tendência de exacerbação da disponibilidade obreira às demandas do trabalho no ambiente virtual e o denominado “direito à desconexão” — temas que são importantes na dinâmica desse novo regime laborativo. A par disso, não determinou a fixação imperativa de qualquer custo ao empregador — que absorve, evidentemente, os riscos do empreendimento (art. 2º, *caput*, CLT) —, referindo-se apenas à previsão “em contrato escrito” (art. 75-D, CLT). Abre-se, portanto, significativo espaço à interpretação e à integração jurídicas nesse novo segmento jurídico laborativo.

B) Exercentes de Cargos de Gestão — O segundo grupo de trabalhadores que a CLT (art. 62, II e parágrafo único) considera que não tem jornada controlada engloba os empregados exercentes de cargos de gestão. O suposto legal é que tais trabalhadores, por estarem investidos de parcela significativa do próprio poder empregatício, não se submetem, logicamente, a estrito controle de horários, sob pena de isso até mesmo inviabilizar o exercício precípua de sua função de poder perante os demais trabalhadores.

Aqui, entretanto, a regra legal e as situações fáticas não surgem tão claras quanto o ocorrido no tocante ao cenário tratado pelo inciso I do mesmo art. 62 da CLT.

Esclareça-se, em primeiro plano, que a jurisprudência sempre foi restritiva ao interpretar o velho texto da alínea “b” do art. 62 da CLT (antes da nova redação trazida pela Lei n. 8.966, de 1994), exigindo poderes de *mando, gestão e representação* para considerar configurado o tipo legal excetivo do *gerente* enfocado no preceito celetista sob exame.

(30) Sobre o oportuno alargamento do conceito de subordinação jurídica, consultar, neste Curso, no Capítulo IX, o item II.2.E.c, intitulado “Dimensões da Subordinação: clássica, objetiva, estrutural”.

Ora, a Lei n. 8.966/94 ampliou a já clássica concepção jurídica de gerente, exigindo-lhe, comparativamente, apenas os poderes de *gestão* (embora nestes se possam incluir os de *mando*), mas sem o requisito dos poderes de representação. Aduziu, ainda, o diploma legal de 1994 que a tais gerentes equiparam-se, para os fins previstos no art. 62, os *chefes de departamento* e/ou filial. Quantificou, por fim, o novo texto normativo a diferenciação salarial que deve existir entre o cargo/função de gerente e o cargo/função efetivo: pelo menos 40% de acréscimo salarial entre o 'respectivo salário efetivo' e o nível condizente com o cargo/função de gerente, considerada a gratificação de função, *se houver*.

É inegável que o presente texto do art. 62 da CLT, após a redação imprimida pela Lei n. 8.966/94, ampliou a abrangência do tipo legal de gerente, para fins celetistas. É inegável, contudo, que, para elisão das regras referentes a jornada de trabalho, o mesmo art. 62 estabelece apenas e tão somente uma presunção *juris tantum*: a de que tais trabalhadores, por sua posição hierárquica elevada na estrutura funcional da empresa, não se submetem a controle e fiscalização estrita de horário de trabalho. Presunção favorável ao empregador ... mas que admite prova em contrário. Evidenciado que o gerente, não obstante detentor de poderes de gestão e favorecido pelo acréscimo salarial equivalente ou maior do que 40% do salário efetivo, submete-se a estrito controle diário de horário e jornada, enquadra-se tal empregado nas fronteiras da duração padrão de trabalho de sua categoria profissional, sendo credor de horas extras efetivamente prestadas por além dessa duração padrão. Compreender-se que a CLT produziu discriminação em desfavor de tais empregados gerentes — e não apenas mera presunção jurídica —, é entender-se ser o texto celetista essencialmente ineficaz, por agredir normas constitucionais expressas em direção contrária (art. 5º, *caput*; art. 7º, XIII e XVI, CF/88)⁽³¹⁾.

4. Jornada Não Tipificada: antiga regência normativa da categoria doméstica

A ordem jurídica brasileira excluiu, por inúmeras décadas, da regência normativa geral concernente à duração do trabalho uma única categoria específica de empregados: os domésticos. Tais trabalhadores, estivessem ou não submetidos a fiscalização e controle de horário, não recebiam a incidência de normas jurídicas relativas à duração do trabalho (por exemplo, jornada, intervalos intrajornadas, intervalos interjornadas). Sua jornada não era, pois, legalmente tipificada (até o advento da EC n. 72, publicada em 3.4.2013, esclareça-se).

(31) Análise pormenorizada a respeito do antigo e novo conceito celetista de cargo/função de confiança está expressa em DELGADO, Mauricio Godinho. *Introdução ao Direito do Trabalho*, 3. ed. São Paulo: LTr, 2001, Capítulo IX. Também neste Curso, consultar o Capítulo XI, item III.

Tratava-se, inquestionavelmente, de regramento jurídico restritivo, diferenciado e muito menos favorável, porém permitido pela própria ordem jurídica constitucional. É que, anteriormente a 1988, os empregados domésticos não tinham sequer uma única proteção incorporada pelos textos constitucionais do País. Em torno de década e meia antes, na verdade, ainda viviam em verdadeiro limbo jurídico, sem qualquer cidadania na ordem jurídica pátria. Apenas em 1972, pelo acanhado texto da Lei n. 5.859, é que passaram a ter rol singelo de direitos trabalhistas e previdenciários.

A Constituição de 5 de outubro/88, pela primeira vez na história das constituições brasileiras, referiu-se à categoria no corpo de suas regras, ampliando-lhe, também, significativamente, o respectivo conjunto de direitos trabalhistas (art. 7º, parágrafo único, CF/88). Mas, nessa ampliação, não fez incidir os preceitos concernentes à duração em horas do dia ou da semana de trabalho (por exemplo, art. 7º, XIII e XVI, em contraponto com parágrafo único do mesmo artigo 7º), mantendo a categoria fora da tipificação jurídica do fenômeno da jornada laborativa obreira. Não se lhe aplicavam, portanto, as noções de *horas diárias de trabalho*, duração semanal de trabalho em *44 horas* e, por conseguinte, *horas extras* (art. 7º, XIII e XVI, combinado com parágrafo único do mesmo art. 7º, CF/88). Por consequência lógica, também não se aplicava a essa categoria especial a noção de *salário mínimo horário*, porém somente as noções de salário mínimo diário e salário mínimo mensal.

Não obstante essa exclusão do *conceito horário* de duração diária e duração semanal do labor (até a EC n. 72/2013), a Constituição fixou para a categoria a noção de *dia trabalhado* (não horas trabalhadas, conforme já dito), ao se reportar a diversos conceitos jurídicos construídos a partir da noção de *dia*, tais como descanso semanal remunerado (art. 7º, XV), férias anuais remuneradas, com acréscimo de 1/3 (art. 7º, XVII), salário (art. 7º, IV e VI), 13º salário (art. 7º, VIII), licença à gestante, com duração de 120 dias (art. 7º, XVIII), licença paternidade, com duração de 5 dias (art. 7º, XIX e art. 10, II, § 1º, ADCT), aviso-prévio de no mínimo 30 dias (art. 7º, XXI). Desse modo, a noção de *dias* despontava como importante na estrutura normativa da categoria doméstica, ao passo que a noção de *horas* não integrava sua estrutura normativa.

EC n. 72/2013: extensão da regulação normativa — A Emenda Constitucional n. 72, publicada em 3 de abril de 2013, entre outras várias inovações, inseriu, com eficácia imediata, a categoria doméstica nas regras concernentes à duração do trabalho (art. 7º, XIII, CF/88, estendido pelo novo texto do parágrafo único do art. 7º, conforme EC n. 72). Desde 3.4.2013, os empregados domésticos estão favorecidos pelas regras concernentes à duração do trabalho, quer quanto à duração diária (8 horas), à duração semanal (44 horas), ao divisor mensal padrão (220), ao regime compensatório de horários, aos intervalos intra e interjornadas, à sobre remuneração de horas extras com adicional de pelo menos 50%.

Tratando-se de trabalho exercido na residência do empregador doméstico, presume-se, naturalmente, controlada essa jornada, ainda que não exista controle escrito formal dos horários de trabalho. Tratando-se, contudo, de trabalho exercido em extensões da residência do empregador, claramente fora de sua supervisão cotidiana (caseiro de casa de campo ou casa de praia, por exemplo), presume-se não controlada a respectiva jornada.

A Lei Complementar n. 150/2015, publicada em 2.6.2015, completou a regulação normativa concernente à duração do trabalho doméstico, instituindo regras sobre inúmeros aspectos: o controle formalizado de jornada (art. 12); o sistema de compensação horária clássico, dentro do mês (art. 2º, § 4º e § 5º, I e II), e o próprio *banco de horas* (art. 2º, §§ 4º e 5º, I, II e III, e § 6º), ambos passíveis de pactuação por escrito (§§ 4º e 5º do art. 2º); o horário noturno de trabalho, com a hora ficta e o adicional noturnos (art. 14, *caput* e §§); os intervalos intra e interjornadas (art. 13, *caput* e §§; art. 15); a jornada por tempo parcial (art. 3º, §§ e incisos), além de outros preceitos.⁽³²⁾

VI. JORNADA PADRÃO DE TRABALHO

O Direito brasileiro prevê a existência de uma jornada padrão de trabalho, com a respectiva duração padrão semanal de labor, que se aplicam, como regra, ao conjunto do mercado laboral. A seu lado, porém, há módulos especiais de jornadas e de duração semanal de trabalho, que se aplicam a certas categorias específicas (bancários, por exemplo) ou a trabalhadores submetidos a sistemática especial de atividade ou organização do trabalho (trabalho em turnos ininterruptos de revezamento, por exemplo).

A jornada padrão de trabalho é, hoje, de *8 horas ao dia*, com a consequente duração semanal de trabalho de *44 horas* (art. 7º, XIII, CF/88).

Isso significa que a Constituição de 1988 revogou (não recepcionou), em parte, o art. 58 da CLT, que estipulava duração diária de trabalho de 8 horas e semanal de 48 horas. Revogação apenas parcial, esclareça-se, dado que *a jornada padrão continua a ser de 8 horas*. Não é essa jornada, porém, de 7,20 horas (parâmetro resultante da divisão de 44 horas por 6 dias de trabalho

(32) As regras sobre a duração do trabalho no campo doméstico (jornada padrão e horas extras) ostentaram eficácia imediata desde a EC n. 72, publicada em 3.4.2013. As regras sobre horário noturno, contudo, não apresentaram eficácia imediata, à luz do texto da própria EC n. 72/2013, dependendo de regulamentação posterior. Esta regulamentação surgiu com a LC n. 150, publicada em 2.6.2015. A partir de então é que se iniciou o império das regras sobre horário noturno, banco de horas, obrigatoriedade de registros formais de jornada, além de outros preceitos estipulados na LC n. 150. A respeito da nova regência normativa dos contratos de trabalho doméstico, consultar, neste Curso, no Capítulo XI (“O Empregado”), o item IV (“Empregado Doméstico”). Pesquisar ainda a obra dual, de DELGADO, Mauricio Godinho, e DELGADO, Gabriela Neves. *O Novo Manual do Trabalho Doméstico*. São Paulo: LTr, 2016 (2. ed.: 2016).

na semana, incorporado o repouso). Nesse contexto, *não* serão extras os minutos diários laborados entre a fração temporal 7,20 e a oitava hora diária.

A duração mensal padrão de labor, hoje, é de 220 horas (em contraponto a 240 horas antes do Texto Máximo de 1988). Nesse montante já se encontra incluída a fração temporal equivalente ao repouso semanal remunerado (Lei n. 605, de 1949). Para esse cálculo mensal é que tem interesse a utilização da fração ideal diária de 7,20 horas, uma vez que esta fração que já inclui o repouso semanal remunerado (7,20 horas X 30 dias = 220 horas).

O caráter imperativo das normas jurídicas acerca da duração do trabalho conduz à conclusão de que será ineficaz regra jurídica heterônoma ou autônoma que estabeleça módulo mensal de labor acima das 220 horas mensais (art. 7º, XIII, CF/88). O que a Constituição autoriza, como visto, será apenas o extrapolamento da duração diária de 8 horas ou semanal de 44 horas, desde que mediante regime compensatório de horários de trabalho, hábil a fazer respeitar, ao final do mês laborado, a fronteira máxima regular de 220 horas (isso, é claro, antes do surgimento do *banco de horas*).

É bem verdade que o acolhimento do mecanismo da *compensação anual* (como disposto a contar da Lei n. 9.601, de 1998 — *banco de horas*) compromete, de maneira relativamente grave, a regra da duração padrão de labor estabelecida pela Constituição de 1988: é que um obreiro vinculado a contrato de experiência ou relação empregatícia de poucos meses pode jamais se ver submetido à efetiva duração diária, semanal ou mensal de trabalho que lhe foi assegurada pelo Texto Máximo.

A legislação trabalhista anterior à Constituição de 1988 fixava para certos segmentos profissionais específicos, em decorrência das peculiaridades envolvidas ao exercício de seu trabalho, jornada superior ao padrão genérico de 8 horas. Citem-se, a esse propósito, as jornadas especiais de parte dos ferroviários e eletricitários, dos aeronautas e, ainda, dos trabalhadores nas áreas de petróleo, petroquímica e indústria de xisto. As circunstâncias objetivas envolvidas ao cumprimento do serviço em tais áreas (plantões em regiões distantes; trabalho em plataformas marítimas; viagens internacionais, etc.) é que levaram a ordem jurídica a fixar jornada superior ao padrão prevalecente de 8 horas (padrão diário dominante na ordem jurídica até mesmo antes de 5.10.1988).

Com o advento da nova Constituição, instaurou-se o conflito de regras jurídicas, ensejando o questionamento acerca da revogação (ou recepção) desses dispositivos instauradores de jornada superior ao padrão constitucionalmente fixado.

Duas posições principais têm se destacado na jurisprudência a respeito. A primeira, enxergando a incompatibilidade de regras, sustenta a não recepção de tais preceitos infraconstitucionais anteriores a outubro de 1988.

Em consequência, para tal posição interpretativa, ou se ratifica a jornada especial desses segmentos profissionais por meio de *negociação coletiva* (adotando-se o regime de compensação referido no próprio art. 7º, XIII, da Constituição), ou não se tem possibilidade de enfrentar, eficazmente, sem pagamento de horas extras, as circunstâncias laborativas especiais que conduziram à fixação de tais jornadas excetivas.

A segunda posição interpretativa vislumbra a recepção de tais normas especiais pelo Texto Constitucional de 1988, *embora apenas de modo parcial*. Essa recepção ocorreria à medida que se preservasse o efetivo respeito à duração semanal padrão de 44 horas. Ou seja, a suplantação da jornada básica de 8 horas far-se-ia por razões excepcionais de caráter objetivo, *reconhecidas em lei*, sem prejudicar, contudo, o *padrão semanal básico* fixado pela mesma Constituição. A presente linha analítica admite, portanto, uma segunda situação de ultrapassagem do módulo diário padrão fixado na Constituição de 1988 (além daquela derivada do regime de compensação), embora assegurando o respeito à duração semanal de 44 horas estabelecida pelo mesmo diploma magno.

VII. JORNADAS ESPECIAIS DE TRABALHO

1. Caracterização das Jornadas Especiais

Ao lado da duração padrão de trabalho (8 horas ao dia, 44 horas na semana, 220 horas no mês), aplicável ao conjunto do mercado laborativo, há módulos temporais de caráter especial, regidos por parâmetros distintos do genérico acima enunciado.

Entretanto, à medida que, desde outubro de 1988, a duração padrão tornou-se regra constitucional, é evidente que os diplomas legais instauradores de durações laborativas especiais tiveram de passar a ser lidos em adequação ao comando constitucional superior. Nesse quadro de adequação, a jurisprudência tem admitido (com divergências, reconheça-se) serem válidos essencialmente apenas módulos temporais especiais *inferiores* ao padrão constitucional prevalecente. E, no caso de módulos diários especiais fixados em lei em patamar superior ao padrão constitucional, sua validade somente seria preservada desde que acolhido, pelo menos, o padrão semanal máximo fixado na Constituição — conforme já exposto.⁽³³⁾

(33) Na verdade, a jurisprudência passou a acolher, como válidas, jornadas de plantão, como a do tipo 12 X 36 horas (Súmula 444, TST). É que estas fórmulas de jornadas, mesmo desrespeitando em certas semanas o limite de 44 horas, implicam, no conjunto mensal, duração do trabalho inferior ao teto que se infere da Constituição (220 horas mensais, já incluídos, por semana, o equivalente a um dia de descanso remunerado). A Lei n. 13.467/2017 explicitamente fez menção à jornada 12 X 36 (art. 59-A, *caput* e parágrafo único).

Os módulos especiais de duração do trabalho existentes dizem respeito, a maioria das vezes, a certas categorias profissionais que, por força de circunstâncias particulares de sua atividade laborativa (mineiros de minas de subsolo, por exemplo), ou por força de sua capacidade de organização (bancários, por exemplo), alcançaram a construção de diplomas legais especialmente a elas dirigidos. Em número mais reduzido de situações, esses módulos especiais de duração do trabalho são estipulados pela lei em virtude de o obreiro, independentemente de sua categoria profissional, estar submetido a sistemática especial de atividade laborativa ou especial organização do processo de trabalho (por exemplo, labor em turnos ininterruptos de revezamento).

2. *Categorias Específicas*

As jornadas especiais aqui referidas são aquelas estabelecidas por norma jurídica heterônoma estatal — lei, em sentido estrito. Sabe-se, contudo, que a criatividade privada pode, evidentemente, também instituir jornadas especiais mais favoráveis aos trabalhadores envolvidos.⁽³⁴⁾

A) Jornadas Superiores a 8 Horas — Há pequeno grupo de jornadas especiais, criadas por lei, que extrapolam o padrão diário fixado para o mercado de trabalho no país (8 horas). O debate acerca de sua validade mantém-se aberto nos tribunais trabalhistas, conforme já referido. Existe o entendimento de que a duração diária também tem de se ajustar ao teto de 8 horas fixado na Constituição (assim como ao teto de 44 horas semanais, é claro). A seu lado, há também expressivo entendimento pela adequação

(34) Os motoristas profissionais têm, em princípio, jornada padrão de 8 horas, com duração semanal do trabalho de 44 horas. Contudo, desde a Lei n. 12.619/12 (vigente a partir de 11.09.2012) passaram a contar com regramento bastante peculiar no tocante à duração do trabalho, componentes especiais da jornada, intervalos e descansos trabalhistas, meios de controle da jornada laboral e poderes inerentes à negociação coletiva trabalhista. E o que pode ser aquilatado pelo exame da nova Seção IV-A (“Do Serviço do Motorista Profissional”) do Capítulo I do Título III da CLT (novos arts. 235-A até 235-H) e pelo novo § 5º do art. 71 da Consolidação (intervalo intra-jornada), além das mudanças que a Lei dos Motoristas realizou no Código de Trânsito Brasileiro (novos arts. 67-A, 67-C, 145, parágrafo único, e 230, XXIII, da Lei n. 9.503/1997). Menos de três anos depois da vigência da Lei n. 12.619/12, entrou em vigor nova Lei dos Motoristas Profissionais, de n. 13.103, vigente desde 17.4.2015, conferindo nova redação aos diversos preceitos da Seção IV-A do Capítulo I do Título III da CLT (novos arts. 235-A até 235-G, com a revogação do art. 235-H da referida Seção), incrementando também nova redação ao § 5º do art. 71 da CLT, além de promover mudanças em alguns preceitos do Código de Trânsito Brasileiro (por exemplo, novo texto dos arts. n. 67-A, 67-C, 145, 230, XXIII e §§ 1º e 2º, do CTB — Lei n. 9.503/1997). A respeito das regras especiais relativas à jornada de trabalho dessa específica categoria profissional, consultar neste Curso, no presente Capítulo XXIII (“Duração do Trabalho — Jornada”), dois tópicos relevantes: inicialmente o item III.4. “A Peculiaridade dos Motoristas Profissionais no Tema da Duração do Trabalho”, composto por duas alíneas próprias, “A) Lei n. 12.619/2012: tempo de repouso, tempo de espera, tempo de reserva”, e alínea “B) Lei n. 15.103/2015: novas regras jurídicas”; em seguida, o item V.3.A — “Atividade Externa Incompatível com a Fixação de Horário”, em seu subitem “a) A Peculiaridade dos Motoristas Profissionais”.

parcial de regras, isto é, o parâmetro diário legal mais elevado permaneceria válido, em respeito às circunstâncias especiais valorizadas pela lei, *mas desde que se incorporasse o padrão semanal básico fixado pelo Texto Máximo de 1988 (44 horas)*. Noutras palavras, para esta segunda vertente, a especificidade diária preservar-se-ia, porém respeitado o parâmetro semanal imposto pela Constituição.

É o que se passa com um reduzido número de categorias profissionais (ou determinadas frações dessas categorias), que, em face das peculiaridades do setor, tendem a se submeter à fixação de lapsos temporais diários mais amplos de trabalho (sem prejuízo do padrão geral semanal de 44 horas, repita-se). São exemplos significativos dessas categorias que têm jornadas eventualmente superiores a 8 horas ao dia os aeronautas; os trabalhadores nos setores de petróleo, petroquímica e indústria de xisto; os eletricitários; os ferroviários⁽³⁵⁾.

Jornada de Plantão 12 X 36 Horas — Há também na comunidade trabalhista exemplo de *jornada de plantão* fixada por negociação coletiva. Trata-se do sistema laborativo conhecido como 12 X 36, que consiste em 12 horas de trabalho diário, em horários fixos, seguidas de 36 horas de descanso (ilustrativamente de 07:00 às 19:00 horas, com 36 horas subsequentes de repouso).

A jornada de plantão de 12 X 36, considerada a duração mensal do labor e já incluído, em seu sistema, o descanso semanal remunerado, respeita, conforme visto, o montante de 220 horas decorrente do art. 7º, XIII, da Constituição, ao passo que, no plano semanal, alterna um módulo mais amplo seguido por outro mais reduzido do que 44 horas, realizando a respectiva compensação. Por isso tem sido considerada, pela jurisprudência, compatível com o Texto Magno (art. 7º, XIII). Entretanto, ela não dispensa, naturalmente, o cumprimento de certas exigências legais concorrentes, como, por exemplo, a necessidade de observância do descanso intrajornada de uma hora, ao lado da especificidade normativa do labor noturno urbano, com hora reduzida e adicional noturno específico (art. 7º, IX, CF/88; art. 73, *caput* e §§ 1º e 5º, CLT). A esse respeito, ver Súmula 444 do TST, que se refere à adoção da jornada de plantão 12 X 36, “*em caráter excepcional*”, desde que “... *prevista em lei ou ajustada exclusivamente mediante acordo coletivo de trabalho ou convenção coletiva de trabalho*” (para a jurisprudência, a lei pode ser municipal, estadual ou distrital). Naturalmente que o dia de descanso semanal encontra-se embutido no sistema de plantões, coincidindo com o domingo duas vezes por mês, regra geral; porém o feriado não se encontra contemplado, razão

(35) Repita-se que, em certos casos, a jornada especial abrange apenas parte da categoria (ferroviários, por exemplo). Cabe enfatizar-se que uma pesquisa minuciosa a respeito dessas jornadas especiais de trabalho encontra-se em MORAES FILHO, Evaristo de, e MORAES, Antônio Carlos Flores de. *Introdução ao Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1993, p. 418-419. Valemo-nos dessa minuciosa pesquisa, no presente tópico deste Curso.

pela qual a Súmula 444 determina o seu pagamento dobrado. Esclarece o verbete sumular que o empregado não tem direito ao pagamento de adicional referente ao labor prestado na 11^a e 12^a horas.

No tocante aos empregados domésticos, a LC n. 150/2015, por exceção — em vista da absoluta peculiaridade dessa relação social e jurídica —, permitiu a pactuação bilateral e por escrito não só da jornada de plantão 12 X 36 (art. 10, *caput* e § 1º) como também até mesmo do banco de horas anual (art. 2º, §§ 4º e 5º, I, II e III, e § 6º).

A Lei da Reforma Trabalhista inseriu na CLT a jornada de plantão 12 X 36 horas (art. 59-B, *caput* e parágrafo único). Entretanto, agregou três regras mais gravosas em comparação com o disposto na Súmula n. 444 do TST. De um lado, permitiu que o simples acordo individual escrito (ao invés de a negociação coletiva ou a lei), autorizasse tal tipo de jornada. De outro lado, considerou compensados não apenas os dias de descanso semanal (corretamente, conforme visto), mas também os feriados trabalhados, bem como as prorrogações de trabalho noturno, quando houver (parágrafo único do art. 59-B, CLT). Por fim, declarou dispensada, nas atividades insalubres, a exigência de licença prévia das “autoridades competentes em matéria de higiene do trabalho”, relativamente às jornadas 12 X 36 horas, embora estas provoquem, evidentemente, significativa prorrogação do trabalho normal nos dias de prestação do plantão (novo parágrafo único do art. 60 *c./c. caput* do mesmo preceito da Consolidação).

Note-se, de todo modo, que o silêncio do art. 59-A acerca da hora ficta noturna e do adicional noturno (que estão lançados no art. 73, *caput* e § 1º da CLT) significa, juridicamente, a plena compatibilidade dessas verbas com a jornada de plantão à noite — caso em que o empregador deverá efetuar o pagamento dessas duas parcelas (salvo se houver ACT ou CCT que fixe, nos termos do princípio da adequação setorial negociada, a hora noturna de 60 minutos porém com adicional noturno mais favorável do que os 20% lançados na Consolidação). Relembre-se, nessa análise, que a Constituição ostenta texto expresso determinando “a remuneração do trabalho noturno superior à do diurno” (art. 7º, IX, CF/88).⁽³⁶⁾

B) Jornadas Inferiores a 8 Horas — O que é mais usual, entretanto, no caso de jornadas especiais de determinadas categorias, é que consistam em lapsos temporais diários (e, conseqüentemente, semanais) *inferiores* ao padrão constitucional mencionado: portanto, jornadas mais favoráveis do que o parâmetro genérico do País.

Observem-se alguns exemplos expressivos dessas jornadas especiais inferiores ao padrão constitucional: empregados em frigoríficos; telegrafistas

(36) Para mais elementos sobre essa jornada especial no período noturno, consultar, neste Capítulo XXIII, o item X.2 (“Efeitos Jurídicos da Jornada Noturna”).

e telefonistas com horários variáveis; radialistas do setor de cenografia e caracterização (todos com jornada de 7 horas e consequente duração semanal reduzida de labor). Outro bloco de expressivos exemplos: cabineiros de elevador; artistas; bancários e economiários; telegrafistas e telefonistas; operadores cinematográficos; telegrafista ferroviário; revisores; aeroviário em pista; professores; atividades em minas de subsolo (todos com jornada de 6 horas e consequente duração semanal reduzida). Um terceiro grupo de categorias com jornadas ainda mais reduzidas: jornalistas profissionais e radialistas — estes do setor de autoria e locução (todos com jornada de 5 horas e parâmetro semanal equivalente)⁽³⁷⁾.

Note-se que, nas últimas décadas, surgiu *profissão nova*, ainda não regulamentada por lei, que, apesar do caráter estressante de sua atividade laborativa, mantinha-se submetida à inadequada jornada padrão de 8 horas (e duração semanal de 44 horas). É o que se passava com trabalhadores em serviços de teleatendimento, televendas, telemarketing ou similares (trabalhadores de *call centers*). É indubitável que a jurisprudência aqui pode, do ponto de vista técnico, considerar aplicável, por analogia, a jornada padrão dos telefonistas (seis horas ao dia e 36 horas na semana: art. 227, CLT), em vista da substantiva semelhança ou identidade de situações fáticas e da compatibilidade do tipo jurídico, harmonizando assim a ordem jurídica às modificações da vida real. Contudo, tal compreensão demorou a se tornar dominante, conforme evidenciado pelo texto restritivo da OJ 273 da SDI-1 do TST.⁽³⁸⁾ Felizmente, em maio

(37) Conforme Evaristo de Moraes Filho e Antônio Carlos Flores de Moraes, loc. cit. Os dois autores citam, ainda, os empregados médicos ou cirurgiões-dentistas (com jornada diária de 4 horas) e os músicos (com jornada diária de 3 horas). Cabe, porém, ponderar que parte expressiva da jurisprudência entende que os dois primeiros profissionais não têm tal jornada fixada por lei, mas apenas um *critério de cálculo do salário profissional* (assim como ocorreria com o engenheiro empregado) — a respeito, as OJs 53 e 39, hoje incorporadas à Súmula 370 do TST.

(38) Não obstante a Súmula 178 do TST já tivesse produzido a analogia para as telefonistas de mesa de empresas que não explorem o serviço de telefonia (já que trabalham continuamente com aparelhos telefônicos), havia resistência (OJ 273, SDI-I) em estender o procedimento analógico aos trabalhadores de *call centers* (que também laboram continuamente com aparelhos telefônicos). Não se está referindo, aqui, à analogia com operadores de telegrafia e radiotelegrafia, manipulação de aparelhos tipo Morse e recepção de sinais de fone, para fins de incidência de adicional de insalubridade — situações proporcionalmente mais distantes (art. 190, CLT; Portaria do Ministério do Trabalho e Emprego n. 3.214/1978, em sua NR 15, Anexo 13; OJ 4, I, SDI-I/TST). Está-se considerando a analogia entre os trabalhadores de *call center* com os trabalhadores do setor de telefonia ou de telefonia de mesa; nessa dimensão comparativa, a aproximação de situações fáticas é muito significativa, uma vez que todos esses trabalhadores comparados *laboram, em caráter contínuo, com aparelhos telefônicos*. Registre-se, em acréscimo, a pertinência, sob a perspectiva de saúde laborativa, da diminuição da jornada referente aos trabalhadores de *call centers*, em face da intensa carga de estresse a que são submetidos, maior ainda do que a inerente ao labor das telefonistas-padrão ou telefonistas de mesa. Felizmente, como dito, a jurisprudência avançou e se atualizou, decidindo o TST, em maio de 2011, pelo *cancelamento* da OJ 273 da SDI-I (Res. 175/2011), decisão que

de 2011 o TST *cancelou* a censurada OJ 273, abrindo caminho para o novo império interpretativo em torno da duração do trabalho diário de seis horas para essa nova categoria, com duração semanal de 36 horas.

São poucos os exemplos hoje existentes de jornadas especiais em virtude da submissão, pelo trabalhador, a determinada modalidade de organização do trabalho ou determinada sistemática especial de atividade laborativa. No primeiro caso (modalidade especial de organização do trabalho), encontra-se o trabalho em turnos ininterruptos de revezamento; no segundo (sistemática especial de atividade laborativa), encontra-se o trabalho em esforço contínuo de digitação.

3. Turnos Ininterruptos de Revezamento

Os trabalhadores submetidos ao sistema de turnos ininterruptos de revezamento vivenciaram curiosa evolução no Direito brasileiro: em um primeiro instante, ainda na década de 1940, sofreram clara discriminação jurídica (a teor do texto do art. 73, *caput*, CLT, que lhes negava algumas vantagens trabalhistas); em um segundo instante histórico, conseguiram superar essa discriminação, sendo tratados como iguais aos empregados situados em sobrejornada ou labor noturno (a teor de interpretação jurisprudencial construída anos após a Constituição de 1946); finalmente, em um terceiro momento, que culminou com a Constituição de 1988, sentiram o despertar de uma fase de real vantagem jurídica comparativa.

De fato, o velho art. 73 da CLT⁽³⁹⁾ não criava qualquer jornada especial reduzida para os empregados posicionados em tal sistemática de trabalho; contudo, ia muito além disso, discriminando-os, abertamente, em contraponto aos demais obreiros, já que os excluía dos diferenciais da hora ficta noturna e adicional noturno quando laborando à noite (isto é, entre 22 e 5 horas). É curioso observar que a discriminação produzida era bastante ampla, uma vez que a CLT se referia apenas à expressão *revezamento*, omitindo o qualificativo/restritivo *ininterruptos* (art. 73, *caput*, CLT).

A Constituição de 1946 fixou dispositivo claramente antagônico à anterior discriminação a CLT, ao estabelecer como direito trabalhista “*salário do trabalho noturno superior ao do diurno*” (art. 157, III, CF/46). Não obstante a clareza do preceito magno, a jurisprudência, por longos anos a contar de 1946, valendo-se da teoria tradicional informativa da eficácia das normas jurídicas constitucionais, ainda insistiu na tese de que o comando constitucional não produzia efeitos ... por ser norma meramente programática.

abriu caminho ao entendimento adequado, no sentido de se estender, por analogia, a esses trabalhadores a jornada de seis horas, com duração semanal de 36 horas.

(39) Oriundo de redação conferida pelo Decreto-lei n. 9.666, publicado em 30 de agosto de 1946. A Constituição de 1946 é do dia 18 de setembro daquele ano.

Finalmente, tempos depois, reformulando sua leitura teórica acerca da eficácia das normas jurídicas constitucionais, solidificou-se a jurisprudência no sentido de que o mencionado art. 157, III, produzira efeito imediato e, em consequência, invalidara a discriminação contida no art. 73, *caput*, da CLT. Nessa linha, as Súmulas 213 e 214 do Supremo Tribunal Federal e o antigo Enunciado 130 do Tribunal Superior do Trabalho.

A Constituição de 1988 completou o ciclo de evolução, criando clara *vantagem jurídica comparativa* para os trabalhadores submetidos a essa sistemática de organização de trabalho: a jornada especial de 6 horas ao dia (e, conseqüentemente, duração do labor de 36 horas na semana) — art. 7º, XIV, CF/88.

A) Caracterização da Figura Jurídica — A caracterização da figura do art. 7º, XIV, da Constituição da República propiciou longo debate no âmbito da doutrina e jurisprudência trabalhistas em seguida a 1988. Entretanto, passados vários anos da edição da nova Constituição, os operadores jurídicos já tendem a se reunir em convergência a alguns pontos caracterizadores essenciais.

Em primeiro lugar, está claro que, ao instituir a vantagem jurídica, o Texto Máximo teve o cuidado de restringir o tipo legal enfatizado, de modo a direcionar o direito à jornada especial exclusivamente aos trabalhadores que reunissem, em sua sistemática laboral, o *máximo de adversidades características do trabalho em revezamento*. Por isso é que não se valeu da expressão mais ampla inserida no velho art. 73 da CLT (que fala, simplesmente, em *revezamento*), preferindo delimitar, rigidamente, o tipo legal: *turnos ininterruptos de revezamento*.

Desse modo, enquadra-se no tipo legal em exame o sistema de trabalho que coloque o empregado, alternativamente, em cada semana, quinzena, mês ou período relativamente superior, em contato com as diversas fases do dia e da noite, cobrindo as horas integrantes da composição dia/noite ou, pelo menos, parte importante das fases diurnas e noturnas. Daí a ideia de falta de interrupção no sistema de trabalho — sob a ótica do trabalhador (turnos ininterruptos). Nesse quadro, um sistema de revezamento que não seja ininterrupto — sob a ótica obreira —, cobrindo, alternativamente, apenas fração inexpressiva das fases integrantes da composição noite/dia, não estará enquadrado no tipo legal do art. 7º, XIV, do Texto Magno de 88⁽⁴⁰⁾.

Cabe enfatizar que recente orientação jurisprudencial do TST ratificou interpretação mais favorável do tipo jurídico do art. 7º, XIV, da Constituição,

(40) É evidente que alternâncias bimestrais, trimestrais e similares de horários também podem atender ao tipo jurídico constitucional, por provocarem intenso desgaste físico, psicológico, familiar e social ao trabalhador.

permitindo a configuração dos turnos ininterruptos de revezamento ainda que os horários alternados do obreiro não cubram completamente todos os momentos do dia e da noite, mas o façam de modo parcial. De toda maneira, é evidente que o contato com os diversos horários da noite e do dia há de ser significativo — ainda que não integral —, sob pena de se estender demasiadamente o tipo jurídico destacado pela Constituição.⁽⁴¹⁾

Em segundo lugar, é irrelevante a existência de paralisações totais ou parciais da empresa para fins de tipificação da presente figura jurídica. O que esta enfatiza é o *trabalho* e a figura do *trabalhador*, construindo-se o direito à jornada especial em face do maior desgaste a que se submete o obreiro posicionado nessa sistemática de organização laboral. *A situação enfocada pela Constituição configura-se caso o trabalhador labore ora essencialmente pela manhã, ora essencialmente pela tarde, ora essencialmente pela noite — por ser flagrante a agressão que semelhante sistemática de organização laboral impõe ao organismo do trabalhador. É a essa sistemática de trabalho que a Constituição pretendeu atingir, reduzindo o desgaste do trabalhador, ao proporcionar-lhe jornada mais estreita de trabalho.* Nesse contexto, não prejudica a tipificação dos turnos ininterruptos de revezamento a existência, na empresa, de paralisação total ou parcial, fixa ou móvel, em um dia de semana — para atender, por exemplo, conjuntamente, ao repouso semanal remunerado. Do ponto de vista do trabalhador, quando submetido à rotina do trabalho, ele ingressa num círculo ininterrupto de revezamento, que atinge as diversas fases do dia e da noite.

Pelas mesmas razões, a existência de intervalo intrajornada não prejudica a tipificação da figura jurídica. Como enfatizado, a ideia de falta de interrupção dos turnos centra-se na circunstância de que eles se sucedem ao longo das semanas, quinzenas ou meses, de modo a se encadearem para cobrir as diversas fases da noite e do dia — não tendo relação com o fracionamento interno de cada turno de trabalho. Além disso, seria grosseiramente ilógico que a Constituição criasse jornada especial com intuito fortemente protetivo, fundada até mesmo em considerações de saúde pública (a redução da duração do trabalho é o único meio de reduzir os malefícios causados por esse sistema ao organismo da pessoa que a ele se submete)... para colocá-la em contradição a outra norma de forte conteúdo protetivo e de saúde pública: a que rege os pequenos intervalos intrajornadas (art. 71, CLT, por exemplo). Insista-se no seguinte aspecto comparativo essencial: o que levou a CLT ao

(41) É o que dispõe a OJ 360 da SDI-I (DJ de 14.03.2008): “TURNO ININTERRUPTO DE REVEZAMENTO. DOIS TURNOS. HORÁRIO DIURNO E NOTURNO. CARACTERIZAÇÃO. Faz jus à jornada especial prevista no art. 7º, XIV, da CF/1988 o trabalhador que exerce suas atividades em sistema de alternância de turnos, ainda que em dois turnos de trabalho, que compreendam, *no todo ou em parte*, o horário diurno e o noturno, pois submetido à alternância de horário prejudicial à saúde, sendo irrelevante que a atividade da empresa se desenvolva de forma ininterrupta” (grifos acrescidos).

estabelecimento do intervalo de 15 minutos para trabalho contínuo com duração superior a 4 horas (§ 1º do art. 71, CLT) é o desgaste específico produzido pela dedicação contínua a uma atividade laborativa; já o que levou a Constituição ao estabelecimento da jornada especial do art. 7º, XIV, da CF/88, é o desgaste suplementar produzido pela sistemática de trabalho em turnos ininterruptos de revezamento. São fatos e circunstâncias distintas, que deram origem a normas distintas, que não se confundem, nem se excluem.

Na direção da caracterização aqui exposta situa-se a jurisprudência dominante. É o que se verifica, hoje, no Tribunal Superior do Trabalho (ver OJ 78, SDI-I, convertida na Súmula 360, TST). Nesta mesma linha, já pacificara o próprio Supremo Tribunal Federal (ver decisão plenária — 10 votos a 1 — relativa ao RE 205.815)⁽⁴²⁾.

B) Efeitos Jurídicos do Art. 7º, XIV, CF/88 — A prática jurídica tem evidenciado a ocorrência de divergência importante no que tange à aplicação da regra do art. 7º, XIV, da Constituição. Caso o trabalhador labore em efetivo turno ininterrupto de revezamento, mas não tenha essa circunstância ainda reconhecida por seu empregador (perfazendo, assim, na verdade, labor diário de 8 horas e 44 horas na semana), que parcela ser-lhe-á devida a título de incidência da jornada especial de 6 horas?

A presente indagação tem propiciado na jurisprudência duas linhas alternativas de resposta. A primeira vem insistindo que será devido a esse trabalhador apenas o respectivo *adicional* de sobrejornada, calculado sobre a 7ª e 8ª horas laboradas. Argumenta esta vertente que o obreiro já teria recebido, integrado a seu salário, o valor principal de tais horas (aplicando-se, em suma, à situação em exame o critério tradicionalmente previsto na Súmula 85, TST).

A segunda corrente interpretativa aponta insuplantáveis problemas na linha de reflexão anteriormente exposta. Argumenta que a primeira corrente não percebe, na verdade, que a Constituição, ao reduzir a jornada, elevou o preço relativo da força de trabalho submetida a turnos ininterruptos de revezamento: noutras palavras, elevou o salário hora desses trabalhadores. Desse modo, o salário hora correspondente a 8 horas diárias de trabalho (e 44 horas na semana) é significativamente inferior ao salário hora relativo a 6 horas diárias de trabalho (e 36 horas na semana). Para a segunda vertente, o *critério* jurisprudencial aplicável à presente situação seria, pois, o da Súmula 199, I, TST (que menciona a ineficácia da prática de pré-contratação de horas extras, determinando que se pague, em separado, a efetiva sobrejornada). Não se aplicaria, aqui, portanto, o critério da Súmula 85, III (que se refere a pagamento de adicional em regimes de compensação de jornada

(42) In: *Revista LTr*. São Paulo: LTr, ano 61, n. 12, dezembro de 1997, p. 1589. Ver ainda mais recente Súmula n. 675 do STF.

irregulares — situações em que houve, de fato, a correta percepção das horas trabalhadas, se considerada a semana ou mês)⁽⁴³⁾.

Do ponto de vista estritamente técnico-jurídico, é inegável a correção da segunda vertente analítica — incorporada pelas Orientações Jurisprudenciais 275 e 396 da SDI-I do TST.

C) Negociação Coletiva e Jornada Ampliada — O artigo 7º, XIV, da Constituição fixou jornada significativamente mais benéfica para o trabalhador que labore em turnos ininterruptos de revezamento, porém abrindo expressa ressalva: “jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, *salvo negociação coletiva*”. Essa ressalva a cláusula *in pejus* de negociação coletiva constitui, na verdade, explícita e rara exceção ao *princípio da norma mais favorável* brandido pelo próprio Texto Máximo da República (*caput* do art. 7º) e aos limites imperativos que incidem sobre o processo negocial coletivo.

Pactuada a cláusula menos benéfica, nos limites constitucionais, esvai-se a vantagem da jornada especial instituída, não tendo caráter de horas extras a sétima e a oitava horas laboradas (Súmula 423 do TST).

4. Atividade Contínua de Digitação

As jornadas especiais de trabalho são criadas pelo Direito em função de fundamentos distintos, que eventualmente se combinam em certa situação normativa concreta. Porém, entre esses fundamentos, dois se destacam.

O primeiro diz respeito à categoria profissional dotada de forte poder sociopolítico, hábil a ampliar, topicamente, seus direitos trabalhistas (caso, de certo modo, da categoria bancária, embora aqui haja também a presença de outros fundamentos convergentes).

O segundo fundamento reside na percepção, pelo Direito, da existência de atividades laborativas especiais ou circunstâncias especiais de trabalho, que, por sua natureza ou ambientação, produzem forte desgaste nas condições físicas e psicológicas do trabalhador envolvido. Assim, a redução da jornada surge como mecanismo eficaz de diminuição do desgaste produzido no respectivo trabalhador. Este segundo fundamento, como se percebe, é estruturalmente atado a considerações típicas da área de saúde e segurança do trabalho, uma vez que a restrição da exposição do obreiro à atividade ou ambientação maléfica constitui um dos instrumentos mais eficazes de profilaxia e/ou enfrentamento de tais fatores nocivos. Neste segundo grupo de jornadas especiais inscrevem-se, por exemplo, as jornadas especiais de

(43) O *critério* que censura a pré-contratação de horas extras aplica-se a qualquer contrato, embora, é claro, a Súmula 199 refira-se apenas ao segmento bancário.

algumas categorias, como os trabalhadores em minas de subsolo (art. 293, CLT), os telefonistas (art. 227 e seguintes, CLT) e os trabalhadores em contato com o interior de câmaras frigoríficas (art. 253, CLT).

O avanço tecnológico das últimas décadas criou nova atividade laboral sumamente insalubre — e que não necessariamente importa em categoria profissional específica: a atividade de suporte ao processamento eletrônico de dados — particularmente *a atividade contínua de digitação*.

A respeito dessa atividade relativamente recente (digitação contínua), silencia-se, como não poderia deixar de ser, a CLT, uma vez que foi construída várias décadas atrás. A jurisprudência tem, contudo, considerado aplicável, extensivamente, a regra do art. 72, da Consolidação (regra tipicamente de medicina do trabalho), a qual determina a observância de intervalos remunerados de 10 minutos a cada 90 minutos laborados em serviços permanentes de *mecanografia (datilografia, escrituração ou cálculo)*. Nesta linha há, inclusive, a Súmula 346, TST. Esse avanço jurisprudencial já permite alguma redução na exposição do digitador à insalubridade inerente à intensificação de seu labor.

A respeito do mesmo problema há, entretanto, regra oriunda do Ministério do Trabalho. É o que se vê na Portaria daquele Ministério, 3.751, de 23.11.90, através da NR 17 — Ergonomia — (alterando a Portaria n. 3.214/78). Estipula o dispositivo que o tempo efetivo na atividade de *“entrada de dados não deve exceder o limite máximo de 5 (cinco) horas, sendo que no período de tempo restante da jornada, o trabalhador poderá exercer outras atividades...desde que não exijam movimentos repetitivos, nem esforço visual”* (item 17.6.4, NR 17, Portaria 3.751, Ministério do Trabalho e Previdência Social).⁽⁴⁴⁾

Há controvérsia em torno dessa regra ministerial restritiva da exposição do trabalhador à insalubridade inerente ao esforço contínuo de digitação. Uma primeira vertente interpretativa argumenta que se está diante de regra jurídica instituidora de jornada especial de trabalho, expedida por autoridade administrativa sem competência constitucional ou legal para tanto (art. 84, IV, CF/88): regra jurídica inválida, portanto. Acrescenta, ainda, esta primeira vertente

(44) O Ministério do Trabalho já ostentou distintas denominações na história brasileira, desde sua criação, em 1930, com o título de *Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio* (Decreto n. 19.443, de 26.11.1930). Citem-se, ilustrativamente, além do nome original, as denominações de Ministério do Trabalho, Ministério do Trabalho e Previdência Social e Ministério do Trabalho e Emprego. A partir de reforma na estrutura dos Ministérios do Governo Federal ocorrida em 2016, passou a se denominar, outra vez, simplesmente Ministério do Trabalho. A partir do governo iniciado em 01.01.2019, foi o órgão ministerial trabalhista extinto, passando as suas inúmeras funções para outros (e diversos) órgãos da administração pública federal. Nesse quadro, como os documentos ministeriais são de períodos históricos distintos, este Curso não fará diferenciação, para todos os fins, entre as múltiplas denominações.

hermenêutica que tal tipo de regra se encontra invalidado até mesmo por preceito constitucional expresso e específico (a referência diz respeito ao art. 25, I, ADCT/CF-88, que revoga “... *todos os dispositivos legais que atribuam ou deleguem a órgão do Poder Executivo competência assinalada pela Constituição ao Congresso Nacional, especialmente no que tange a ... ação normativa*”).

Esta primeira vertente teve prestígio na jurisprudência nos primeiros anos seguintes a 5.10.1998 — e não apenas no âmbito da Justiça do Trabalho (onde ainda existem decisões que mitigam a eficácia jurídica do dispositivo em análise). Seu prestígio estendia-se também ao âmbito da Justiça Federal, onde conferiu suporte, vinte anos atrás, a decisões judiciais impeditivas do próprio exercício fiscalizatório do Estado em situações de saúde e segurança laborais, ao fundamento de que as regras administrativas relacionadas ao tema seriam inválidas em face da Constituição⁽⁴⁵⁾.

Há, contudo, também sedimentada outra linha de análise a respeito do presente tema, que hoje se tornou dominante. Esta outra corrente interpretativa do preceito acima referido (e de normas administrativas correlatas, é claro) tem o cuidado, em primeiro plano, de perceber que a ação administrativa do Estado na área de saúde pública e, inclusive, saúde e segurança do trabalho, é não somente autorizada pela Constituição como enfaticamente por ela *determinada*, a teor de diversos de seus dispositivos. A importante regra geral obstaculizadora da ação normativa do Poder Executivo, lançada pelo art. 25, I, do Ato das Disposições Transitórias da Constituição de 1988, *evidentemente que não atinge a área de saúde pública* — sob pena de se ler a Constituição como se tratasse de um dos mais retrógrados e obscurantistas diplomas já elaborados na cultura ocidental recente ... o que seria simplesmente insensato!

Insiste esta segunda corrente interpretativa: a ação administrativa do Estado, *mediante regras gerais e medidas concretas*, não só é permitida como é *determinada* pela sábia e democrática Constituição de 1988. A saúde, no Brasil, por força da Constituição, é *direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas* (isto é, regras gerais e medidas concretas) *que visem à redução do risco de doença e de outros agravos...*” (art. 196, CF/88; grifos acrescidos; observação em destaque também acrescida). Em função disso, o texto constitucional coerentemente qualificou como de “*relevância pública as ações e serviços de saúde...*” (art. 197, CF/88), que envolvem não apenas “...*ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador*” (art. 200, II, CF/88). Mais: em franca exceção à regra geral que ela própria lançaria no art. 25, I, do

(45) Com a EC 45/2004, transferiu-se para a Justiça do Trabalho esta antiga competência da Justiça Federal (novo art. 114, VII, CF/88).

ADCT, a nova Constituição enfatizou, no tocante à saúde e segurança laborais, ser *direito dos trabalhadores* (art. 7º, *caput*, CF/88) a “*redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança*” (art. 7º, XXII; grifos acrescidos). *Direito a normas jurídicas* (que protejam a saúde e segurança laborais) — construção jurídica que chega a suplantar a própria concepção clássica de direito subjetivo como simples vantagem material e imaterial protegida pela norma. *Direito subjetivo a normas e medidas protetivas ... dever do Estado*.

A segunda vertente interpretativa ora em exame (e, felizmente, hoje dominante) argumenta também em sentido favorável à validade do preceito referente à atividade contínua de digitação *objetando não se tratar de norma fixadora de jornada especial, mas tão somente restritiva do tempo de exposição à insalubridade* (tanto que poderia o trabalhador, em princípio, completar sua jornada padrão em outros serviços não insalubres). Aduz que para tal ação de combate à insalubridade seria competente a autoridade administrativa mencionada (art. 155 e seguintes, CLT). Retoma em seu argumento a circunstância de ter a Constituição arrolado como direito dos trabalhadores a “*redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança*” (art. 7º, XXII). Nessa linha de ênfase à saúde pública, a nova Constituição tipificou a seguridade social como um “*conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde...*” (art. 194, CF/88). Colocou a mesma Constituição a *saúde* como “*direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos...*” (art. 196, CF/88). Em harmonia a tudo isso qualificou como de “*relevância pública as ações e serviços de saúde...*” (art. 197, CF/88), que envolvem não apenas as “*...ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador*” (art. 200, II, CF/88).

Em conclusão, para a segunda vertente de análise do tema, hoje hegemônica, a atuação estatal, através de regras de saúde pública e de medicina e segurança do trabalho, que venham, em conjunto, *reduzir o tempo de exposição do trabalhador a certos ambientes ou atividades*, não é, definitivamente, inválida, à luz de todos esses comandos constitucionais enfáticos.

VIII. JORNADA EXTRAORDINÁRIA

1. Caracterização da Jornada Extraordinária

Jornada extraordinária é o lapso temporal de trabalho ou disponibilidade do empregado perante o empregador que ultrapasse a jornada padrão, fixada em regra jurídica ou por cláusula contratual. *É a jornada cumprida em extrapolação à jornada padrão aplicável à relação empregatícia concreta*.

A noção de jornada extraordinária não se estabelece em função da remuneração suplementar à do trabalho normal (isto é, pelo pagamento do adicional de horas extras). Estabelece-se em face da *ultrapassagem da fronteira normal da jornada*⁽⁴⁶⁾.

A remuneração adicional é apenas *efeito comum* da sobrejornada, mas não seu elemento componente necessário. Por essa razão, é viável a existência de sobrejornada sem o respectivo adicional. É o que ocorre, por exemplo, no regime compensatório, em que há ultrapassagem da fronteira padrão da jornada em certos dias (com compensação em outro ou outros dias), sem pagamento de adicional de horas extras. A propósito, antes da Constituição de 1988 havia, inclusive, outras modalidades de sobrejornada que também não eram sobrerremuneradas (além do regime de compensação): prorrogações por “força maior” e para “reposição de paralisações” (art. 61, CLT). Desde a Constituição de 1988, porém, mesmo nestas últimas modalidades passou a incidir o adicional de horas extras (art. 7º, XVI, CF/88), tornando-se seu pagamento um efeito quase absoluto em casos de prestação de horas extraordinárias.

A) Jornada Extraordinária e Jornada Suplementar — Diversas expressões vinculadas à noção de sobrejornada têm sido utilizadas, pela cultura justrabalhista, como sinônimas: jornada extraordinária, jornada suplementar (ou trabalho extraordinário ou suplementar), sobrejornada, horas extras, sobretempo, etc. É inevitável essa identificação de expressões e vocábulos ao mesmo conceito principalmente porque, após a nova Constituição, os efeitos jurídicos são essencialmente os mesmos em face das distintas situações de trabalho suplementar.

Em reverência à cultura dominante, também neste Curso são citadas como equivalentes as expressões acima.

Contudo, é interessante perceber que o modelo celetista anterior a 1988 indubitavelmente distinguia as noções de *jornada suplementar extraordinária* e *jornada meramente suplementar*. As duas figuras correspondiam à extrapolação da jornada padrão (jornada suplementar, em sentido amplo), mas possuíam dinâmica e títulos jurídicos distintos no contexto do contrato (jornada meramente suplementar — ou suplementar, no sentido estrito — e jornada suplementar extraordinária).

A extrapolação *extraordinária* da jornada padrão da CLT (*jornada suplementar extraordinária*) equivaleria àquela prorrogação caracterizada como *não ordinária, fora do comum, excepcional, anormal* ou, ainda, *rara, singular*,

(46) Nesta linha, NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao Direito do Trabalho*. 21. ed. São Paulo: LTr, 1994, p. 251.

notável⁽⁴⁷⁾. Este o sentido do vocábulo *extraordinário*, afinal. No modelo celetista, corresponderia àquelas prorrogações excepcionais aventadas pelo art. 61: atendimento a necessidade imperiosa, quer resultante de motivos de força maior, quer para realização ou conclusão de serviços inadiáveis, ou serviços cuja inexecução possa acarretar prejuízo manifesto; ou, ainda, compensação de paralizações empresariais derivadas de causas acidentais ou de força maior.

Tais extrapolações excepcionais, vinculadas ao *jus variandi* empresarial (art. 61, CLT), não poderiam se tornar permanentes, em face de sua própria natureza, justificando-se em razão de fatores objetivos excepcionais, de curta duração, atuantes sobre a empresa.

A extrapolação meramente *suplementar* da jornada padrão da CLT (*jornada meramente suplementar*) equivaleria àquela prorrogação caracterizada como acréscimo regular, comum, rotineiro, normal, pactuado no contexto do contrato. Tal sobrejornada poderia ocorrer sempre, isto é, em inúmeros dias do contrato, ao longo de meses e anos, indefinidamente — sem qualquer irregularidade. No modelo celetista, a jornada meramente suplementar corresponderia a duas modalidades de prorrogações: a sobrejornada por acordo bilateral escrito de prorrogação — ou instrumento coletivo (art. 59, *caput*, CLT) e a sobrejornada por acordo compensatório (art. 59, § 2º, CLT).

A Constituição da República, ao normatizar o tema, referiu-se apenas a dois tipos de sobrejornada: a *suplementar por acordo de compensação* (art. 7º, XIII) e a *sobrejornada extraordinária* (art. 7º, XVI). Não mencionou a *Constituição a jornada meramente suplementar por acordo bilateral ou coletivo*. Esta omissão constitucional tem conduzido à ponderação de que a nova Constituição pretendeu restringir a situações estritamente excepcionais, no País, a prática lícita de prestação de efetivas horas extras (já que o regime de compensação não enseja reais horas extras, considerada a duração padrão semanal ou mensal do labor). Noutras palavras, as *horas meramente suplementares* que não sejam resultantes de acordo de *compensação* e nem se confundam com as horas suplementares decorrentes de circunstâncias excepcionais mencionadas pela ordem *jurídica configurariam irregularidade trabalhista*, à luz de tal leitura da Constituição de 1988. Tal interpretação, sem dúvida, é a que melhor se ajusta ao conjunto normativo constitucional concernente à saúde e segurança do trabalhador no ambiente laboral.

A posterior Lei n. 9.601, de 1998, em seu art. 6º, em nada modificou esse quadro infraconstitucional (e o debate que lhe é correspondente), já que manteve incólume o *caput* do art. 59 da CLT, apenas acrescentando apenas dois parágrafos a tal dispositivo celetista, relativamente ao *banco de horas*.

(47) FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986, p. 746.

De todo modo, é preciso reconhecer-se, no contexto dessa controvérsia, que parte expressiva da jurisprudência e doutrina tem considerado compatível com a Constituição a prorrogação meramente suplementar aventada pelo *caput* do art. 59 da CLT⁽⁴⁸⁾. A nova redação do art. 59, *caput*, da CLT, introduzida pela Lei n. 13.467/2017, segue nessa mesma direção.

É preciso reconhecer-se também que se continua a utilizar, na cultura justrabalhista, como visto, as expressões *jornada ou trabalho extraordinários* como indicativos genéricos de qualquer labor suplementar (abrangendo, portanto, mesmo o sobrelabor em regime compensatório — que não é extraordinário, mas rotineiro).

B) Prorrogações Regulares e Irregulares — As prorrogações de jornada de trabalho no cotidiano trabalhista podem ser *regulares* ou *irregulares*, conforme sua harmonização às normas jurídicas incidentes sobre o tema.

Regulares são aqueles acréscimos de jornada que se enquadram em alguma das modalidades de prorrogação fixadas pela ordem jurídica. Irregulares, em contrapartida, são as dilatações que se verificam no cotidiano trabalhista sem atendimento aos requisitos fixados em lei.

Pela *teoria das nulidades* prevalecente no Direito do Trabalho, *as prorrogações tidas como irregulares produzem os mesmos efeitos jurídicos das prorrogações lícitas* — sem prejuízo da punição administrativa aplicável ao empregador faltoso. A inviabilidade da devolução ao obreiro de sua força de trabalho transferida em prol do empregador — que, ademais, enriquecer-se-ia sem fundamento válido se não fosse compelido a também sobrerremunerar as horas extras irregulares —, tudo leva a que se aplique à presente situação fática a teoria justrabalhista especial de nulidades contratuais⁽⁴⁹⁾.

O fato de as prorrogações irregulares não produzirem efeitos distintos das regulares (remuneração compatível, adicional incidente, repercussões contratuais, etc.) elimina parte substantiva do valor prático da presente tipologia. Contudo, não a torna simplesmente inútil, dada a possibilidade de incidência de punições administrativas àquele que se vale irregularmente de sobretrabalho (art. 75, CLT).

2. Tipos de Jornadas Extraordinárias

A construção de tipologias atende aos objetivos científicos de melhor compreender a estrutura e dinâmica de certos fenômenos, por meio de sua

(48) Na linha da compatibilidade, que mantém válida a prorrogação por acordo, NASCIMENTO, Amauri Mascaro, ob. cit., p. 252-260. O autor considera, inclusive, incabível distinção entre “horas suplementares” e “horas extraordinárias” (in ob. cit., p. 251).

(49) A teoria trabalhista especial de nulidades encontra-se analisada em DELGADO, Mauricio Godinho. *Contrato de Trabalho* — caracterização, distinções, efeitos. São Paulo: LTr, 1999, p. 123-130. No presente Curso, consultar o Capítulo XV.

aproximação com fenômenos correlatos. A classificação permite a reunião de fenômenos e categorias, em função de pontos comuns que respondem por sua existência e funcionamento. Descortina-se, assim, pelo método comparativo, mais perfeita compreensão do objeto estudado e de sua posição no universo afim. A Ciência do Direito socorre-se também desse instrumental no estudo de seus fenômenos, categorias e figuras.

As jornadas extraordinárias previstas na ordem jurídica brasileira podem ser reunidas, classificadas, segundo três pontos comuns principais: a causa (ou fator concreto ensejador) da prorrogação perpetrada; o título jurídico autorizador da referida prorrogação; o tempo lícito (normativamente autorizado) para a prorrogação enfocada.

A) Tipologia pela Causa da Prorrogação — A tipologia construída segundo a causa de prorrogação da jornada considera, como elemento classificatório, o fator concreto motivador da prorrogação produzida. São cinco esses fatores previstos no Direito brasileiro: o acordo de simples prorrogação de jornada; o acordo de regime de compensação de jornada; a força maior ensejadora da prorrogação; o atendimento a serviços inadiáveis, cuja inexecução possa acarretar prejuízos manifestos, como fator da prorrogação; a reposição de paralisações empresariais, como fator ensejador da prorrogação.

a) Acordo de Prorrogação de Jornada — No tocante ao *acordo de prorrogação de jornada*, tal modalidade foi prevista em texto celetista específico (art. 59, *caput*). A previsão tradicional da CLT estipulava a necessidade de documento escrito, permitindo, contudo, que o pacto de prorrogação fosse meramente bilateral (além, é claro, do coletivamente negociado).

Debate importante a ser aqui retomado diz respeito à compatibilidade (ou não) dessa modalidade de prorrogação com o texto constitucional de 1988. Como já se expôs, há interpretações substanciosas insistindo que a Constituição de 1988 teria autorizado apenas dois tipos de prorrogações de jornada: aquela resultante do regime de compensação (jornada meramente suplementar: art. 7º, XIII, CF/88) e aquela vinculada a fatores efetivamente excepcionais (jornada suplementar tipicamente extraordinária: art. 7º, XVI, CF/88). Teria a Constituição, portanto, rejeitado, por omissão, a possibilidade de prorrogação lícita de jornada meramente suplementar, aventada pelo texto celetista mencionado. Esta interpretação, por desestimular a sobrejornada, consiste na que melhor se ajusta ao conjunto normativo constitucional voltado a aperfeiçoar as condições de segurança e saúde do trabalhador no ambiente laboral.

Entretanto, conforme já se indicou no item anterior, parte significativa da doutrina e jurisprudência, entretanto, tem considerado compatível a figura jurídica ora examinada com a Constituição vigente, não obstante os

argumentos acima expostos. E o novo texto do *caput* do art. 59 da CLT, inserido pela Lei n. 13.467/2017, corrobora essa interpretação.

Outro debate importante vivenciado nos últimos anos diz respeito à compatibilidade (ou não) do acordo bilateral escrito mencionado no *caput* do art. 59 da CLT com o texto constitucional regente do tema jornada: há posições interpretativas que insistem na existência de determinação pelo inciso XIII do art. 7º da Constituição de exclusividade de título jurídico *coletivo* para autorização de prorrogação de jornadas. Estas posições recebem também o apoio daqueles que compreendem que a Constituição de 1988 apenas preservou a possibilidade de pacto bilateral entre empregado e empregador para a instituição do clássico regime compensatório de jornada, por ser figura também favorável ao obreiro. *À medida que a simples prestação de horas suplementares não é procedimento favorável ao trabalhador (por agredir, inclusive, qualquer política eficaz de infortunistica do trabalho: art. 7º, XXII, CF/88), o uso do instrumento bilateral não seria assimilável à orientação normativa da Constituição.* Isso significa que mesmo aqueles que vislumbravam a viabilidade de ser o regime *compensatório* pactuado apenas bilateralmente, ao fundamento de ser ele favorável, não se podem valer, definitivamente, deste fundamento quanto à pura e simples prorrogação, sem compensação⁽⁵⁰⁾.

Ainda que se considere compatível a figura do acordo de prorrogação de jornada com a Constituição de 1988 (afinal, há decisões judiciais nesta linha), é preciso notar-se que a própria ordem jurídica infraconstitucional já prescreve *restrições* a esse tipo de dilação de jornada laborativa. Essa modalidade, por exemplo, não é extensível aos *menores de 18 anos*, os quais somente poderiam trabalhar, lícitamente, em sobrejornada em contextos de regime de compensação ou de força maior (art. 413, CLT).

Por outro lado, em *atividades ou circunstâncias insalubres*, a CLT impõe obstáculo administrativo ao presente tipo de prorrogação, derivado de considerações de saúde e segurança do trabalho: a prorrogação somente poderá verificar-se caso autorizada pela fiscalização administrativa do Ministério do Trabalho (art. 60, CLT). Havia orientação jurisprudencial de que, tratando-se de prorrogação por *compensação de jornada* e pactuada por instrumento coletivo, tornar-se-ia dispensável a inspeção prévia da autoridade administrativa (antiga Súmula 349, TST). Evidentemente que essa orientação (criticável, a propósito, como se viu no item “IV.2.B.d”, deste Capítulo) não se aplicaria, contudo, ao simples acordo de prorrogação de jornada, mesmo que pactuado coletivamente. De todo modo, a censurada Súmula 349 foi, felizmente, *cancelada* pelo TST em maio de 2011.

(50) Note-se que as OJs 182 e 223 da SDI-I/TST e a Súmula 85, em seus incisos, não se referem à presente situação, porém ao regime compensatório de horários.

O cancelamento da Súmula 349 em 2011 abriu espaço para o florescimento da jurisprudência adequada, a qual, tempos depois, se consagrou no texto do novo item VI da Súmula 85 do TST, que foi inserido em 2016 (“VI — Não é válido acordo de compensação de jornada em atividade insalubre, ainda que estipulado em norma coletiva, sem a necessária inspeção prévia e permissão da autoridade competente, na forma do art. 60 da CLT”).

Não obstante tais avanços jurídicos, a Lei da Reforma Trabalhista retomou a tese da possibilidade de prorrogação de jornada e até mesmo a fixação da jornada de plantão de 12 X 36 horas em ambiente insalubre, sem prévia autorização médico-sanitária do Ministério do Trabalho (art. 59, *caput* e parágrafo único; parágrafo único do art. 60; art. 611, *caput* e inciso XIII; parágrafo único do art. 611-B, todos da CLT).

No tocante às *mulheres*, é necessária uma digressão especial. O art. 376, CLT, estabelecia que “somente em casos excepcionais, *por motivo de força maior*, poderá a duração do trabalho diurno elevar-se além do limite legal ou convencionado...” (grifos acrescidos). Já o art. 375, que colocava como pré-requisito à dilação da jornada da mulher, a liberação da obreira mediante atestado médico oficial, foi expressamente revogado pela Lei n. 7.855/89 (lei que, entre outros objetivos, procurou adaptar a CLT aos preceitos constitucionais de 1988).

Pergunta-se: era válida, desde o advento da Constituição, a restrição do art. 376 celetista?

Desde que se admita a manutenção, na ordem jurídica, da figura, da figura prevista no *caput* do art. 59 da CLT, seguramente que não será válida a restrição feita com respeito às mulheres. É que tal restrição é francamente incompatível com o texto da Constituição de 1988. Esta estabelece, enfaticamente, a igualdade jurídica entre homens e mulheres (art. 5º, *caput* e inciso I), privilegiando, ainda, o sexo feminino com uma especial “proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante *incentivos específicos*, nos termos da lei” (art. 7º, XX; grifos acrescidos). Ora, toda regra que trate diferenciadamente a mulher perante o homem, inclusive restringindo-lhe o mercado de trabalho, é claramente agressora da Constituição, estando por esta revogada (ou não recepcionada), se lhe foi anterior (caso do art. 376, CLT), ou invalidada, se posterior.

É óbvio que isso não elimina a proteção especial à *maternidade* e, em consequência, à *mulher enquanto mãe*. Tal proteção especial é absolutamente harmônica à Constituição, que protege a família, a maternidade, a criança, em diversos de seus dispositivos. É óbvio que também não se invalidam as regras especiais de *saúde e segurança do trabalho*, que se harmonizam ao receituário normativo constitucional (art. 7º, XXII, por exemplo).

Mas a tutela para aí, na maternidade e na saúde e segurança laborais. Não se tratando de situação de maternidade ou que envolva questões

de saúde e segurança do trabalho, porém de situação que tome a mulher estritamente como cidadã trabalhadora, é inconstitucional qualquer discriminação à obreira (ou ao obreiro) ... ainda que sob o manto aparentemente generoso da tutela. A propósito, todas as discriminações efetivadas contra a mulher ao longo dos séculos produziram-se sob o manto aparentemente generoso da tutela, da proteção (excluída da capacidade civil, excluída da cidadania política, excluída do mercado econômico...). É contra essa linha de normatização jurídica que veio se postar, enfaticamente, a Constituição de 1988. Se se entende que a Constituição manteve a figura do acordo de prorrogação de jornada (entendimento suscetível a críticas, como visto), é inevitável concluir-se que a figura foi mantida para qualquer dos trabalhadores maiores, homens e mulheres, à luz da mesma Constituição⁽⁵¹⁾.

b) Regime de Compensação de Jornada — No tocante ao *regime compensatório*, tal modalidade está prevista em texto celetista (§ 2º do art. 59) e constitucional (inciso XIII, art. 7º) específicos. A partir de 22 de janeiro de 1998, o texto celetista (art. 59) foi alterado pela Lei n. 9.601 e, em seguida, por dezenas de medidas provisórias, a contar da MP n. 1.709, publicada em 6.8.1998. Em face de tais modificações, instituiu-se no País o regime compensatório anual, também denominado *banco de horas*⁽⁵²⁾.

O regime compensatório, em sua versão clássica (antes da Lei n. 9.601/98) e em sua nova versão (o *banco de horas*), tem ensejado diversos debates no Direito brasileiro. Além disso, a própria dinâmica do novo sistema de compensação de horas de trabalho cria distintos pontos de indagação jurídica, os quais merecem estudo particularizado.

Esse estudo está neste Curso, no presente Capítulo, em seu item IV.2.B, intitulado *Flexibilização e Compensação de Jornada*, compondo-se pelos seguintes subitens: *a) Título Jurídico Autorizador e Prazo Compensatório; b) Dinâmica do Banco de Horas; c) Restrições ao Regime Compensatório*.

Em face da longa análise ali construída sobre o tema, remetemos o leitor ao exame do texto acima especificado, não sendo prudente tentar-se, aqui, apertada síntese acerca de assunto tão importante e controvertido.⁽⁵³⁾

(51) A revogação *expressa* do art. 376 da CLT somente veio ocorrer em 27 de junho de 2001, com a Lei n. 10.244; é claro que a regra celetista já se encontrava *tacitamente* sepultada pela Constituição de 1988 (fenômeno da *não recepção*).

(52) A alteração efetivada pela MP n. 1.709/98 manteve-se nas sucessivas medidas provisórias renovatórias até a de n. 2.164-41, de 24.8.01, cuja vigência tornou-se indeterminada, por força do art. 2º da Emenda Constitucional n. 32/2001, que modificou o art. 62 da Constituição.

(53) Caso o leitor tenha a intenção de realizar uma pesquisa ainda mais minuciosa sobre esse assunto ("Flexibilização e Compensação de Jornada"), com os debates que foram candentes na década de 1990 no Direito do Trabalho brasileiro, consultar todo o item IV ("Natureza das Normas Relativas à Jornada: Transação e Flexibilização") constante do Capítulo XXIII da 16ª edição (2017) de DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 16. ed. São Paulo: LTr, 2017, p. 995-1018.

c) *Prorrogação em Virtude de Força Maior* — A modalidade de prorrogação para atendimento a *necessidade imperiosa derivada de motivo de força maior* está prevista no texto celetista (art. 61, *caput* e § 2º, CLT). É evidente que tal fator de prorrogação é excepcional, não ordinário, incomum, ensejando horas suplementares efetivamente *extraordinárias* (na linha do art. 7º, XVI, da Constituição, que fala em *serviço extraordinário*).

Note-se que a legislação prevê dilação decorrente de necessidade imperiosa, que resulte de motivo de força maior. Desse modo, fator de força maior (ou caso fortuito) que não conduza a uma necessidade imperiosa de prorrogação de jornada não justificaria semelhante prorrogação.

O conceito de força maior está lançado pela própria CLT: será “*todo acontecimento inevitável, em relação à vontade do empregador, e para a realização do qual este não concorreu, direta ou indiretamente*” (art. 501, *caput*, CLT). Como se percebe, a Consolidação reúne, na mesma figura, a força maior em sentido estrito e o caso fortuito, por produzirem idênticos efeitos jurídicos. Esclarece, por fim, a ordem jurídica que a imprevidência do empregador exclui a razão de força maior (§ 1º do art. 501, CLT).

Já pacificou também a jurisprudência que não se enquadram no conceito de força maior fatores derivados de alterações da política econômica governamental. Tais fatores, sendo componentes comuns à dinâmica do mercado econômico, inscrevem-se no risco normal do empreendimento, a ser suportado pelo empregador (princípio da alteridade; art. 2º, *caput*, CLT).

Tal prorrogação, segundo a CLT (§ 1º do art. 61), poderia resultar de ato unilateral do empregador (ato motivado, obviamente). Seria este, assim, um exemplo do chamado *jus variandi* empresarial no âmbito da relação de emprego. O fundamento legal é razoável: se se trata de prorrogação efetivamente extraordinária, resultante de fatores objetivos, sem culpa do empregador, a decisão sobre a necessidade de sua incidência mantém-se no âmbito do poder de direção empresarial (art. 2º, *caput*, CLT)⁽⁵⁴⁾.

Há, contudo, opiniões de que a Constituição teria eliminado a possibilidade de qualquer prorrogação que não fosse negociada. Não é essa, porém, a compreensão jurisprudencial majoritária. A vertente que prepondera nos tribunais trabalhistas não enxerga tal conduta eliminatória na Constituição, já que o inciso XVI do art. 7º constitucional reconhece, expressamente, a viabilidade jurídica do *serviço extraordinário*: determina, é claro, que seja sempre

(54) A respeito do *jus variandi* empresarial e critérios autorizativos de sua atuação, consultar DELGADO, Mauricio Godinho. *Alterações Contratuais Trabalhistas*. São Paulo: LTr, 2000, p. 47-52. Examinar, ainda, VIANA, Márcio Túlio. *Direito de Resistência*. São Paulo: LTr, 1996, p. 214-249; deste último autor, também Fundamentos e Tendências do *Jus Variandi*. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho*, Belo Horizonte: TRT, ano 26, vol. 47-50, p. 41-49. No presente Curso, consultar Capítulo XXVI, item VII.

sobrerremunerado, mas não delimita o título jurídico de sua fixação. Por outro lado, o art. 7º, XIII, que se refere ao título jurídico do acordo ou convenção coletiva, reporta-se exclusivamente à *compensação de horários*.

Efetuada a prorrogação da jornada, cabia ao empregador — antes da Lei da Reforma Trabalhista — comunicar sua ocorrência, em 10 dias, à Superintendência Regional do Trabalho ou antes disso, se houver fiscalização no estabelecimento ou empresa (§ 1º, art. 61). Tal exigência administrativa foi excluída na nova redação do § 1º do art. 61 (Lei n. 13.467/2017). Entretanto, nos casos que envolvem menores (e também mulheres, segundo o texto celetista), essa comunicação deverá ser feita em 48 horas (arts. 376 e 413, CLT).⁽⁵⁵⁾

A CLT — em injustificável transferência do risco empresarial para o trabalhador — permitia que tais horas extraordinárias fossem laboradas *sem* pagamento do respectivo adicional (§ 2º, art. 61). Tal preceito celetista entrou em choque com texto expresso da nova Constituição (art. 7º, XVI, CF/88), quedando-se revogado (não recebido) desde 5.10.1988. É interessante observar que a regra celetista concernente a mulheres e menores já determinava o pagamento do adicional, mesmo antes de 1988 (arts. 376 e 413).

Há certas restrições à prorrogação por necessidade imperiosa decorrente de motivo de força maior.

O trabalhador menor de 18 anos somente poderá ser convocado caso seu trabalho seja tido como imprescindível ao estabelecimento (art. 413, II, CLT).

A mulher trabalhadora também poderá prestar tal modalidade de sobrejornada. É o que deriva seja de texto expresso celetista (art. 376, CLT), seja do tratamento igualitário de direitos e obrigações entre mulheres e homens, fixado pela Constituição Federal⁽⁵⁶⁾.

A CLT não estabelece, aparentemente, limites temporais máximos para essa modalidade de prorrogação (§ 2º, art. 61). Apenas no caso dos menores é que fixa em 4 horas o montante máximo dessa sobrejornada excepcional (art. 413, II)⁽⁵⁷⁾.

Essa aparência de falta de limites não pode, é claro, conduzir a absurdos: nenhum valor econômico suplanta a *dignidade da pessoa humana*, princípio

(55) As antigas Delegacias Regionais do Trabalho (DRTs) foram transformadas em Superintendências Regionais do Trabalho e Emprego pelo Decreto n. 6.341, de 2008 (posteriormente, Superintendências Regionais do Trabalho).

(56) Conforme já exposto, o art. 376, no que tinha de restritivo ao labor da mulher, ficou não recepcionado pela Constituição de 1988 (art. 5º, *caput* e inciso I). Sua revogação expressa, porém, somente ocorreu com a Lei n. 10.244, de 27 de junho de 2001.

(57) A mesma restrição (4 horas: art. 376, CLT), relativamente às mulheres, encontrava-se não recepcionada pelo Texto Magno de 1988; ela suprimiu-se, de todo modo, da ordem jurídica, definitivamente, pela revogação expressa do art. 376 da Consolidação em 27.6.2001, pela Lei n. 10.244.

máximo da ordem jurídica da República, além dos princípios constitucionais da inviolabilidade física e psíquica do direito à vida, do bem-estar individual e social, da segurança no sentido pessoal (ao invés de apenas patrimonial), a par de outros princípios constitucionais humanísticos e sociais. Assim, a sobrejornada não pode se extremar, atingindo aquilo que resulte em desrespeito à sensatez, à racionalidade, à razoabilidade e proporcionalidade, além do próprio respeito à higidez física e mental do prestador de serviços. Há limites, portanto, a esse tipo de sobretrabalho, conferidos por uma conjugação lógica de princípios gerais do Direito, inclusive, da Constituição.

d) Prorrogação em Virtude de Serviços Inadiáveis — A modalidade de prorrogação para atendimento a *necessidade imperiosa vinculada à realização ou conclusão de serviços inadiáveis ou cuja inexecução possa acarretar prejuízo manifesto* está prevista também no texto celetista (art. 61, *caput* e § 2º, CLT). Do mesmo modo que o fator precedente, também esta causa de prorrogação é excepcional, não ordinária, incomum, ensejando horas suplementares efetivamente *extraordinárias* (igualmente na linha do art. 7º, XVI, da Constituição, que fala em *serviço extraordinário*).

A lei refere-se à dilação de jornada decorrente de necessidade imperiosa, vinculada à realização ou conclusão de serviços inadiáveis ou cuja inexecução possa acarretar prejuízo manifesto (art. 61, *caput, in fine*). Trata-se, em suma, de serviços emergenciais, que não possam ser realizados em horário predeterminado ou não possam ser postergados, sob pena de inequívoca perda do resultado útil da respectiva tarefa ou trabalho ou claro prejuízo reflexo. São exemplos expressivos o descarregamento e armazenamento de produtos perecíveis ou a conclusão de reparos em aparelhos condicionadores essenciais.

Tal prorrogação (segundo a CLT: § 1º do art. 61) poderá resultar de ato unilateral do empregador (ato motivado, é certo). É este, portanto, mais um exemplo do chamado *jus variandi* empresarial (art. 2º, *caput*, CLT). Note-se que o fundamento para sua validade é idêntico ao examinado acima: trata o presente caso de prorrogação efetivamente extraordinária, resultante de fatores objetivos, sem culpa do empregador. Conforme exposto no exame da causa de prorrogação anterior, prevalece na jurisprudência o entendimento de que esta hipótese celetista ajusta-se, harmonicamente, à hipótese normativa do art. 7º, XVI, da Constituição de 1988, que reconhece o trabalho suplementar, desde que *extraordinário* (além daquele resultante de compensação, é claro).

Efetuada a prorrogação da jornada, cabia ao empregador — antes da mudança da redação do § 1º do art. 61 pela Lei n. 13.467/2017 — comunicar sua ocorrência, em 10 dias, à Superintendência Regional do Trabalho, ou antes disso, se houver fiscalização no estabelecimento ou empresa (anterior texto do § 1º do art. 61).

Tal sobrejornada será remunerada com o adicional constitucional (50%) ou normativo mais favorável incidente (art. 7º, XVI, CF/88). A própria CLT já previa a sobrerremuneração desse tipo de trabalho extraordinário, mesmo antes da Constituição de 1988 (art. 61, § 2º, CLT).

Há restrições à presente modalidade de prorrogação. A CLT não autoriza sua utilização com respeito a trabalhadores menores (art. 413). O texto celetista também não o concebia aplicável às mulheres (art. 376), mas, neste caso, a restrição não era compatível com a Constituição de 1988 — na mesma linha do estudo já feito exaustivamente nos tópicos anteriores (art. 5º, *caput* e inciso I; art. 7º, XX, CF/88).

Pelo texto celetista, tal modalidade de prorrogação não poderá ultrapassar a fronteira temporal máxima de 12 horas de trabalho (art. 61, § 2º *in fine*, CLT).

e) *Prorrogação para Reposição de Paralisações Empresariais* — A modalidade de prorrogação para *reposição de paralisações empresariais* também está prevista exclusivamente no texto celetista (§ 3º do art. 61). A legislação fala em dilação para recuperação do tempo perdido em virtude da ocorrência de interrupção do trabalho resultante *de causas acidentais ou de força maior que tenham impossibilitado a prestação de serviços*.

Fica claro, portanto, que tal fator de prorrogação também é objetivo, impessoal e excepcional (como os dois anteriores): não se confunde, portanto, este tipo de paralisação com eventuais recessos do estabelecimento, licenças ou férias coletivas ou qualquer outro fator provocado pela própria vontade empresarial. Por essa razão é que ele também enseja horas suplementares efetivamente *extraordinárias* (na linha do citado art. 7º, XVI, da Constituição).

Nos dois casos anteriores, não prevê a lei uma rígida limitação temporal para a duração da prorrogação extraordinária determinada (embora, obviamente, pela própria natureza das causas de prorrogação acima examinadas não possam as horas extras estender-se longamente no tempo). No presente caso, contudo, fixa a lei limites máximos à prorrogação: 45 dias no ano (2 horas ao dia) — independentemente de ter sido maior o lapso temporal de paralisação da empresa (art. 61, § 3º, CLT).

Esse é o terceiro caso de prorrogação que, segundo a CLT (§ 1º do art. 61), poderá resultar de ato unilateral do empregador (ato motivado, evidentemente). Constitui-se, assim, em novo exemplo do chamado *jus variandi* empresarial no âmbito da relação de emprego (reconhecido pela Constituição, no art. 7º, XVI, a teor da jurisprudência dominante, pelos mesmos fundamentos já expostos nos tópicos precedentes).

A presente dilação exige *prévia* autorização da autoridade administrativa trabalhista competente (art. 61, § 3º, *in fine*, CLT) — ao contrário das duas

anteriores que admitem comunicação administrativa posterior (observe-se que a Lei n. 13.467/2017 não alterou a redação do § 3º do art. 61 da CLT).

Tal sobrejornada será remunerada com o adicional constitucional (50%) ou normativo mais favorável incidente (art. 7º, XVI, CF/88). A Constituição, neste tópico, revogou o preceito celetista que não previa sobre remuneração relativamente a estas horas extras (§ 3º do art. 61, CLT).

As restrições à presente modalidade de prorrogação são maiores que as instituídas para as duas modalidades anteriores de dilação de jornada.

Em primeiro lugar, este tipo de prorrogação não é aplicável aos trabalhadores menores (art. 413). Em segundo lugar, o texto celetista também não o concebia aplicável às mulheres (art. 376). Neste caso, é necessário, mais uma vez, questionar-se sobre a real compatibilidade desta restrição em face da Constituição de 1988 (art. 5º, *caput* e inciso I; art. 7º, XX, CF/88), concluindo-se negativamente, conforme já exposto (de todo modo, o art. 376 foi revogado, em 27.6.2001, pela Lei n.10.244). Em terceiro lugar, essa prorrogação depende de autorização administrativa prévia, como visto (§ 3º, *in fine*, art. 61, CLT). Isso significa que os exames locais e de métodos e processos de trabalho mencionados pelo art. 60 para autorizações administrativas de prorrogações de jornadas em atividades ou ambientes insalubres passam a ter aplicabilidade também à presente hipótese celetista. Em quarto lugar, existe uma limitação temporal taxativa a essa modalidade de dilação de jornada: 2 horas ao dia, por 45 dias no ano.

B) Tipologia pelo Título Jurídico Autorizador da Prorrogação — A tipologia construída segundo o título jurídico autorizador da prorrogação considera, como elemento classificatório, o instrumento reconhecido pelo Direito como hábil a deflagrar a dilação lícita da jornada de trabalho. São três esses instrumentos: o ato (ou vontade) unilateral do empregador, no exercício do chamado *jus variandi*; o ato (ou vontade) bilateral das partes; e, finalmente, o ato (ou vontade) coletivamente negociado no contexto da relação de emprego.

Observe-se que as modalidades de prorrogação aqui classificadas são, obviamente, as mesmas já examinadas no tópico acima. Apenas o elemento eleito para agrupá-las, classificando-as, é que se diferencia do adotado na tipologia anterior.

As prorrogações pelo ato (ou vontade) unilateral do empregador, admitidas pelo Direito brasileiro, são três, todas destacadas pelo art. 61 da CLT. De um lado, as dilações derivadas de necessidade imperiosa em virtude de ocorrência de força maior. De outro lado, as prorrogações resultantes também de necessidade imperiosa, mas em virtude da realização ou conclusão de serviços inadiáveis ou cuja inexecução possa acarretar prejuízos manifestos. Finalmente, as prorrogações dirigidas à reposição de paralisações

empresariais decorrentes de causas acidentais ou de força maior, que tenham provocado a impossibilidade de prestação do trabalho.

Todas essas três hipóteses dilatórias correspondem a horas suplementares efetivamente *extraordinárias*, como já exposto logo acima. Por essa razão é que o texto celetista que as prevê teria sido recebido, harmonicamente, pela Constituição de 1988 (art. 7º, XIII e XVI). Existem divergências, contudo, a respeito, dado que há posições interpretativas no sentido de que a Constituição de 1988 teria eliminado qualquer possibilidade à prorrogação unilateral lícita de jornada. Remetemos o leitor às alíneas *c*, *d* e *e* anteriores (*Tipologia pela Causa da Prorrogação*), onde este debate se reproduz.

As *prorrogações pelo ato (ou vontade) bilateral das partes*, admitidas pelo Direito brasileiro anterior a 5.10.1988, abrangeriam duas modalidades, ambas referidas pelo art. 59 da CLT. Em primeiro lugar, a dilação em face de acordo de prorrogação de jornada (*caput* do art. 59). Em segundo lugar, a dilação em face de acordo de compensação de jornada (§ 2º do art. 59).

Fica registrado, entretanto, que, a contar do advento da nova Constituição da República, surgiu tese (muito consistente, a propósito) de que a figura da jornada meramente suplementar resultante de simples *acordo de prorrogação* não teria sido recebida pelo novo texto constitucional, já que os incisos XIII e XVI do art. 7º magno admitiriam apenas dois tipos de sobrejornada: a meramente suplementar, derivada de regime de compensação, e a suplementar efetivamente extraordinária. Embora haja forte dissensão doutrinária e jurisprudencial a respeito, fica o registro do debate — cujo conteúdo está exposto nos tópicos *Jornada Extraordinária e Jornada Suplementar e Acordo de Prorrogação de Jornada*, integrantes deste capítulo.

Fica, também, registrado que, a contar do surgimento da Constituição de 1988, ganhou prestígio a tese de que o acordo instaurador do regime de compensação de jornada não poderia ser meramente bilateral (ainda que escrito), impondo-se os instrumentos da negociação coletiva para pactuação da figura jurídica. Tal tese hoje eclipsou-se, em face das Orientações Jurisprudenciais 182 e 223 da SDI-I/TST e nova redação da Súmula 85, I e II (que advogam o mero acordo bilateral — escrito, obviamente). Porém, a tese preserva consistência jurídico-constitucional no tocante ao regime compensatório desfavorável, denominado *banco de horas*, hoje compreendido como passível somente de *pactuação coletiva* (Súmula 85, V, TST). A dissensão doutrinária e jurisprudencial a respeito do tema está exposta no item IV do presente Capítulo, sob o título “*Natureza das Normas Relativas à Jornada: Transação e Flexibilização*”, em especial em seu tópico *B) Flexibilização e Compensação de Jornada*, composto de distintas subdivisões.⁽⁵⁸⁾

(58) A Lei Complementar n. 150/2015, regendo a matéria quanto à categoria doméstica, autorizou a pactuação por simples acordo bilateral escrito tanto do regime de compensação

As *prorrogações por ato (ou vontade) coletivamente negociado* admitidas pelo Direito brasileiro abrangem todas as modalidades acatadas pela ordem jurídica. Ou seja, é válido discutir-se se o acordo bilateral pode (ou não) pactuar algum tipo de prorrogação. Mas não parece válido, em contrapartida, negar-se à negociação coletiva e seus instrumentos fixar regras jurídicas sobre qualquer dos critérios de prorrogações tidos como lícitos no Direito do País.

Assim, o título jurídico negocial coletivo pode pactuar a figura do regime compensatório, assim como também a figura do acordo de prorrogação de jornada (*caso se considere esta última figura compatível com a Constituição da República*).

Será válido também à negociação coletiva fixar regras jurídicas delimitadoras das condições de exercício do *jus variandi* empresarial nos casos de prorrogação por força maior, serviços inadiáveis e reposição de paralisações (as situações tipo aventadas pelo artigo 61 da CLT, em suma). É que, como se sabe, a negociação coletiva pode estabelecer regras mais favoráveis aos obreiros, restringindo prerrogativas legais estabelecidas em benefício dos empregadores.

C) Tipologia pelo Tempo Lícito de Prorrogação — Esta última tipologia considera, como elemento classificatório, o tempo lícito de prorrogação admitido pelo Direito brasileiro. Evidentemente que, se esse tempo máximo de prorrogação for ultrapassado, ingressar-se-á na dilação irregular de jornada de trabalho. A irregularidade na prorrogação não impede a incidência de todos os direitos trabalhistas para o empregado prestador de sobrejornada, mas pode gerar sanções administrativas específicas para o empregador faltoso (art. 75, CLT).

São cinco os tipos de prorrogação existentes, considerado o tempo regular permitido à dilação de jornada. Observada a ordem sequencial desses tipos, desde o tempo mais curto de prorrogação até o mais extenso, tem-se a seguinte curva ascendente: em primeiro lugar, a *prorrogação por regime compensatório de horas*, em sua modalidade padrão, autorizadora de uma dilação extra de duas horas diárias, caso submetido o obreiro à jornada padrão de 8 horas (ou outro sistema negociado intrasemanal ou intersemanas), *sem efetiva ampliação da jornada mensal do obreiro*.

clássico como também do próprio *banco de horas*. Contudo está-se diante de relação social e jurídica bastante singular, regida por diploma legal especialíssimo, circunstâncias que não permitem sua influência sobre a interpretação jurídica imperante nos demais campos do Direito do Trabalho. Já a Lei da Reforma Trabalhista (n. 13.467/2017), sem qualquer singularidade justificadora, permitiu a pactuação meramente bilateral escrita do banco de horas que realize a compensação “no período máximo de seis meses” (novo § 5º do art. 59 da CLT).

Registre-se que a alteração provocada pela Lei n. 9.601/98, conferindo nova redação ao § 2º do art. 59 da CLT (*banco de horas*), não atingiu esse limite tradicional do texto celetista. Também a nova redação do diploma consolidado fala em *limite máximo de dez horas diárias*.

Em segundo lugar, a *prorrogação para reposição de paralisações*, permissiva de uma dilação extra de duas horas diárias (caso incidente a jornada padrão de 8 horas), por 45 dias no ano (ou se se preferir, 10 horas laboradas ao dia, por 45 dias no ano). Essa modalidade permite ampliar-se a duração semanal do trabalho em até 12 efetivas horas extras, alcançando mais de 50 horas extras no mês, respeitada a fronteira máxima de 45 dias de sobretempo no ano.

Em terceiro lugar, a *prorrogação por acordo* (horas meramente suplementares) —, *caso se entenda a validade desta figura celetista em face da Constituição da República*. Observados os termos do preceito celetista (*caput* do art. 59, mantido pela Lei n. 9.601/98; novo texto do *caput* do art. 59 da CLT, inserido pela Lei n. 13.467/2017), é autorizada uma dilação extra de duas horas diárias, sem limitação temporal prévia no ano. Se se preferir, são 10 horas laboradas ao dia, sem limitação de dias laborados em sobretempo no respectivo ano — sempre a teor do texto celetista. Pela CLT, essa modalidade permite se ampliar a duração *semanal* do labor também em até 12 efetivas horas extras, alcançando mais de 50 horas extras no mês, sem específica fronteira máxima de dias de sobretempo no ano.⁽⁵⁹⁾

Em quarto lugar, a *prorrogação por necessidade imperiosa, para realização ou conclusão de serviços inadiáveis cuja inexecução possa acarretar prejuízo manifesto*. Tal modalidade autoriza uma dilação extra de quatro horas diárias e vinte e quatro horas na semana.

Não há *aparente* limitação temporal prévia para essa modalidade de prorrogação, no texto celetista, seja quanto à semana, mês ou ano. Contudo, essa limitação inequivocamente existe. É que é claramente *incompatível* com o fato ensejador desse tipo de dilação a continuidade demorada da “necessidade imperiosa” ou dos referidos “serviços inadiáveis”. Esta é uma modalidade absolutamente excepcional de prorrogação, quer em função de seus fundamentos (enfaticamente emergenciais e transitórios), quer em função da unilateralidade de sua origem e decisão, quer em função da extensão exagerada da dilação diária permitida. Tais parâmetros, iluminando a análise do caso concreto, fixam fronteiras temporais máximas a esse tipo de prorrogação no que tange aos dias ou semanas envolvidos.

(59) Conforme se percebe, o número de 50 horas extras por mês, ao longo do contrato de trabalho (cerca de 550 horas extras em 11 meses anuais, já deduzidas as férias), expressa a real dimensão da gravidade desse tipo de tese jurídica.

Em quinto lugar, a *prorrogação por necessidade imperiosa, decorrente de motivos de força maior*. Tal modalidade autoriza uma dilação extra sem aparente limitação temporal, quer no tocante ao dia laborado, quer no tocante aos demais parâmetros temporais existentes (semana, mês, ano). Contudo, obviamente, também aqui essa limitação inequivocamente existe. É que, em primeiro lugar, a prorrogação somente se justifica enquanto o “acontecimento inevitável”, tipificador da força maior, estiver produzindo a necessidade imperiosa de prestação de sobrejornada. Tal acontecimento pode provocar prejuízos de longo ou médio prazo à empresa ou estabelecimento; contudo, a sobrejornada somente se justifica, sob tal título, para *enfrentamento de problemas emergenciais resultantes da força maior* (“necessidade imperiosa”), e jamais como estratégia de enfrentamento das consequências de médio e longo prazo daquele evento prejudicial. A par disso, é inquestionável que essa é também uma modalidade absolutamente excepcional de prorrogação, quer em função de seus fundamentos (do mesmo modo enfaticamente emergenciais e transitórios), quer em função da unilateralidade de sua origem e decisão, quer em função da extensão exagerada da dilação diária permitida. Desse modo, todos esses parâmetros, iluminando, na mesma medida da modalidade anterior, a análise do caso concreto, fixam fronteiras temporais máximas a esse tipo de prorrogação no que tange aos dias ou semanas envolvidos.

Reitere-se, por fim, o que já foi ressaltado, logo acima, nesta obra: essa aparência de falta de limites não pode, é claro, conduzir a absurdos, uma vez que nenhum valor econômico suplanta a *dignidade da pessoa humana*, princípio máximo da ordem jurídica do País, além dos princípios constitucionais da inviolabilidade física e psíquica do direito à vida, do bem-estar individual e social, da segurança no sentido pessoal (ao invés de apenas patrimonial), a par de outros princípios constitucionais humanísticos e sociais. Desse modo, a sobrejornada não pode se extremar, atingindo aquilo que resulte em desrespeito à sensatez, à racionalidade, à razoabilidade e proporcionalidade, além do próprio respeito à higidez física e mental do prestador de serviços. Portanto, há limites a esse tipo de sobretrabalho, conferidos por uma conjugação lógica de princípios gerais do Direito, inclusive, da Constituição.

3. Efeitos da Jornada Extraordinária

Toda jornada extraordinária (exceto a resultante de regime de compensação) cumprida pelo obreiro no contrato será devida com sobrerremuneração específica — o adicional de horas extras (art. 7º, XVI, CF/88). As antigas hipóteses normativas concebidas pela CLT de prestação de trabalho extraordinário sem sobrerremuneração (caso das prorrogações por motivo de força

maior e para reposição de paralisações empresariais — art. 61) também já provocam a incidência do adicional, por força de leitura do disposto no art. 7º, XVI, da Constituição de 1988.

As horas extras recebidas habitualmente pelo obreiro (e seu respectivo adicional) integram seu salário para todos os fins, refletindo-se em parcelas trabalhistas (13º salário, férias com 1/3, FGTS, aviso-prévio — se for o caso, etc.) e parcelas previdenciárias (salário de contribuição).

No tocante aos reflexos em parcelas previdenciárias, são regra imperativa no que tange ao *salário de contribuição* do INSS (art. 201, § 11, CF/88: “*Os ganhos habituais do empregado, a qualquer título, serão incorporados ao salário para efeito de contribuição previdenciária e conseqüente repercussão em benefícios, nos casos e na forma da lei*”). Quanto à base de cálculo das *contribuições previdenciárias privadas*, também poderão sofrer a correspondente incidência, desde que se respeite o desconto previdenciário privado respectivo e a recomposição da *reserva matemática*, observadas as regras do regulamento previdenciário privado específico (consultar, nesta linha, a diretriz fixada pela OJ 18, I, da SDI-I do TST, em sua nova redação de maio de 2011).

Se não houver, entretanto, habitualidade na prestação de sobretrabalho, não ocorrerá essa integração contratual da parcela recebida.

As horas extras e seu adicional têm caráter de *salário condição*, conforme jurisprudência hoje dominante (o Enunciado 76 que expressava entendimento contrário foi, desde 1989, *revisado* pelo Tribunal Superior do Trabalho — Resolução 01/89, publicada em 14.4.1989). Isso significa que tais verbas podem ser suprimidas, caso efetivamente desaparecido o trabalho extraordinário (Súmula 291, TST, que produziu revisão do antigo Enunciado 76). A Súmula 291, entretanto, prevê uma *indenização* pela supressão das horas extras e adicional habituais.

A indenização da Súmula 291, a propósito, corresponde ao valor de *um mês* das horas suprimidas (com adicional, é claro) para *cada ano de prestação de serviços acima da jornada normal* (ou fração igual ou superior a seis meses). A indenização incidirá quer na *supressão total*, quer na *supressão parcial* de horas extras.

A jurisprudência já pacificou que 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” (Súmula 264, TST; grifos acrescidos). Isso significa que a base de cálculo da remuneração da sobrejornada já incluirá outros adicionais recebidos pelo obreiro (inclusive o de insalubridade ou periculosidade, que têm, segundo a jurisprudência dominante, base de cálculo

mais restrita)⁽⁶⁰⁾. No caso dos portuários, entretanto, tem prevalecido entendimento de que norma jurídica especial (Lei n. 4.860, de 1965) fixa critério mais restrito de cálculo das horas extras, sem incorporação dos adicionais de risco e produtividade no salário básico recebido (ex-OJ 61 e nova redação da OJ 60, SDI-I/TST).

O adicional de horas extras mínimo no Direito brasileiro, hoje, é de 50% (art. 7º, XVI, CF/88, revogando antigo percentual do art. 59, § 1º, CLT), salvo índice mais favorável previsto em regra jurídica especial (inclusive coletiva negociada) ou, até mesmo, em cláusula de contrato, inclusive regulamento de empresa⁽⁶¹⁾.

IX. TRABALHO EM REGIME DE TEMPO PARCIAL

A inserção do trabalho em regime de tempo parcial, nos moldes regulados pelo art. 58-A da CLT, despontou no País em 1998, embora, informalmente, já se pudesse celebrar contratos de trabalho com duração laborativa inferior a oito horas ao dia e 44 horas na semana.

Como a regulação implantada em 1998 foi alterada, em significativa medida, pela Lei n. 13.467/2017, o presente estudo será desdobrado em dois itens, em conformidade com o diploma jurídico de regência do trabalho em regime de tempo parcial: o item 1, em suas alíneas A, B e C, tratará da regência normativa oriunda da década de 1990; o item 2, por sua vez, tratará da regência normativa inserida pela Lei n. 13.467/2017.

1. Regência Normativa Provinda da Década de 1990

O Direito do Trabalho sempre permitiu a pactuação de *jornada parcial de trabalho* no mercado laborativo do País ou a *duração semanal reduzida* (com jornada diária padrão, em menor número de dias na semana). Por essa razão, a figura regulada pela Medida Provisória n. 1.709, de 6.8.1998,

(60) No tocante à base de cálculo do adicional de insalubridade (art. 192 da CLT), a jurisprudência trabalhista dominante até 2008 sufragava o *salário mínimo*, em face da literalidade do art. 192 da CLT (antiga OJ n. 2 da SDI-I do TST; antiga redação da Súmula 228, TST). Com o surgimento da Súmula Vinculante n. 4 do STF, editada em maio de 2008, vedando a utilização do salário mínimo como indexador, inferiu-se a necessidade de aplicação da base de cálculo mais próxima, o salário básico, por incidência analógica do art. 193, § 1º, da mesma CLT (nessa linha, o subsequente texto da Súmula 228, aprovado em junho de 2008). Entretanto, assim não compreendeu o STF, por meio de medida liminar, fazendo prevalecer, indefinidamente, até o surgimento de lei federal noutra direção, o próprio salário mínimo como base de cálculo do adicional de insalubridade.

(61) DELGADO, Mauricio Godinho. *Salário* — Teoria e Prática. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, Capítulo IX, item 4.4.

e medidas provisórias subsequentes (MP n. 1.709-1, de 3.9.1998, e outras, como MP n. 1.952-23, de 27.4.2000, e MP n. 2.164-41, de 24.8.2001) não é inteiramente *inovadora*, em sua essência⁽⁶²⁾.

De fato, as garantias trabalhistas concernentes à duração do trabalho que foram construídas ao longo da História têm buscado restringir fundamentalmente a utilização *máxima* da força de trabalho (no dia e semana, principalmente), não inviabilizando, é claro, seu uso moderado ou pouco intenso. É o que se percebe, por exemplo, nas regras legais que estipulam duração máxima para o labor a cada dia (ou duração semanal máxima), não proibindo, em contraponto, duração reduzida com vantagens trabalhistas proporcionalmente ajustadas. Nessa linha, a ideia prevalecente de fixação do salário obreiro em função de parâmetros temporais distintos (hora, dia ou mês) é funcional, exatamente por permitir o cálculo das verbas trabalhistas em comparação com as horas pactuadas de labor (por exemplo, jornada de 5 horas, correspondendo a uma duração mensal do trabalho de 150 horas, já incluídos os dias de descanso semanal remunerado — tudo isso com salário horário, diário e mensal equivalentes).

Naturalmente que esses formatos distintos para a duração diária, semanal e mensal do trabalho dentro do padrão jurídico empregatício têm de se ajustar aos preceitos constitucionais mais elevados existentes, que preponderam sobre a criatividade legal, negocial coletiva (CCT ou ACT) ou meramente contratual. Nesse sentido, reflexão importante e específica tem de ser apresentada com relação ao *salário mínimo legal*, expressamente fixado no art. 7º, IV, da Constituição da República, norma que se situa ao lado do firme compromisso constitucional de “garantia de salário, nunca inferior ao mínimo, para os que percebem remuneração variável” (art. 7º, VII, da CF/88).

Conforme foi exposto no Capítulo XXXII, retro, em seu item II.3 (“3. Patamar Salarial Mínimo Imperativo”), a Constituição da República Federativa do Brasil vinculou o salário mínimo ao objetivo de ser “capaz de atender” (às) “necessidades vitais básicas” (do trabalhador) “e às de sua família” (art. 7º, IV, CF), em contraponto à CLT que falava apenas em “necessidades normais” exclusivamente do trabalhador (art. 76). A Constituição ampliou, ademais, de modo significativo, o rol de necessidades vitais básicas do trabalhador e sua família a serem atendidas pelo salário mínimo legal, em comparação com a CLT (que se referia apenas a alimentação, habitação, vestuário, higiene e transporte). Pela nova Constituição, as necessidades vitais contempladas passaram a ser as seguintes: “moradia, alimentação, educação, saúde, lazer,

(62) A MP n. 2.164-4, de 24.8.2001, teve sua vigência, *indeterminada* como se sabe, pelo art. 2º da Emenda Constitucional n. 32, de 11.9.2001.

vestuário, higiene, transporte e previdência social” (art. 7º). Agregue-se que grande parte dessas necessidades vitais básicas inerentes ao salário mínimo (art. 7º, IV, CF) são tidas também como *direitos sociais fundamentais* pela própria Constituição de 1988 (art. 6º).

Nesse quadro, fica claro pelo texto constitucional (art. 7º, IV) que o atendimento a essas necessidades vitais básicas da pessoa humana empregada e de sua família somente pode ser efetivado por intermédio do *salário mínimo legal mensal*, porém não pela ideia meramente contábil de salário mínimo horário e/ou diário. Daí que a garantia constitucional expressa de “*salário, nunca inferior ao mínimo, para os que percebem remuneração variável*”, contida no art. 7º, VII, da CF apenas pode ser, de fato, cumprida mediante o pagamento do *salário mínimo legal mensal*, ao invés do salário reduzido em face de jornada reduzida, por cálculo contábil do salário diário ou horário respectivo. Nessa linha é que tem bem compreendido o Supremo Tribunal Federal (a respeito, observe-se a referência feita no inciso II da OJ n. 358 da SDI-1 do TST), embora a jurisprudência do TST ainda não tenha se adequado a essa específica compreensão (OJ n. 358, I, SDI-1 do TST).⁽⁶³⁾

Evidentemente que o salário mínimo legal mensal se trata apenas de um piso econômico e jurídico civilizatório. Dessa maneira, caso o salário mensal do empregado submetido a regime de tempo parcial de trabalho já esteja igual ou acima do salário mínimo legal nacional, não há que se falar em desrespeito ao compromisso e à garantia insculpidos no art. 7º, IV e VII, da Constituição da República.

Retomando-se o tema inicial, fica visível que os diplomas legais citados, iniciados em 1998 e se renovando até 2001 (Medidas Provisórias n. 1.709/1998 e seguintes), ao inserirem tais novos dispositivos na CLT (art. 58-A, § 4º do art. 59, art. 130-A e § 3º do art. 143), não criaram, pois, figura absolutamente *nova* no Direito do País. Contudo, à medida que tipificaram o trabalho em regime de tempo parcial, estabelecendo ainda algumas regras específicas não ainda previstas na CLT (como, por exemplo, o novo critério de cálculo da duração das férias dos obreiros inseridos no regime parcial), merecem análise mais circunstanciada.

(63) A partir de inúmeras decisões do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto, foi inserido na OJ n. 358 o inciso II, em fevereiro de 2016, com o seguinte e relevante texto interpretativo: “II — Na Administração Pública direta, autárquica e fundacional não é válida remuneração de empregado público inferior ao salário mínimo, ainda que cumpra jornada de trabalho reduzida. Precedentes do Supremo Tribunal Federal”. Como os incisos IV e VII do art. 7º da Constituição não discriminam, nesse aspecto (ou em qualquer outro, aliás), os empregados do segmento privado da economia e da sociedade, torna-se clara a necessidade de se conferir plena efetividade, *para todos os empregados brasileiros*, às garantias e direitos lavrados nos incisos IV e VII do art. 7º da Constituição da República.

A) Trabalho em Regime de Tempo Parcial: tipificação

O trabalho em regime de tempo parcial, pelas regras inseridas na Consolidação na década de 1990 (art. 58-A, CLT), é tipificado como “aquele cuja duração *não exceda* a vinte e cinco horas *semanais*” (grifos acrescidos). O tipo legal celetista passa a ter limites máximos precisos: 25 horas semanais.

Isso significa que um contrato com duração semanal de labor de 30 horas — portanto, abaixo do padrão vigente no País, 44 horas, mas acima do tipo legal do art. 58/A da CLT — não se submete às regras restritivas de direitos estabelecidas pelos diplomas normativos mencionados (por exemplo, redução dos dias de férias anuais).

Note-se que o regime de tempo parcial tipificado na CLT existe somente com respeito a obreiros naturalmente inseridos na jornada padrão de 8 horas ao dia e correspondente módulo de 44 horas na semana — mas que, singularmente, sejam contratados para duração de labor até 25 horas semanais. O regime mencionado não abrange, é óbvio, empregados que tenham jornada especial reduzida por força de norma jurídica própria (ilustrativamente, jornalistas profissionais e radialistas — estes do setor de autoria e locução —, todos com duração diária de trabalho de 5 horas). É que nestes casos a jornada foi reduzida pela lei em vista do trabalho especialmente desgastante de tais profissionais —, o que não ocorre na situação aventada pelo regime de tempo parcial.

Esclareça-se, ademais, que a então lei nova não eliminou o antigo critério geral de cálculo de valores trabalhistas, segundo a proporção horas laboradas/salário devido. Seguramente que não — sob pena de se ter criado profunda irracionalidade no Direito do Trabalho. Logo, em uma categoria que tenha 44 horas como o padrão semanal de labor, a pactuação de 30 horas semanais em certo contrato assegura o respeito ao salário-hora da categoria para o respectivo obreiro, e não exatamente ao salário padrão mensal. Portanto, o critério do § 1º do art. 58-A da CLT (“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”) aplica-se, na verdade, a qualquer tipo de jornada *contratualmente* reduzida.

Há um aspecto relevante, por fim, na caracterização do tipo legal regulado pelos diplomas normativos citados: ali se fala apenas no parâmetro *semanal* de duração do trabalho, omitindo-se referência ao parâmetro *diário* (labor “...*cuja duração não exceda a vinte e cinco horas semanais*” — enfatiza a nova ordem jurídica). Isso significa que um contrato de tempo parcial à base de 24 horas semanais pode ser cumprido seja através de jornadas de quatro horas (durante seis dias na semana), como também através de jornadas mais amplas, de oito horas por exemplo (laborando-se, em consequência, somente três dias ao longo de toda a semana).

B) Efeitos do Regime de Tempo Parcial

A figura em exame submete-se a certas regras jurídicas específicas. Tratam elas da *proporcionalidade salarial*, do sistema de *férias anuais remuneradas* e da vedação dirigida à *extrapolação da jornada laborativa pactuada*. Passa-se à análise dessas regras específicas.

No tocante à *proporcionalidade salarial*, trata-se de efeito jurídico clássico a qualquer sistema de jornada contratualmente reduzida, cujo salário seja estimado à base horária — conforme já exposto. Aqui, inclusive, não há efetiva inovação legal em face da ordem jurídica anterior a agosto de 1998. De todo modo, o novo art. 58-A, § 1º, da CLT, dispõe que 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”.

No tocante às *férias anuais remuneradas*, dispõe o novo art. 130-A, da CLT, que a duração deste instituto relativamente aos obreiros submetidos a regime de tempo parcial será menor do que o padrão temporal estabelecido para os demais trabalhadores (ou seja, 30 dias: art. 130, CLT). Tal prazo será de *18 dias*, para duração laborativa semanal superior a 22 horas e até 25 horas; *16 dias*, para duração laborativa semanal superior a 20 horas e até 22 horas; *14 dias*, para duração laborativa semanal superior a 15 horas e até 20 horas; *12 dias*, para duração laborativa semanal superior a 10 horas até 15 horas; *10 dias*, para duração laborativa semanal superior a 5 horas até 10 horas; finalmente, *8 dias*, para duração do labor semanal igual ou inferior a 5 horas.

Dispõe o parágrafo único do art. 130-A, da CLT, que a ocorrência de mais de *7 faltas injustificadas* obreiras no respectivo período aquisitivo implicará a redução das férias à *metade*. Quer isso dizer que a tabela redutora do lapso de férias estipulada pelo art. 130 da CLT (redução gradativa em vista do número de faltas) não se aplica às situações de regime de trabalho em tempo parcial até 25 horas semanais.

Fixa, ainda, o § 3º do art. 143, da CLT, que a conversão pecuniária de 1/3 do período de férias (o chamado *abono pecuniário* ou *abono celetista de férias*) não se aplica aos empregados sob regime de tempo parcial (evidentemente que o terço constitucional sobre o valor das férias aplica-se, indubitavelmente, a tais trabalhadores). Ou seja, tais trabalhadores têm de gozar efetivamente suas férias, não as podendo converter parcialmente em dinheiro.

Note-se, por fim, que a Medida Provisória primitiva (n. 1.709, de 6.8.98) estipulava que não seria permitido o “*parcelamento das férias em dois períodos*” (art. 4º, § 1º), podendo, contudo, o empregador “*incluir os empregados contratados a tempo parcial nas férias coletivas que conceder aos demais empregados*” (art. 4º, § 2º, MP n. 1.709/98). As duas referências normativas

não foram mais repetidas nas dezenas de medidas provisórias subsequentes. Disso resultam duas repercussões jurídicas. Em primeiro lugar, fica mantido o critério proibitivo de parcelamento das férias individuais dos trabalhadores submetidos a regime especial de jornada, dado que uma das parcelas resultantes seria necessariamente menor do que 10 dias corridos (o que afrontaria o disposto nos artigos 134, § 1º, e 139, § 1º, da mesma Consolidação). Em segundo lugar, fica mantida também a permissão de enquadramento destes trabalhadores nas férias coletivas empresariais, em face da compatibilidade de institutos jurídicos (art. 139, CLT).

No tocante à *extrapolação da jornada laborativa obreira*, dispõe o § 4º do art. 59 da CLT (inserido pelas mencionadas medidas provisórias, a contar da n. 1.709-1, de 1998) que os “empregados sob o regime de tempo parcial não poderão prestar horas extras” (grifo acrescido).

C) Alteração Contratual para o Regime de Tempo Parcial

As alterações redutoras da duração do trabalho decorrentes de ato unilateral do empregador ou bilateral das partes somente serão lícitas, regra geral, *se não produzirem qualquer correspondente diminuição no salário do empregado* (conjugação do art. 468, *caput*, CLT, com o art. 7º, VI, da Constituição, a par do princípio jurídico da inalterabilidade contratual lesiva).

Conforme já exposto, existiria apenas uma rara exceção a essa regra geral, dada pela circunstância de ter sido a redução laborativa pleiteada pelo obreiro em decorrência de seu *específico e comprovado interesse extracontratual*. Mesmo assim, o ônus da prova da efetiva existência desse interesse privado extracontratual obreiro será do empregador (art. 818, CLT; art. 333, II, CPC-1973; art. 373, CPC-2015).

A Medida Provisória n. 1.709, de 6.8.1998, que iniciou a regulação do novo regime de labor em tempo parcial, tentou permitir, contudo, a redução da duração do trabalho e redução de salários por simples ato bilateral das partes — o que, concretamente, abria largo canal à pura e simples prática redutora *imposta* no âmbito do contrato. De fato o art. 5º da referida MP n. 1.709/98 estipulava que a adoção do regime de tempo parcial seria feita “mediante *opção* dos atuais empregados, manifestada perante a empresa” (grifo acrescido). Com isso, abria gravíssima ressalva aos princípios da inalterabilidade contratual lesiva e intangibilidade de salários (art. 7º, VI, CF/88). As críticas imediatamente lançadas ao censurável intento fizeram com que o legislador presidencial já alterasse o texto normativo no diploma provisório subsequente, impondo o requisito prévio da *negociação coletiva* para a validação da mudança (art. 58-A, § 2º, CLT, conforme redação da Medida Provisória n. 1.709-1, de 3.9.1998 — e diplomas provisórios subsequentes,

inclusive n. 1.952-23, de 27.4.2000, e 2.164-41, de 24.8.2001). Requer-se, pois, “opção manifestada perante a empresa, na forma prevista em instrumento decorrente de negociação coletiva”.

Portanto, a presente alteração contratual somente poderá se fazer caso permitida por instrumento negocial coletivo, e na forma neste estipulada.

2. Regência Normativa Inserida pela Lei n. 13.467/2017

A Lei da Reforma Trabalhista alterou, de modo relativamente amplo, a regência normativa do contrato em regime de tempo parcial regulado pelo art. 58-A da CLT. Eis a nova redação do art. 58-A da Consolidação, já incorporadas as mudanças feitas pela Lei n. 13.467/2017:

“Art. 58-A. Considera-se trabalho em regime de tempo parcial aquele cuja duração não exceda a trinta horas semanais, sem a possibilidade de horas suplementares semanais, ou, ainda, aquele cuja duração não exceda a vinte e seis horas semanais, com a possibilidade de acréscimo de até seis horas suplementares semanais. *(Redação conforme Lei n. 13.467/2017)*.

§ 1º 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. *(Redação conforme Medida Provisória n. 2.164-41/2001)*.

§ 2º 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. *(Redação conforme Medida Provisória n. 2.164-41/2001)*.

§ 3º As horas suplementares à duração do trabalho semanal normal serão pagas com o acréscimo de 50% (cinquenta por cento) sobre o salário-hora normal. *(Redação conforme Lei n. 13.467/2017)*.

§ 4º Na hipótese de o contrato de trabalho em regime de tempo parcial ser estabelecido em número inferior a vinte e seis horas semanais, as horas suplementares a este quantitativo serão consideradas horas extras para fins do pagamento estipulado no § 3º, estando também limitadas a seis horas suplementares semanais. *(Redação conforme Lei n. 13.467/2017)*.

§ 5º As horas suplementares da jornada de trabalho normal poderão ser compensadas diretamente até a semana imediatamente posterior à da sua execução, devendo ser feita a sua quitação na folha de pagamento do mês subsequente, caso não sejam compensadas. *(Redação conforme Lei n. 13.467/2017)*.

§ 6º É facultado ao empregado contratado sob regime de tempo parcial converter um terço do período de férias a que tiver direito em abono pecuniário. *(Redação conforme Lei n. 13.467/2017)*.

§ 7º As férias do regime de tempo parcial são regidas pelo disposto no art. 130 desta Consolidação.” *(Redação conforme Lei n. 13.467/2017)*.

Em conjugação com essa nova redação conferida a distintos preceitos do art. 58-A da CLT pelo art. 1º da Lei da Reforma Trabalhista, o art. 5º dessa mesma Lei n. 13.467/2017 também revogou o § 4º do art. 59 da Consolidação.

Cabe lembrar que o dispositivo revogado enfatizava a seguinte regra: “§ 4º Os empregados sob o regime de tempo parcial não poderão prestar horas extras”.

O novo formato jurídico fixado pela Lei n. 13.467/2017 para o trabalho em regime de tempo parcial é mais abrangente do que o anterior.

Efetivamente, em conformidade com a Lei da Reforma Trabalhista (novo *caput* do art. 58-A da CLT), passam a existir dois modelos de regime de trabalho em tempo parcial: o primeiro modelo diz respeito àquele regime cuja duração não exceda a *30 horas semanais* (neste caso, foi ampliado o limite máximo de 25 horas, constante do texto anterior do art. 58-A da CLT). Fica óbvio que, neste primeiro modelo, não há a possibilidade de horas suplementares semanais (novo *caput* do art. 58-A da CLT).

O segundo modelo do regime de trabalho em tempo parcial diz respeito àquele cuja duração não exceda *26 horas semanais*. Nesse modelo, contudo, fica clara “a possibilidade de acréscimo de até seis horas suplementares semanais” (novo *caput, in fine*, do art. 58-A da CLT). Essas horas suplementares serão pagas, evidentemente, com o adicional de 50% sobre o salário-hora normal (novo § 3º do art. 58-A da CLT). Na prática, nesse segundo modelo, o empregado pode trabalhar até 32 horas semanais, sendo 26 horas a duração contratual padrão e mais seis horas suplementares.

Esclarece o novo texto legal (§ 4º do art. 58-A da CLT) que, sendo o regime de tempo parcial estabelecido em número inferior a 26 horas (por exemplo, 20 horas por semana), as horas suplementares também serão pagas com o adicional de 50%, ficando, igualmente, limitadas ao máximo de seis horas por semana.

Para o novo dispositivo legal (art. 58-A, § 5º, CLT), as horas suplementares da jornada de trabalho normal poderão ser compensadas diretamente até a semana imediatamente posterior à da sua execução. Naturalmente que, por interpretação lógica, sistemática e teleológica, tais horas suplementares poderão também ser objeto de compensação durante a semana imediatamente anterior à da sua execução.

Caso essas horas suplementares não sejam compensadas, seu pagamento em pecúnia deverá ser realizado na folha de pagamento do mês subsequente (§ 5º do art. 58-A da CLT).

A Lei da Reforma Trabalhista eliminou a tabela especial de férias do trabalho em regime de tempo parcial, que constava do art. 130-A da CLT. Essa tabela especial era, de fato, gravemente desfavorável ao trabalhador, tendo sido corretamente revogada pelo art. 5º, I, “e”, da Lei n. 13.467/2017. Passa a ser aplicável, portanto, ao trabalho em regime de tempo parcial a tabela padrão constante do art. 130 da CLT (novo § 7º do art. 58-A da CLT).

Estende a nova lei ao empregado contratado sob regime de tempo parcial a faculdade de converter “um terço do período de férias a que tiver direito em

abono pecuniário” (novo § 6º do art. 58-A da CLT). Trata-se também de medida correta, pois coerente com a incidência da nova tabela padrão de férias para tal tipo de contrato, idêntica à tabela padrão aplicável a todos os demais empregados (art. 58-A, § 7º, CLT).

Por fim, aplicam-se à nova regência normativa do trabalho em regime de tempo parcial as mesmas garantias constitucionais já explicitadas neste item IX: a garantia do salário mínimo legal nacional mensal, ainda que fixada duração reduzida do trabalho em decorrência de cláusula contratual. A esse respeito, reporta-se o leitor, neste instante, ao texto lançado no item IX.1, retro, deste Capítulo XXIII (“1. *Regência Normativa Provinda da Década de 1990*”).

X. JORNADA NOTURNA

A prestação de trabalho pode concretizar-se, em princípio, em qualquer fase do dia ou da noite. Contudo, a prestação noturna de trabalho é, obviamente, mais desgastante para o trabalhador, sob o ponto de vista biológico, familiar e até mesmo social.

De fato, o trabalho noturno provoca no indivíduo agressão física e psicológica intensas, por supor o máximo de dedicação de suas forças físicas e mentais em período em que o ambiente físico externo induz ao repouso. Somado a isso, ele também tende a agredir, com substantiva intensidade, a inserção pessoal, familiar e social do indivíduo nas micro e macrocomunidades em que convive, tornando especialmente penosa para o obreiro a transferência de energia que procede em benefício do empregador.

Por essas razões o Direito do Trabalho sempre tendeu a conferir tratamento diferenciado ao trabalho noturno, em contrapartida ao trabalho realizado durante o dia. Esse tratamento diferenciado abrange, regra geral, duas dimensões: de um lado, um conjunto de restrições à própria prestação do trabalho no turno da noite (de que é exemplo mais expressivo a vedação a labor noturno de menores de 18 anos). De outro lado, o favorecimento compensatório no cálculo da jornada noturna (através da redução ficta da hora noturna, por exemplo), e/ou o favorecimento compensatório no cálculo da própria remuneração devida àquele que labora à noite (mediante o pagamento de um adicional específico, por exemplo).

1. *Parâmetros da Jornada Noturna*

O conceito de noite, para a física, situa-se na ideia concernente ao lapso temporal diário terrestre não iluminado pela luz solar; ou o “espaço de tempo em que o Sol está abaixo do horizonte”⁽⁶⁴⁾.

(64) FERREIRA, Aurélio Buarque Holanda. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, p. 1196-1197.

O Direito do Trabalho, contudo, por distintas razões, tende a restringir o conceito de noite, de modo a não abranger, integralmente, todo o lapso temporal em que a luz solar se esconda abaixo do horizonte. Em primeiro lugar, visando a encontrar parâmetro que se preserve imutável ao longo do ano, independentemente das variações cíclicas anuais por que passa a extensão do dia e da noite (como se sabe, as noites, no verão, são mais curtas do que no inverno). Em segundo lugar, por compreender que os intensos desgastes que justificariam tratamento jurídico especial compensatório ao trabalho noturno não se apresentam, com a mesma intensidade, nas diversas fases da noite. Em terceiro lugar, por inegáveis razões econômico-empresariais, como mecanismo voltado a não encarecer, sobremaneira, o preço da força de trabalho contratada em toda a extensão do real trabalho noturno.

O Direito brasileiro estabelece fronteiras distintas na delimitação da jornada noturna *urbana* em face da jornada noturna *rural*.

Para a CLT a jornada noturna urbana compreende o lapso temporal situado entre 22:00 horas de um dia até 5:00 horas do dia seguinte (art. 73, § 2º, CLT). Essa jornada noturna urbana abrange, contudo, 8 (oito) horas jurídicas de trabalho (e não 7, como aparente), já que a CLT considera a hora noturna urbana menor do que a hora diurna (hora ficta noturna), composta de 52'30" (e não 60') — art. 73, § 1º, CLT.

Para a Lei de Trabalho Rural a jornada noturna será distinta, conforme a atividade realizada no campo. Em atividades de *lavoura*, estende-se a jornada noturna de 21:00 horas de um dia até 5:00 horas do dia seguinte. Em atividades de *pecuária*, estende-se a jornada noturna rural de 20:00 horas de um dia até 4:00 horas do dia seguinte (art. 7º, Lei n. 5.889/73). Observe-se que essas jornadas noturnas rurais diferenciadas abrangem efetivas 8 (oito) horas de trabalho, não prevendo a Lei n. 5.889/73 a existência de hora ficta noturna para o rurícola.

A jornada noturna dos portuários, regulada pela Lei n. 4.860/1965, também é distinta — e muito mais favorável: de 19:00 às 7 horas da manhã (OJ 60, I, SDI-I/TST).

Os empregados domésticos, por várias décadas, não foram contemplados por jornada noturna tipificada (ver silêncio normativo dos textos jurídicos da Lei n. 5.859, de 1972, e do próprio parágrafo único do art. 7º da Constituição, em sua versão original; ver também art. 7º, “a”, da CLT). A EC n. 72, publicada em 3 de abril de 2013, buscou alterar essa tradição, referindo-se à regulação do trabalho noturno para a categoria (novo texto do parágrafo único do art. 7º da CF). Entretanto, o novel preceito magno remeteu a eficácia jurídica dessa extensão normativa à vigência de lei reguladora específica — a qual somente foi editada em 2015 (LC n. 150, publicada em 2.6.15). Assim, pela LC n. 150/2015, o trabalho noturno doméstico, a contar de 2.6.2015, também se estende das 22 horas de um dia até às cinco horas do dia seguinte (art. 14, *caput*).

2. Efeitos Jurídicos da Jornada Noturna

A posição do Direito do Trabalho perante o labor prestado à noite caminha em duas direções diferenciadas, mas combinadas, conforme já se apontou: de um lado, na direção restritiva da prestação do trabalho noturno; de outro, se efetivamente prestado o trabalho em tais circunstâncias, na direção ampliativa das vantagens jurídicas derivadas dessa prestação. Esta segunda direção comporta, assim, os denominados efeitos jurídicos da jornada noturna.

O trabalho prestado à noite sofre regência normativa distinta, como visto, em conformidade com o enquadramento urbano ou rural da relação de emprego. Existe ainda, por outro lado, certa legislação especial, dirigida a empregados vinculados à área petrolífera e conexas, conferindo regência também algo diferenciada ao trabalho noturno prestado no âmbito das respectivas categorias ou setores. Observe-se, entretanto, que a diversidade normativa mencionada tem claros limites: é que a sobre remuneração do trabalho noturno, em contraponto com o diurno, não pode deixar de ser concretizada pela ordem jurídica, em virtude de resultar de comando constitucional expresso. De fato, diz o art. 7º, IX, da Constituição de 1988 que é direito dos trabalhadores a “remuneração do trabalho noturno superior à do diurno” (na verdade, já desde a Constituição de 1946 estabelecia-se critério de ser o “salário do trabalho noturno superior ao do diurno” — art. 157, III, CF/46).

O *trabalho noturno urbano* recebe duplo efeito da ordem jurídica: no tocante à própria extensão da jornada e no tocante à remuneração do período laborado ou à disposição. No tocante à extensão da jornada, sabe-se que a CLT instituiu a denominada *hora ficta noturna*, composta de 52 minutos e 30 segundos, como medida componente da jornada noturna urbana. Esta regência especial, instituidora da hora noturna reduzida, já produz uma consequente sobre remuneração sobre o efetivo período noturno trabalhado, em comparação a idêntico período laborado durante o dia. Ao lado dessa sobre remuneração indireta, a ordem jurídica prevê, ainda, uma sobre remuneração direta e distintiva, consubstanciada em um adicional incidente sobre cada hora ficta ou fração laborada à noite. Esse adicional noturno é de 20% sobre o valor da hora ou fração trabalhada (art. 73, *caput*, CLT).

O *trabalho noturno rural* recebe, entretanto, efeito singelo da ordem jurídica. É que a Lei de Trabalho Rural não prevê a figura da hora ficta noturna, deferindo como tratamento diferenciado apenas a incidência de uma sobre remuneração ao período de trabalho prestado à noite em atividades rurais (agricultura ou pecuária). O adicional noturno rural é, contudo, mais elevado do que o urbano, correspondendo a 25% de acréscimo sobre a “remuneração normal” do período laborado (parágrafo único do art. 7º, Lei n. 5.889/73). Há,

pois, certa ponderação compensatória tomada em conta pela Lei do Rurícola: hora noturna de 60 minutos (ao invés de 52'30"), porém com adicional maior do que o previsto para os trabalhadores urbanos (25%, e não 20%).

O *trabalho noturno portuário* recebe também efeito singelo da ordem jurídica (Lei n. 4.860/65; art. 73, *caput*, CLT; OJ 60, SDI-I/TST): não se prevê hora ficta, mas simples adicional de 20%. Em compensação, a extensão da jornada noturna é bastante favorável (de 19:00 às 7:00), respeitadas, é claro, as durações-padrão constitucionais (oito horas ao dia ou, pelo menos, 44 semanais)⁽⁶⁵⁾.

O *trabalho noturno na área petrolífera e conexa* também tem regência especial. É que a Lei n. 5.811, de 1972, regulamentou a jornada, intervalos e repousos nas relações empregatícias vinculadas às atividades de exploração, perfuração, produção e refinação de petróleo, industrializados do xisto, indústria petroquímica e transporte de petróleo e seus derivados por meio de dutos (art. 1º, Lei n. 5.811). A teor desse diploma, o efeito jurídico deferido ao trabalho noturno seria também singelo: incidiria em tais situações empregatícias apenas a sobre remuneração decorrente do adicional noturno, sem aplicação da figura da hora ficta (art. 3º, Lei n. 5.811/72; Súmula 112, TST). O adicional a que se reporta o diploma normativo especial é o mesmo da CLT, ou seja, 20% sobre o salário normal (art. 3º, I, Lei n. 5.811/72).

No tocante ao *trabalho em turnos ininterruptos de revezamento*, a jurisprudência anterior à Constituição de 1988 já pacificara que, nos períodos laborados à noite, incidiria em benefício do trabalhador tanto o adicional noturno como a hora ficta noturna celetista (Súmulas 213 e 214, STF; antigo Enunciado 130, TST), tendo-se por inconstitucional a discriminação contida no *caput* do art. 73, da CLT. Evidentemente que essa compreensão jurisprudencial não invalidava a regência especial criada por regras especiais (ausência de hora ficta nos casos do rurícola e do trabalhador no setor de petróleo e conexos); apenas impedia a discriminação celetista entre os próprios empregados urbanos.

Ao criar a Constituição de 1988 jornada especial para o trabalho em turnos ininterruptos de revezamento (seis horas por dia), reabriu-se, de certo modo, o debate acerca da aplicação (ou não) da hora ficta noturna no cálculo dessa jornada especial.

Mas não há como a posição restritiva prosperar, uma vez que o labor à noite permanece, também em tais casos (e aqui talvez até em maior nível),

(65) A Lei n. 4.860/65 não menciona adicional; contudo, em face da determinação maior de ser a remuneração do trabalho noturno *superior* à do diurno (art. 7º, IX, CF/88), e não havendo hora ficta, há de prevalecer o adicional padrão de 20% (art. 73, *caput*, CLT). Claro que leis especiais podem fixar índice diferente (a Lei n. 7.002/82, por exemplo, fala em adicional noturno "... de até 50%..."). A par disso, comumente a matéria é tratada por negociação coletiva (a respeito, ver Lei n. 8.630/93, art. 22, e Lei n. 12.815/13, art. 36).

mais desgastante do que o labor durante o dia, ensejando tratamento jurídico compatível. Além disso, os fundamentos que deram suporte às leituras jurisprudenciais das Súmulas 213 e 214, do STF, e antigo Enunciado 130, do TST, mantêm-se válidos, em face da nova Constituição (art. 7º, IX, CF/88).

Da mesma maneira, em *jornadas de plantão noturnas* (12 X 36 horas, por exemplo) permanece imperativa a incidência da regra constitucional concernente à remuneração do trabalho noturno superior à remuneração do trabalho diurno (art. 7º, IX, CF/88). A propósito, tem sido comum à negociação coletiva, nesses casos, estender a duração horária para 60 minutos (ao invés da hora ficta reduzida do art. 73, § 1º, CLT), porém com adicional noturno significativamente superior aos 20% do art. 73, *caput*, da CLT (35%, 40% ou 50%, ilustrativamente), preservando, desse modo, o diferencial determinado pela Constituição e pelo diploma legal trabalhista. Tal conduta da negociação coletiva trabalhista mostra-se técnica e equilibrada, flexibilizando, de maneira adequada (princípio da adequação setorial negociada), esse aspecto da ordem jurídica.

A Lei da Reforma Trabalhista, ao regular a matéria (art. 59-A, *caput* e parágrafo único, CLT, conforme Lei n. 13.467/2017), estipulou que, nessa jornada 12 X 36 horas, deverão incidir os seguintes critérios: a) “serão observados ou indenizados os intervalos para repouso e alimentação” (art. 59-A, *caput*, *in fine*); b) a remuneração mensal pactuada pelo horário de trabalho (12 horas) “abrange os pagamentos devidos pelo descanso semanal remunerado e pelo descanso em feriados” (art. 59, parágrafo único, CLT); c) “serão considerados compensados os feriados e as prorrogações de trabalho noturno, quando houver, de que tratam o art. 70 e o § 5º do art. 73 desta Consolidação.” (Art. 59, parágrafo único, CLT).

Observe-se que o silêncio legal sobre o adicional noturno e a hora ficta noturna nas jornadas de plantão cumpridas à noite (por exemplo, de 19:00 às 07:00) evidencia que, nesse aspecto, o novo diploma legal respeitou o comando fixado no art. 7º, IX, da Constituição (“remuneração do trabalho noturno superior à do diurno”), preservando a incidência do art. 73, *caput* e § 1º, da CLT — que tratam dessas duas verbas. Apenas se houver negociação coletiva trabalhista, flexibilizando a hora ficta em favor dos 60 minutos, em contraponto a um adicional noturno mais favorável, é que se pode considerar cumprido o disposto no art. 7º, IX, da Constituição.⁽⁶⁶⁾

No tocante ao *trabalho noturno que decorra da natureza da atividade da empresa* (ilustrativamente, empresas de energia elétrica, de telefonia e

(66) Com respeito à compensação dos feriados — que não parece tecnicamente cabível —, consultar o Capítulo XIV deste Curso, em seu item III.B.c (“Remuneração do Dia de Descanso Efetivamente Trabalhado”).

outras), a jurisprudência já pacificou que incidem, plenamente, todas as regras trabalhistas protetivas, sem qualquer tratamento discriminatório em face de outros trabalhadores. Desse modo, aplicam-se em favor do empregado urbano, pelo período de trabalho noturno, tanto o adicional de 20%, como o critério de cômputo da chamada hora ficta noturna celetista. É, assim, inconstitucional a diferenciação feita pelo § 3º do art. 73, da CLT (Súmulas 213 e 214, STF, e antigo Enunciado 130, TST).

Observe-se, ademais, quanto às *prorrogações laborativas após a prestação de labor noturno*, que a ordem jurídica (art. 73, § 5º, CLT) estende a regência especial noturna também sobre o tempo prorrogado. Nessa linha a Súmula 60, II, TST (ex-OJ 6, SDI-I) e a OJ 388 da SDI-I do TST. Esclareça-se, a propósito, que embora os dois verbetes jurisprudenciais se refiram apenas ao adicional e também à hora ficta noturna. Cabe, porém, ressaltar que, nas jornadas de plantão (12 X 36) praticadas à noite, a regra da prorrogação foi excepcionada pelo novo art. 59-A, parágrafo único, da CLT — supra examinado.

Agregue-se, por fim, que o *trabalho noturno doméstico* também é calculado pela *hora ficta noturna* de 52'30" (art. 14, § 1º, LC n. 150/2015), enriquecendo-se igualmente com o adicional noturno de 20% (art. 14, § 2º, LC n. 150/15).

3. Restrições ao Trabalho Noturno

A ordem jurídica, como exposto, estabelece restrições ao exercício do trabalho noturno, em função do desgaste físico, psíquico, familiar e social que semelhante período de prestação laboral provoca no trabalhador. A mais importante dessas restrições atinge o trabalhador menor de 18 anos (art. 404, CLT).

A vedação ao trabalho noturno dos menores é plena, no Direito brasileiro. A Constituição a enfatiza (art. 7º, XXXIII, CF/88), embora já constasse dos textos legais anteriores a 1988 (art. 404, CLT; art. 8º, Lei n. 5.889/73).

O trabalho noturno das mulheres não tem, contudo, qualquer restrição especial. As vedações e exigências dos arts. 379 e 380 da CLT (proibindo, inclusive, o trabalho noturno da mulher *maior* de 18 anos, salvo em empresas ou atividades industriais) já não poderiam produzir efeitos após 5.10.88, em face de se chocarem frontalmente com o texto constitucional surgido (art. 5º, *caput* e inciso I; art. 7º, XX, CF/88). Estavam, pois, tacitamente revogadas (ou não recepcionadas) pela Constituição de 1988. De todo modo, a subsequente Lei n. 7.855, de 1989, veio produzir a revogação expressa desses dispositivos discriminatórios.

O trabalho noturno é proibido, regra geral, no segmento bancário (art. 224, § 1º, CLT). Mas a própria CLT já estabelece inúmeras exceções à regra geral que enuncia. A vedação, portanto, não se aplica aos trabalhadores exercentes de funções de direção, gerência, fiscalização, chefia e equivalentes ou ocupantes de outros cargos de confiança, desde que observada a percepção de gratificação não inferior a 1/3 do salário do cargo efetivo (§ 2º do art. 224). Legislação posterior ampliou o rol de exceções. Nesse contexto, também não se aplica a vedação celetista aos empregados executores de tarefa pertinente ao movimento de compensação de cheques ou pertinente à computação eletrônica (art. 1º, *caput*, Decreto-Lei n. 546, de 1969). Somem-se a esses casos anteriores os “casos especiais de atividade bancária de outra natureza, mediante autorização do Ministro do Trabalho e da Administração” (art. 1º, § 4º, Dec.-Lei n. 546/69).

CAPÍTULO XXIV

PERÍODOS DE DESCANSO: INTERVALOS, REPOUSO SEMANAL E EM FERIADOS

I. INTRODUÇÃO

O estudo da *duração do trabalho*, compreendida como o tempo em que o empregado se coloca em disponibilidade perante o empregador, em decorrência do contrato (ou, sob outra perspectiva, o tempo em que o empregador pode dispor da força de trabalho do empregado, em um período delimitado), remete, necessariamente, ao exame dos *períodos de descanso*.

Efetivamente, a duração diária (jornada) surge, de maneira geral, entrecortada por períodos de descansos mais ou menos curtos em seu interior (*intervalos intrajornadas*), separando-se das jornadas fronteiriças por distintos e mais extensos períodos de descanso (*intervalos interjornadas*). Os períodos de descanso comparecem, mais uma vez, na interseção dos módulos semanais de labor, através do que se denomina *repouso semanal* ou, eventualmente, através de certos dias excepcionalmente eleitos para descanso pela legislação federal, regional ou local (os *feriados*). Finalmente, marcam sua presença até no contexto anual da duração do trabalho, mediante a figura das *férias* anuais remuneradas.

Os períodos de descanso conceituam-se como *lapsos temporais regulares, remunerados ou não, situados intra ou intermódulos diários, semanais ou anuais do período de labor, em que o empregado pode sustar a prestação de serviços e sua disponibilidade perante o empregador, com o objetivo de recuperação e implementação de suas energias ou de sua inserção familiar, comunitária e política*.

Tais períodos de descanso abrangem, como visto, os descansos intrajornadas (usualmente denominados *intervalos*); os descansos interjornadas (também usualmente denominados *intervalos*); o descanso semanal (ou repouso semanal); os descansos em feriados; e, por fim, o descanso anual (denominado férias).

Os distintos períodos de descanso têm duração padrão normalmente fixada pela legislação heterônoma estatal. No tocante aos intervalos *intra-jornadas*, fixa a CLT (art. 71) lapso temporal de 1 a 2 horas para jornadas contínuas superiores a 6 horas, e de 15 minutos para jornadas contínuas

situadas entre 4 e 6 horas. No tocante aos intervalos *interjornadas* (entre um dia e outro de labor), o parâmetro numérico é de 11 horas (art. 66, CLT; art. 5º, Lei n. 5.889/73).

A Lei do Trabalho Rural, curiosamente, preferiu se reportar aos *usos e costumes da região* do que fixar um parâmetro numérico para o intervalo intra-jornada para refeição e descanso no campo (art. 5º, Lei n. 5.889, de 1973). Embora o critério pudesse se justificar quando instituído quarenta anos atrás, tem sido contemporaneamente criticado, em face da dimensão sanitária que se confere aos intervalos nas modernas concepções de administração da saúde e da segurança no ambiente laborativo. Em consequência, decidiu a jurisprudência mais recente adotar o parâmetro numérico universal da CLT, referido no próprio regulamento normativo da Lei do Trabalho Rural, ou seja, intervalo mínimo de 1 hora para jornadas contínuas superiores a 6 horas (ex-OJ n. 381 da SDI-1 do TST; Súmula 437, I, TST).

Ao lado dessa duração padrão dos intervalos intra e interjornadas, existem inúmeros intervalos especiais fixados pelo Direito do Trabalho, seja em decorrência do exercício pelo empregado de certas funções específicas (por exemplo, art. 72, CLT), seja em decorrência da prestação de trabalho em circunstâncias especiais ou gravosas (ilustrativamente, arts. 253 e 298, CLT).

A duração padrão do descanso semanal, por sua vez, é de 24 horas (art. 67, CLT; Lei n. 605, de 1949). Na mesma fronteira situa-se o descanso em feriado, embora este se fixe em *dia* e não em *horas* (art. 70, CLT; Lei n. 605/49; Lei n. 9.093, de 1995). Finalmente, no tocante ao descanso anual, a duração padrão legalmente fixada é de 30 dias (art. 130, CLT).

O presente Capítulo estudará três modalidades muito próximas de períodos trabalhistas de descanso: os intervalos intra e interjornadas, o repouso semanal remunerado e os dias de feriados.

II. INTERVALOS TRABALHISTAS: ANÁLISE JURÍDICA

1. Relevância dos Intervalos Trabalhistas

A relevância dos intervalos tem crescido ao longo da evolução do Direito do Trabalho. A intensificação de suas relações com matérias relativas à profilaxia dos riscos ambientais do trabalho tem aumentado a sua importância nesse ramo jurídico especializado. Esse *status* influi também, de modo significativo, no debate acerca da imperatividade ou não das normas que os regulamentam no âmbito do contrato empregatício.

A) Intervalos e Saúde no Trabalho — Intervalos e jornada são assuntos correlatos, já que compõem aquilo que a teoria justralhista chama de

duração do trabalho, envolvendo o tempo de efetiva disponibilidade ou não do trabalhador às circunstâncias derivadas do contrato de trabalho e de seu cumprimento. É evidente que se combinam as extensões da jornada e respectivos intervalos, de modo a estabelecer o efetivo período de disponibilidade do trabalhador em face de seu contratante.

Intervalos e jornada, hoje, não se enquadram, porém, como problemas estritamente econômicos, relativos ao montante de força de trabalho que o obreiro transfere ao empregador em face do contrato pactuado. É que os avanços das pesquisas acerca da saúde e segurança no cenário empregatício têm ensinado que a extensão do contato do empregado com certas atividades ou ambientes laborativos é elemento decisivo à configuração do potencial efeito insalubre ou perigoso desses ambientes ou atividades. Tais reflexões têm levado à noção de que a redução da jornada em certas atividades ou ambientes, ou a fixação de adequados intervalos no seu interior, constituem medidas profiláticas importantes no contexto da moderna medicina laboral. Noutras palavras, *as normas jurídicas concernentes à jornada e intervalos não são, hoje, tendencialmente, dispositivos estritamente econômicos, já que podem alcançar, em certos casos, o caráter determinante de regras de medicina e segurança do trabalho, portanto, normas de saúde pública.*

Por essa razão é que a Constituição, sabiamente, arrolou, como já estudado, no rol dos direitos dos trabalhadores a “redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança” (art. 7º, XXII). Pela mesma razão é que, como visto, a ação administrativa estatal, por intermédio de normas de saúde pública e de medicina e segurança do trabalho que venham reduzir o tempo lícito de exposição do trabalhador a certos ambientes ou atividades não é inválida — nem ilegal, nem inconstitucional. Ao contrário, é francamente autorizada (e mesmo *determinada*) pela Constituição, mediante inúmeros dispositivos que se harmonizam organicamente. Recordem-se, por exemplo, o mencionado art. 7º, XXII, que se refere ao direito à redução dos riscos do trabalho por meio de normas de saúde, higiene e segurança; o art. 194, *caput*, que menciona a seguridade social como um “conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde...”; o art. 196, que coloca a saúde como “direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos...”; o art. 197, que qualifica como de “relevância pública as ações e serviços de saúde...”; cite-se, finalmente, o art. 200, II, que informa competir ao sistema único de saúde “executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador”.

Isso significa que *as normas jurídicas concernentes a intervalos intrajornadas também têm caráter de normas de saúde pública, não podendo, em princípio, ser suplantadas pela ação privada dos indivíduos e grupos*

sociais. É que, afora os princípios gerais trabalhistas da imperatividade das normas desse ramo jurídico especializado e da vedação a transações lesivas, tais regras de saúde pública estão imantadas de especial obrigatoriedade, por determinação expressa oriunda da Constituição da República. De fato, todos os preceitos constitucionais acima citados colocam como valor intransponível o constante aperfeiçoamento das condições de saúde e segurança laborais, assegurando até mesmo um direito subjetivo à *redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança*. Por essa razão, regras jurídicas que, em vez de reduzirem esse risco, alargam-no ou o aprofundam, mostram-se francamente inválidas, ainda que subscritas pela vontade coletiva dos agentes econômicos e profissionais envolvidas à relação de emprego.⁽¹⁾

B) Transação e Flexibilização dos Intervalos: possibilidades e limites — As normas jurídicas estatais que regem a estrutura e dinâmica dos intervalos trabalhistas também são, de maneira geral, no Direito brasileiro, *normas imperativas*. O caráter de obrigatoriedade próprio às regras do Direito do Trabalho também é aqui especialmente enfatizado.

Por isso, todos os princípios e regras associados ou decorrentes de tal imperatividade também incidem, soberanamente, neste campo. Assim, a renúncia, pelo trabalhador, no âmbito da relação de emprego, a alguma vantagem ou situação resultante de normas respeitantes a intervalos é absolutamente inválida.

A transação meramente bilateral, sem substrato em negociação coletiva, também se submete ao mesmo conjunto indissolúvel de princípios e regras. Desse modo, como critério geral, será inválida a transação bilateral que provoque prejuízo ao trabalhador. Ilustrativamente, redução de intervalo por quem do mínimo fixado na legislação (como o intervalo para refeição e descanso de, pelo menos, uma hora — art. 71, *caput*, CLT); ou eliminação de intervalo remunerado habitual, espontaneamente concedido pelo empregador (Súmula 118, TST).

Portanto, o espaço para a renúncia é praticamente nenhum, assim como é extremamente reduzido o espaço para a própria transação bilateral (preservando-se válida apenas quando não for lesiva).

É bem verdade que o ordenamento jurídico permite a prática de um ato unilateral pelo empregador, que importa em diminuição de um dos intervalos legais; porém, trata-se de redução sem real prejuízo ao obreiro, esclareça-se.

(1) Conforme se sabe, a Lei da Reforma Trabalhista buscou produzir retrocesso jurídico e cultural nessa importante seara humanística, social e tecnológica do Direito do Trabalho, quer ao dissociar, artificialmente, as normas relativas à jornada e aos intervalos do campo da saúde, segurança e higiene do trabalho (novo art. 611-B, parágrafo único, da CLT), quer ao atenuar a imperatividade de tais normas por intermédio de distintos dispositivos lançados na Consolidação. Tais dispositivos já foram estudados no Capítulo XXIII, no que concerne à duração do trabalho, e serão também estudados no presente capítulo, no que tange aos intervalos trabalhistas.

De fato, o art. 71, § 3º, da CLT, permite que se diminua o lapso temporal mínimo de 1 hora para refeição e descanso caso o estabelecimento atenda *integralmente às exigências concernentes à organização dos refeitórios e quando os respectivos empregados não estiverem sob regime de trabalho prorrogado a horas suplementares* (ou seja, quando houver, objetivamente, circunstâncias e equipamentos que favoreçam à mais simples, ágil e sã alimentação pelo obreiro no próprio local de trabalho). Porém, insista-se: tal redução dependerá de ato do Ministro do Trabalho, após ouvido o órgão responsável pela área de segurança e medicina do trabalho do respectivo Ministério. Nesse quadro, a redução em exame resulta, sem dúvida, de iniciativa deflagrada unilateralmente pelo empregador, mas *decidida* apenas pela autoridade administrativa (§ 3º, art. 71, CLT).

Qual o espaço aberto à negociação coletiva no tocante à flexibilização das normas relativas a intervalos intrajornadas? A lei não responde diretamente à indagação, razão por que sua resposta deve ser buscada no conjunto dos princípios e regras do Direito do Trabalho e na leitura prática que a jurisprudência tem produzido a esse respeito. Mais uma vez — e sempre que se fala em flexibilização, transação e negociação coletiva, efetivamente — deve-se refletir em torno do *princípio da adequação setorial negociada*⁽²⁾.

À luz de tal princípio, como já estudado, as normas autônomas coletivas negociadas somente podem prevalecer sobre o padrão geral heterônomo justralhista quando observarem dois critérios autorizativos essenciais: a) quando as normas coletivas implementarem padrão setorial de direitos superior ao padrão geral oriundo da legislação heterônoma aplicável (o clássico princípio da norma mais favorável, portanto). Em segundo lugar

(2) O princípio da adequação setorial negociada não consta, de fato, dos manuais tradicionais de Direito do Trabalho, tendo sido mencionado, originalmente, no artigo deste autor, “Princípios do Direito do Trabalho” (*Jornal Trabalhista*, Brasília: CTA, ano XI, n. 535, 12.12.1994), inserindo-se, posteriormente, no capítulo de igual título de nossa obra “Introdução ao Direito do Trabalho” (São Paulo: LTr, 1995 — 1ª edição). Tal omissão explica-se pelo fato de o problema por ele enfrentado ser novo na cultura jurídica brasileira (essencialmente iniciado após a Constituição de 1988), uma vez que se conhece a característica da tradição autoritária do País, até 1988, de não abrir qualquer espaço à negociação coletiva. A prática judicial trabalhista dos anos seguintes à nova Constituição, contudo, já firmou, com bastante nitidez, os contornos de tal princípio, ao interpretar e decidir problemas concretos envoltos ao conflito entre normas estatais trabalhistas e normas oriundas da negociação coletiva. Caberia à Ciência apenas, como feito, revelar tal princípio já latente na cultura do Direito do Trabalho da fase democrática brasileira seguinte à Constituição de 1988. A respeito, consultar TEODORO, Maria Cecília Máximo. *O Princípio da Adequação Setorial Negociada no Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2007. A configuração recente desse princípio, inclusive com os novos desafios trazidos pela fase regressiva aberta pela reforma trabalhista de 2017 (Lei n. 13.467, vigente desde 11.11.17), consultar, neste Curso, o Capítulo XXXVI (“Negociação Coletiva Trabalhista”), em seu item VII (“Negociação Coletiva — Possibilidades e Limites”).

(b), quando as normas autônomas transacionarem parcelas trabalhistas de indisponibilidade apenas relativa (e não de indisponibilidade absoluta).

A análise do primeiro critério é marcadamente simples, já que se trata, afinal, de alteração mais vantajosa ao obreiro (a norma coletiva não chega sequer a afrontar, portanto, o princípio da indisponibilidade de direitos obreiros).

A análise do segundo critério (normas autônomas transacionando parcelas trabalhistas de indisponibilidade apenas relativa, mas não de indisponibilidade absoluta) merece maior detalhamento. Em primeiro passo, é possível vislumbrar-se norma coletiva negociada que afronte apenas parcelas trabalhistas de indisponibilidade relativa (embora rara a hipótese, já que as normas concernentes a intervalo são, essencialmente, de saúde laboral). É o que ocorreria com norma que *ampliasse*, por exemplo, o intervalo não remunerado entre dois lapsos de trabalho (alargando, pois, o intervalo máximo de duas horas de que fala o art. 71, *caput*, CLT — dispositivo que tem sido comum nas negociações coletivas da área de transporte urbano). A indisponibilidade aqui seria relativa (e não absoluta) porque o alargamento do intervalo não afetaria, em princípio, diretamente a tutela da *saúde* do trabalhador, embora, sim, a proteção de outros seus interesses.

Em segundo passo, cabe se reconhecer que grande parte das normas relativas a intervalo são, como já exposto, normas de saúde e segurança laborais, portanto normas de saúde pública. Ora, tais normas asseguram às parcelas trabalhistas a que se referem a qualidade de indisponibilidade absoluta. Conforme já exposto anteriormente, *“não prevalece a adequação setorial negociada se concernente a direitos revestidos de indisponibilidade absoluta (e não indisponibilidade relativa), os quais não podem ser transacionados nem mesmo por negociação sindical coletiva. Tais parcelas são aquelas imantadas por uma tutela de interesse público, por se constituírem em um patamar civilizatório mínimo que a sociedade democrática não concebe ver reduzido em qualquer segmento econômico-profissional, sob pena de se afrontarem a própria dignidade da pessoa humana e a valorização mínima deferível ao trabalho (arts. 1º, III e 170, “caput”, CF/88). Expressam, ilustrativamente, essas parcelas de indisponibilidade absoluta a anotação de CTPS, o pagamento do salário mínimo, as normas de medicina e segurança do trabalho”*⁽³⁾.

Isso significa, por exemplo, ser *inválido* dispositivo de convenção ou acordo coletivo que dispense ou reduza o intervalo intrajornada em lapsos temporais de trabalho superiores a quatro horas contínuas (ou superiores a

(3) DELGADO, Mauricio Godinho. *Introdução ao Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1995, p. 166-167 (grifos acrescentados). A esse respeito, consultar a 3ª edição da obra citada, em seu Capítulo V. Neste Curso, o princípio da *adequação setorial negociada* está analisado no Capítulo XXXIV, item V.

seis horas), afrontando os respectivos intervalos mínimos especificados pelo art. 71 da CLT (nesta linha acentuam a ex-OJ 342, I, da SDI-I do TST e a atual Súmula 437, II, da mesma Corte Superior)⁽⁴⁾.

Observe-se que não se está negando que o intervalo de uma hora em jornadas superiores a seis horas (*caput* do art. 71) não possa ser relativamente reduzido, caso o estabelecimento tenha refeitório próprio (e não haja a prática de horas suplementares) — dado que esta redução é expressamente autorizada pela lei (§ 3º do art. 71), no suposto de que a essência das considerações de saúde e segurança laborais estará ainda assim sendo preservada. Mas, obviamente, será inválida a *supressão* do referido intervalo ou sua *redução a níveis temporais incompatíveis com o cumprimento de seus objetivos centrais* (saúde, higiene e segurança laborativas).

Naturalmente que se houver autorização *legal* para que a negociação coletiva altere o padrão de intervalos fixado pela própria lei, essa autorização legal há de prevalecer. É o que ocorreu, por exemplo, com os intervalos intrajornadas dos motoristas, cobradores, fiscais de campo e afins nos serviços de operação de veículos rodoviários, empregados no setor de transporte coletivo de passageiros, por força do novo § 5º do art. 71 da CLT, inserido pela Lei dos Motoristas Profissionais de 2012 (n. 12.619/2012) e, menos de três anos após, alterado pela nova Lei dos Motoristas Profissionais (n. 13.103/2015).⁽⁵⁾ É o que acaba de acontecer, também, por meio da Lei

(4) Mesmo com respeito ao item II da antiga OJ 342 da SDI-I do TST, há que se ponderar que a autorização para a redução do intervalo intrajornada, mediante negociação coletiva, era *restrita ao segmento do transporte público coletivo urbano*, tendo-se feito mediante o alcance de contrapesos favoráveis relevantes, quer dizer: a) redução da jornada de trabalho para sete horas diárias ou quarenta e duas semanais, ou menos do que isso; b) ausência de prestação de horas extras; c) que sejam concedidos intervalos menores e fracionados ao final de cada viagem, *não descontados da jornada*. De todo modo, com o advento da Lei n. 12.619, que entrou em vigor em 11.09.2012 (“Lei dos Motoristas Profissionais”), o TST decidiu cancelar o item II da OJ 342 da SDI-I, incorporando na nova Súmula 437, que trata dos intervalos, apenas o antigo item I dessa mesma OJ 342 (nova Súmula 437, II, do TST). É que a Lei n. 12.619/12, fixando novo § 5º para o art. 71 da CLT, permitiu à negociação coletiva trabalhista a flexibilização dos intervalos intrajornadas quanto aos “motoristas, cobradores, fiscalização de campo e afins nos serviços de operação de veículos rodoviários, empregados no setor de transporte coletivo de passageiros”. Em direção similar, flexibilizando tais intervalos, o mais recente texto do § 5º do art. 71 da CLT, em conformidade com a redação estipulada pela nova Lei dos Motoristas Profissionais, n. 13.103, vigente desde 17.4.2015.

(5) Dispunha o então novo § 5º do art. 71 da CLT, que foi inserido pela Lei n. 12.619/12: “Os intervalos expressos no *caput* e no § 1º poderão ser fracionados quando compreendidos entre o término da primeira hora trabalhada e o início da última hora trabalhada, desde que previsto em convenção ou acordo coletivo de trabalho, ante a natureza do serviço e em virtude das condições especiais do trabalho a que são submetidos estritamente os motoristas, cobradores, fiscalização de campo e afins nos serviços de operação de veículos rodoviários, empregados no setor de transporte coletivo de passageiros, mantida a mesma remuneração e concedidos intervalos para descanso menores e fracionados ao final de cada viagem, não descontados da jornada”. A Lei dos Motoristas Profissionais (n. 12.619), de 30 de abril de 2012,

n. 13.467/2017 (vigente desde 11.11.2017), que permitiu à negociação coletiva trabalhista fixar “intervalo intrajornada, *respeitado o limite mínimo de trinta minutos para jornadas superiores a seis horas*” (novo art. 611-A, III, CLT; grifos acrescidos).

De maneira geral, os intervalos intrajornadas são curtos (excetuado o previsto no *caput* do art. 71, CLT — que é, no mínimo, de uma hora, podendo, desde 11.11.2017, ser reduzido para trinta minutos, no mínimo, por negociação coletiva trabalhista). Por essa razão, mesmo sua simples redução deve ser tida como afronta à tutela das normas imperativas de saúde e segurança laborais — sendo, portanto, inválida. Note-se, a propósito, que é gravemente falho o argumento de que a Constituição, ao permitir a diminuição do salário por negociação coletiva (art. 7º, VI), estaria, automaticamente, conferindo validade à norma coletiva negociada que suprimisse qualquer dos curtos intervalos intrajornadas remunerados (como o do art. 72, CLT, por exemplo). É que a mesma Constituição tem o cuidado de ressaltar que as normas jurídicas a que o trabalhador tem direito no País, na área de saúde, higiene e segurança, são as que propiciem *redução dos riscos inerentes ao trabalho* (art. 7º, XXII, CF/88) — e não as que tenham sentido contrário.⁽⁶⁾

Em meio a esse debate emergiu recentemente regra jurídica bastante peculiar, relativa à regência de contrato de emprego também muito peculiar: o contrato empregatício doméstico. É que a Lei Complementar n. 150/2015 permitiu, por simples acordo bilateral escrito, a redução, para 30 minutos, do intervalo mínimo de uma hora para repouso ou alimentação (art. 13, *caput*); permitiu ainda, no caso de empregado doméstico residente no local de trabalho, que o empregador promova o desmembramento desse intervalo em dois períodos, desde que cada um deles tenha, no mínimo,

somente começou a vigor em 11 de setembro de 2012. O surgimento dessa mudança legal conduziu o TST a cancelar o item II da OJ 342 da SDI-I. Mais recentemente despontou a novíssima Lei dos Motoristas Profissionais, n. 13.103, em vigor desde 17.4.2015, que conferiu nova redação ao § 5º do art. 71 da Consolidação, a saber: “§ 5º: O intervalo expresso no *caput* poderá ser reduzido e/ou fracionado, e aquele estabelecido no § 1º (não excedendo a 6 horas o trabalho, será, entretanto, obrigatório um intervalo de 15 minutos quando a duração ultrapassar 4 horas) poderá ser fracionado, quando compreendidos entre o término da primeira hora trabalhada e o início da última hora trabalhada, desde que previsto em convenção ou acordo coletivo de trabalho, ante a natureza do serviço e em virtude das condições especiais de trabalho a que são submetidos estritamente os motoristas, cobradores, fiscalização de campo e afins nos serviços de operação de veículos rodoviários, empregados no setor de transporte coletivo de passageiros, mantida a remuneração e concedidos intervalos para descanso menores ao final de cada viagem”.

(6) Na linha exposta está a jurisprudência dominante: Súmula 437, II, do TST (antiga OJ 342, I, SDI-I/TST). Registre-se que embora o novo inciso II da antiga OJ 342 traduzisse certa atenuação da imperatividade da interpretação lançada no inciso I da mesma OJ, o fato é que ele trazia também em seu interior critério mais favorável de duração de jornada, com nítida redução do tempo de labor para *sete horas diárias ou quarenta e duas semanais, sem prorrogação*. Foi, porém, cancelado esse específico item II em decorrência do advento da Lei n. 12.619, que entrou em vigor em 11.09.2012.

uma hora, até o limite de quatro horas de intervalo ao dia (§ 1º do art. 13). Contudo, inequivocamente, está-se diante de uma ambientação laborativa absolutamente peculiar, que não serve de parâmetro para inferências jurídicas estranhas à relação empregatícia doméstica.

Ainda mais recentemente, conforme visto, surgiu a Lei n. 13.467, de 13.7.2017, que entrou em vigência em 11.11.17, buscando, inusitadamente, desvincular as normas relativas à duração do trabalho e aos intervalos trabalhistas do campo da saúde, higiene e segurança do trabalho (novo art. 611-B, parágrafo único, CLT). Ora, esse intento coloca a inusitada regra contra a Ciência e a Constituição da República (ilustrativamente, art. 1º, *caput* e inciso III; art. 3º, *caput* e incisos I, II e IV; art. 6º; art. 7º, *caput* e inciso XXII; art. 194, *caput*; art. 196; art. 197; art. 200, *caput* e inciso II, *in fine*, todos da CF/88). A mesma Lei da Reforma Trabalhista autorizou à negociação coletiva trabalhista fixar intervalo intrajornada (não suprimir, evidentemente), “respeitado o limite mínimo de trinta minutos para jornadas superiores a seis horas” (novo art. 611-A, III, CLT).

2. Modalidades de Intervalos Trabalhistas

A distribuição da duração do trabalho ao longo da semana faz-se mediante a interseção de dois tipos específicos de descanso: os intervalos situados *dentro* da duração diária do trabalho (intervalos *intra*jornadas) e os intervalos situados *entre* uma jornada e suas vizinhas, antes e após (intervalos *inter*jornadas).

Os intervalos *intra*jornadas admitem distintas variações temporais (ilustrativamente, 1 a 2 horas, 15 minutos, 10 minutos e inúmeros outros exemplos, conforme a norma legal examinada). Além disso, podem eles ser remunerados ou não, segundo a respectiva norma jurídica aplicável.

Os intervalos *inter*jornadas, por sua vez, dizem respeito a um único padrão temporal básico (11 horas, segundo a CLT). A par disso, tal intervalo, regra geral, não é objeto de remuneração.

3. Intervalos Intrajornadas: *caracterização e efeitos jurídicos*

A) Objetivos dos Intervalos Intrajornadas — Os intervalos *intra*jornadas definem-se como *lapsos temporais regulares, remunerados ou não, situados no interior da duração diária de trabalho, em que o empregado pode sustar a prestação de serviços e sua disponibilidade perante o empregador.*

Os *objetivos* dos intervalos *intra*jornadas tendem a ser mais limitados do que os característicos aos demais intervalos e repousos, em decorrência dos próprios limites temporais desses curtos lapsos internos à jornada laborativa.

Sabe-se que os intervalos interjornadas e os próprios descansos trabalhistas na semana, em feriados e em férias cumprem objetivos amplamente diversificados. É verdade que, à semelhança dos intervalos intrajornadas, tais lapsos temporais também visam a recuperar as energias do empregado, em seguida ao cumprimento efetivo do labor contratual. Entretanto, concomitantemente a esse primeiro objetivo relevante, visam ainda tais intervalos mais amplos assegurar ao trabalhador lapsos temporais diários, semanais e mesmo durante o ano (caso das férias) relevantes à sua fruição pessoal, inclusive quanto à sua inserção no contexto familiar e comunitário. Este tipo de intervalo mais amplo, na verdade, é que permite ao trabalhador a assunção de outros fundamentais papéis cotidianos além daquele concernente ao *ser econômico* que desempenha no âmbito da relação empregatícia. Sem tal tipo de intervalo mais largo no tempo, é inviável falar-se no trabalhador enquanto *ser familiar* (pai, mãe, filho/filha, irmão/irmã), *ser social* (participe de seus problemas e anseios comunitários), *ser político* (sujeito das decisões políticas em sua sociedade e Estado); é inviável falar-se, em suma, no trabalhador como ser humano completo, inclusive como cidadão.

Os *objetivos* dos intervalos *intra*jornadas, em virtude de seus próprios curtos limites temporais, tendem a ser significativamente menos diversificados, como já exposto. Visam tais lapsos de descanso situados dentro da jornada de trabalho, fundamentalmente, a recuperar as energias do empregado, no contexto da concentração temporal de trabalho que caracteriza a jornada cumprida a cada dia pelo obreiro. *Seus objetivos, portanto, concentram-se essencialmente em torno de considerações de saúde e segurança do trabalho, como instrumento relevante de preservação da higidez física e mental do trabalhador ao longo da prestação diária de serviços.*

Ainda assim, os intervalos intrajornadas um pouco mais extensos (por exemplo, o intervalo de 1 a 2 horas para refeição e descanso) podem cumprir também outros objetivos de importância. É que eles ainda podem assegurar concomitantemente ao obreiro um mínimo de disponibilidade pessoal no âmbito do horário de trabalho, podendo favorecer, desse modo, a sua própria inserção familiar ou social.

B) Classificação dos Intervalos Intrajornadas — Classificação é o procedimento de investigação e análise científicas pelo qual se agrupam seres, coisas ou fenômenos, segundo um elemento relevante de comparação entre eles. A Ciência do Direito apropria-se do procedimento classificatório para construir tipologias concernentes a figuras e institutos jurídicos.

No tocante aos intervalos intrajornadas, duas tipologias despontam como de grande interesse teórico e prático: de um lado, a classificação que os distingue em intervalos comuns e especiais; de outro, a tipologia que os diferencia em intervalos remunerados e não remunerados.

a) *Intervalos Comuns e Especiais* — A primeira tipologia (intervalos comuns e especiais) constrói-se em função da participação maior ou menor dos intervalos no conjunto das jornadas laborais que caracterizam as diversas categorias profissionais. Em face desse critério comparativo, os intervalos podem ser considerados *comuns*, quando abrangentes das diversas categorias integrantes do mercado de trabalho, ou intervalos *especiais*, que são os característicos apenas de certa categoria profissional ou do exercício do trabalho em certas circunstâncias diferenciadas.

É intervalo comum o lapso temporal de 1 a 2 horas para refeição e descanso que deve entremear jornadas contínuas superiores a 6 horas (art. 71, CLT). Engloba-se também nesse grupo o intervalo de 15 minutos para descanso que deve entremear jornadas contínuas superiores a 4 horas (art. 71, CLT). Do mesmo modo o intervalo para recuperação térmica referido no art. 253 da CLT e na Súmula 438 do TST.

É intervalo especial o de 10 minutos a cada 90 laborados em serviços permanentes de mecanografia — datilografia, escrituração ou cálculo (art. 72, CLT; Súmula 346, TST). Também engloba-se nesse grupo o intervalo de 15 minutos a cada 3 horas consecutivas de labor em minas de subsolo (art. 298, CLT).

b) *Intervalos Remunerados e Não Remunerados* — A segunda tipologia (intervalos remunerados e não remunerados) constrói-se em função da integração (ou não) do lapso temporal do intervalo na correspondente jornada laboral obreira, conduzindo à remuneração (ou não) do respectivo intervalo. Em face desse critério comparativo, os intervalos podem ser chamados de *remunerados*, que são aqueles que integram a jornada laboral do trabalhador para todos os fins, ou intervalos *não remunerados*, os quais não compõem a jornada laboral obreira.

É intervalo remunerado o referido pelo art. 72 da CLT (10 minutos em cada 90 laborados em serviços permanentes de mecanografia — datilografia, escrituração ou cálculo — ou serviços de digitação: Súmula 346).

São exemplos de intervalos não remunerados os dois lapsos temporais mencionados no art. 71 da CLT (de 1 a 2 horas em jornadas contínuas superiores a 6 horas diárias e o intervalo de 15 minutos em jornadas contínuas superiores a 4 horas).

A respeito desta última tipologia cabe ressaltar-se que *o padrão normativo geral trabalhista é que os intervalos intrajornadas constituem, em princípio, lapsos temporais não remunerados, uma vez que não são tempo laborado, nem tempo à disposição do empregador*. Desse modo, apenas quando a ordem jurídica inequivocamente determinar a integração do intervalo na jornada é que passarão a produzir o efeito remuneratório aqui mencionado.

A jurisprudência, por fim, já pacificou que a criação infralegal de novos intervalos intrajornadas não pode prejudicar o obreiro, ampliando-lhe o tempo

despendido em torno das circunstâncias envolventes à prestação diária de serviços (novos intervalos intrajornada alargam a distância entre o início diário da jornada e seu término, como é óbvio). Por essa razão, entende a Súmula n. 118 do TST que os “*intervalos concedidos pelo empregador, na jornada de trabalho, não previstos em lei, representam tempo à disposição da empresa, remunerados como serviço extraordinário, se acrescidos ao final da jornada*”. É bem verdade que a jurisprudência quer se referir aos intervalos criados pela vontade das partes (unilateral ou bilateral) — criados, portanto, por *cláusula contratual* (inserida no contrato, expressa ou tacitamente, ou no próprio regulamento da empresa). É que, como já examinado no tópico *Transação e Flexibilização dos Intervalos: possibilidades e limites*, integrante deste capítulo, o alargamento dos intervalos (não sua redução ou supressão) não afeta exatamente a saúde do trabalhador (mas outros interesses), podendo ser objeto de negociação coletiva, dentro de certos limites (como reiteradamente confirmado pelos Tribunais do Trabalho).

Apresenta-se, a seguir, quadro expositivo dos intervalos comuns e especiais, com referência à sua qualidade de serem ou não remunerados.

Quadro de Intervalos Intrajornadas

Intervalos Comuns	(Rem. X Não Rem.)
a) 1 hora até 2 horas (trabalho contínuo superior a 6 horas.): art. 71, <i>caput</i> , CLT. OBS.: este intervalo pode ser reduzido por ato do Ministro do Trabalho, havendo refeitórios compatíveis na empresa e inexistindo regime de sobrejornada (§ 3º, art. 71, CLT). Ademais, desde a Lei n. 13.467/17 (vigência em 11.11.2017), também passou a poder ser reduzido a trinta minutos, no mínimo, por negociação coletiva trabalhista (art. 611-A, III, CLT).	NRem. (art. 71, § 2º, CLT)
b) 15 minutos (trabalho de 4 a 6 horas): art. 71, § 1º, CLT.	NRem. (art. 71, § 2º, CLT)
c) Intervalo para repouso ou alimentação, com duração conforme usos e costumes da região, em qualquer trabalho contínuo de duração superior a 6 horas, relativamente ao rural (art. 5º, Lei n. 5.889/73). A OJ 381 da SDI-I do TST (incorporada na Súmula 437, I, do TST) refere-se, porém, a intervalo de 1 hora, por força do Decreto n. 73.626/74.	NRem. (Súmula n. 437, I, TST)
d) Intervalo para repouso ou alimentação, para empregado doméstico, de uma até duas horas, podendo ser reduzido a 30 minutos, mediante prévio acordo bilateral	NRem. (art. 13, LC n. 150)

Intervalos Comuns	(Rem. X Não Rem.)
escrito (art. 13, <i>caput</i> , LC n. 150/15). Em se tratando de empregado doméstico que reside no local de trabalho, esse intervalo pode ser desmembrado em dois períodos, desde que cada um deles tenha, no mínimo, uma hora, até o limite de quatro horas ao dia (§ 1º do art. 13 da LC n. 150/2015).	
Intervalos Especiais	(Rem. X Não Rem.)
<p>a) 10 minutos a cada 90 minutos laborados (em serviços permanentes de mecanografia — datilografia, escrituração ou cálculo).</p> <p>b) 20 minutos a cada 3 horas de esforço contínuo, para empregados sujeitos a horários variáveis (jornada de 7 horas), nos serviços de telefonia, telegrafia submarina e subfluvial, radiotelegrafia e radiotelefonía.</p> <p>c) 15 minutos a cada 3 horas consecutivas de labor, em trabalho em minas de subsolo.</p> <p>d) 15 minutos, para mulher e menor, após jornada normal, antes de início de sobrejornada (arts. 384 e 413, parágrafo único, CLT). OBS: a Lei n. 13.467/2017 (vigência desde 11.11.17) revogou o art. 384 da CLT, relativo ao intervalo da mulher.</p> <p>e) 20 minutos a cada 100 minutos de trabalho contínuo (1,40 horas), para trabalho no interior de câmaras frigoríficas ou em movimento de mercadorias do ambiente quente ou normal para o frio e vice-versa (art. 253, CLT; Súmula n. 438, TST)</p> <p>f) Intervalos espontaneamente concedidos pelo empregador, não previstos em lei (Súmula 118, TST; art. 4º, <i>caput</i>, CLT).</p>	<p>Rem. (art. 72, CLT)</p> <p>Rem. (art. 229, CLT)</p> <p>Rem. (art. 298, CLT)</p> <p>Rem. (arts. 384 e 413, CLT)</p> <p>Rem. (art. 253, CLT; Súmula n. 438, TST)</p> <p>Rem. (Súm. n. 118, TST)⁽⁶⁾</p>

C) Intervalos Intraornadas: repercussões jurídicas de seu desrespeito — As normas jurídicas que regulam os intervalos intraornadas são imperativas, como se sabe. Seu desrespeito na prática contratual implica, no mínimo, falta administrativa, por conspirar a infração contra critérios de preservação da saúde pública no ambiente de trabalho (art. 75, CLT).

Contudo, além disso, outra importante repercussão pode resultar desse desrespeito, em conformidade com o tipo de intervalo afrontado.

(7) Pesquisa minuciosa a respeito desses intervalos intraornadas encontra-se em MORAES FILHO, Evaristo de, e MORAES, Antônio Carlos Flores de. *Introdução ao Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1993, p. 419. Valemo-nos dessa minuciosa pesquisa, no presente tópico deste Curso.

a) *Desrespeito a Intervalo Remunerado* — Tratando-se de *desrespeito a intervalo remunerado*, a repercussão consistirá no pagamento do referido período, como se fosse tempo efetivamente trabalhado. Tendo esse lapso temporal natureza de componente da própria jornada de trabalho, de tempo de serviço obreiro para todos os fins (trata-se de *interrupção contratual*, lembre-se), tal desrespeito ensejará o pagamento do período correspondente como se fosse hora (ou fração desta) efetivamente laborada.

Esclareça-se que, caso o acréscimo do intervalo venha produzir a suplantação da jornada regular, o pagamento será feito, evidentemente, com o adicional de horas extras cabível⁽⁸⁾.

A Lei da Reforma Trabalhista (vigência desde 11.11.2017) alterou, contudo, essa repercussão, atenuando o incentivo material ao cumprimento da norma trabalhista intervalar. Assim, estabeleceu, no novo texto do § 4º do art. 71 da CLT, que a “não concessão ou a concessão parcial do intervalo intrajornada mínimo, para repouso ou alimentação, a empregados urbanos e rurais, implica o pagamento, *de natureza indenizatória*, apenas do *período suprimido*, com acréscimo de 50% ... sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho” (grifos acrescidos). O pagamento pelo desrespeito aos intervalos intrajornadas, desse modo, passa a corresponder *apenas ao período suprimido*, passando a ostentar ainda *natureza de verba indenizatória*.

b) *Desrespeito a Intervalo Não Remunerado* — Tratando-se de *desrespeito a intervalo não remunerado*, a repercussão pode ser distinta da anteriormente examinada.

Como este lapso temporal não integra a jornada laborativa obreira, não tendo a natureza de tempo de serviço do empregado, a jurisprudência entendia que tal conduta desrespeitosa não ensejava qualquer pagamento específico ao trabalhador (caso não houvesse extrapolação da jornada regular efetivamente laborada), tipificando-se como mera infração administrativa. É o que dispunha o velho Enunciado 88 do TST (que, a propósito, referia-se a desrespeito ao “...intervalo *mínimo* entre dois turnos de trabalho...” — grifos acrescidos). Mas atenção: esse antigo entendimento somente prevalecia caso o desrespeito não implicasse efetivo aumento da jornada obreira, por além das fronteiras legais pertinentes (por exemplo, trabalho diário de 8:00 às 16:00 horas, sem intervalo intrajornada). Caso o desrespeito ao intervalo implicasse efetiva extrapolação da jornada padrão obreira (por exemplo, trabalho diário de 8:00 às 17:00 horas, com apenas 30 minutos de intervalo

(8) O estudo das distintas situações de interrupção e suspensão contratuais, com a análise das diferenças de efeitos entre elas, está realizado nos sete últimos capítulos da obra deste autor, *Alterações Contratuais Trabalhistas*. São Paulo: LTr, 2000, p. 114-162. Neste Curso, consultar o Capítulo XXVII.

— ou nenhum intervalo), a repercussão do desrespeito já importaria no pagamento do respectivo período como tempo extraordinário.

Essa a visão dominante na ordem jurídica até julho de 1994.

A Lei n. 8.923, de 27.7.1994, rompeu com esse entendimento tradicional e com o juízo de *mera infração administrativa* acobertado pelo Enunciado 88 do TST. É que o mencionado diploma, acrescentando o § 4º ao art. 71 da CLT, determinou a produção de efeitos remuneratórios também na situação específica de desrespeito a intervalos intrajornadas primitivamente não remunerados, independentemente de haver real acréscimo na jornada laborada. Dispõe o preceito celetista introduzido em 1994: “§ 4º Quando o intervalo para repouso e alimentação, previsto neste artigo, não for concedido pelo empregador, este ficará obrigado a *remunerar o período correspondente com um acréscimo de no mínimo cinquenta por cento sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho*” (grifos acrescentados).

Ora, isso significa que, desde 27.7.1994, o desrespeito ao intervalo mínimo intrajornada de 1 hora (ou de 15 minutos, em jornadas contínuas entre 4 e 6 horas diárias) implica o pagamento do período de desrespeito pelo empregador, *como se fosse tempo trabalhado e acrescido do adicional de horas extras*. No exemplo *supra*, relativo à jornada entre 8:00 às 16:00 horas, sem intervalo, o obreiro receberá o período de desrespeito, portanto, como se fosse tempo trabalhado e extraordinário (1 hora, no caso). Se o desrespeito for menor — apenas 30 minutos, por exemplo —, ele receberia tais minutos como se fossem tempo efetivo extraordinário laborado (nas situações de desrespeito apenas parcial, a jurisprudência terminou pacificando a necessidade do pagamento também do intervalo total, e não só da diferença suprimida — antiga OJ 307, da SDI-I/TST; Súmula 437, I, TST).

Tais critérios demonstram que criou o então novo texto do art. 71, § 4º, da CLT, inserido pela Lei n. 8.923/1994, a figura do *tempo ficto extraordinário* (ou *horas extras fictas*).

Há algumas poucas dúvidas que devem ser afastadas na interpretação do dispositivo legal.

Em primeiro lugar, não desapareceu a infração administrativa, é óbvio. Ela continuará a existir, caso desrespeitado o intervalo intrajornada imperativo (art. 75, CLT). A norma jurídica concernente a tais intervalos, afinal, é de saúde e segurança laborais, imantada pela própria Constituição da República (art. 7º, XXII, CF/88). Apenas ficou definido que o reconhecimento da infração administrativa não elide a necessidade de específica sobre-remuneração ao obreiro, decorrente esta da disponibilidade temporal frustrada no interior da jornada.

Em segundo lugar, não se trata de remunerar o tempo não fruído de intervalo através do simples adicional de horas extras. A lei é clara, tendo criado, sem dúvida, a figura das *horas extras fictas*. O novo dispositivo (art. 71, § 4º) determina que o empregador ficará "...obrigado a remunerar o período correspondente com um acréscimo de no mínimo cinquenta por cento sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho (grifos acrescidos). O objetivo da lei, ao sobrevalorizar esse tempo desrespeitado, foi garantir efetividade (isto é, eficácia social) às normas jurídicas assecuratórias do essencial intervalo intrajornada para refeição ou descanso, por serem normas de saúde e segurança laborais, enfaticamente encorajadas pela Constituição (art. 7º, XXII, CF/88). A inversão da antiga e crua equação econômica, que favorecia o desrespeito, conduziu à sobrevalorização do tempo de intervalo frustrado, tornando a infração administrativa desaconselhável ao empregador (que detém a direção da prestação de serviços), até mesmo sob a perspectiva estritamente econômico-financeira.⁽⁹⁾

Em terceiro lugar, é evidente que a norma do art. 71, § 4º da CLT constitui regra de Direito material. Desse modo, teve efeito jurídico apenas imediato, não afrontando situações sociojurídicas já constituídas (art. 5º, XXXVI, CF/88). Por essa razão, não há como se falar, do ponto de vista técnico, em aplicação retroativa de tal regra a períodos contratuais anteriores à data de vigência da Lei n. 8.923 (27.7.1994).

Esclareça-se, em conclusão, que o surgimento, à época, do examinado dispositivo legal, suplantando a tese da *mera* infração administrativa, levou ao cancelamento do Enunciado 88 (Res. n. 42/1995, TST).

Registre-se, ademais, que a prorrogação habitual da jornada contratual de seis horas (que originalmente implica a concessão de intervalo de apenas 15 minutos) acaba por acarretar a dilatação do próprio intervalo mínimo, o qual passa, desse modo, para 1 hora (ex-OJ 380, SDI-I, TST, incorporada na nova Súmula 437, IV, do TST).

Por fim, a Lei da Reforma Trabalhista (n. 13.467, vigente desde 11.11.2017) trouxe as seguintes mudanças nesse quadro jurídico: de um

(9) Conforme já exposto, a jurisprudência, ao longo dos últimos 20 anos, pacificou que a não concessão parcial ou total desse intervalo intrajornada mínimo (art. 71, CLT) implica o pagamento *total* do período correspondente, com o acréscimo, pelo menos, de 50% sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho (ex-OJ 307, SDI-I/TST, incorporada na Súmula n. 437, I, TST). Concluiu também para a natureza *salarial* (*horas extras fictas*) do tempo de desrespeito do respectivo intervalo (ex-OJ 354, SDI-I do TST, incorporada na Súmula 437, III, do TST). Entretanto, conforme já adiantado, recentemente, a Lei n. 13.467/2017 (vigência desde 11.11.17) alterou dois aspectos nessa seara: o descumprimento do intervalo gera o pagamento *apenas do período de desrespeito*; esse pagamento passa a ostentar *natureza indenizatória*.

lado, determinou que o pagamento do intervalo descumprido ostente *estrita natureza indenizatória* (com isso, eliminou a figura das horas extras fictas); de outro lado, determinou o pagamento do *estrito período de desrespeito* do intervalo (nova redação inserida no § 4º do art. 71 da CLT).

D) Intervalos Intraornadas: outras regras aplicáveis — Há uma observação adicional a ser feita em torno do tema dos intervalos intraornada. Ela se refere ao tratamento celetista tradicionalmente conferido às mulheres no que tange ao tema dos intervalos.

Exige o texto do art. 383, da CLT, que seja conferido à mulher obreira, no interior da jornada, um intervalo de no mínimo 1 hora e no máximo 2 horas (excetuada a redução desse lapso em face da existência de refeitório na empresa). A redação do dispositivo, ao não diferenciar o intervalo segundo a extensão da jornada, parece pretender impor o largo descanso acima até mesmo para jornadas contínuas superiores a 4 horas e inferiores a 6 horas (em vez dos 15 minutos acolhidos para este caso pelo art. 71, § 1º, da mesma CLT).

De fato, esta parecia ser a indissimulável intenção da CLT, conforme interpretação que tradicionalmente se elaborava a respeito do art. 383⁽¹⁰⁾. Hoje, contudo, obviamente que essa intenção normativa não pode prevalecer — uma vez que ela se choca, de modo frontal, com a garantia igualitária conferida às mulheres pela Constituição de 1988.

Há que se ressaltar, porém, que, no presente caso, a aparentemente generosa tutela celetista chegava a produzir efeitos grotescos e insensatos, ao exigir que a trabalhadora contratada para laborar em *meio expediente* ou *expediente corrido* (até 6 horas) ficasse pelo menos 45 minutos adicionais de seu precioso tempo pessoal em torno das circunstâncias envolventes à relação de emprego. Está-se diante, pois, de regra discriminatória e redutora do mercado de trabalho da mulher (art. 5º, *caput*, e inciso I, CF/88; art. 7º, XX, CF/88). Mais do que isso, está-se diante de regra simplesmente insensata. Por todos esses fundamentos, pode-se afirmar, com absoluta segurança, que o intervalo de 15 minutos, incidente em jornadas contínuas de 4 até 6 horas, também se aplica, normalmente, à mulher empregada, tendo sido revogada (ou não recepcionada) pela Constituição de 1988 a conduta discriminatória inserida no art. 383 da CLT.

Por outro lado, o intervalo especial de 15 minutos deferido pelo art. 384 da CLT às mulheres em caso de prorrogação do horário normal de trabalho,

(10) Em obra clássica, de 1953, o jurista Mozart Victor Russomano indicava que o “art. 383 excluiu a hipótese do art. 71, § 1º”. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. V. I, Rio de Janeiro: José Konfino, 1953, p. 471.

antes do início da prestação das horas extras, é considerado eficaz, por ser compatível com a Constituição. É que se trata de regra de saúde no ambiente do trabalho, manifestamente acolhida (e incentivada) pelo art. 7º, XXII, da mesma Constituição (“*redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança*”). Entretanto, cabe informar que a Lei de Reforma Trabalhista revogou o intervalo de 15 minutos (art. 384, CLT) conferido às mulheres antes da prestação de horas extras (art. 5º, I, “f”, da Lei n. 13.467, vigente desde 11.11.2017).

4. Intervalos Interjornadas: caracterização e efeitos jurídicos

A) Objetivos dos Intervalos Interjornadas — Além dos intervalos intrajornadas, prevê a ordem jurídica os intervalos *entre* as jornadas (dia e outro de labor). Definem-se tais intervalos como *lapsos temporais regulares, distanciadores de uma duração diária de labor e outra imediatamente precedente e imediatamente posterior, caracterizados pela suspensão da prestação de serviços e pela disponibilidade do obreiro perante o empregador*.

Ao lado dos intervalos interjornadas, há os *intervalos intersemanais* de trabalho, que separam semana e outra de labor obreiro (trata-se dos descansos semanais remunerados). Estes intervalos são também conhecidos como dias de descanso (juntamente com os feriados).

Os *objetivos* dos intervalos *interjornadas* e *intersemanais* tendem a ser mais amplos do que os característicos dos intervalos intrajornadas. É verdade que também visam tais lapsos temporais recuperar as energias do empregado, em seguida ao cumprimento diário ou semanal de seu labor. Nesse sentido, também eles se constroem em torno de preocupações voltadas à saúde, higiene e segurança do obreiro — tal como os intervalos intrajornadas.

Entretanto, concomitantemente a este primeiro objetivo de suma relevância, visam ainda os intervalos *interjornadas* e *intersemanais* assegurar ao trabalhador lapsos temporais diários e semanais mínimos para sua fruição pessoal, inclusive quanto à sua inserção no contexto familiar e comunitário. Esses intervalos — significativamente mais amplos do que os anteriores — é que, na verdade, permitem assumir o obreiro outros fundamentais papéis cotidianos, além do concernente ao *ser econômico* que desempenha no âmbito da relação empregatícia. Tais intervalos é que permitem, portanto, que se fale em um trabalhador como *ser familiar* (integrado a seu núcleo básico de laços de sangue e afetividade), *ser social* (partícipe de problemas e anseios comunitários), *ser político* (sujeito das decisões políticas na sociedade e no Estado). Este tipo de intervalo mais largo é que cria condições mínimas para que se possa, em suma, iniciar referências ao trabalhador como ser humano completo e como cidadão.

B) Classificação dos Intervalos Interjornadas — Os intervalos interjornadas recebem três tipos principais de classificação: a que os distingue em intervalos *interjornadas* e intervalos *intersemanais*; a que os diferencia entre intervalos *comuns* e *especiais* e a que os classifica em intervalos *remunerados* e *não remunerados*.

a) *Intervalos Interjornadas e Intersemanais* — No contexto desta tipologia, é exemplo principal de *intervalo interjornadas* o lapso temporal de 11 horas consecutivas que deve separar uma jornada e outra de trabalho (art. 66, CLT).

Ainda no tocante à primeira tipologia, é exemplo de *intervalo intersemanal* o lapso temporal de 24 horas consecutivas que deve separar uma semana e outra de trabalho — o chamado descanso semanal (art. 67, CLT; Lei n. 605/49), que será objeto de estudo no item III deste Capítulo.

Observe-se que, evidentemente, os dois intervalos não se deduzem ou compensam. Desse modo, o trabalhador, ao final da semana laborada, terá não somente um intervalo interjornadas (de 11 horas, conforme o padrão), como ainda terá direito ao intervalo intersemanal (de 24 horas). Nesse quadro, o lapso temporal seccionador de suas semanas de trabalho atingirá o *mínimo de 35 horas* (11 + 24).

b) *Intervalos Comuns e Especiais* — A segunda tipologia constrói-se em função da participação maior ou menor dos intervalos interjornadas no conjunto dos módulos de duração de trabalho que caracterizam as diversas categorias profissionais.

Os *intervalos comuns* são aqueles abrangentes das diversas categorias integrantes do mercado de trabalho, ao passo que os *intervalos especiais* são aqueles característicos apenas de certa categoria profissional ou do exercício do trabalho em certas circunstâncias diferenciadas.

É intervalo interjornadas do tipo *comum* o lapso temporal de 11 horas que deve interseccionar duas jornadas vizinhas (art. 66, CLT).

É intervalo interjornadas do tipo *especial*, ilustrativamente, o lapso temporal de 17 horas que deve se situar entre duas jornadas vizinhas, no tocante a empregados sujeitos a horários variáveis, com duração diária de labor de 7 horas, nos serviços de telefonia, telegrafia submarina e subfluvial, radiotelegrafia e radiotelegrafia (art. 229, CLT).

Ressalte-se que diversas categorias específicas têm intervalos interjornadas especiais fixados pela lei. É o que se passa, por exemplo, com trabalhadores no setor petrolífero, ferroviários, jornalistas, aeronautas e outros profissionais.

Há que se aduzir, ainda, a existência de intervalos especiais oriundos de regimes de compensação de jornada, negociados no contexto da relação empregatícia (art. 7º, XIII, CF/88; art. 59, § 2º, CLT). Os mais conhecidos são os regimes de 12 horas de trabalho por 36 horas de descanso (12 por 36) e

de 24 horas laboradas por 72 horas de descanso (24 por 72). Observe-se que tais regimes englobam, a um só tempo, tanto o intervalo interjornadas (11 horas), como também o intervalo intersemanal (24 horas), ultrapassando o mínimo de 35 horas de descanso entre cada módulo temporal laborado (sistema de “plantões”)⁽¹¹⁾.

c) Intervalos Remunerados e Não Remunerados — A terceira tipologia constrói-se, como se sabe, em função de determinar a ordem jurídica que aquele lapso temporal receba ou não contraprestação econômica de caráter salarial por parte do empregador em benefício do empregado. Sob esta perspectiva os intervalos podem ser remunerados ou não.

Os intervalos interjornadas (tanto o comum, de 11 horas, como os especiais) *não* são remunerados, de maneira geral. A jurisprudência, contudo, prevê situações em que o desrespeito a esse tipo de intervalo pode ensejar a correspondente remuneração (como aventado pela Súmula 110, TST — examinada, mais à frente, neste Capítulo).

Já o intervalo intersemanal é, em princípio, do tipo remunerado. É o que se passa com o chamado *repouso semanal*, abrangente de 24 horas entre dois módulos semanais vizinhos (art. 7º, XV, CF/88; art. 67, CLT; Lei n. 605/49).

Apresenta-se, a seguir, um quadro expositivo dos intervalos comuns e especiais, com referência à sua qualidade de serem ou não remunerados.

Quadro de Intervalos Interjornadas

Intervalos Comuns	(Rem. X Não Rem.)
a) 11 horas consecutivas, <i>no mínimo</i> , entre duas jornadas de trabalho (art. 66, CLT).	NRem. (art. 66, CLT)
b) 24 horas consecutivas, <i>no mínimo</i> , entre dois módulos semanais — “repouso semanal” — (art. 7º, XV, CF/88; Lei n. 605/49)	Rem. (art. 7º, XV, CF/88; Lei n. 605/49)
OBS.: entre módulos semanais somam-se os dois intervalos: 11 horas (entre dias) e 24 horas (entre semanas), totalizando, pois, 35 horas de intervalo ao fim do módulo semanal.	

(11) A validade ou não desse sistema de *plantões*, nos quais se ultrapassa a duração diária máxima de 8 horas de labor, foi debatida no Capítulo XXIII, item VI, deste Curso. Sobre a escala 12 X 36 horas, consultar a Súmula 444 do TST e o recente art. 59-A inserido, na CLT, pela Lei da Reforma Trabalhista. Relativamente ao empregado doméstico, a LC n. 150/2015 (art. 10, *caput* e § 1º) autoriza a contratação por escrito do regime 12 por 36 horas, em condições relativamente distintas das explicitadas na Súmula 444. Porém, conforme se sabe, trata-se de relação empregatícia singular, com normativa jurídica efetivamente especial. A seu respeito, consultar o item IV (“Empregado Doméstico”) do Capítulo XI deste Curso.

Intervalos Especiais	(Rem. X Não Rem.)
a) 17 horas, para empregados sujeitos a horários variáveis (jornada de 7 horas), nos serviços de telefonia, telegrafia submarina e subfluvial, radiotelegrafia e radiotelefonia (art. 229, CLT).	NRem. (art. 229, CLT)
b) 12 horas, para empregados operadores cinematográficos, com horário noturno de trabalho (art. 235, <i>caput</i> e § 2º, CLT).	NRem. (§ 2º, art. 235) ⁽¹¹⁾

C) Intervalos Interjornadas: repercussões jurídicas de seu desrespeito — As normas jurídicas que regulam os intervalos interjornadas também são imperativas. Por essa razão, seu desrespeito na prática contratual implica, no mínimo, falta administrativa cometida pelo empregador (art. 75, CLT) — que detém o controle da organização do trabalho e da prestação de serviços (e por esta é beneficiada).

Além de tal repercussão, outro importante efeito pode resultar da afronta a essas normas jurídicas, de acordo com o tipo de intervalo afrontado.

a) Desrespeito ao Intervalo Interjornadas — O intervalo entre duas jornadas (em geral, 11 horas) é, como visto, do tipo não remunerado (art. 66, CLT).

Contudo, seu efetivo cumprimento é de crucial relevância não apenas para a saúde e segurança do trabalhador, como ainda para permitir razoável integração pessoal do obreiro no seio de sua família e de sua comunidade mais ampla. A frustração de tal cumprimento (e dos objetivos desse intervalo) causa real prejuízo ao obreiro e à própria comunidade em que deveria estar integrado. Por tais razões, é que em certas situações concretas, em que o sistema de organização do trabalho já institui um adicional desgaste e isolamento familiar e social do trabalhador (como o regime de turnos ininterruptos de revezamento), a jurisprudência já pacificou que “...as horas trabalhadas em seguida ao repouso semanal de vinte e quatro horas, com prejuízo do intervalo mínimo de onze horas, devem ser remuneradas como extraordinárias, inclusive com o respectivo adicional” (Súmula 110, TST). Noutras palavras, em situações laborais abrangentes da figura do art. 7º, XIV, da CF/88, as *horas suprimidas* do intervalo interjornadas mínimo de 11 horas, após considerado o lapso de 24 horas de repouso semanal (portanto, 35 horas), são tidas como integrantes da duração do trabalho do obreiro, recebendo sobrerremuneração como se horas extras fossem.

A ordem jurídica não tem regra clara no tocante ao desrespeito ao intervalo mínimo de 11 horas, após considerado o repouso semanal nas

(12) Reportamo-nos aqui, também, à minuciosa pesquisa sobre intervalos interjornadas efetuada por MORAES FILHO, Evaristo de, e MORAES, Antônio Carlos Flores de, ob. cit., p. 419-420.

demais situações trabalhistas (excluído o regime de turnos ininterruptos de revezamento). A conduta hermenêutica da Súmula 88 do TST está superada, em face de seu cancelamento (conduta que informava que o desrespeito ao intervalo mínimo entre dois turnos de trabalho, desde que não importando em efetivas horas extraordinárias laboradas, tinha o caráter de *mera falta administrativa*, não gerando ressarcimento ao trabalhador). Fica aberta, assim, a possibilidade de estender-se a conduta interpretativa da Súmula 110 a todas as situações de desrespeito ao intervalo interjornada de 11 horas, após considerado o lapso do repouso semanal.

Felizmente, em 2008, o Tribunal Superior do Trabalho editou a OJ 355, considerando que o desrespeito ao intervalo mínimo interjornadas previsto no art. 66 da CLT acarreta, por analogia, os mesmos efeitos previstos no § 4º do art. 71 da Consolidação e na Súmula 110 do TST, *devendo-se pagar a integralidade das horas que foram subtraídas do intervalo, acrescidas do respectivo adicional*.

No cálculo dessa parcela é necessário evitar-se certa distorção, que escapa dos objetivos da ordem jurídica, gerando condenações manifestamente irracionais: trata-se do cômputo do intervalo interjornadas a partir do término da jornada diária normal, ao invés do término das horas extras, *caso existam*. Com esse artificialismo, todas as vezes em que ocorrer sobrejornada estarão automaticamente descumpridas as onze horas de intervalo interjornadas, independentemente de o empregado ter concluído sua prestação de serviços em um dia e só retornado ao trabalho 12 ou 15 horas após, já no dia seguinte. Não pode haver dúvida, entretanto, de que o intervalo de 11 horas começa a ser contado do término das horas extras, comparando-se este específico momento com o horário de início da jornada no dia subsequente.⁽¹³⁾

Com a Lei da Reforma Trabalhista, dois aspectos têm de ser observados: em primeiro lugar, somente se paga o *período de desrespeito intervalar*, ao invés da totalidade do intervalo (no caso dos intervalos interjornadas, esse critério já era usualmente observado); em segundo lugar, tal pagamento ostenta *natureza estritamente indenizatória*. É o que deflui do disposto na nova redação do § 4º do art. 71 da CLT, conforme Lei n. 13.467, vigente desde 11.11.2017.

b) Desrespeito ao Intervalo Intersemanal — O intervalo entre duas semanas de labor previsto no Direito brasileiro corresponde ao *descanso semanal de 24 horas* (também chamado repouso semanal). Este descanso semanal é do tipo remunerado, como sabido.

Embora a figura vá ser examinada logo a seguir, neste Capítulo, cabe registrar-se, por ora, que a ordem jurídica prevê norma expressa tratando da

(13) O intervalo interjornadas dos empregados domésticos foi também fixado em 11 horas (art. 15, LC n. 150/15), submetendo-se aos mesmos critérios de cálculo aqui indicados.

situação de desrespeito à fruição do repouso semanal: o valor concernente ao respectivo período deve ser pago *em dobro* ao obreiro prejudicado (art. 9º, Lei n. 605, de 1949).

III. DESCANSO SEMANAL E EM FERIADOS: ANÁLISE JURÍDICA

1. *Aproximação das Figuras Jurídicas*

As duas figuras em análise (descanso semanal e descanso em feriados) são muito próximas na ordem jurídica trabalhista. Contendo estrutura jurídica similar, submetidas a regras idênticas ou afins, enquadram-se naquilo que se denomina *dias de repouso*. A esse propósito, o decreto regulamentador da Lei n. 605, de 1949, trata, inclusive, de maneira igual as duas figuras jurídicas, englobando-as sob o epíteto geral de “*dias de repouso*” (ilustrativamente, arts. 1º; 6º, *caput*; 7º, *caput*; 11, *caput*, Decreto n. 27.048, de 1949).

O descanso semanal (ou repouso semanal) define-se como o *lapso temporal de 24 horas consecutivas situado entre os módulos semanais de duração do trabalho do empregado, coincidindo preferencialmente com o domingo, em que o obreiro pode sustar a prestação de serviços e sua disponibilidade perante o empregador, com o objetivo de recuperação e implementação de suas energias e aperfeiçoamento em sua inserção familiar, comunitária e política*. O descanso ou repouso semanal (d.s.r. ou r.s.r.) é período de interrupção da prestação de serviços, sendo, desse modo, em geral, lapso temporal remunerado.

Os feriados, por sua vez, definem-se, no Direito do Trabalho, como *lapsos temporais de um dia, situados ao longo do ano-calendário, eleitos pela legislação em face de datas comemorativas cívicas ou religiosas específicas, em que o empregado pode sustar a prestação de serviços e sua disponibilidade perante o empregador*.

Os feriados têm características semelhantes àquelas próprias aos descansos semanais. Ilustrativamente, duração de 24 horas (embora no feriado a referência temporal seja o *dia* e não o *conjunto de horas*, como ocorre com o d.s.r.); interrupção da prestação de serviços; objetivos pessoais, familiares e sociais semelhantes (embora os dos feriados sejam objetivos mais específicos, enquanto os do repouso semanal, mais genéricos).

São os feriados, entretanto, ao contrário dos descansos semanais, lapsos temporais não rotineiros, verificados apenas em função da ocorrência de datas festivas legalmente tipificadas.

Normatização Aplicável — As figuras dos dias de descanso semanal e de feriados estão reguladas, em geral, pelos mesmos textos legais. Os dois diplomas mais amplos a respeito da matéria são, de um lado, a CLT, em seus

arts. 67 a 70 (com modificações legais posteriores), e a Lei n. 605, de 1949 (também com inúmeras alterações legais subseqüentes incorporadas em seu texto). A Lei n. 605, a propósito, merece destaque especial neste cotejo, uma vez que é o diploma que regula com maior minúcia as duas figuras jurídicas ora em exame.

Existem, ainda, diversos outros diplomas legais que trouxeram inovações específicas à matéria, como, ilustrativamente, a Lei n. 662, de 1949 (que declarava feriados nacionais os dias 1º de janeiro, 1º de maio, 7 de setembro, 15 de novembro e 25 de dezembro); a Lei n. 1.266, de 1950 (que declarava feriado nacional o dia em que se realizarem eleições gerais no País e o dia 21 de abril); a Lei n. 6.802, de 1980 (que declara feriado nacional o dia 12 de outubro); a Lei n. 9.093, de 1995 (que declara feriado regional a data magna do Estado, indicada em lei estadual); a Lei n. 9.335, de 1996 (que declara feriados municipais as datas polares do ano do centenário de fundação do Município, conforme estabelecido em lei municipal). Por fim, a Lei n. 10.607, de 19.12.2002, que revogou a Lei n. 1.266/50, supra citada, e alterou ainda o art. 1º da Lei n. 662/49, passando a declarar feriados nacionais os dias 1º de janeiro, 21 de abril, 1º de maio, 7 de setembro, *2 de novembro*, 15 de novembro e 25 de dezembro. Esta lei passou a federal, portanto, o clássico feriado municipal, dia de finados.

Curiosamente, há até medidas provisórias regulando a presente matéria. Embora não se possa falar, em princípio, com real consistência, em relevância e principalmente *urgência* no tocante à normatização de tal tema (como requer o art. 62 da Constituição), o Supremo Tribunal Federal não considerou inconstitucional o ingresso do poder legiferante do Presidente da República neste segmento. Assim, as Medidas Provisórias n. 1.539-34, de 1997 (art. 6º), n. 1.539-36/97 (art. 6º e parágrafo único) e subseqüentes diplomas provisórios editados (por exemplo, MPr. n. 1.982-70, de 4.5.2000, art. 6º e parágrafo único) passaram a normatizar a figura do repouso semanal do *comerciário*, mediante a autorização para trabalho em domingos no comércio em geral⁽¹⁴⁾.

A Constituição de 1988, finalmente, também estabeleceu uma referência importante com relação a esta temática. Em seu art. 7º, XV, considerou direito dos trabalhadores o *repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos*.

No contraponto entre os diplomas aplicáveis a essas duas figuras trabalhistas, deve-se ressaltar que os feriados apresentam duas especificidades, se comparados aos repouso semanais. Em primeiro lugar, não

(14) A última das medidas provisórias de renovação a respeito desse tema, 1.982-76, de 26.10.2000, foi convertida na Lei n. 10.101, de 19.12.2000, mantendo, em seu art. 6º, a regra relativa ao labor dos comerciários em domingos. Mais recentemente, voltou-se a regular por medida provisória a matéria do trabalho dos comerciários aos domingos e feriados (MPr. n. 388, de 5.9.2007 — posteriormente convertida na Lei n. 11.603/2007).

foram mencionados no texto constitucional vigente (o art. 7º, XV, reporta-se apenas ao *repouso semanal remunerado*). Em segundo lugar, algumas das datas de feriados podem ser fixadas por legislação não federal: é o que se passa, por exemplo, com o feriado estadual relativo à “data magna do Estado”, que se fixa por norma estadual, segundo a Lei Federal n. 9.093/95. É o que se passa também com os feriados religiosos, que são fixados por lei municipal (à exceção do feriado relativo à *Padroeira do Brasil*, 12 de outubro — Lei n. 6.802/80 — o do Natal — Lei n. 662/49 — e, desde a Lei n. 10.607, de dezembro de 2002, o de finados, 2 de novembro).

A jurisprudência sumulada, por sua vez, tem se referido largamente aos dois institutos aqui examinados. No tocante ao descanso semanal remunerado, há, por exemplo, as Súmulas ns. 15 (a ser lida, em conjunto, com a 282), 27, 146, 172, 225, todas do TST. No tocante aos feriados, há, entre essas, a Súmula 146 do TST.

2. Descanso Semanal: caracterização e efeitos jurídicos

A) Caracterização do Descanso Semanal — A caracterização de um instituto diz respeito à identificação de seus elementos constitutivos básicos, ao lado de outros que, embora não sendo imprescindíveis à sua existência, comparecem, cotidiana e repetidamente, em sua estrutura e dinâmica operacionais concretas.

No que tange à figura do *descanso semanal*, essa caracterização conduz à identificação dos seguintes aspectos: a) lapso temporal de 24 horas de duração; b) ocorrência regular ao longo das semanas em que se cumpre o contrato; c) coincidência preferencial com o domingo; d) imperatividade do instituto; e) remuneração do correspondente período de descanso (interrupção contratual).

Os quatro primeiros aspectos indicados serão objeto de análise imediata, na presente alínea “A” deste item 2. Apenas o último dos aspectos referidos (remuneração do descanso semanal) é que será examinado na alínea “B”, logo em seguida, em virtude de sua mais larga abrangência.

a) Lapso Temporal — O lapso temporal componente do descanso semanal é de *24 horas consecutivas* (Lei n. 605/49, art. 1º; art. 67, CLT). Este lapso, conforme se percebe, corresponde a uma *totalidade* (horas consecutivas, enfatiza a norma jurídica). Isso significa que não pode tal repouso ser fracionado em um somatório de unidades temporais menores do que o modelo padrão tipificado em lei.

Além disso, deve ser notado que o prazo do repouso semanal fixa-se em *horas* — e não exatamente em dia. Na prática, isso pode ter relevo, uma

vez que assegura a possibilidade de o d.s.r. iniciar-se a qualquer hora do dia ou da noite, sem que se verifique, necessariamente, irregularidade em sua observância.

Há um vasto número de trabalhadores que gozam, na prática, de *folga* semanal *efetiva* de 48 horas — e não 24 —, por não laborarem também aos sábados. Embora seu módulo semanal de labor seja 40 horas (ou menos), não considera a jurisprudência que lhes beneficie, do ponto de vista jurídico, um duplo repouso semanal remunerado. Nessa direção, tem compreendido que o dia de descanso suplementar às 24 horas legalmente tipificadas corresponde a *dia útil não trabalhado* — e não a um segundo d.s.r. É o que resulta, por exemplo, da leitura da Súmula 113, do TST. Em face dessa compreensão interpretativa, os reflexos sobre d.s.r. de verbas recebidas estritamente ao longo da semana (horas extras, por exemplo) não se aplicam sobre o sábado não trabalhado. Apenas quando existir norma infralegal mais favorável ao trabalhador (instrumento normativo expresso, por exemplo) é que semelhante efeito poderá ocorrer no tocante aos “dias úteis não trabalhados”.⁽¹⁵⁾

b) *Ocorrência Semanal do Descanso* — Prevê a ordem jurídica uma periodicidade *máxima* semanal para o descanso. Nessa linha, o tipo legal do d.s.r. supõe que, a cada módulo semanal de labor cumprido (seja a duração padrão de 44 horas, sejam as durações semanais especialmente reduzidas, como as de 40, 36 ou até mesmo 30 horas ou menos), terá direito o trabalhador a uma porção integral de 24 horas consecutivas de descanso.

Há regimes de trabalho negociados que têm o efeito de *reduzir* essa periodicidade do repouso semanal, permitindo que ela se realize em distâncias

(15) Assim expunha a redação da Súmula 124, I, do TST que foi aprovada pela Res. 185/TST, de setembro de 2012, ao tratar da aferição do correto divisor de horas extras dos bancários, em conformidade com a circunstância de ser o sábado considerado dia de repouso *em decorrência de regra coletiva negociada mais favorável*: “O divisor aplicável para o cálculo das horas extras do bancário, se houver ajuste individual expresso ou coletivo no sentido de considerar o sábado como dia de descanso remunerado, será: I — 150, para os empregados submetidos à jornada de seis horas, prevista no caput do art. 224 da CLT; b) 200, para os empregados submetidos à jornada de oito horas, nos termos do § 2º do art. 224 da CLT.” (grifos acrescentados). Esclarecia, ainda, a Súmula n. 124, em seu item II, “a” e “b”, que não havendo tal dispositivo mais favorável os divisores seriam, respectivamente, 180 (jornada de seis horas) e 220 (jornada de oito horas). Agregue-se, neste tema, que embora a SDI-1, em sessão de 21.11.2016, dentro da sistemática de recursos repetitivos, tenha decidido contra a regra do inciso I, “a” e “b”, da Súmula n. 124, retornando os divisores para 180 e 220, respectivamente — independentemente de o sábado, por negociação coletiva, ser considerado “dia útil não trabalhado” —, o fato é que apenas o Tribunal Pleno é que ostenta poder e competência para alterar súmula de jurisprudência uniforme do TST (aliás, em qualquer tribunal do País). Nesse contexto, se preservada a melhor técnica jurídica e institucional, o assunto somente estaria efetivamente solucionado após decidido pelo Tribunal Pleno — o que realmente ocorreu em meados de 2017, fazendo prevalecer os divisores de 180 e 220 (novo texto da Súmula 124, I e II, conforme Res. 219/2017 do TST, divulgada no DEJT dos dias 28, 29 e 30.06.2017).

temporais inferiores à da semana. É o que se passa, por exemplo, com o regime denominado *12 por 36 horas*, pelo qual a cada 12 horas laboradas o trabalhador descansa 36 horas (ultrapassando, assim, a soma 11 + 24 de intervalos intersemanais). Na mesma direção, o regime denominado *24 por 72 horas*. Sob a *estricta perspectiva da periodicidade semanal máxima do d.s.r.*, tais regimes, como se percebe, não contêm irregularidade, uma vez que o lapso mínimo de 35 horas interjornadas semanais fica repetidamente respeitado⁽¹⁶⁾.

Não prevê a ordem jurídica, em princípio, possibilidade de *ampliação* da periodicidade semanal máxima de ocorrência do d.s.r. Uma leitura rigorosa do texto da Lei n. 605/49 evidencia que o diploma se refere à viabilidade ou de *folga compensatória* ou de *pagamento dobrado* da respectiva remuneração, em face dos casos de desrespeito ao descanso em dias de *feriado* (art. 9º), silenciando-se, porém, no tocante ao repouso semanal remunerado. Porém, em vista dos objetivos enfocados pela figura do d.s.r. (objetivos vinculados não somente a preocupações de saúde e segurança laborais, como também a metas assecuratórias da inserção familiar, social e política do trabalhador — metas de cidadania, portanto), e em vista também do silêncio (eloquente, sem dúvida) das regras jurídicas aplicáveis à matéria, deve-se interpretar que a ordem jurídica fica afrontada caso o d.s.r. não seja assegurado em um lapso temporal máximo de uma semana. *A jurisprudência, assim, tem admitido a folga compensatória no caso do d.s.r., porém apenas no tocante à incidência da folga aos domingos (folga que poderia, desse modo, ser compensada por outro dia livre ao longo da semana) — mas não no sentido de acatar-se descansos semanais por periodicidades superiores à semana laborada* (por exemplo, dois descansos após 12 dias de labor; neste caso, um dos d.s.rs. não foi respeitado). É o que se consagrou, por fim, na OJ 410 da SDI-1 do TST⁽¹⁷⁾.

c) Coincidência Preferencial com o Domingo — A coincidência preferencial do descanso semanal com o domingo sempre foi enfatizada pela ordem justralista. A CLT já a estabelecia (art. 67), a Lei n. 605/49 a reiterou (art. 1º), e a Constituição de 1988 determinou-a expressamente (art. 7º, XV).

A coincidência, contudo, é *preferencial*, mas não absoluta. Há empresas autorizadas a funcionar em domingos (desrespeitando, pois, licitamente, essa coincidência preferencial). Tais empresas deverão, porém, organizar uma escala de revezamento entre seus empregados, de modo a permitir a incidência periódica em domingos de 1 d.s.r. Nessa escala de trabalho e folgas, é preciso

(16) Isso não exclui a pertinência do debate sobre a validade ou não desses regimes no que tange à suplantação do limite diário máximo de 8 horas de labor, conforme já ressaltado (a respeito, ver Capítulo XXIII, item VI, deste Curso).

(17) Eis a OJ 410 da SDI-1 do TST: “Viola o art. 7º, XV, da CF a concessão de repouso semanal remunerado após o sétimo dia consecutivo de trabalho, importando no seu pagamento em dobro”.

que se respeite a coincidência *preferencial* com os domingos, determinada pela Constituição. A observância de uma folga aos domingos em cada quatro semanas mensais, conforme antiga redação do parágrafo único do art. 6º da Lei n. 10.101, de 2000 (diploma antecedido por Medidas Provisórias), ou uma folga dominical em cada bloco de três semanas mensais (nova redação do art. 6º, parágrafo único, da Lei n. 10.101, desde a MPr n. 388, de 2007 (convertida na Lei n. 11.603/07), atende ao comando e objetivo constitucionais.⁽¹⁸⁾

O sistema de escala pode ser adotado nas seguintes hipóteses: a) por força maior, independentemente de autorização (art. 8º, “a”, Decreto n. 27.048/49); b) em caráter transitório, por motivo de conveniência pública ou necessidade imperiosa do serviço, com autorização do Ministério do Trabalho (arts. 67, *caput*, e 68, CLT); c) em caráter permanente, em atividades que, por sua natureza ou pela conveniência pública, devam ser exercidas aos domingos (art. 68, CLT). É o que se passa com empresas prestadoras de serviços públicos e de transportes (art. 10, parágrafo único, Lei n. 605); com atividades e empresas especificadas por Decreto do Poder Executivo (art. 10, parágrafo único, Lei n. 605) ou Portaria do Ministro do Trabalho (art. 68, parágrafo único, CLT). Observe-se, porém, que a autorização diz respeito fundamentalmente à *atividade*, não à empresa (assim, em redes de postos de gasolina, restaurantes e outros segmentos, o setor operacional fica autorizado a funcionar domingo, mas não o correspondente escritório central, se houver).

Esclareça-se que elencos teatrais e congêneres estão, obviamente, dispensados da escala: nestes casos, o descanso incidirá em outro dia (art. 67, parágrafo único, CLT). A natureza da atividade e a estruturação do mercado em que esses profissionais e entidades artísticas atuam são fatores que tornam incompatível a fixação de descanso integral em domingos.

O comércio em geral, embora não configure — em seu todo — *atividade que, por sua natureza ou pela conveniência pública, deva ser exercida aos domingos*, passou a ser favorecido pela possibilidade de elidir a coincidência preferencial enfatizada pela ordem jurídica. É que as Medidas Provisórias ns. 1.539-34, de 1997 (em seu art. 6º), 1.539-36/97 (em seu art. 6º e parágrafo único) e subsequentes diplomas provisórios editados na mesma direção vieram a autorizar o *trabalho aos domingos no comércio varejista em geral, observado o art. 30, inciso I, da Constituição* (inciso constitucional que se reporta à competência municipal para legislar sobre *assuntos locais* — o que abrange

(18) O critério especificado no art. 2º da antiga Portaria n. 417, de 1966, do Ministério do Trabalho — uma folga dominical a cada sete semanas laboradas — *não se harmoniza à regra da Constituição de 1988*, pois não atende à ordem de *coincidência preferencial com os domingos*, uma vez que mitiga, em excesso, a coincidência constitucionalmente determinada. De fato, essa antiga diretriz da autoridade administrativa trabalhista consagrava uma coincidência apenas residual, ao invés de realmente *preferencial*, não sendo, pois, harmônica ao disposto na nova Constituição da República.

o horário do comércio). A contar da MPr. n. 1.539-36/97 (editada após decisão do STF relativa à inconstitucionalidade do preceito anterior), acrescentou-se a seguinte regra ao dispositivo em exame: *o repouso semanal remunerado 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* (parágrafo único do art. 6º da MPr. n. 1.539-36/97 — redação que foi mantida nas subseqüentes medidas provisórias, como, por exemplo, a de n. 1.982-70, de 4.5.2000, e 1.982-76/2000, esta convertida na Lei n. 10.101, de 19.12.2000)⁽¹⁹⁾.

Ainda relativamente aos trabalhadores do comércio, desde a MPr. n. 388, de 2007 (convertida na Lei n. 11.603/07), a escala de coincidência dominical foi aperfeiçoada, devendo o d.s.r. coincidir com o domingo ao menos uma vez no período máximo de *três semanas*.⁽²⁰⁾

Do ponto de vista rigorosamente técnico-jurídico, a coincidência preferencial do descanso semanal com o domingo é, hoje, no País, direito trabalhista assegurado expressamente pela Constituição (art. 7º, XV, CF/88). Desse modo, apenas em situações excepcionais (já examinadas), ou em atividades que, por sua natureza ou pela conveniência pública, devam ser exercidas aos domingos (analisadas acima), é que se poderia, validamente, escapar à coincidência prevalecente. As atividades comerciais, *em seu gênero*, não se enquadram, obviamente, nas exceções acima. Por essa razão, preservando-se critério de análise estritamente técnico-jurídico, *apenas a negociação coletiva, enfocando particularidades regionais* (turismo intenso, por exemplo, na região), *locais* (mesmo fundamento anterior, ilustrativamente), *ou até mesmo setoriais* (*shoppings centers*, por exemplo — que já funcionam aos domingos para atividades de entretenimento, como se sabe), *é que poderia adequar a ordem jurídica geral (e constitucional) aos interesses efetivos e diferenciados da coletividade por ela abrangida* (art. 7º, XIII e XXVI, CF/88). A lei federal — por sua generalidade — não teria esse condão, já que seu comando amplo, abrangente de toda região, local e setor do país, terminaria por produzir puro e simples desrespeito direto à preferência geral constitucionalmente assegurada. Entretanto, como visto, o critério inserido nos diplomas provisórios em exame foi preservado pela Corte Máxima (art. 102, *caput*, CF/88), prejudicando, por ora, o presente debate.⁽²¹⁾

(19) Em nova manifestação sobre o tema, após a MPr n. 1.539-36, de 1997, o Supremo Tribunal Federal considerou compatível com a Constituição o novo texto mais abrangente de tais diplomas provisórios, que prevaleceu, desse modo, até sua conversão em lei.

(20) Efetivamente, a MPr. n. 388/2007 (depois convertida na Lei n. 11.603/07), conferindo nova redação ao art. 6º e parágrafo único da Lei n. 10.101/2000, reduziu a coincidência do descanso semanal do comerciário com os domingos para *uma vez a cada três semanas*, melhorando a tabela do texto original da Lei n. 10.101, que falava em um descanso dominical a cada período máximo de quatro semanas.

(21) Note-se que a MPr. n. 388/2007 passou a se reportar à necessária autorização de “convenção coletiva de trabalho”, observada também a “legislação municipal”, quanto à permissão

d) *Imperatividade do Descanso Semanal* — O descanso semanal é direito trabalhista imperativo. Em virtude de suas finalidades pessoais — que o vinculam a objetivos de medicina, higiene e segurança do trabalho — e de suas finalidades comunitárias, que o colocam como instrumento essencial à integração familiar, social e política do trabalhador, será sempre devida a fruição efetiva do repouso semanal (arts. 1º e 6º, Lei n. 605).

A ordem jurídica, entretanto, cria *requisitos* à incidência da remuneração do descanso semanal, que são, sinteticamente, *frequência* e *pontualidade* regulares do obreiro na semana correspondente ao descanso. Embora o exame circunstanciado de tais requisitos somente vá ser procedido na *alínea “b”*, logo à frente, uma indagação relevante já pode ser aqui antecipada: se o obreiro não cumprir tais requisitos, perderá o direito ao efetivo descanso?

A resposta é negativa — não perderá o direito ao efetivo descanso (como seus demais colegas empregados), embora perca, sim, o direito à remuneração correspondente ao mesmo descanso semanal. Atenção, portanto: *ainda que não cumprido o par de requisitos para a remuneração do correspondente dia de repouso (frequência e pontualidade), a efetiva fruição do descanso semanal será sempre obrigatória — atada que é a considerações de saúde e segurança laborais.*

B) Remuneração do Descanso Semanal — A remuneração do repouso semanal envolve o exame de três tópicos específicos: os requisitos criados pela ordem jurídica para incidência dessa remuneração; o valor a ela atribuído e, finalmente, o debate acerca da remuneração do dia de descanso que tenha sido, ao revés, efetivamente trabalhado pelo obreiro.

a) *Requisitos da Remuneração* — A ordem justrabalhista tem fixado requisitos específicos à remuneração do descanso semanal tipificado. São dois tais requisitos: *frequência* integral na semana anterior (art. 6º, Lei n. 605/49) e *pontualidade* no comparecimento ao trabalho (art. 6º, *caput, in fine*, Lei n. 605/49).

A *frequência integral* na semana anterior não se frustra em virtude da verificação de interrupções contratuais. Assim, faltas justificadas não prejudicam a remuneração do repouso (art. 6º, § 1º, Lei n. 605, c/c art. 473, CLT).

O requisito da *pontualidade* corresponde à ideia de cumprimento integral do horário de trabalho (art. 6º, *caput, in fine*, Lei n. 605/49).

Conforme já exposto, o desrespeito ao par de requisitos compromete exclusivamente a *remuneração* do repouso semanal, mas não elide o direito à fruição do próprio descanso. Tal direito ao efetivo repouso semanal preserva-se, independentemente da frequência e pontualidade do empregado (art. 6º, *caput*, Lei n. 605).

de “trabalho em feriados nas atividades do comércio em geral” (MPR. n. 388, de 5.9.2007, inserindo o art. 6º-A na Lei n. 10.101/2000). Tal MPR. foi convertida na Lei n. 11.603/2007.

b) *Valor da Remuneração* — No que diz respeito ao *valor da remuneração* do repouso semanal, a Lei n. 605 (art. 7º) fixa critérios objetivos para seu cálculo.

Tratando-se de salário calculado por dia, semana, quinzena ou mês, a remuneração corresponderá ao valor equivalente a *um dia* (computadas as horas extras habituais: Súmula 172). Tratando-se de salário calculado por hora, a remuneração corresponderá ao valor equivalente a *uma jornada diária regular* (com horas extras, conforme Súmula 172). Tratando-se de salário produção (remuneração variável), o valor do repouso semanal corresponderá ao *quociente* da divisão do salário semanal resultante da produção realizada pelos dias de serviços prestados na semana (ou seja, o valor total recebido em virtude da produção semanal dividido pelos dias laborados — que não podem ultrapassar 6 dias). Finalmente, tratando-se de trabalho no domicílio, a remuneração do repouso corresponderá ao *quociente* da divisão por *seis* da importância total da produção semanal (art. 7º, Lei n. 605/49).

A jurisprudência já pacificou que empregados comissionistas também têm direito à remuneração específica pelo descanso semanal tipificado — além da remuneração pelos feriados. É o que resulta do texto da Súmula 27, do TST.

Há outra observação importante no que tange à remuneração do repouso semanal. Nos casos de *empregados mensalistas e quinzenalistas* (cujos salários, portanto, são calculados à base de 30 ou 15 diárias), a remuneração do d.s.r. (e dos feriados) já se encontra incluída no salário mensal ou quinzenal do obreiro, descabendo, desse modo, novo cálculo diferenciado específico (art. 7º, § 2º, Lei n. 605/49).

Na verdade, *todo cálculo salarial que considere o total da duração mensal ou quinzenal do trabalho já estará computando, automaticamente, o d.s.r.* A regra abrange até mesmo o chamado *horista* — caso o montante de horas consideradas em seu salário englobe a fração mês. Ilustrativamente, considere-se um horista que labore 5 horas ao dia e 5 dias na semana: caso receba salário correspondente a 150 horas mensais (5 horas X 30 dias = 150 horas), já estará recebendo pelos repousos semanais e feriados. Seu salário/mês corresponderá, assim, a 30 diárias.

Enfatize-se que a regra acima vale para *toda parcela que for paga computando-se já o mês ou quinzena — ou fração temporal superior (como o semestre)*. Por isso é que é indevido pagamento (isto é, novo pagamento) de repousos semanais e feriados intercorrentes em férias gozadas ou indenizadas — as verbas já estão embutidas no cálculo global! Na mesma linha, as gratificações de produtividade e por tempo de serviço (e outras, se for o caso), pagas *mensalmente*, não repercutem no cálculo do repouso semanal remunerado (Súmula 225, TST) — ou melhor, já englobaram essa verba.

Como já foi esclarecido, o sábado não é tido como dia de repouso, mesmo quando não trabalhado por todo o período contratual (Súmula 113, TST). Por essa razão, não sofre o sábado projeções de parcelas que devam incidir sobre o descanso semanal (como horas extras, por exemplo). O sábado somente poderá ser considerado como dia de repouso para observância de tais projeções caso haja norma infralegal mais favorável a esse respeito (convenção ou acordo coletivo, por exemplo).⁽²²⁾

c) *Remuneração do Dia de Descanso Efetivamente Trabalhado* — O desrespeito à norma assecuratória do descanso semanal remunerado (isto é, a realização de efetivo trabalho em dia de repouso) constitui falta administrativa do empregador, passível de sanção pela fiscalização laboral (arts. 13 e 14, Lei n. 605/49).

Em tal caso, a remuneração do dia do repouso mantém-se, obviamente, devida ao obreiro. Contudo, estabelece a ordem jurídica ser devido, também, o pagamento dobrado pelo dia de efetivo labor (*a remuneração será paga em dobro*, diz o art. 9º da Lei n. 605). Ou seja: mantém-se devido o dia de repouso (que não foi efetivamente gozado), acrescentando-se, ainda, o pagamento dobrado da respectiva remuneração, em decorrência do trabalho irregularmente tomado.

Não obstante, já houve significativa polêmica em torno desse cálculo remuneratório. A redação original algo imprecisa do antigo Enunciado 146, TST (*o trabalho realizado em dia feriado, não compensado, é pago em dobro e não em triplo*), não favorecia à pacificação jurisprudencial a que deveria servir. Afinal, estava-se afirmando que o pagamento seria dobrado, incluída a própria remuneração do dia de repouso? Ou, ao invés, afirmava-se que a dobra pertiniria apenas à remuneração do trabalho, sem prejuízo da remuneração do descanso já anteriormente cabível?

(22) A respeito, examinar o texto da Súmula n. 124 do TST, em sua anterior redação, que foi aprovada pela Res. TST n. 185/2012. O inciso I dessa súmula, por exemplo, determinava, na época, a adoção de divisor para o cálculo de horas extras em número mais baixo e favorável ao trabalhador “se houver ajuste individual expresso ou coletivo no sentido de considerar o sábado como dia de descanso remunerado”. Tal redação, porém, foi modificada pelo TST Pleno em junho de 2017 (Res. 219/TST). A esse respeito, aliás, torna-se necessário esclarecer que, embora a SDI-1, em julgamento ocorrido em 21.11.2016, dentro da sistemática de recursos repetitivos, tenha decidido contra a regra do inciso I, “a” e “b”, do texto então vigente da Súmula n. 124, retornando os divisores para 180 e 220, respectivamente — independentemente de o sábado, por negociação coletiva, ser considerado “dia útil não trabalhado” —, o fato é que apenas o Tribunal Pleno é que tem poder e competência para alterar súmula de jurisprudência uniforme do TST (aliás, em qualquer tribunal do País). Nesse quadro, caso preservada a melhor técnica jurídica e institucional, o assunto somente estaria efetivamente solucionado após decidido pelo Tribunal Pleno — o que, por fim, ocorreu em meados de 2017, restabelecendo-se a prevalência dos divisores 180 e 220 (nova versão da Súmula 124, I e II, aprovada pela Res. 219/2017 do TST).

A dúvida não tinha razão de ser: afinal, trata-se de cumulação de parcelas distintas, embora correlatas: há, de um lado, o direito ao dia de descanso, o qual deve ser pago (se já não embutido no salário mensal); de outro lado, há o dia extra laborado, que deve receber a compatível remuneração; finalmente, existe a pena criada pela Lei n. 605, de 1949, concernente à dobra pelo desrespeito ao dia de repouso, cujo pagamento é também específico e inconfundível com os anteriores.

Felizmente, a antiga controvérsia foi suplantada: hoje prepondera o entendimento de que o trabalho efetuado em dia de repouso é pago, sim, *especificamente em dobro* (ou seja, dois dias de salário), sem dedução, é claro, da própria remuneração pertinente a esse dia de repouso. Nesta linha, a Orientação Jurisprudencial 93 da SDI-I/TST: *Domingos e feriados trabalhados e não compensados. Aplicação do Enunciado n. 146. O trabalho prestado em domingos e feriados não compensados deve ser pago em dobro sem prejuízo da remuneração relativa ao repouso semanal.* Também a nova redação da própria Súmula 146 (desde novembro de 2003), incorporando a OJ 93.

Tem-se compreendido, na jurisprudência, a propósito, que a concessão de *folga compensatória* em outro dia da semana elide o pagamento dobrado da remuneração do repouso (ver OJ 93, SDI-I/TST, acima citada). Embora o art. 9º da Lei n. 605 refira-se apenas à folga compensatória em feriados, admite-se que a dinâmica operacional da figura do repouso semanal seja semelhante, aplicando-se-lhe os mesmos critérios normativos (desde que se trate, é claro, de efetiva compensação na semana)⁽²³⁾.

A natureza jurídica do pagamento pelo descanso semanal é nitidamente salarial — o pagamento pelo dia de repouso semanal e dia de feriado é nítido salário. Sendo salário, sofre tal pagamento a integração das horas extras habituais (Súmula 172, TST; art. 7º, “a” e “b”, da Lei n. 605, com redação da Lei n. 7.415/85).

A Lei da Reforma Trabalhista (n. 13.467/2017), por fim, ao regular a jornada de plantão 12 X 36 horas, considerou que a remuneração mensal pactuada pelo horário de 12 horas de trabalho por 36 horas de descanso “abrange os pagamentos devidos pelo descanso semanal remunerado e pelo descanso em feriados e serão considerados compensados os feriados e as prorrogações de trabalho noturno, quando houver, de que tratam o art. 70 e o § 5º do art. 73 desta Consolidação.” (parágrafo único do novo art. 59-A da CLT, inserida pela Lei n. 13.467/2017).

(23) Relembre-se, com respeito ao trabalho dos comerciários em *feriados*, mudança ocorrida em setembro de 2007. É que, sem prejuízo da previsão do art. 9º da Lei n. 605/1949 de *folga compensatória*, a Medida Provisória n. 388, de 5.9.2007, inserindo o art. 6-A na Lei n. 10.101/2000, fixou a necessária autorização em *convenção coletiva de trabalho*, respeitada também a *legislação municipal*, no que tange à permissão de labor em *feriados nas atividades do comércio em geral* (como já dito, a MPr. n. 388 foi convertida na Lei n. 11.603/2007).

No tocante aos descansos semanais remunerados, a regra do parágrafo único do do novo art. 59-A da CLT está efetivamente correta, pois tais d.s.r., de fato, estão contemplados no salário mensal obreiro e devidamente compensados no regime 12 X 36 horas. Contudo, no que tange aos descansos em feriados, a regra não é tecnicamente correta, pois não existe, realmente, essa abrangência salarial e/ou compensação. Por esse motivo é que a Súmula 444 do TST, que trata da jornada de plantão 12 X 36 horas (aprovada em setembro de 2012), já esclarecia a pertinência do pagamento em dobro dos feriados trabalhados (mas não dos d.s.r.). Conforme se vê, trata-se apenas de mais um artifício para a supressão de direitos trabalhistas pela Lei n. 13.467/2017.

3. Descanso em Feriados: caracterização, especificidades e efeitos jurídicos

Os *feriados* são, como visto, dias específicos, situados ao longo do ano-calendário, destacados pela legislação em face de datas comemorativas cívicas ou religiosas, em que o empregado pode sustar a prestação de serviços e sua disponibilidade perante o empregador.

As normas e critérios jurídicos aplicáveis aos feriados são, basicamente, os mesmos que se aplicam à figura do repouso semanal imperativo, conforme já examinado.

Esse tratamento igualitário, pacífico na jurisprudência, estende-se aos aspectos mais relevantes de tais figuras jurídicas. Ilustrativamente, estende-se à duração do repouso — 24 horas (embora, no feriado, o critério seja a noção de *dia* em vez de *horas*); também à regra da imperatividade da fruição do descanso (arts. 1º e 8º, Lei n. 605); do mesmo modo, estende-se aos requisitos para incidência da remuneração (arts. 6º e 8º, *in fine*, Lei n. 605; arts. 1º e 11, Decreto n. 27.048/49). O tratamento igualitário aplica-se ainda aos critérios de cálculo da correspondente remuneração (arts. 7º e 8º, *in fine*, Lei n. 605), completando-se, por fim, no reconhecimento da mesma natureza jurídica salarial de tais pagamentos efetuados ao longo do contrato.⁽²⁴⁾

As duas principais especificidades normativas dos feriados, em comparação com os repouso semanais, residem no fato de não terem sido mencionados no texto constitucional vigente e poderem ser parcialmente regidos por legislação regional e local. Esta segunda especificidade é, contudo, apenas

(24) No tocante à remuneração dos feriados nos regimes de plantão 12 X 36 horas, mencionados pela Súmula 444 do TST (de setembro de 2012) e recentemente regulados pelo novo art. 59-A da CLT (Lei n. 13.467/2017), consultar, neste Capítulo XXIV, o item III.2.B.c, supra (“Remuneração do Dia de Descanso Efetivamente Trabalhado”).

relativa, já que a lei municipal pode também, de certo modo, afetar a regência dos dias de repouso semanal, ao regular o funcionamento de atividades no Município (art. 30, I, CF/88).

A) Tipos de Feriados — Os feriados podem ser classificados segundo duas principais tipologias: a primeira, envolvendo o tipo de reverência, homenagem, que a norma jurídica pretende prestar através do feriado. Em face dessa distinção, os feriados são chamados de *civis* ou *religiosos*.

A segunda tipologia diz respeito ao espaço sociopolítico de abrangência do dia de feriado. À luz desse critério, os feriados podem ser *nacionais*, *regionais* ou *municipais*.

O contraponto entre as duas tipologias permite concluir que, hoje, os feriados civis podem abranger datas nacionais, regionais e municipais, ao passo que os feriados religiosos atingem apenas datas comemorativas nacionais ou locais.

a) Feriados Civis e Religiosos

a.1) *Feriados Civis* — Os *feriados civis* são comemorativos de datas relevantes à história da pátria ou da nacionalidade (ilustrativamente, 21 de abril e 7 de setembro), ou relevantes à história das lutas pela organização e afirmação das grandes massas populares no mundo contemporâneo (1º de maio, por exemplo).

Podem ser, ainda, dias festivos relevantes da cultura ocidental, como 25 de dezembro (embora este seja, é claro, originalmente e *principalmente*, feriado religioso) ou, ainda, 1º de janeiro (dia comemorativo do conagraçamento universal e da paz mundial — embora o Natal também seja afeto a esse tipo de comemoração).

A Lei n. 9.093, de 1995, autorizou a fixação de feriado civil relativo à comemoração da *data magna do Estado* (dando origem ao único feriado civil regional do Direito brasileiro recente). A Lei n. 9.335, de 1996, por sua vez, autorizou a fixação de feriados civis nas datas iniciais e finais do ano de centenário do Município, conforme estabelecer-se em lei local (originando os singulares feriados civis municipais no atual Direito brasileiro).

Os feriados *civis* são, de maneira geral, *declarados em lei federal* (antigo art. 11 da Lei n. 605/49, com redação do Decreto-Lei n. 86/66. Também Lei n. 9.093, de 12.9.95, revogando art. 11, *retro*). Hoje, duas exceções despontaram com respeito a esta regra: a primeira, iniciada em 1995 (Lei n. 9.093/95), quando surgiu a possibilidade de um feriado civil regional nos diversos Estados da Federação, correspondente à *data magna do Estado fixada em lei estadual*. A segunda exceção foi aberta pelo diploma federal n. 9.335, de 10.12.96, que permitiu à *lei local* instituir feriados municipais nas duas datas polares do ano do *centenário de fundação do Município*, conforme estabelecido em lei municipal.

Reconheça-se, porém, que tais exceções são parciais, dado que a lei federal é que fez menção à hipótese desses dias de feriados, transferindo aos diplomas regionais e locais apenas a decisão sobre seu específico estabelecimento.

São feriados civis no Brasil: 1º de janeiro (Lei n. 662/49); 21 de abril (antiga Lei n. 1.266/50; hoje, Lei n. 10.607/2002, dando nova redação ao art. 1º da Lei n. 662/1949); 1º de maio (Lei n. 662/49); 7 de setembro (Lei n. 662/49); 15 de novembro (Lei n. 662/49). Se se considerar que 25 de dezembro tem também, hoje, uma dimensão civil — *congraçamento familiar e comunitário* — tratar-se-ia de outro exemplo (Lei n. 662/49). Era ainda feriado nacional “...o dia em que se realizarem eleições gerais em todo o País” (Lei n. 1.266/50 revogada pela Lei n. 10.607/02). Hoje, há a tendência de se fazer coincidir as eleições gerais com o domingo (art. 77, *caput*, CF/88, conforme EC n. 16/97; Leis Eleitorais específicas). São também feriados civis a data magna do Estado, conforme fixação de lei estadual específica, e as datas de início e término do ano do centenário do Município, conforme legislação local.

a.2) Feriados Religiosos — Os feriados religiosos são comemorativos de datas relevantes à tradição religiosa dominante no País (ilustrativamente, 12 de outubro — Nossa Senhora Aparecida; Sexta-feira da Paixão; 25 de dezembro, Natal), ou dominante na comunidade local. A ordem jurídica define-os como “dias de guarda, declarados em lei municipal, de acordo com a tradição local” (antigo art. 11, Lei n. 605/49; na mesma linha, Lei n. 9.093/95).

A maioria dos feriados religiosos é declarada em lei municipal, a teor de autorização normativa de lei federal (antigo art. 11 da Lei n. 605/49; atual Lei n. 9.093/95). Há, contudo, feriados religiosos declarados em lei federal. É o que se passa com o feriado de 12 de outubro (dia da *Padroeira do Brasil*, Nossa Senhora Aparecida), fixado pelo diploma federal n. 6.802, de 1980. Do mesmo modo, assim ocorre com o feriado do Natal, 25 de dezembro (Lei n. 662, de 1949). Recentemente, o dia de finados (2 de novembro), típico feriado municipal, passou a feriado nacional (Lei n. 10.607/2002, conferindo nova redação ao art. 1º da Lei n. 662/1949). A lei federal também, de certa maneira, demarcou a Sexta-feira da Paixão como feriado: é que estabeleceu que este dia se incluía no rol máximo de quatro feriados religiosos que poderiam ser declarados por lei municipal (antigo art. 11, Lei n. 605; hoje, Lei n. 9.093/95).

b) Feriados Nacionais, Regionais e Locais — A maioria dos feriados de abrangência nacional é civil. Como já indicado, citam-se, neste bloco, os dias 1º de janeiro, 21 de abril, 1º de maio, 7 de setembro e 15 de novembro.

Havia, essencialmente, apenas dois feriados nacionais de caráter religioso: o dia da “*Padroeira do Brasil*” (12 de outubro) e o dia de Natal (25 de dezembro). A esse grupo cabe acrescentar agora o dia de finados

(2 de novembro). Deve-se ressaltar, contudo, que a Sexta-feira da Paixão, embora seja declarada feriado pelas leis municipais, tende a ser observada genericamente em todo o País (a própria lei federal, como visto, engloba este dia no rol dos feriados a serem declarados por lei municipal).

No Direito brasileiro, há previsão de um feriado estadual: trata-se da data magna do respectivo Estado Federado, assim declarada pela lei regional (Lei n. 9.093/95).

A quase-totalidade dos feriados municipais é religiosa. A lei federal fixa limite máximo de 4 feriados religiosos de origem local, entre eles a Sexta-feira da Paixão (antigo art. 11, Lei n. 605; atual art. 2º, Lei n. 9.093/95). Existe, ainda, a possibilidade de declaração de dois feriados civis municipais, de ocorrência limitada no tempo: trata-se, como se sabe, dos dias de início e fim do ano de centenário do respectivo Município (Lei n. 9.335/96)⁽²⁵⁾.

(25) Relembre-se, com respeito ao trabalho dos comerciários em *feriados*, mudança ocorrida em setembro de 2007. É que, sem prejuízo da previsão do art. 9º da Lei n. 605/1949 de *folga compensatória*, a MPr. n. 388, de 5.9.2007, inserindo o art. 6-A na Lei n. 10.101/2000, fixou a necessária autorização em *convenção coletiva de trabalho*, respeitada também a *legislação municipal*, no que tange à permissão de labor em *feriados nas atividades do comércio em geral* (como já dito, a MPr. n. 388 foi convertida na Lei n. 11.603/2007).

PERÍODOS DE DESCANSO: FÉRIAS ANUAIS REMUNERADAS

I. INTRODUÇÃO

O conjunto dos descansos trabalhistas completa-se com a figura das férias. Elas definem-se como o *lapse temporal remunerado, de frequência anual, constituído de diversos dias sequenciais, em que o empregado pode sustar a prestação de serviços e sua disponibilidade perante o empregador, com o objetivo de recuperação e implementação de suas energias e de sua inserção familiar, comunitária e política.*

1. Objetivos das Férias

As férias atendem, inquestionavelmente, a todos os objetivos justificadores dos demais intervalos e descansos trabalhistas, quais sejam, metas de saúde e segurança laborativas e de reinserção familiar, comunitária e política do trabalhador.

De fato, elas fazem parte de uma estratégia concertada de enfrentamento dos problemas relativos à saúde e segurança no trabalho, à medida que favorecem a ampla recuperação das energias físicas e mentais do empregado após longo período de prestação de serviços. São, ainda, instrumento de realização da plena cidadania do indivíduo, uma vez que propiciam sua maior integração familiar, social e, até mesmo, no âmbito político mais amplo.

Além disso tudo, as férias têm ganhado, no mundo contemporâneo, importância econômica destacada e crescente. É que elas têm se mostrado eficaz mecanismo de política de desenvolvimento econômico e social, uma vez que induzem à realização de intenso fluxo de pessoas e riquezas nas distintas regiões do país e do próprio globo terrestre.

Registre-se que, embora permitam as férias significativa intensificação do lazer do trabalhador e sua família, elas *não* têm natureza de *prêmio trabalhista*. Desse modo, não se vinculam à conduta obreira mais ou menos positiva em face do interesse do empregador. Não são, portanto, parcela adquirida pelo empregado em função de conduta contratual especialmente favorável ao empregador. Têm, pois, as férias efetivo caráter de *direito trabalhista*, inerente ao contrato de trabalho — direito a que corresponde uma obrigação empresarial.

As férias, entretanto, são direito laboral que se constrói em derivação não somente de exclusivo interesse do próprio trabalhador. Elas, como visto, indubitavelmente também têm fundamento em considerações e metas relacionadas à política de saúde pública, bem-estar coletivo e respeito à própria construção da cidadania. Se os demais descansos trabalhistas (principalmente os intervalos interjornadas e os dias de repouso) são instrumentos essenciais à reinserção familiar, social e política do trabalhador, as férias surgem como mecanismo complementar de grande relevância nesse processo de reinserção da pessoa do empregado, resgatando-o da noção estrita de *ser produtivo* em favor de uma mais larga noção de *ser familiar, ser social e ser político*. Tais fundamentos — que se somam ao interesse obreiro na estruturação do direito às férias — é que conduzem o legislador a determinar que o empregado não tenha apenas o direito de gozar as férias mas também, concomitantemente, o *dever de as fruir*, abstendo-se de “... *prestar serviços a outro empregador, salvo se estiver obrigado a fazê-lo em virtude de contrato de trabalho regularmente mantido com aquele*” (art. 138, CLT; art. 13, Convenção 132, OIT)⁽¹⁾.

2. **Normatização Aplicável**

A partir de 23.9.1999, a Convenção 132 da OIT, regulatória das férias, entrou em vigor no País, ensejando o debate sobre *conflito de normas jurídicas* em face do próprio texto da Consolidação (Título II, Capítulo IV da CLT: arts. 129 a 153).

Na verdade, contudo, o referido diploma internacional, concluído pela OIT em 1970, já havia inspirado a redação do novo capítulo celetista de férias, que passou a vigorar no Brasil em 1977 (arts. 129 a 153, CLT). Em decorrência, não despontaram disparidades significativas entre os dois diplomas. Ao invés, no cômputo estrito entre essas diferenças, a Convenção chega a apresentar maior número de regras *menos* favoráveis, o que cria a dúvida sobre se sua recente adoção não terá vindo essencialmente somar-se ao caminho flexibilizatório de normas justralhistas perfilado oficialmente na década de 1990 no País.

De fato, ilustrativamente, seu prazo mínimo de férias é inferior (3 semanas, e não 30 dias), enquanto seu prazo para gozo da parcela é mais toler-

(1) A Convenção n. 132 da OIT, que trata das férias, foi ratificada pelo Estado brasileiro, por meio do Decreto Legislativo n. 47, de 23.9.1981. Porém, o Instrumento de Ratificação somente foi depositado na OIT em 23.9.98, o que conferiu vigência à Convenção, no Brasil, desde 23.9.1999 (a respeito, “Considerandos” do Decreto do Presidente da República n. 3.197, de 5 de outubro de 1999, que “promulga” — *rectius*: divulga — a referida Convenção). Portanto, em harmonia com a CLT, a Convenção n. 132 regulamenta o instituto das férias no País, desde a data de sua entrada em vigor (23.9.1999), respeitado, é claro, o critério hierárquico da norma mais favorável.

ante (18 meses, e não 12). Mais grave do que isso: a Convenção, em diversos momentos, adota conduta normativa francamente oscilante, flexível, valorizando, sobremaneira, até mesmo a mera pactuação bilateral em contraponto às suas próprias regras, atenuando a imperatividade clássica no Direito brasileiro quanto aos dispositivos regulatórios de férias.

Nesse quadro, as poucas regras efetivamente favoráveis que a Convenção 132 ostenta (exclusão dos feriados do cômputo do prazo de férias e pagamento da parcela proporcional em qualquer situação rescisória), em contraponto ao Capítulo IV do Título II da CLT (arts. 129 a 153), não lhe deferem o *status* de diploma normativo superior, se adotado o critério do *conglobamento* para exame da hierarquia normativa no presente caso. Apenas se adotado o critério da *acumulação*, cientificamente menos consistente, conforme se sabe, é que se poderia coletar, de maneira tópica e localizada, os poucos dispositivos mais favoráveis, fazendo-os prevalecer na ordem jurídica pátria. Não é o que sugere, porém, a teoria de hierarquia de normas jurídicas, que vigora no Direito do Trabalho⁽²⁾.

II. CARACTERIZAÇÃO

Alguns caracteres destacam-se na estrutura e dinâmica do instituto das férias. Trata-se de seu *caráter imperativo* (do que deriva sua *indisponibilidade*), sua *composição temporal complexa* (conjunto unitário de dias sequenciais, *proporcionalmente* estipulados), a *anualidade* de ocorrência das férias, a *composição obrigacional múltipla* do instituto e, por fim, sua natureza de *período de interrupção*.

O *caráter imperativo* das férias, instituto atado ao segmento da saúde e segurança laborais, faz com que não possa ser objeto de renúncia ou transação lesiva e, até mesmo, transação prejudicial coletivamente negociada. É, pois, *indisponível* referido direito.

Não há, desse modo, possibilidade, na ordem jurídica, de se substituírem as férias por parcela em dinheiro durante o cumprimento do contrato (é claro que, se o contrato se extingue, o direito converte-se em indenização, por ser inviável, na prática, seu efetivo gozo). Não há, portanto, qualquer valia à prática censurável de *venda de férias*, eventualmente ocorrida no contexto do contrato (empregado deixa de gozar as férias, recebendo a parcela dobrada). As férias não fruídas no correto período contratual devem, a teor da ordem

(2) Para reexame, se necessário, da análise acerca do conflito entre normas jurídicas, inclusive o confronto entre as teorias de *conglobamento* e *acumulação* no ramo juslaborativo, retornar ao Capítulo V, item VII, no presente Curso (Hierarquia Entre as Fontes Justrabalhistas). Para maior aprofundamento do debate exposto, consultar deste autor a 3ª edição da obra *Jornada de Trabalho e Descansos Trabalhistas* (São Paulo: LTr, 2003), em seu Capítulo IV, item II.

jurídica, ser gozadas, de imediato, pelo empregado, sendo ainda devido a ele o pagamento dobrado do valor da respectiva remuneração — conforme estudar-se-á neste Capítulo XXV.

É bem verdade que a CLT atenuou parte dos efeitos dessa imperatividade (e indisponibilidade consequente), ao permitir a conversão pecuniária de 1/3 das férias obreiras (o chamado *abono* celetista de férias). Contudo, a vontade bilateral das partes e mesmo a coletiva negociada não podem ir além dessa exceção aberta pela ordem jurídica heterônoma estatal.

A segunda característica diz respeito à *composição temporal complexa* das férias. Estas, efetivamente, são compostas por um conjunto unitário de dias sequenciais — dias que se acoplam, formando uma unidade, um todo complexo. As férias-padrão, no Brasil, são de 30 dias (ou 20 dias úteis, anteriormente, no caso do empregado doméstico, ou módulo ainda menor, no caso de contratos em regime de tempo parcial, antes da Lei n. 13.467/2017)⁽³⁾. Ou seja, ainda que haja conversão de 1/3 de tais férias, permanece um bloco unitário de dias integrando a parcela trabalhista em exame. Isso significa que as férias não podem ser pulverizadas ao longo do ano, por meio do gozo intercalado de pequenos grupos de poucos dias a cada vez — tal prática frustraria, inteiramente, o instituto, mantendo o empregador em mora a seu respeito. Esclareça-se, nesse tópico, que a CLT brasileira tem autorizado, no máximo, o parcelamento das férias em duas frações não inferiores a 10 dias; apenas a partir da Lei n. 13.467/17 (vigência a contar de 11.11.2017) é que se passou a permitir o fracionamento em três frações (nova redação do § 1º do art. 134 da CLT, inserida pela Lei n. 13.467/2017). No caso de trabalho em regime de tempo parcial, com duração do trabalho semanal igual ou inferior a cinco horas, admitia-se o módulo unitário integral de apenas 8 dias de férias anuais (texto original do art. 130-A, VI, CLT); evidentemente, com a uniformização de prazos de gozo de férias efetivada pela Lei n. 13.467/2017, os critérios dos contratos empregatícios comuns e dos contratos empregatícios em regime de tempo parcial passaram a ser os mesmos.⁽⁴⁾

(3) Relativamente aos empregados domésticos, a Lei n. 11.324/2006 estendeu de 20 dias úteis para 30 dias o prazo de férias, considerados os períodos aquisitivos iniciados após a sua publicação (Diário Oficial de 20.7.2006). Este prazo de 30 dias foi mantido pela LC n. 150/2015 (art. 17, *caput*), salvo no caso de trabalho em regime de tempo parcial, que possuía, na época, escala menor de férias (art. 3º, § 3º, LC n. 150). Relativamente, por fim, aos contratos em regime de tempo parcial, regulados, originalmente, pelos arts. 58-A, 59, § 4º, 130-A e 143, § 3º, da CLT (redação oriunda MPr. n. 2.164-41/2001, que se tornou indeterminada, conforme EC. n. 32/2001), havia previsão de tabela específica e bastante menos favorável de duração das férias (art. 130-A da CLT); entretanto, a contar da vigência da Lei n. 13.467, em 11.11.2017, a tabela geral do art. 130 da CLT passou a ser estendida também aos contratos em regime de tempo parcial (revogação do arts. 130-A da CLT pela Lei n. 13.467/2017). Para maiores explicações, consultar o item III.3.B deste Capítulo XXV.

(4) O estudo da duração das férias adquiridas será efetivado no item III.3 deste Capítulo.

Registre-se que a Convenção n. 132 da OIT, vigente no Brasil desde 23.9.1999, estipula que “uma das frações do respectivo período deverá corresponder pelo menos a *duas semanas de trabalho ininterruptos*” (art. 8º.2; grifos acrescidos). O preceito poderia ter revogado a CLT, uma vez que esta autoriza fração menor (10 dias) — logo, a Convenção seria norma mais favorável, se adotado o critério estrito de acumulação de normas, é claro, e não a diretriz do conglobamento, como visto. Contudo, o dispositivo internacional é, curiosamente, flácido em seu comando, já que ressalva “estipulação em contrário contida em acordo que vincule o empregador e a pessoa empregada em questão” (art. 8º.2). Ora, se até o acordo bilateral pode afrontar esse preceito da Convenção, é porque ele tem natureza meramente dispositiva, e não imperativa; por esta razão não possuiria mesmo força revogatória no tocante ao preceito imperativo da CLT.

Note-se, a propósito, que a nova redação do § 1º do art. 134 da CLT (introduzida pela Lei n. 13.467/2017), ao permitir a fruição das férias em até três períodos, fixou, taxativamente, que um desses períodos fracionados “*não poderá ser inferior a quatorze dias corridos*”.

A inviabilidade da pulverização desses dias de descanso, conforme acima exposto, é que justifica identificar-se a característica ora examinada também pela noção de *continuidade* das férias.

Esclareça-se, porém, que a composição temporal complexa desse instituto jurídico é variável, isto é, *proporcional* à frequência obreira no respectivo período aquisitivo, conforme tabela estabelecida na ordem jurídica (art. 130, CLT, como critério geral; art. 130-A, para os casos de labor em regime de tempo parcial, antes de sua revogação em 11.11.2017). Aduza-se que a proporcionalidade não é direta, mas calculada em função dos parâmetros das referidas tabelas, como será visto. A *anualidade* das férias é outra característica de destaque. De fato, tal módulo extenso e contínuo de descanso tem *ocorrência periódica* no contrato, após lapsos temporais significativos do desenrolar contratual. O Direito do Trabalho tem fixado essa periodicidade no ano contratual.

Outra característica das férias é sua *composição obrigacional múltipla*. Efetivamente, o instituto comporta, em seu interior, inequívoca multiplicidade de obrigações de natureza diversa. Citem-se, por exemplo, a obrigação de *fazer* do empregador, ao determinar a data de férias do obreiro, dispensando-o dos demais compromissos contratuais; a obrigação empresarial de *dar*, através do pagamento antecipado do salário do período de férias, acrescido do terço constitucional e, se for o caso, do valor da conversão de parte das férias, além, ainda, de metade do 13º salário (se requerido este pagamento tempestivamente pelo obreiro); por fim, a obrigação empresarial de *não fazer*, consistente na omissão do empregador de requisitar qualquer serviço ao obreiro no período de férias, sob pena de frustração do instituto.

Sob a perspectiva do trabalhador, há a obrigação de *fazer* relativa ao gozo das férias, combinada com importante obrigação de *não fazer* determinada por lei — não assumir outro compromisso laborativo que frustre os objetivos essenciais das férias (exceto compromisso oriundo de contrato precedente vinculativo do obreiro).

Finalmente, é também característica de destaque a *natureza de interrupção contratual* das férias. Durante seu gozo, o obreiro susta a principal de suas obrigações contratuais (prestação laborativa), preservando, contudo, a efetividade de seus direitos trabalhistas. Isso significa que no período de férias o trabalhador preserva praticamente *todas* as vantagens contratuais (verbas remuneratórias; demais direitos de caráter monetário, mesmo que não salariais — como FGTS, por exemplo; tempo de serviço — inclusive no tocante ao novo período aquisitivo de férias, etc.). Pouquíssimas parcelas, *desde que estritamente instrumentais à própria prestação de serviços*, é que poderão ser suprimidas no período de interrupção (por exemplo, o fornecimento de Vale-Transporte).

Há autores que preferem arrolar algumas dessas características examinadas como *princípios básicos informativos* das férias. É o que faz o jurista *Amauri Mascaro Nascimento*, citando 5 princípios: anualidade; remunerabilidade; continuidade; irrenunciabilidade; proporcionalidade⁽⁵⁾. O conteúdo de tais princípios corresponde ao já exposto neste tópico.

III. AQUISIÇÃO DAS FÉRIAS E SUA DURAÇÃO

A aquisição, pelo obreiro, das férias ao longo do contrato de trabalho e a fixação de seu correspondente período de duração temporal submetem-se a critério objetivo estipulado pela ordem jurídica. Esse critério funda-se na assiduidade obreira ao trabalho no respectivo período de aquisição do direito à parcela trabalhista.

De fato, o Direito do Trabalho estabelece uma relação direta entre *assiduidade e aquisição de férias* e entre *assiduidade* e lapso temporal de *duração das férias* (noção de *proporcionalidade* das férias). Na mesma linha, elege alguns fatores elisivos à própria aquisição das férias, em geral todos eles de alguma maneira vinculados à presença ou não do obreiro no âmbito da efetiva prestação de serviços.

Esse critério de vinculação entre assiduidade e férias é tido como razoável, do ponto de vista sociojurídico. Afinal, se as férias visam restaurar as energias do trabalhador e permitir sua reinserção no contexto familiar e

(5) NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao Direito do Trabalho*. 26. ed. São Paulo: LTr, 2000, p. 301.

comunitário mais amplo, evidentemente que elas tenderão a perder seu papel central caso o trabalhador já tenha se afastado da prestação de trabalho por significativos períodos ao longo do correspondente ano.

1. Aquisição do Direito a Férias (Período Aquisitivo)

A ordem jurídica estabelece um lapso temporal padrão para aquisição do direito às férias. Esse lapso temporal, denominado de *período aquisitivo*, corresponde a cada ciclo de 12 meses contratuais (art. 130, *caput*, e art. 130-A, *caput*, CLT). No cômputo do período aquisitivo de férias, cada fração temporal do mês/calendário superior a *14 dias* conta-se como um mês (art. 146, parágrafo único, CLT). Caso tenha o contrato duração inferior a 12 meses, evidentemente que o período aquisitivo das respectivas férias será menor, ajustando-se à efetiva extensão do prazo contratual.

O início de fluência do período aquisitivo situa-se no termo inicial do contrato, contando-se desde o primeiro dia contratual, inclusive. Não se computa o prazo aqui em conformidade com o critério civilista clássico (excluindo-se o dia do começo e contando-se o dia final); em vez disso, computa-se toda a vida do contrato, separada em blocos de 12 meses, razão por que conta-se, é claro, o dia do começo (excluindo-se o correspondente dia do ano seguinte — dia do final).

O aviso-prévio, mesmo indenizado (e também a parcela proporcional: Lei n. 12.506/2011), integra o período aquisitivo de férias, uma vez que é parte do tempo de serviço obreiro para todos os fins (art. 487, § 1º, *in fine*, CLT). Também se computa como parte de novo período aquisitivo o lapso temporal de gozo de férias referentes a período aquisitivo anterior.

2. Fatores Prejudiciais à Aquisição das Férias

A ordem jurídica estabelece alguns fatores tipificados que, ocorridos, inviabilizam a aquisição das férias pelo empregado. Tais fatores prejudiciais à aquisição das férias estão, de maneira geral, relacionados ao efetivo comparecimento do trabalhador à prestação de serviços em certo lapso temporal legalmente delimitado, sempre considerado o correspondente período aquisitivo das férias.

O primeiro desses fatores prejudiciais à aquisição das férias diz respeito à ausência injustificada ao trabalho pelo obreiro por *mais de 32 dias* ao longo do respectivo período aquisitivo (art. 130, IV, CLT). Neste caso, o empregado perde todo o seu direito a férias, no correspondente período.

Observe-se que, em se tratando de *labor a tempo parcial* (antes das mudanças feitas pela Lei n. 13.467/2017), o número de faltas, desde que superior

a *sete*, apenas reduz à metade o prazo de fruição do instituto, não o eliminando, inteiramente (parágrafo único do art. 130-A, CLT). É que, na verdade, os prazos de férias para os trabalhadores submetidos ao mencionado regime parcial já eram extremamente reduzidos, conforme tabela do art. 130-A, da CLT (regras alteradas pela Lei da Reforma Trabalhista, conforme se no item **3.B**, à frente.

O art. 133, CLT, estabelece rol de quatro outros fatores prejudiciais à aquisição das férias. De acordo com tal dispositivo, não terá direito a férias o empregado que, no curso do período aquisitivo, deixar o emprego, não sendo readmitido em 60 dias de sua saída. Isso significa que a lei elimina, para fins de férias, a *accessio temporis*, neste caso em que o trabalhador pede demissão e não retorna antes de 60 dias; retornando somente depois desse lapso, o período aquisitivo anterior fica prejudicado.

Também sofrerá as mesmas consequências elisivas aquele que permanecer em gozo de licença, com percepção de salários, por mais de 30 dias (a denominada *licença remunerada*).

Também terá suas férias prejudicadas o empregado que deixar de trabalhar, com percepção de salário, por mais de 30 dias, em virtude de paralisação total ou parcial dos serviços da empresa (a propósito, esta hipótese é também autorizativa de certo tipo de prorrogação de jornada, para compensar a anterior paralisação, conforme art. 61, § 3º, CLT, e art. 7º, XVI, CF/88 — prorrogação estudada no Capítulo XXIII desta obra). Os efeitos prejudiciais deste fator estão, porém, condicionados a uma formalidade: desde março de 1995, é necessária a comunicação, pela empresa, à Superintendência Regional do Trabalho (antiga DRT) e sindicatos obreiros, 15 dias antes, das datas de início e término da paralisação, afixando aviso nos locais de trabalho (§ 3º, art. 133, CLT — conforme Lei n. 9.016/95).

O último dos fatores prejudiciais à aquisição das férias arrolado pelo art. 133 da CLT é a circunstância de o empregado receber da Previdência Social, por mais de 6 meses, embora descontínuos, prestações de acidentes de trabalho ou de auxílio-doença. Evidentemente que este fator somente produz seu efeito elisivo das férias caso os afastamentos previdenciários tenham se verificado ao longo do correspondente período aquisitivo.

Prejudicado o período aquisitivo pela ocorrência de um dos fatores acima, o *novo* período aquisitivo iniciar-se-á tão logo o empregado retorne ao serviço (art. 133, CLT).

Situações Especiais — Há, contudo, algumas situações tipificadas que recebem tratamento normativo especial, de modo que se minorem os efeitos prejudiciais do afastamento obreiro do trabalho. Tais situações estão enfocadas nos arts. 131 e 132 da CLT.

A primeira delas abrange o empregado afastado para prestação de serviço militar. Dispõe a lei que seu tempo de trabalho *anterior* à apresentação

ao serviço militar será computado para fins de cálculo do período aquisitivo de férias, caso o obreiro retorne ao emprego em 90 dias da data da correspondente *baixa* (art. 132, CLT).

A segunda dessas situações diz respeito à empregada gestante. Estabelece a ordem jurídica que o período de afastamento por licença-maternidade, ou em virtude de aborto, será computado normalmente no respectivo período aquisitivo (art. 131, II, CLT). Observe-se, aqui, que a CLT dava guarida a inegável preconceito contra a mulher trabalhadora, utilizando-se da expressão *aborto não criminoso*. A nova redação conferida ao dispositivo, entretanto, pela Lei n. 8.921, de 1994, expurgou do texto celetista a expressão preconceituosa.

A terceira de tais situações vincula-se ao empregado afastado por motivo de acidente do trabalho ou enfermidade atestada pelo INSS, desde que o afastamento não seja superior a 6 meses, embora descontínuos. Dispõe a lei que o tempo de afastamento computa-se no período aquisitivo de férias (art. 131, III, CLT, conforme Lei n. 8.726, de 1993).

A quarta das situações legalmente tipificadas diz respeito a empregado com contrato suspenso para responder a inquérito administrativo ou em face de prisão preventiva (ou prisão temporária — adequando-se o velho texto celetista às alterações do Direito Processual Penal). Caso seja esse empregado impronunciado ou absolvido, computar-se-á seu tempo de afastamento no correspondente período aquisitivo de férias (art. 131, V, CLT).

3. Duração das Férias Adquiridas

A duração do instituto das férias abrange, hoje, três situações distintas, segundo a ordem justralhista: o padrão geral dos empregados; os trabalhadores submetidos a contratos sob regime de tempo parcial (até 11.11.2017, data em que a Lei n. 13.467/2017 unificou também esta situação ao padrão geral da CLT); por fim, os empregados domésticos.

A) Duração Genérica das Férias — A regra geral de duração das férias, no sistema trabalhista do País, é de *30 dias corridos*, ressalvados prazos menores em função do número de faltas injustificadas do empregado no respectivo período aquisitivo (art. 130, CLT). Essa duração estende-se, em consequência, de um lapso mínimo de 12 dias corridos ao prazo máximo de 30 dias corridos — salvo, é óbvio, dispositivo infralegal mais favorável (art. 130, CLT).

A diferenciação no prazo de duração das férias deriva do número de *faltas injustificadas* obreiras no respectivo período aquisitivo, como já apontado. As faltas injustificadas interferem, assim, na *tabela de férias* (prevista pelo

art. 130, CLT), reduzindo, nos parâmetros da tabela, a duração da vantagem trabalhista. Contudo, tais faltas não podem ser descontadas, diretamente, das férias, conforme esclarecido no mesmo preceito legal.

É desnecessário ressaltar-se que as *faltas justificadas*, na qualidade de simples interrupção contratual, não podem interferir na tabela de cálculo da duração das férias, não prejudicando, pois, sua duração (art. 131, CLT).

A tabela celetista que estabelece a relação entre faltas injustificadas e o prazo de duração das férias assim se estrutura:

Faltas Injustificadas	Férias (Dias Corridos)
até 5	30
de 6 a 14	24
de 15 a 23	18
de 24 a 32	12

Resulta da tabela legal a conclusão de que, verificado no período aquisitivo um número de faltas injustificadas superior a 32, deixará o obreiro de adquirir direito a férias no tocante a esse correspondente período aquisitivo.

B) Duração em Contratos de Tempo Parcial — A contar de 6.8.1998, pela Medida Provisória n. 1.709 (e diplomas provisórios subsequentes, como, por exemplo, n. 1.709-1, de 3.9.1998, n. 1.952-23, de 27.4.2000, n. 2.164-41, de 24.8.2001), acresceu-se a CLT de novos dispositivos (art. 130-A e § 3º do art. 143) reguladores do regime de trabalho em tempo parcial. Neste quadro, estipulou-se duração temporal específica para as férias anuais remuneradas⁽⁶⁾.

Efetivamente, a teor do então novo art. 130-A da CLT (desde 1998, portanto), a duração das férias dos obreiros submetidos a regime de tempo parcial (até o máximo de 25 horas semanais) seria *menor do que o padrão temporal estabelecido para os demais trabalhadores* (ou seja, menor do que o padrão de 30 dias corridos, fixado no art. 130, CLT).

Tal prazo era de *18 dias*, para duração laborativa semanal superior a 22 horas e até 25 horas; *16 dias*, para duração laborativa semanal superior a 20 horas e até 22 horas; *14 dias*, para duração laborativa semanal superior a 15 horas e até 20 horas; *12 dias*, para duração laborativa semanal superior a 10 horas até 15 horas; *10 dias*, para duração laborativa semanal superior a 5 horas até 10 horas; finalmente, *8 dias*, para duração do labor semanal igual ou inferior a 5 horas (art. 130-A, *caput*, CLT).

(6) A contar de setembro de 2001, a MP n. 2.164-41 passou a ter vigência indeterminada, a teor do art. 2º da Emenda Constitucional n. 32/01.

Estabelecia, ainda, o parágrafo único do art. 130-A da CLT que a ocorrência de mais de *7 faltas injustificadas* obreiras no respectivo período aquisitivo implicaria a redução das férias à *metade*. Quer isso dizer, como visto, que a tabela redutora do lapso de férias estipulada pelo art. 130 da CLT (redução gradativa, em correspondência ao número de faltas injustificadas) não se aplicava às situações de regime de trabalho em tempo parcial, até 25 horas semanais.

Como se percebe, o novo dispositivo legal provocava duas rupturas importantes com o padrão clássico das férias: de uma parte, com o lapso temporal padrão de 30 dias; de outra, com a fração temporal mínima de 10 dias para a fruição do instituto.

A primeira ruptura poderia talvez se justificar, *mas apenas em certa medida* (a segunda ruptura era simplesmente injustificável, sob qualquer ponto de vista, como se verá). É que, afinal, no presente caso (duração de 25 horas ou menos no labor despendido na semana), a extensão e intensidade da disponibilidade anual do obreiro em face do contrato é, de fato, muito menor do que o verificado em contratos com durações semanais de labor à base de 44 horas. Portanto, o desgaste físico, mental e emocional do indivíduo é menor, podendo falar-se, racionalmente, em *pequeno ajuste* no prazo de suas férias. Tal ajuste poderia chegar ao piso mínimo de 20 dias, para *qualquer contrato* com duração semanal de labor igual ou menor do que 25 horas (piso que, a propósito, vigorava no Brasil até 1977, quando se reformulou o capítulo celetista de férias, estendendo a duração destas para 30 dias). Semelhante reforma apenas adequaria o critério padrão da CLT ao princípio da proporcionalidade que rege o instituto das férias.

Entretanto, a mudança feita pelo legislador presidencial foi desmesurada, radical, suprimindo, na média, *mais da metade dos dias de férias* no regime de trabalho ora regulado. Ora, esqueceu-se o legislador de que as férias têm objetivos múltiplos, todos de grande importância e significação individual e social — *objetivos que se frustram caso o instituto se concretize em pequeno número de dias em seguida a um ano de labor*. Férias de poucos dias sequenciais não atendem a qualquer dos objetivos centrais do instituto, quer os vinculados à saúde e segurança no trabalho, quer os vinculados ao direito de cidadania do indivíduo que trabalha — o qual não deve ser tratado pela lei, em uma Democracia, apenas como ser econômico, mas também como ser familiar, comunitário, social e político, um cidadão, em suma. Qual o tempo que terá este indivíduo para reinserir-se em seu ambiente familiar, comunitário e político se a lei não lhe defere um padrão anual decente de dias sequenciais de disponibilidade própria??!! Férias iguais ou inferiores a duas semanas (ou a metade disso, caso ocorram mais de sete faltas injustificadas ao longo de doze meses) são, em síntese, a efetiva contradição em seus próprios termos.

A par disso tudo, havia uma grosseira discriminação no novo texto legal. É que a tabela padrão do novo art. 130-A adotava critério formal e substantivamente mais desvantajoso para o empregado sob tempo parcial do que o critério seguido pela tabela padrão da CLT (art. 130). Note-se que o parâmetro para a redução das férias nas duas tabelas era o *número de dias de ausência injustificada ao longo do respectivo período aquisitivo* (dias, não horas, enfatize-se). Entretanto, os empregados em regime temporal comum não sofrerão qualquer redução em suas férias se faltarem injustificadamente até 5 dias no ano (manterão, pois, seu prazo de 30 dias), ao passo que os obreiros sob regime de tempo parcial já teriam reduzida à metade suas férias caso faltassem injustificadamente mais de 7 dias no ano. O trabalhador em regime comum poderá faltar até 14 dias no ano, sem justificativas, com redução em 20% de suas férias (que passam para 24 dias); em contraponto a isso, o empregado discriminado pela nova lei teria suas férias reduzidas em 50% caso faltasse injustificadamente desde apenas 8 dias.

O contraponto demonstra que o então novo texto legal, oriundo de 1998, sequer respeitou o critério de proporcionalidade estabelecido pela ordem jurídica para os demais empregados com regime de trabalho superior a 25 horas semanais. Insista-se porém que, no tocante ao presente instituto, tal proporcionalidade jamais poderia ser mesmo completa, uma vez que deve a lei respeitar, sempre, um piso mínimo de prazo das férias, sob pena de frustrar as próprias razões de existência e metas da figura trabalhista.

Felizmente, a Lei n. 13.467, vigorante desde 11.11.2017 (Lei da Reforma Trabalhista), corrigiu o equívoco provindo do final da década de 1990, passando a unificar os prazos de fruição das férias dos trabalhadores com contratos sob regime de tempo parcial ao padrão geral celetista fixado no art. 130 da Consolidação. Isso se fez mediante duas medidas combinadas: revogação do art. 130-A da CLT e inserção do novo § 7º no art. 58-A da CLT.

Restrições Específicas — Fixava o § 3º do art. 143 da CLT (dispositivo inserido pelas medidas provisórias acima mencionadas) que a conversão pecuniária de 1/3 do período de férias (o chamado *abono pecuniário* ou *abono celetista de férias*) não se aplicava aos empregados sob regime de tempo parcial (evidentemente que o terço constitucional sobre o valor das férias aplica-se, indubitavelmente, a tais trabalhadores). Ou seja, *tais trabalhadores teriam de gozar efetivamente suas férias (que eram de curta duração, relembre-se), não as podendo converter parcialmente em dinheiro.*

Note-se, por fim, que a Medida Provisória primitiva (n. 1.709, de 6.8.98) estipulava que não seria permitido o “*parcelamento das férias em dois períodos*” (art. 4º, § 1º), podendo, contudo, o empregador “*incluir os empregados contratados a tempo parcial nas férias coletivas que conceder aos demais empregados*” (art. 4º, § 2º, MP n. 1.709/98). As duas referências normativas não foram mais repetidas nas dezenas de medidas provisórias subsequentes.

Esse silêncio normativo autoriza duas conclusões jurídicas. Em primeiro lugar, mantinha-se certa restrição ao parcelamento das férias individuais dos trabalhadores submetidos a regime especial de jornada, em vista da imperatividade de que *uma das parcelas resultantes, pelo menos, não seja menor do que 10 dias corridos* (artigos 134, § 1º, e 139, § 1º, CLT). Considerados os curtos lapsos temporais das férias previstas para o trabalhador em tempo parcial, tornar-se-iam raras as situações de possível cumprimento da determinação mínima feita pela própria Consolidação.

Em segundo lugar, preserva-se mantida a permissão de enquadramento dos empregados em tempo parcial nas férias coletivas empresariais (art. 139, CLT). É que há compatibilidade de institutos, desde que resguardado o respeito ao prazo mínimo de 10 dias de cada parcela de férias (art. 139, § 1º, CLT) — o que, na verdade, acresce vantagens ao obreiro com contrato de tempo restrito de labor.

Conforme já exposto no Capítulo XXIII, item IX, deste Curso, o trabalho em regime de tempo parcial, até então, era tipificado pelas regras inseridas nos anos 1990 na CLT (art. 58-A da CLT) como “aquele cuja duração *não exceda* a vinte e cinco horas *semanais*” (grifos acrescidos). Isso significava que o tipo legal instituído ostentava, na época, limites precisos: um máximo de 25 horas semanais.

Em consequência, as regras então lançadas no art. 130-A da CLT, relativas às férias com menor duração, não se aplicavam aos contratos que estipulassem duração semanal de labor acima de 25 horas — ainda que abaixo do padrão vigorante no País (44 horas). Tais contratos superiores às restritas fronteiras do art. 58-A, da CLT, em conformidade com a teoria da acumulação (se esta fosse aplicável), iriam se reger pelo dispositivo tradicional do próprio art. 130 da Consolidação (tabela de 30 dias corridos de férias).

Com a revogação da tabela restritiva de férias inserida no art. 130-A da CLT, efetuada desde 11 de novembro de 2017 pela Lei n. 13.467/17, tais especificidades perdem relevância, uma vez que passa a se aplicar, sim, também aos contratos sob regime de tempo parcial os critérios gerais da CLT sobre a duração das férias adquiridas pelo empregado (tabela genérica do art. 130 da Consolidação).

C) Duração em Contratos Domésticos — O *empregado doméstico*, por décadas, teve regra especial estipuladora da duração de suas férias. De acordo com a Lei n. 5.859, de 1972 (diploma especial aplicável à categoria), as férias de tais empregados caracterizavam-se pelo prazo de *20 dias úteis* (art. 3º).

A Lei n. 11.324/2006 estendeu este prazo para *30 dias corridos*, no tocante aos períodos aquisitivos iniciados após a data de sua publicação, ou seja, 20.7.2006 (art. 5º). Tal prazo de 30 dias foi preservado pela LC n. 150/2015 (art. 17, *caput*).

Há alguma controvérsia sobre a duração das férias do empregado doméstico *relativamente à fase anterior à Lei n. 11.324/06*. De fato, existem argumentos considerando aplicável à categoria o prazo genérico de 30 dias por força da CLT ou, pelo menos, da Constituição. Entretanto prepondera na jurisprudência o entendimento de que o prazo especial da Lei n. 5.859/72 não sofreu qualquer mudança antes de 20 de julho de 2006. Tecnicamente é mais bem fundamentada esta posição dominante. É que não obstante aplicar-se ao doméstico o capítulo celetista de férias (conforme esclarece o art. 2º do Regulamento da Lei do Trabalho Doméstico: Decreto n. 71.885/73), essa aplicação faz-se com estrito respeito às especificidades da categoria; principalmente, com respeito técnico rigoroso às *regras jurídicas diferenciadas expressamente lançadas por sua lei especial regulamentadora*. A aplicação do padrão normativo geral, que consta da CLT, faz-se, desse modo, respeitando-se o *padrão normativo especial* fixado no diploma específico da categoria, que é a Lei n. 5.859/72 (que mencionava prazo de 20 dias úteis).

Por outro lado, a Constituição da República, ao tratar da extensão do direito de férias, com 1/3, ao empregado doméstico (art. 7º, XVII e parágrafo único, CF/88), não fez qualquer menção a *prazo de duração* do instituto (*gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal*, diz o Texto Constitucional de 1988). Isso significa que a Constituição não alterou, neste estrito aspecto, a ordem jurídica especial então prevalecente.

Registre-se, porém, que o contrato entre as partes pode, é claro, assegurar, ainda que tacitamente, o alargamento do prazo especial fixado em lei. Na verdade, é comum, no cotidiano trabalhista, que se alargue, em benefício do trabalhador doméstico, esse prazo de férias para o padrão geral celetista de 30 dias corridos. Ocorrendo o ajuste, ele passa a vincular o empregador. Não havendo, contudo, semelhante ajuste, não há como, tecnicamente, deixar de se aplicar a norma jurídica especial incidente sobre essa categoria específica de empregados (até as mudanças trazidas pela Lei n. 11.324/06).

Deve-se reconhecer, por fim, que ainda permaneceu, por longo período, certo debate sobre a aplicação (ou não) do capítulo celetista de férias ao empregado doméstico. Nesta linha, era comum não se considerarem pertinentes aos domésticos preceitos como *férias proporcionais e dobra da parcela não quitada de férias*, ao fundamento de inexistir previsão específica na Lei n. 5.859/72, em contexto de vedação à incidência da CLT sobre tais contratos especiais (art. 7º da Consolidação).

Entretanto, tal argumento era falho. É que o Decreto n. 71.885/73, ao regulamentar a lei especial a que se reportava (Lei n. 5.859/72), *determinou* a aplicação do capítulo celetista referente às férias à categoria dos domésticos (arts. 2º e 6º, Decreto n. 71.885/73) — respeitadas, é claro, as regras específicas contidas na lei regulamentada.

Ainda que não se considerasse válida a determinação do decreto (por este não ter poder *criativo* de normas), o simples fato de ter a própria Lei n. 5.859/72 estendido o *instituto de férias* ao doméstico (com certas particularidades, é claro) já bastaria para se aplicarem a este as regras reguladoras do mencionado instituto — respeitadas, insista-se, as especificidades expressas no diploma especial doméstico. Assim, excetuado o lapso temporal de vinte dias úteis, expresso na Lei n. 5.859, em sua origem, incidem sobre a relação de trabalho doméstico os preceitos do Capítulo IV, Título II, da CLT (arts. 129/153), *que sejam compatíveis com a categoria especial examinada*. Entre esses preceitos compatíveis estão, sem dúvida, os que regem as férias proporcionais e a dobra incidente sobre as férias gozadas a destempo. Desse modo, independentemente do disposto no decreto regulamentador, deve-se entender que a lei especial (5.859/72) estendeu ao doméstico o *instituto das férias*, respeitadas as especificidades expressas na própria lei especial (o prazo de 20 dias úteis, só alterado em 2006). Tal instituto, resguardado o critério da compatibilidade, aplica-se ao empregado doméstico *naquilo que lhe for favorável*, e também *naquilo que lhe for desfavorável* (ilustrativamente, ocorrendo elevado número de faltas injustificadas no período aquisitivo há repercussões restritivas óbvias no conjunto cabível de dias de férias — arts. 130 a 133, CLT).

Com a uniformização de prazos trazida pela Lei n. 11.324 — 30 dias (considerados os períodos aquisitivos iniciados após 20.7.2006: art. 5º), tais resistências mais ainda se enfraqueceram, afirmando-se o império de todas as regras clássicas também sobre as férias domésticas.

IV. CONCESSÃO E GOZO DAS FÉRIAS

A concessão das férias ao longo do contrato de trabalho submete-se também a regras objetivas estipuladas pela ordem jurídica. Tais regras fixam, em primeiro plano, um período delimitado para a regular dação das férias pelo empregador — o chamado período concessivo ou de gozo das férias.

Em segundo plano, fixam ainda penalidades para casos de desrespeito ao regular período concessivo, além de estabelecerem medidas viabilizadoras da efetiva garantia do gozo de férias em favor do empregado ao longo do contrato. Há, por fim, procedimentos administrativos diferenciados no tocante à concessão das chamadas férias individuais e férias coletivas.

1. Concessão Regular das Férias (Período Concessivo)

O período regular de concessão das férias, situado no curso do contrato, denomina-se *período concessivo* ou *período de gozo* (ou ainda *período de fruição*). Ele se posiciona nos 12 meses subsequentes ao termo final

do período aquisitivo das férias (art. 134). Constitui-se, portanto, no *lapso temporal de 12 meses imediatamente seguinte ao respectivo período de aquisição das férias*.

A regular concessão das férias também supõe que sejam elas dadas (e fruídas), em regra, mediante um *único período contínuo* (art. 134, *caput*, CLT). Privilegia a ordem jurídica, portanto, a concessão unitária do prazo das férias ao longo do período de gozo.

A) Fracionamento das Férias Antes da Lei n. 13.467/2017 — No tocante à concessão regular das férias, há que se examinar a possibilidade de seu *fracionamento*. A esse respeito, torna-se necessário distinguir a fase precedente às mudanças provocadas pela Lei n. 13.467/2017 da fase subsequente a essas mudanças. Passa-se, assim, nesta alínea “A”, ao exame das regras jurídicas anteriores a 11 de novembro de 2017, data de vigência da Lei n. 13.467.

Nessa época anterior, era possível, sim, o *fracionamento do prazo de duração das férias anuais*, embora com algumas ressalvas. É que tratava a CLT de modo bastante diferenciado as situações de fracionamento ocorridas no tocante às férias meramente individuais e no tocante às férias coletivas. Em ambas as situações, é verdade, esse fracionamento não poderia ensejar mais de *duas parcelas anuais* de gozo de férias (art. 134, § 1º e 139, § 1º). Entretanto, para a CLT, no caso de férias individuais, *uma* dessas parcelas não poderia ter periodicidade inferior a *10 dias* corridos, ao passo que, no caso de férias coletivas, *nenhuma* delas poderá ser inferior a este prazo (art. 134, § 1º em confronto com art. 139, § 1º, CLT). Evidentemente que a ressalva concernente às férias individuais quer acobertar as situações em que o obreiro não tenha efetivos 20 dias a gozar de férias no respectivo ano (em face de faltas injustificadas ocorridas, por exemplo), o que leva a que uma das parcelas gozadas tenha menos de 10 dias. Sendo, porém, coletivas as férias, essa diferença de prazo (se houver) será assumida pelo empregador (com vantagem para o obreiro, por consequência), já que qualquer dos dois períodos fruídos não pode ser menor do que 10 dias.

Conforme já exposto, a Convenção 132 da OIT, vigente no Brasil desde 23.9.1999, parece determinar a ampliação desse prazo mínimo para duas semanas (“...*uma das frações do respectivo período deverá corresponder pelo menos a duas semanas de trabalho ininterruptos*”, diz o art. 8º-2, da Convenção). De fato, o preceito de origem externa, em conformidade com a teoria da *acumulação* (se fosse aplicável), como regra mais favorável, poderia ter revogado a CLT, uma vez que esta autoriza fração menor (10 dias). Porém, o dispositivo internacional preferiu não ser norma imperativa, obrigatória, uma vez que ressalva “estipulação em contrário contida em acordo que vincule o empregador e a pessoa empregada em questão” (art. 8º-2). Ora, se até o acordo bilateral pode afrontar tal preceito da

Convenção, é porque ele se qualifica por seu caráter meramente dispositivo, e não imperativo; assim, deixa de possuir força revogatória no que concerne ao preceito imperativo da CLT, independentemente do debate sobre as teorias da acumulação ou conglobamento, regentes do conflito de normas jurídicas.

No que diz respeito às férias individuais, a ordem juítrabalhista previa o fracionamento apenas em *casos excepcionais* (art. 134, § 1º, CLT). A não especificação de tais casos pelo texto legal sugere que a lei pretendia, na verdade, enfatizar a inviabilidade do fracionamento rotineiro ou repetido, ao longo do contrato, do prazo de gozo das férias anuais.

Há, porém, uma indagação inevitável em face de tal norma celetista: ela se dirigia ao fracionamento por interesse do empregador ou a qualquer causa motivadora do parcelamento das férias? Parece óbvio *que a norma queria restringir o “jus variandi” do empregador em tais situações de concessão de férias*; não queria, evidentemente, criar modelo jurídico contrário aos interesses do próprio empregado. Nesse quadro, apreendidos os fins sociais da norma jurídica examinada (que tutela o interesse do trabalhador, protegendo-o do poderio empresarial), percebe-se que seria válido o fracionamento do prazo das férias anuais (no máximo em dois lapsos temporais, é claro), *caso tal medida resultasse de comprovado interesse extracontratual obreiro*. Imagine-se, por exemplo, em 2013, a situação de um empregado estudante universitário, cuja família residisse em cidade longínqua, e que pretendesse — e necessitasse — fazer coincidir, naquela época, seus períodos de férias com os dois períodos de férias escolares.

Esclareça-se, quanto ao presente fracionamento, que o Direito Administrativo brasileiro passou a admitir serem as férias individuais “parceladas em até três etapas, *desde que assim requeridas pelo servidor*, e no interesse da administração pública” (§ 3º do art. 77 da Lei n. 8.112/90, conforme texto da Lei n. 9.525, de 3.12.1997; grifos acrescentados ao original). Embora o preceito, obviamente, não se aplique ao Direito do Trabalho, indica que a ordem jurídica não repele o fracionamento, desde que limitado e feito em função de comprovado interesse extracontratual do prestador de serviços.

De todo modo, enfatizava a CLT, na seção que trata das férias individuais, que mesmo o fracionamento *excepcional* referenciado por seu texto normativo não podia ser efetuado no tocante a menores de 18 anos ou maiores de 50 anos, cujas “férias serão sempre concedidas de uma só vez” (art. 134, § 2º, CLT). Esse preceito, na verdade, era enfático demonstrativo de que o objetivo da restrição normativa celetista aqui analisada dirigia-se, efetivamente, ao *jus variandi* empresarial no que tange ao parcelamento das férias.

No que diz respeito às férias coletivas, a ordem jurídica não previa restrições quanto à *causa* do parcelamento (não se referia, assim, aos *casos excepcionais* exigidos nas férias individuais). De fato, desde que respeitadas

as duas frações mínimas de 10 dias, podem as férias coletivas ser divididas, seja por decisão unilateral do empregador, seja pela negociação coletiva (art. 139, § 1º, CLT, que não toca na restrição feita no art. 134, § 1º do mesmo diploma legal).

Uma controvérsia há na doutrina e jurisprudência: a vedação relativa a fracionamento de férias de empregados menores de 18 anos e maiores de 50, então feita no § 2º do art. 134, atingia também as férias coletivas?

Os que defendem a tese do caráter abrangente da vedação sustentam tratar-se de regra fundada em considerações de saúde pública e laborativa, atada à relativa fragilidade físico-psíquica do menor e à decadência física do idoso. Em socorro à sua interpretação, enfatizam o sentido absoluto do advérbio *sempre*, utilizado no preceito examinado (art. 139, § 1º), que garantiria a amplitude da vedação. Nesta linha, os juristas *Mozart Victor Russomano* e *Valentin Carrion*⁽⁷⁾.

Os que defendem tratar-se de vedação que abrange apenas as férias individuais (e não as coletivas) partem do suposto de não ter a norma proibitiva clara vinculação a preocupações de saúde pública e laborativa, mas essencialmente de conveniência jurídica. Sustentam que a vedação entra desnecessariamente em choque com a noção de férias coletivas, criando diferenciações individuais injustificáveis em face de um critério eminentemente grupal. Aduzem que a generalização da vedação poderia comprometer a própria lógica do instituto das férias coletivas. Completam não ter tido a lei intenção de produzir tal generalização vedatória, tanto que circunscreveu a proibição apenas à *seção normativa* que trata das férias individuais (arts. 134 a 138), não a repetindo na *seção normativa* específica que trata das férias coletivas (arts. 139 a 141, CLT). Nesta linha, por exemplo, os juristas *Arnaldo Süssekind* e *Octavio Bueno Magano*⁽⁸⁾.

O segundo posicionamento parece-nos, respeitosamente, mais consistente do ponto de vista lógico-sistemático e teleológico que preside a interpretação do Direito. E ele é que se mostrava majoritário ao menos na jurisprudência trabalhista.

De todo o modo, caso se considere inválido o fracionamento, no presente caso, deverá o empregador considerar o obreiro menor de 18 ou maior de

(7) RUSSOMANO, Mozart Victor. *Comentários à CLT*. v. I, 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990. p. 168-169 e 174-176; CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 155, item 3.

(8) SÜSSEKIND, Arnaldo, em sua clássica obra coletiva, *Instituições de Direito do Trabalho*. v. II, 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1981, p. 774. MAGANO, Octavio Bueno. *Manual de Direito do Trabalho — direito tutelar do trabalho*. v. IV, 2. ed. São Paulo: LTr, 1992, p. 92. De certo modo, também nesta direção, NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao Direito do Trabalho*, 26. ed. São Paulo: LTr, 2000, p. 303 e 308.

50 anos em licença remunerada durante as férias coletivas parceladas, ou permitir que ele complete seu integral período de férias a partir do retorno dos demais trabalhadores ao serviço.⁽⁹⁾

B) Fracionamento das Férias em Três Períodos (Lei n. 13.467/2017) —

A Lei da Reforma Trabalhista alterou alguns desses pontos normativos da CLT, de maneira a permitir o fracionamento da fruição das férias individuais “em até três períodos”, desde que “haja concordância do empregado” (novo texto do § 1º do art. 134 da CLT). Para a nova regra, um desses períodos “*não poderá ser inferior a quatorze dias corridos* e os demais não poderão ser inferiores a cinco dias corridos” (art. 134, § 1º, conforme redação conferida pela Lei n. 13.467, vigente desde 11.11.2017; grifos acrescidos).

Tal fracionamento tripartite poderá abranger também trabalhadores menores de 18 anos e maiores de 50 anos, tendo sido revogada a determinação em sentido contrário contida no § 2º do art. 134 da Consolidação (Lei n. 13.467/17, art. 5º, I, “f”).

A Lei da Reforma Trabalhista, contudo, preferiu não estender o fracionamento tripartite para as férias coletivas, uma vez que não alterou a regra inserida nos arts. 139 a 141 da CLT (gozo em dois períodos anuais, desde que nenhum deles seja inferior a 10 dias corridos — § 1º do art. 139, CLT).

C) Época de Concessão das Férias — O mês de concessão/fruição das férias será aquele que “...melhor consulte os interesses do empregador” (art. 136, *caput*, CLT). Está-se diante, pois, de claro exemplo de *jus variandi* empresarial no âmbito empregatício. Esse *jus variandi*, contudo, não pode ser exercido abusivamente (como, aliás, qualquer prerrogativa jurídica): deve levar “em conta as necessidades do trabalho e as possibilidades de repouso e diversão ao alcance da pessoa empregada” (art. 10.2, Convenção 132, da OIT).

Há, porém, três restrições legais à prerrogativa empresarial de definição da época de gozo das férias: em primeiro lugar, é necessário que a fruição recaia dentro do período concessivo (restrição absoluta). Em segundo lugar, o estudante menor de 18 anos tem *direito* a fazer coincidir suas férias trabalhistas e escolares (art. 136, § 2º, CLT). Trata-se também de restrição de caráter absoluto. Em terceiro lugar, os membros de uma mesma família têm direito (condicionado, é bem verdade) de usufruírem suas férias no mesmo período, se o desejarem, e se *disto não resultar prejuízo para o serviço* (art. 136, § 1º, CLT). Esta última restrição, como se percebe, não é

(9) A Lei Complementar n. 150/2015, ao invés, permitiu expressamente o fracionamento das férias, pelo empregador, em dois períodos, sendo um deles de, no mínimo, 14 dias corridos (§ 2º do art. 17) — o que afasta, hoje (mas não no passado), o interesse desse debate nas relações domésticas. De todo modo, é proibida a contratação de qualquer trabalho doméstico a pessoa com idade inferior a 18 anos (Lista TIP, aprovada pelo Decreto n. 6.481/08, com vigência a partir de setembro de 2008; vedação também expressa na LC n. 150/2015, art. 1º, parágrafo único).

absoluta, já que pode o empregador contrapor-se ao interesse dos empregados integrantes do mesmo grupo familiar, justificando sua objeção em vista da verificação de “prejuízo para o serviço”. Mas não há dúvida de que, aqui, o disposto no art. 10.2, da Convenção 132, da OIT, é fator a ser mais bem mensurado pelo empregador (levar “...em conta as necessidades do trabalho e as possibilidades de repouso e diversão ao alcance da pessoa empregada”).

A Lei n. 13.467/2017 inseriu uma quarta restrição, vigente apenas no tocante às férias concedidas a partir de 11.11.2017. Diz o novo § 3º do art. 134 que se mostra “vedado o início das férias no período de dois dias que antecede feriado ou dia de repouso semanal remunerado”. Ou seja, relativamente aos contratos em que o empregado goza o descanso semanal remunerado normalmente no domingo (esta é a regra geral, conforme se sabe), as férias somente poderão ser iniciadas até o máximo na quinta-feira. O mesmo deve ser seguido no tocante ao feriado.

Conforme exposto, as férias, não obstante constituindo direito trabalhista, não se estruturam enfocando exclusivo interesse do empregado. Inquestionavelmente, elas também têm fundamento em considerações e metas relacionadas a uma política de saúde pública, bem-estar coletivo e respeito à própria construção da cidadania. Por esses motivos, a posição do trabalhador em face do período de gozo das férias é curiosa: *ele tem o dever de usufruí-las*, abstendo-se de assumir atividades remuneradas incompatíveis com o descanso em fruição. Nessa linha, a CLT proíbe que o empregado, durante as férias, preste “... serviços a outro empregador, salvo se estiver obrigado a fazê-lo em virtude de contrato de trabalho regularmente mantido com aquele” (art. 138, CLT). No mesmo sentido, o disposto no art. 13 da Convenção 132 da OIT.

2. Concessão Extemporânea das Férias

As férias têm de ser concedidas pelo empregador ao obreiro no lapso temporal de 12 meses imediatamente seguinte ao respectivo período de aquisição da parcela trabalhista. Sua não concessão no correspondente período regular de gozo, em contexto de continuidade do contrato de trabalho, enseja a incidência de alguns efeitos legalmente especificados.

São quatro os efeitos oriundos da ordem justralhista em tais situações de concessão extemporânea de férias: em primeiro lugar, mantém-se a obrigação de o empregador conceder as férias. É evidente que, no presente caso, ele já perdeu a prerrogativa legal de escolher a data de concessão que melhor consulte os interesses da empresa, uma vez que está em mora; deve, pois, determinar a imediata fruição do descanso anual.

Em segundo lugar, mantém-se, obviamente, o direito de o empregado gozar as férias ainda não concedidas. Contudo, a ordem jurídica cria

mecanismo voltado a viabilizar ao empregado o alcance da imediata concretização de seu direito. Assegura, assim, ao obreiro ação trabalhista com pleito de fixação, por sentença, da época do gozo das férias (art. 137, § 1º, CLT). Estipula a lei que a sentença cominará pena diária de 5% do salário mínimo, devida ao empregado, até que seja cumprida (art. 137, § 2º, CLT), sem prejuízo da multa administrativa (art. 137, § 3º, CLT).

Em terceiro lugar, a remuneração das férias extemporaneamente concedidas será *dobrada* (art. 137, *caput*).⁽¹⁰⁾

Duas dúvidas podem se originar em função desse específico efeito jurídico (a dobra) — mas devem ser firmemente afastadas. Vamos a elas: o terço constitucional incidiria sobre a dobra da remuneração de férias? É inquestionável que sim, uma vez que a ordem jurídica determina que seja dobrado o *valor* monetário correspondente às férias, sendo o terço parte componente desse valor (art. 7º, XVII, CF/88).

A segunda dúvida diz respeito à natureza jurídica da dobra: terá caráter de “remuneração”, isto é, salário, ou de penalidade/multa? Embora a CLT mencione o pagamento em dobro da “respectiva remuneração” (*caput* do art. 137), é indubitável que a dobra tem natureza de *pena* — como ocorre com as dobras em geral aventadas pelo Direito (ilustrativamente, a antiga dobra dos salários incontroversos a que se referia o art. 467, CLT —, hoje reduzida a 50% de apenação: Lei n. 10.272, de 5.9.2001). À natureza de pena, associa-se também o caráter de *ressarcimento* pelos prejuízos derivados da mora empresarial. Ora, parcela associativa das noções de *penalidade* e *ressarcimento* não se confunde com parcela salarial. É óbvio que o valor da pena e/ou ressarcimento corresponde ao valor da parcela salarial de férias (principal mais um terço); não obstante, a natureza jurídica das duas verbas é sumamente distinta.

O quarto efeito oriundo da ordem justrabalhista em tais situações de concessão extemporânea de férias é a penalidade administrativa incidente sobre o empregador faltoso. De fato, dispõe a CLT que cópia da decisão transitada em julgado tratando da fixação judicial da data de gozo das férias extemporaneamente concedidas deverá ser “...remetida ao órgão local do Ministério do Trabalho, para fins de aplicação da multa de caráter administrativo” (art. 137, § 3º).

(10) A Súmula 450 do TST (conversão da OJ 386 da SDI-I) considera aplicável a dobra também quando o empregador, mesmo assegurando o gozo das férias na época própria, descumpra o prazo de pagamento das parcelas pertinentes (remuneração antecipada do período de férias; terço constitucional incidente; conversão pecuniária de 10 dias, se for o caso, com o respectivo terço constitucional; antecipação de metade do 13º salário, se requerida a verba pelo empregado), em desconformidade com o disposto no art. 145 da CLT, que determina o pagamento até dois dias antes do efetivo gozo das férias. O fundamento jurídico é que a omissão empresarial quanto ao pagamento antecipado frustra a efetividade plena da fruição do período de férias.

V. FÉRIAS INDIVIDUAIS E COLETIVAS

A fixação da data de gozo das férias pode seguir dois procedimentos básicos, segundo se trate de fixação individualizada ou plural com respeito aos empregados de um estabelecimento ou empresa. Sob esta perspectiva, as férias podem ser individuais ou coletivas.

Férias individuais são aquelas cuja fixação da data de gozo consuma-se de modo específico com respeito ao trabalhador envolvido. O procedimento de fixação é individualizado, ainda que a data e pagamentos coincidam com os efetivados a outros trabalhadores da mesma planta empresarial.

Coletivas, por sua vez, são férias cuja fixação da data de gozo consuma-se de modo genérico com respeito a uma pluralidade de trabalhadores envolvidos, que se submetem às regras comuns estabelecidas.

1. Férias Individuais: procedimentos concessivos

Férias individuais, como visto, são aquelas concedidas ao empregado como ato singular do empregador, que não envolva, portanto, o conjunto de trabalhadores da empresa, estabelecimento ou setor empresarial. Essa modalidade de concessão de férias (ou esse tipo de férias) supõe o cumprimento de certos atos administrativos pelas partes contratuais, quer praticados pelo empregador, quer pelo empregado.

São atos administrativos próprios ao *empregador* no contexto da concessão das férias individuais: a) comunicação escrita ao empregado, mediante recibo, sobre a data das férias, com antecedência mínima de 30 dias (art. 135, CLT); b) anotações concernentes às férias concedidas na CTPS obreira e no livro ou fichas de registro de empregados (art. 135, §§ 1º e 2º, CLT); c) pagamento da remuneração das férias e seu terço constitucional, do abono pecuniário (se houver) e da metade do 13º salário (se requerida tal parcela, previamente, pelo obreiro: art. 2º, § 2º, Lei n. 4.749/65). Tais pagamentos deverão ser efetivados *até 2 dias antes do início da fruição das férias* (art. 145, CLT).

A jurisprudência tem considerado grave a falta de pagamento até 2 dias antes do efetivo afastamento (art. 145) de todo o valor concernente às férias (isto é, o salário antecipado dos dias de férias, o terço constitucional sobre a verba, o abono pecuniário da CLT — se for o caso —, além da metade do 13º salário, se requerida pelo obreiro a antecipação desta parcela), em vista de a mora praticamente comprometer o efetivo gozo da vantagem trabalhista. Assim passou a determinar o pagamento da dobra sobre a respectiva remuneração, prevista pelo art. 137 da CLT, também para os casos de pagamento fora do prazo (ex-OJ 386, SDI-I; atual Súmula 450, TST).

São atos administrativos praticados *pelo empregado* no contexto da concessão/fruição das férias individuais: a) requerimento de pagamento de antecipação do 13º salário, se for de seu interesse (Lei n. 4.749/65, art. 2º, § 2º); b) concessão de recibo da comunicação de férias recebida (art. 135, CLT); c) requerimento de conversão de 1/3 das férias em “abono pecuniário” até 15 dias antes do término do período aquisitivo das respectivas férias, se for de seu interesse (art. 143, § 1º, CLT); d) entrega de sua CTPS para anotação da concessão, antes de entrar em gozo das férias (§ 1º, art. 135); e) assinatura de recibos de pagamentos efetuados e de início de fruição das férias (parágrafo único do art. 145, CLT).

2. Férias Coletivas: especificidades e procedimentos concessivos

Férias coletivas, como mencionado, são aquelas que abrangem o conjunto de trabalhadores da empresa, estabelecimento ou setor empresarial, sendo concedidas unilateralmente pelo empregador ou em decorrência de negociação coletiva. Essa modalidade de concessão de férias (ou esse tipo de férias) incorpora certas especificidades, em contraponto às chamadas férias individuais, ensejando referência especificada a respeito. Tais férias também supõem o cumprimento de certos atos administrativos no contexto de sua concessão, concentrando-se tais atos em especial no horizonte da parte concedente das férias coletivas (o empregador).

A) Caracterização das Férias Coletivas — As férias são coletivas à medida que envolvem, em um único ato, uma comunidade de trabalhadores. Desse modo, podem elas abranger toda a *empresa* ou apenas todo o *estabelecimento* ou ainda somente um ou alguns *setores* da empresa ou do estabelecimento (art. 139, CLT).

O título jurídico concessor das *férias individuais* é o ato unilateral do empresário de definição da data das férias (excetuada a hipótese de época de gozo definida judicialmente, conforme já examinado). Já no tocante às *férias coletivas* o título jurídico concessor das férias será o ato unilateral do empregador (art. 139, CLT) *ou* o instrumento negocial coletivo determinador do gozo de férias — acordo coletivo (art. 143, § 2º, CLT).

Além do título jurídico concessor negociado (possibilidade de acordo coletivo — primeira peculiaridade a ser enfatizada), as férias coletivas trazem outras especificidades com respeito às férias individuais. Tais especificidades podem ser assim descritas. A par da primeira já exposta (acordo coletivo como instrumento concessor), cabe destacar, em segundo lugar, que as férias coletivas podem ser fracionadas, independentemente do título jurídico concessor, sem ocorrência de “excepcionalidades” (respeitados o parcelamento máximo em duas frações e o prazo mínimo de 10 dias corridos em cada uma delas: § 1º, art. 139, CLT).

Em terceiro lugar, fica claro que a recente Lei n. 13.467/2017 não alterou as regras contidas nos arts. 139 a 141 da CLT, que tratam das férias coletivas; dessa maneira, não se torna cabível, nesse caso, a divisão das férias em três parcelas, porém em apenas duas — e sempre sem excepcionalidades.

Em quarto lugar, existia certa controvérsia no tocante ao fracionamento das férias coletivas concernentes a empregados menores de 18 e maiores de 50 anos: uma corrente interpretativa entendia ter a CLT vedado este fracionamento (mesmo em duas parcelas, é claro), por meio do § 2º de seu art. 134; outra corrente tem interpretado inexistir esta vedação nos preceitos regulatórios das férias coletivas (art. 139 e seguintes). Esclareça-se que a corrente dominante na jurisprudência é no sentido de não haver tal vedação quanto às férias coletivas, porém apenas quanto às férias individuais, por ser o preceito vedatório específico das férias individuais (§ 2º do art. 134 da CLT), sendo essa vedação, além de tudo, incompatível com a lógica das férias coletivas. De toda maneira, esse debate perdeu consistência, em vista da revogação da norma restritiva do art. 134, § 2º, da CLT pela Lei n. 13.467/2017. Para melhor exame do debate, se necessário, retornar ao item IV-1, do presente Capítulo.

Em quinto lugar, as especificidades das férias coletivas, em comparação às individuais, sobressaem-se ainda com respeito ao seguinte ponto: é que elas elidem o direito de opção conferido ao menor empregado, referente à prerrogativa de fazer coincidir a data de férias trabalhistas com a data de suas férias escolares.

Em sexto lugar, as férias coletivas também elidem a prerrogativa (já condicionada, mesmo no caso das férias individuais) de os empregados membros da mesma família alcançarem o gozo unificado de suas férias trabalhistas⁽¹¹⁾.

Em sétimo lugar, elas elidem o direito potestativo obreiro de conversão de 1/3 das férias em “abono pecuniário” (“abono” celetista de férias). Esta conversão passará a depender exclusivamente de acordo coletivo (art. 143, § 2º, CLT).

Em oitavo lugar, finalmente, tais férias eliminam, caso gozadas, as férias proporcionais de empregados admitidos com menos de 12 meses, iniciando-se, após a fruição das férias coletivas, novo período aquisitivo de férias (art. 140, CLT). Note-se que este último critério celetista pode tanto favorecer como prejudicar o obreiro, conforme sua situação concreta no respectivo período aquisitivo.

(11) Obviamente, se as férias coletivas abrangerem *toda a empresa* (e não apenas um seu segmento), este problema não irá apresentar-se aos empregados componentes de uma mesma família.

B) Procedimentos Concessivos — A concessão de férias coletivas supõe o cumprimento de certos atos administrativos pela parte concedente das férias. Tais procedimentos concentram-se, essencialmente, em algumas comunicações pertinentes às férias concedidas, além dos pagamentos próprios a essa parcela trabalhista.

Nesse quadro, deve o empregador comunicar, com antecedência mínima de 15 dias, ao órgão local do Ministério do Trabalho, a data de início e fim das férias, além dos estabelecimentos ou setores abrangidos (§ 2º, art. 139, CLT). Em igual prazo, deve o empregador enviar idêntica comunicação aos sindicatos representativos das respectivas categorias profissionais — tratando-se, é óbvio, de férias unilateralmente concedidas (§ 3º, art. 139, CLT). No mesmo prazo referido, deverá ainda o empregador proceder à afixação de aviso correspondente às férias nos respectivos locais de trabalho (§ 3º, art. 139, CLT).

Os pagamentos pertinentes às férias coletivas respeitam os mesmos prazos das férias individuais. Em até 2 dias antes do início da fruição das férias deverão ser pagas as parcelas de remuneração das férias e seu terço constitucional e ainda a metade do 13º salário (se requerida, previamente, tal verba pelo obreiro, conforme art. 2º, § 2º, Lei n. 4.749/65). O abono pecuniário será pago na mesma data — desde que se trate de férias coletivamente negociadas e a conversão de parte das férias em pecúnia tenha sido ajustada na negociação.

No tocante às anotações de CTPS, há especificidade das férias coletivas em face das férias individuais. Em vista do caráter maciço da entrada de trabalhadores em férias, permite a lei que as correspondentes anotações em carteira sejam efetuadas no momento da rescisão contratual de cada empregado (§ 3º, art. 141, CLT).

VI. REMUNERAÇÃO DAS FÉRIAS

A análise do valor das férias envolve o exame de alguns tópicos específicos: o cálculo do valor padrão da parcela de férias (referido pela doutrina e jurisprudência como “remuneração” das férias), com o concomitante estudo das situações tipificadas que ensejam o pagamento do valor padrão simples (“remuneração simples”) e o pagamento do valor padrão dobrado (“remuneração dobrada”).

Ao lado de tais aspectos, há ainda a necessidade de referência ao terço constitucional sobre as férias (ou outros acréscimos criados por instrumentos normativos infralegais ou regulamentos empresariais). Finalmente, cabe o exame do chamado “abono celetista de férias”, figura resultante da conversão de parte do período de gozo de férias em pecúnia.

1. Cálculo da Remuneração

O valor pecuniário das férias (sua “remuneração”) corresponde ao valor do salário, considerado o correspondente período de trabalho (trata-se do mesmo montante que seria pago caso o obreiro estivesse laborando); a este valor, acresce-se o percentual de um terço (art. 142, CLT, combinado com art. 7º, XVII, CF/88). Para cálculo do valor das férias, considera-se a data do início de sua fruição (art. 142).

À medida, contudo, que o salário obreiro pode assumir distintas modalidades (unidade de obra, unidade de tempo ou salário tarefa; salário variável, fixo ou misto, etc.), cria a ordem jurídica algumas regras objetivas para cálculo do valor básico das férias (sobre o qual incidirá, como visto, um terço). Tais regras abrangem, na verdade, o cálculo do salário referencial para as férias e a seleção entre parcelas trabalhistas que irão integrar (ou não) esse salário referencial.

A) Cálculo Salarial — Tratando-se de salário-hora (salário por unidade de tempo), com jornadas variáveis, o cálculo obedecerá à média de horas do período aquisitivo de 12 meses (ou número inferior de meses, se o período contratual for menor). Aplica-se o nível salarial da data de fruição das férias (art. 142, § 1º, CLT).

Tratando-se de salário tarefa ou por peça, o cálculo obedecerá à média da produção no período aquisitivo, aplicando-se o valor da remuneração da tarefa (ou peça) no momento de fruição das férias (art. 142, § 2º, CLT). Tratando-se de salário por percentagens (comissões, etc.), o salário padrão corresponderá à média alcançada nos 12 meses (ou período aquisitivo menor) que precederam à concessão das férias (art. 142, § 3º, CLT).

Recebendo o obreiro salário-utilidade (por exemplo, alimentação habitual fornecida no trabalho), sua correspondente fração será calculada de acordo com a respectiva anotação em CTPS (art. 142, § 4º, CLT). Se não houver tal anotação, o cálculo será feito segundo o valor estimado da utilidade (Súm. 258, TST), respeitado o nível percentual legal (arts. 81, 82 e 458, § 3º, CLT). Evidentemente que esse cálculo somente deverá ser feito caso o trabalhador deixe de receber, *in natura*, no período de gozo de férias, a correspondente utilidade. Desse modo, as utilidades mantidas na posse do obreiro nas férias (habitação, veículo, etc.) não se pagam em dinheiro no montante das férias, por já estarem sendo efetivamente fruídas (em tais casos, o cálculo pertencerá apenas ao terço constitucional).

B) Parcelas Integradas — Integram o salário referencial de cálculo do valor das férias exclusivamente parcelas de natureza salarial — embora nem todas as verbas salariais o façam.

Assim, compõem esse salário referencial os adicionais legais ou convencionais habitualmente recebidos pelo empregado (art. 142, § 5º, CLT). Os adicionais habituais pagos com valores desiguais ou não recebidos no momento de início das férias também compõem nessa composição. Contudo, serão computados conforme a média duodecimal recebida no período aquisitivo, em valores atualizados (art. 142, § 6º, CLT).

Também comporão a remuneração das férias, pela média duodecimal recebida no período aquisitivo, em valores atualizados, parcelas habituais de salário variável. É o que ocorre com o salário-prêmio e comissões, ilustrativamente.

C) Parcelas Não Integradas — A parcela que não tenha natureza salarial não comporá a remuneração das férias, evidentemente (por exemplo, vale-transporte).

Entretanto, existem também certas parcelas de nítido caráter salarial que não têm o condão de compor essa remuneração (embora incorporem em seu próprio cálculo o período de férias). É o que se passa, por exemplo, com gratificações anuais, semestrais ou trimestrais. Tais verbas são devidas em épocas próprias, independentemente da circunstância de o empregado estar (ou não) em gozo de férias.

O mais importante, nesses casos, é que o lapso temporal para a aquisição de tais parcelas, sendo superior a um mês, *já computa o próprio período de férias*. Por isso, elas não se incorporam na remuneração de férias (à base de 1/12, 1/6 ou 1/3); se tal cômputo for feito, estará configurado indubitável *bis in idem*.

Porém, é claro que o período de férias é computado no período de referência dessas parcelas supramensais, como gratificações trimestrais, semestrais e anuais.

2. Remuneração Simples

A remuneração padrão das férias é a remuneração simples, consistente no valor do salário referencial adotado segundo os critérios de cálculo acima especificados. Tal remuneração (sempre acrescida do terço constitucional) corresponde às férias gozadas no período concessivo ou devidas no caso de dispensa ocorrida durante esse mesmo período (art. 146, CLT) — as chamadas *férias simples*.

Essa remuneração (com o terço constitucional) é calculada, como visto, considerando-se a data de início de fruição das férias (art. 142, CLT). Havendo ruptura do contrato antes do gozo das férias simples, elas serão

pagas na rescisão contratual. Neste caso, a remuneração considerará a data rescisória, respeitada a projeção do aviso-prévio, se for o caso (arts. 146 e 487, § 1º, CLT).

As *férias proporcionais* observam o padrão básico anterior. Seu valor (acrescido de 1/3) corresponderá também ao montante da remuneração simples (embora tais férias sejam, tecnicamente, verba indenizatória), *reduzido esse valor em função da proporcionalidade pertinente aos meses do respectivo período aquisitivo*. Como já foi observado, a fração temporal superior a 14 dias, no correspondente período aquisitivo, conta-se como um mês (parágrafo único do art. 146, CLT).

3. Remuneração Dobrada

A remuneração em dobro das férias é cabível apenas no caso de *férias vencidas*. Será ela devida, portanto, sempre que a concessão das férias ocorrer após o período legal de gozo (após o período concessivo, portanto).

Note-se que mesmo que o empregador venha corrigir sua falta, concedendo as férias já vencidas, ainda vigente o contrato, *mas depois do período concessivo*, a dobra incidirá sobre o valor das férias (o art. 137, *caput*, da CLT, utiliza-se, significativamente, da palavra *sempre*).

A dobra incidirá também sobre a remuneração dos *dias* de férias situados *fora* do correto período de gozo da parcela. Nesses casos, uma situação dúbia ocorrerá: os *dias* fruídos dentro do período concessivo terão remuneração simples, ao passo que os *dias* fruídos após o período concessivo receberão a dobra referida pelo *caput* do art. 137 da CLT. Tal entendimento está, há tempos, pacificado na jurisprudência (Súmula 81, TST).

Observe-se, ademais, que a dobra sobre férias vencidas é devida também em *quaisquer* casos de ruptura contratual, mesmo em situação de justa causa obreira. Férias vencidas já são direito adquirido, não sofrendo efeitos em face da modalidade de rescisão do contrato.

A dobra determinada pela CLT incide plenamente sobre a parcela principal (remuneração das férias). Logo, engloba também o terço constitucional de férias, que compõe o valor das férias trabalhistas. Portanto, onde se falar em dobra de férias, quer-se dizer: salário correspondente ao respectivo período, acrescido de um terço, e, em seguida, multiplicado por dois.

Natureza Jurídica da Dobra — No que diz respeito à natureza jurídica da dobra de férias, não há dúvida de que, tratando-se de *férias vencidas pagas na rescisão do contrato*, elas não terão caráter salarial. Ou se preservam como penalidade, ou assumem, por acessoriedade, no mínimo, a natureza indenizatória característica das férias quitadas no instante rescisório.

Sendo pagas ao longo do contrato (após o período concessivo, evidentemente), surgem duas interpretações no tocante à sua natureza jurídica. A primeira, insistindo que teria a dobra natureza salarial, uma vez que a parcela principal em fruição caracterizar-se-ia por essa mesma natureza. Além disso, o texto celetista sugestivamente teria mencionado que o empregador, nesses casos, "...pagará em dobro a respectiva remuneração".

A segunda posição sustenta ser inquestionável a natureza não salarial da parcela, vislumbrando em sua estrutura claro caráter de reparação e/ou penalidade. Aduz que não pode o operador jurídico restringir-se à mera interpretação gramatical da expressão celetista "respectiva remuneração"; é necessário acoplar-se a seu processo hermenêutico os métodos lógico, sistemático e finalístico. Ora, estes demonstram que o sentido do instituto é inquestionavelmente *punitivo* (quer a lei sancionar o empregador faltoso com um acréscimo sobre a respectiva prestação inadimplida). Porém não se trataria de verba apenas punitiva, senão também *reparatória* (quer a lei compensar a frustração obreira pelo inadimplemento ocorrido). Completa esta vertente interpretativa que o Direito do Trabalho teria instituído com estrutura e dinâmica semelhantes, com clara natureza não salarial: é o que ocorreria com a antiga dobra do art. 467 da CLT, incidente sobre parcelas salariais incontroversas (hoje, 50% sobre verbas rescisórias incontroversas: Lei n. 10.272, de 5.9.2001).

Neste quadro, tem-se como mais correto o entendimento pela natureza punitiva e, ao mesmo tempo, reparatória da parcela em exame — natureza, portanto, não salarial.

4. Terço Constitucional de Férias

Terço constitucional de férias é a parcela suplementar que se agrega, necessariamente, ao valor pertinente às férias trabalhistas, à base de um terço desse valor. À figura tem sido consignada também a equívoca denominação de "abono constitucional de férias".

A análise de sua natureza jurídica desenvolve-se a partir da constatação de que a verba tem nítido *caráter acessório*: trata-se de percentagem incidente sobre as férias. Como acessório que é, assume a natureza da parcela principal a que se acopla. Terá, desse modo, caráter salarial nas férias gozadas ao longo do contrato; terá natureza indenizatória nas férias indenizadas na rescisão.

Três polêmicas surgiram em seguida à instituição dessa figura acessória pela Constituição de 1988 (art. 7º, XVII, CF/88).

A primeira dizia respeito às relações entre essa nova parcela trabalhista e o antigo "abono pecuniário" (ou "abono de férias") criado pelo capítulo

celetista de férias (conversão pecuniária de 1/3 das férias). O debate irradiava-se da circunstância de a Constituição referir-se a “gozo de férias...” como direito trabalhista, criando, a par disso, um acréscimo ao valor da verba tradicional de férias. Teria, assim, a nova Constituição revogado (ou não recebido), por incompatibilidade, o “abono” celetista de férias (instituto do art. 143, CLT, que, além do mais, restringe o efetivo gozo das férias...)?

Embora a função social das férias e sua integração a uma política global de saúde pública e bem-estar social devessem, sim, conduzir a uma resposta positiva, tal não ocorreu. Hoje, a jurisprudência é absolutamente pacífica no sentido de que os dois institutos não colidem, tendo havido, desse modo, recepção da anterior figura celetista.

A segunda significativa polêmica tratava da incidência (ou não) do terço constitucional sobre parcelas de férias pagas na rescisão (e, assim, parcelas não gozadas de férias).

A esse respeito, uma posição interpretativa considerava incabível essa incidência, uma vez que a expressão constitucional “gozo de férias” inviabilizaria o pagamento do terço em situações de férias estritamente indenizadas (e não gozadas, pois).

Outra posição interpretativa distinguia os efeitos jurídicos em função da responsabilidade pela inviabilização do gozo das férias. Com suporte no art. 120, do Código Civil então vigorante (art. 8º, CLT), esta posição deferia o terço sempre que a não fruição das férias decorresse de ruptura contratual sob responsabilidade do empregador ou sob risco deste. Excluía-se, assim, apenas as hipóteses de pedido de demissão e dispensa por justa causa obreira: é que nestes dois casos a vontade obreira é que teria inviabilizado a aquisição plena das férias e seu efetivo gozo.⁽¹²⁾

Finalmente, a última posição interpretativa compreendia ser o terço constitucional nada mais do que parcela trabalhista acessória a uma parcela principal (as férias), e a esta necessariamente acoplada. Sendo devida a parcela principal, devida seria sempre a parcela acessória — independentemente do gozo efetivo ou não das férias e da modalidade de rescisão contratual. Esta última posição é que veio preponderar na jurisprudência, após a uniformização efetivada pela Súmula 328 do TST.

A terceira polêmica dizia respeito às relações, após 5.10.88, entre o terço constitucional e parcela percentual semelhante (maior ou menor) concedida antes pelo empregador.

A esse respeito, uma posição interpretativa chegou a sustentar a pertinência da acumulação de vantagens: o terço constitucional somar-se-ia à vantagem

(12) No Código Civil de 2002, os arts. 122, *in fine*, e 129 é que trazem regra jurídica equivalente à do art. 120 do CCB-1916.

semelhante concedida anteriormente ao obreiro por ocasião de suas férias (vantagem então concedida por força de contrato, regulamento empresarial ou norma coletiva — se fosse o caso). A segunda posição interpretativa insistia na compensação (ou dedução) de vantagens trabalhistas afins (ressalvada a possibilidade de nova norma negocial ou cláusula de contrato vir acrescer, após 5.10.88, o percentual da figura criada pela Constituição). A seu favor, aduzia ser a conduta compensatória já classicamente utilizada pela jurisprudência em situações semelhantes (a teor dos antigos Enunciados 145 e 202, TST).

A segunda posição interpretativa é que veio prevalecer na jurisprudência.

5. Conversão Pecuniária das Férias (Abono Pecuniário)

A CLT, a contar do Decreto-Lei n. 1.535, de 1977, criou a possibilidade de o empregado requerer a conversão em dinheiro da fração de 1/3 de suas férias anuais (dez dias, portanto, no caso do prazo padrão de 30 dias). A essa figura chamou de *abono de férias* (art. 143, § 1º, CLT) ou *abono pecuniário* (art. 143, *caput*, CLT). Estes epítetos evidenciam, obviamente, uma utilização equívoca da expressão *abono* — se respeitada sua acepção clássica de parcela de adiantamento salarial tipificada pelo próprio diploma celetista (art. 457, § 1º, CLT).

A figura ora em análise caracteriza-se como a *parcela indenizatória resultante da conversão pecuniária do valor correspondente a um terço do período de férias* (art. 143, CLT). É interessante perceber que esse *abono celetista de férias* é calculado sobre o valor global das férias: logo, considera, inclusive, o terço constitucional de férias. A equação assim se expõe: *abono pecuniário de férias* (art. 143, CLT) = (férias + 1/3): 3

O abono celetista de férias tem natureza jurídica de *direito potestativo do empregado* — desde que se tratando de férias individuais e desde que exercido pelo obreiro no tempo correto. Não resulta de transação, portanto (art. 143, *caput*, CLT). Nas férias coletivas, contudo, não é direito potestativo do empregado (muito menos do empregador, é claro), devendo resultar, se for o caso, de acordo coletivo (art. 143, § 2º, CLT).

Tem o *abono celetista de férias* também natureza jurídica indenizatória, por *reparar* o obreiro pelo não gozo da parcela de férias (ideia de ressarcimento). Embora esse caráter já seja claro da estrutura e dinâmica do instituto, a própria lei teve o cuidado de enfatizar a natureza não salarial da parcela (art. 144, CLT).

É interessante observar, a propósito, que também não terá natureza salarial (mesmo tratando-se de férias gozadas) parcela suplementar concedida

pelo empregador ao empregado por ocasião das férias (além do terço constitucional), por força do contrato, regulamento empresarial ou norma coletiva, desde que tal parcela não exceda a 20 dias de salário (art. 144, CLT). Aqui, tecnicamente, não se poderia negar natureza gratificatória a este tipo de parcela; contudo, a CLT, por texto expresso, excepcionou a parcela de semelhante caracterização jurídica, negando seu caráter salarial⁽¹³⁾.

Registre-se, a este respeito, que a Lei n. 9.528, de caráter previdenciário, de 10.12.97 (resultante de conversão de medida provisória, a contar da MPr. n. 1.523, de 1996, e subsequentes), alterou o art. 144, da CLT, restringindo à esfera meramente trabalhista (e não previdenciária) o caráter indenizatório conferido às parcelas referidas no preceito. A sanha arrecadadora do Estado cometeu, porém, no caso, um equívoco: o valor resultante da conversão pecuniária de parte das férias (*abono* do art. 143, CLT) não tem, *por sua própria natureza*, caráter de salário e, sim, de indenização, inclusive eventual. Por estas razões seria inválida norma de lei ordinária que determinasse arrecadação previdenciária sobre esta verba estritamente indenizatória (textos originais do art. 195, I, II, III e § 4º e art. 201, § 4º, Constituição da República). O equívoco na concepção da referida norma — que levava, é claro, à sua esterilidade em virtude de afronta à Constituição — foi reconhecido, felizmente, pelo próprio legislador, pouco depois. Assim, a Lei n. 9.711, de 20.11.1998, excluiu da base de cálculo do salário de contribuição previdenciário as importâncias “recebidas a título de abono de férias na forma dos arts. 143 e 144 da CLT”. Restaurou-se, portanto, o cenário jurídico tradicional (e racional) neste campo.

A ordem jurídica estabelece procedimento específico para a regular percepção pelo empregado do abono celetista de férias. Nas férias individuais, a parcela deve ser requerida pelo trabalhador *até 15 dias antes do término do correspondente período aquisitivo de férias* (art. 143, § 1º, CLT). Desrespeitado esse prazo, a conversão pecuniária de parte das férias deixa de ser direito *potestativo* obreiro, passando a depender, para sua efetivação, da expressa ou tácita aquiescência empresarial.

Nas férias coletivas, como visto, não há direito potestativo de qualquer das partes à conversão pecuniária em exame. Ela somente poderá ser efetivada caso permitida por acordo coletivo (art. 143, § 2º, CLT).

Agregue-se, por fim, que dois erros têm despontado, na prática, com respeito ao cálculo do terço constitucional de férias incidente na conversão pecuniária celetista: um favorável, outro contrário aos interesses obreiros.

(13) Gratificação, como se sabe, é a *parcela contraprestativa paga pelo empregador ao empregado em decorrência de evento ou circunstância tidos como relevantes pelo empregador (gratificações convencionais) ou por norma jurídica (gratificações normativas)*. A respeito, ver a obra deste autor, *Salário — Teoria e Prática*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 172-177. Neste Curso, consultar o Capítulo XXI.

Na primeira situação, calcula-se o terço constitucional sobre 30 dias de férias e, havendo a conversão pecuniária de 10 dias de férias, considera-se aplicável novamente o terço constitucional — como se se tratasse, na verdade, de 40 dias de férias. Ora, no caso da conversão pecuniária do art. 143, *caput* e § 1º, da CLT, paga-se o terço constitucional sobre os 20 dias de férias efetivamente gozadas e, ato contínuo, o terço constitucional sobre o abono pecuniário celetista, totalizando 30 dias de terço constitucional. Se a empresa já calculou o terço constitucional sobre os 30 dias, evidentemente que não deverá, outra vez, fazer incidir esse terço sobre a parcela convertida de 10 dias de férias, pois ela já está considerada no cômputo realizado.

Na segunda situação, calcula-se o terço constitucional sobre os 20 dias de férias gozadas e se considera, erroneamente, que não há incidência deste terço sobre os 10 dias de abono pecuniário. Argumenta-se que, se houve a conversão em pecúnia desse lapso temporal de 10 dias, esta verba convertida deixou de ostentar a natureza original de férias, perdendo, em consequência, a incidência do terço constitucional. Trata-se de leitura restritiva do avanço constitucional trazido pelo art. 7º, XVII, da CF, além de negligenciamento do princípio da restituição integral inerente a qualquer conversão indenizatória de direito não fruído.

Em síntese, conforme já exposto neste Capítulo, o terço constitucional incide sobre qualquer cálculo da parcela de férias, sejam as efetivamente fruídas, sejam as indenizadas, sejam as frações convertidas em pecúnia por força do art. 143 da CLT.

Conversão Pecuniária e Contratos em Regime de Tempo Parcial — As Medidas Provisórias que instituíram 20 anos atrás o contrato em regime de tempo parcial (texto original art. 58-A da CLT), criaram uma tabela de férias bastante frugal para esses empregados, com poucos dias para o efetivo gozo das férias (texto original do art. 130-A da CLT). Em decorrência da exiguidade de tal período de férias, a mesma legislação de duas décadas atrás fixou regra vedatória da conversão pecuniária de 1/3 das férias relativamente a esse tipo de contrato (§ 3º do art. 143 da CLT).

A Lei n. 13.467/17, contudo (vigente desde 11.11.2017), ao estender a tabela padrão de férias também para os empregados em regime de tempo parcial (novo § 7º do art. 58-A da CLT), revogando a tabela restritiva do art. 130-A da Consolidação, passou, por decorrência lógica, a permitir a conversão pecuniária de 1/3 das férias desses trabalhadores (novo § 6º do art. 58-A, c./c. a revogação do § 3º do art. 143 da CLT).

Nesse quadro, nas férias gozadas a partir de 11.11.2017, podem ser aplicadas, sim, as regras do art. 143, *caput* e §§ 1º e 2º da CLT, que regulam a conversão pecuniária de 1/3 das férias dos empregados, aos trabalhadores vinculados a regime de tempo parcial de trabalho.

VII. FÉRIAS E EXTINÇÃO DO CONTRATO: EFEITOS

As férias consistem em parcelas que devem ser fruídas ao longo do contrato de trabalho; apenas em tais circunstâncias de fruição é que estarão cumprindo os plenos objetivos que justificam sua própria existência. Entretanto, a ruptura do contrato empregatício pode frustrar a possibilidade efetiva de gozo das férias durante o período contratual (ou de alguns dos períodos de férias). Surge então a necessidade de se examinarem os efeitos da rescisão contratual sobre as férias existentes.

Este exame permite diferenciar-se entre três situações, todas criadas em função da modalidade de férias concretamente considerada. Trata-se de situações que envolvem as denominadas férias vencidas, férias simples e férias proporcionais.

São *férias vencidas* aquelas cujos períodos de aquisição e de fruição já se consumaram, sem que o obreiro as pudesse gozar. Nas férias vencidas, o empregador encontra-se, portanto, necessariamente inadimplente.

Férias simples são aquelas cujo período de aquisição já se completou, sem que se tenha esgotado, ainda, o respectivo período de gozo. Neste caso, embora o obreiro já tenha direito adquirido à parcela de férias, não se encontra o empregador inadimplente quanto à sua data de gozo.

Registre-se que tanto as férias vencidas quanto as simples são parcelas integradas ao patrimônio do empregado, uma vez que já completado seu período de aquisição.

Férias proporcionais, por sua vez, são aquelas cujo próprio período de aquisição ainda não se completou (não havendo sequer se iniciado, desse modo, o respectivo período de gozo).

1. Férias Vencidas e Extinção Contratual

A extinção do contrato *após a fluência do período concessivo das férias* enseja o surgimento das *férias vencidas*. Estas, como se sabe, serão devidas sempre pelo *valor dobrado* (art. 146, CLT).

Mais: na ruptura contratual, tais férias incidirão em benefício do obreiro, *qualquer que seja a causa de extinção do pacto empregatício*. A modalidade de rescisão (inclusive justa causa obreira), portanto, não afeta a parcela, por esta já ter se tornado direito adquirido obreiro desde a conclusão do respectivo período aquisitivo. Também a dobra torna-se direito adquirido desde o vencimento do respectivo período de concessão, inerente que é a qualquer parcela de férias vencidas.

Relembre-se, ainda, que serão estas férias vencidas pagas segundo o salário da época da rescisão (arts. 142, 146 e 148 da CLT).

2. Férias Simples e Extinção Contratual

A extinção do contrato *no curso do período concessivo*, já ultrapassado o período de aquisição, enseja o surgimento das *férias simples*. Estas, conforme já analisado, serão devidas sempre pelo *valor simples* (art. 146, CLT).

Submetem-se as férias simples, por outro lado, à mesma regra característica às férias dobradas: serão devidas ao obreiro, na ruptura contratual, *qualquer que seja a causa de extinção do contrato*. A modalidade de rescisão (inclusive justa causa obreira), portanto, também não afeta esta parcela, por já ter se tornado direito adquirido do empregado desde a conclusão do respectivo período aquisitivo.

Tais férias simples, como visto, também serão calculadas segundo o salário da época da rescisão (arts. 142, 146 e 148 da CLT).

3. Férias Proporcionais e Extinção Contratual

A extinção do contrato *no curso do período aquisitivo das férias* enseja o surgimento das *férias proporcionais*.

São proporcionais, como visto, as férias devidas em função de *período aquisitivo incompleto* (menos de 12 meses). A figura ocorre seja em contratos curtos — que se extinguem anteriormente a um ano de duração (contratos por tempo indeterminado ou a termo) —, seja em contratos com duração superior a um ano. Nesse último caso, porém, as férias proporcionais incidirão no último período aquisitivo (incompleto) do contrato enfocado.

As férias proporcionais calculam-se à base do percentual de 1/12 por mês componente do contrato (incluído o aviso-prévio). A fração temporal acima de 14 dias, como já exposto, tem validade de um mês, para fins de período aquisitivo de férias (parágrafo único do art. 146, CLT). As férias vencidas e simples, como se sabe, calculam-se sempre à base da unidade completa (12/12), ao passo que as férias proporcionais à base da unidade fracionada (06/12, 11/12, etc.). É claro que se aplica a tabela do art. 130, da CLT, a todos os três tipos de férias, de forma a modular o prazo destas segundo o número de faltas injustificadas no respectivo período aquisitivo.

As férias proporcionais também são calculadas segundo o salário da época da rescisão, sendo pagas também sempre com o terço constitucional (Súmula 328, TST).

Contudo — e ao contrário das férias vencidas e simples —, *as férias proporcionais sofrem efeitos diretos em função da modalidade de ruptura contratual*. Isso ocorre porque a cessação do contrato no curso de alguns meses do período aquisitivo (ou do novo período aquisitivo) é que pode ensejar o surgimento das chamadas férias proporcionais. Essa cessação contratual provoca a ocorrência de situações diferenciadas, resultantes da influência direta da modalidade de ruptura do contrato sobre a parcela proporcional de férias. *Como não há direito adquirido a essas férias (o período aquisitivo ainda não se completou) — ou há, no máximo, direito condicionado —, estabelece a lei uma relação direta entre a ruptura contratual e a parcela de férias proporcionais*.

Inicie-se o exame das situações diferenciadas de ruptura do contrato que causam efeito específico no tocante às férias proporcionais pela *ruptura contratual por justa causa obreira*. Neste caso, não terá o trabalhador direito às férias proporcionais com 1/3 (art. 146 e parágrafo único, CLT).

Fale-se, em seguida, em situação próxima: a *ruptura contratual por culpa recíproca*. Neste caso, entendia a jurisprudência que também não teria o trabalhador direito às férias proporcionais com 1/3 (antigo Enunciado 14, TST).

Sempre ponderamos, entretanto, que a leitura interpretativa proposta pelo antigo texto da Súmula n. 14 parecia claramente *injusta* — a par de desfocada do conjunto sistemático do Direito do Trabalho do País. Injusta, porque deferia resultado jurídico substantivamente idêntico àquele imposto ao empregado que comete sozinho a falta trabalhista (à diferença do que ocorre na culpa recíproca, em que também o empregador se mostra faltoso).

Era desfocada, ainda, do conjunto sistemático das normas trabalhistas existentes, porque o Direito do Trabalho, tanto tradicionalmente (ver art. 484, CLT), como modernamente (ver § 2º do art. 18, Lei n. 8.036/90), sempre tendeu a reduzir à *metade* as verbas devidas em rescisões por culpa recíproca. Ou seja, o Direito sempre preferiu fixar apenação meramente parcial para o obreiro (em proporção à sua falta), dirigindo, concomitantemente, parte da pena para o empregador também faltoso. Não havia, pois, razão a impedir o acolhimento da mesma conduta normativa no presente caso de ruptura do contrato por culpa recíproca (férias proporcionais com 1/3 — *pela metade*).

Felizmente, a partir da Res. 121/2003, o TST conferiu nova redação à Súmula n. 14, corrigindo a antiga interpretação jurídica, de maneira a prevalecer o pagamento, pela metade, das férias proporcionais com 1/3 no caso de ruptura contratual por culpa recíproca.

A terceira situação diferenciada diz respeito à *ruptura contratual por ato potestativo obreiro* (o chamado *pedido de demissão*). Aqui previa a CLT a distinção entre duas situações fático-jurídicas: de um lado, tratando-se de

contrato de trabalho com *duração superior a 12 meses*, terá o empregado direito às férias proporcionais (com 1/3), relativamente ao novo período aquisitivo (parágrafo único do art. 146, CLT). De outro lado, tratando-se de contrato de trabalho com *duração inferior a 12 meses*, não teria o empregado direito às férias proporcionais com 1/3, relativamente ao período aquisitivo existente (antigo En. 261/TST, com suporte nos arts. 146 e 147 da CLT).

Atualmente, com respaldo na Convenção 132 da OIT, a nova redação da Súmula 261 do TST (Res. 121/2003) entende cabíveis as férias proporcionais com 1/3 em qualquer situação de pedido de demissão, independentemente do prazo do contrato.

A quarta situação diferenciada diz respeito às *rupturas contratuais por ato empresarial ou sob ônus deste*.

Tal modalidade engloba as rupturas por ato lícito do empregador (a dispensa injusta e mesmo a dispensa motivada da Convenção 158 — caso tivesse sido acolhida a eficácia desse diploma internacional no Direito interno⁽¹⁴⁾). Engloba, também, as rupturas em virtude de ato ilícito trabalhista do empresário (a chamada rescisão indireta: art. 483, CLT). Também estão englobadas nesta modalidade as extinções contratuais por fatores estranhos à vontade das partes, mas que se consideram sob ônus do empregador, em virtude de estarem inseridas no risco do empreendimento ou do trabalho prestado (ilustrativamente, ruptura por extinção da empresa ou estabelecimento, por falência, por aposentadoria por idade do empregado, etc.). Portanto, em todo este quarto grande bloco de situações fático-jurídicas, as férias proporcionais (e seu terço) sempre serão devidas ao trabalhador (art. 146, parágrafo único, CLT).⁽¹⁵⁾

A quinta situação diferenciada abrange a *ruptura por cumprimento do prazo de contrato a termo*. Em tal situação tem o trabalhador direito às férias proporcionais com 1/3, qualquer que seja o prazo do contrato — mesmo sendo inferior a um ano, portanto (art. 147, CLT).

Por fim, a Lei n. 13.467/2017 criou hipótese nova de ruptura contratual: a extinção por acordo entre empregado e empregador (novo art. 484-A, CLT). Nessa hipótese, as férias proporcionais serão devidas sem restrições (inciso II do art. 484-A da CLT).

(14) O Supremo Tribunal Federal, como se sabe, em sua composição plena, decidiu, em setembro de 1997, não ser eficaz a Convenção 158 da OIT, no País, em face da Constituição de 1988. Já esterilizada quanto à sua incidência concreta no Brasil, foi, finalmente, a Convenção 158 denunciada pelo Presidente da República à Organização Internacional do Trabalho também em 1997.

(15) A aposentadoria por tempo de contribuição do trabalhador, por si só, não é mais fator de extinção do contrato de emprego, conforme decisão do STF na ADIN n. 1.721-3 (interpretação que conduziu ao cancelamento da OJ 177 da SDI-I/TST). Nessa nova linha, a OJ 361 da SDI-1 do TST.

VIII. NATUREZA JURÍDICA DAS FÉRIAS

Natureza jurídica é o posicionamento classificatório de uma figura do Direito no conjunto de figuras próximas. A pesquisa acerca da natureza jurídica permite o encontro da sistematicidade do Direito ou de ramo seu componente, através da distribuição e aproximação lógica de seus diversos institutos integrantes.

A pesquisa sobre a natureza jurídica das férias permite o alcance de algumas conclusões hoje já bastante sedimentadas na doutrina. Em primeiro lugar, a percepção, como já informado, de que as férias não têm caráter de prêmio, mas, sim, de direito trabalhista, a que corresponde uma obrigação empresarial. Não resultam as férias, pois, de conduta obreira mais (ou menos) favorável ao empregador; são elas direito trabalhista inerente ao contrato de emprego.

Em segundo lugar, as férias não têm seu fundamento instituidor exclusivamente no interesse individual do empregado. Elas se fundam também em considerações relacionadas a uma política de saúde pública e bem-estar coletivo, além de propiciarem, objetivamente, a própria construção da cidadania na sociedade democrática.

Em terceiro lugar, sua classificação no conjunto das parcelas integrantes do contrato não é uniforme, mas diferenciada em função do cumprimento (ou não) pleno de suas funções no contexto contratual. Caso sejam férias efetivamente fruídas, gozadas no curso do contrato, sua natureza jurídica será de salário; caso não sejam efetivamente gozadas no curso do contrato, assumirão natureza jurídica de indenização pela parcela trabalhista parcialmente frustrada.

Nesse quadro, *terão natureza salarial* as seguintes parcelas de férias:

a) a parcela devida e paga ao obreiro (e seu terço constitucional), a título de férias (“remuneração de férias”), durante o contrato de trabalho;

b) a parcela remuneratória de férias (e seu terço constitucional), devida mesmo após o contrato, desde que para estritos fins de cotejo hierárquico de créditos na falência (arts. 148 e 449, CLT). Observe-se que, tecnicamente, a natureza destas parcelas seria indenizatória (afinal são valores que indenizam férias não gozadas no período contratual); contudo, ganham caráter salarial, estritamente para fins falimentares, por expressa determinação legal (art. 148) — interessada a CLT em garantir absoluta prevalência a tais créditos no contexto da falência.

Registre-se, a este propósito, que a regra do art. 449 da CLT tornou-se, hoje, desnecessária, uma vez que a jurisprudência tende a considerar que *todas* as verbas trabalhistas — salariais ou não — recebem o mesmo *status* protetivo no concurso creditório falimentar, sem qualquer relevante diferenciação.

Por outro lado, *não terão natureza salarial* as seguintes verbas de férias:

a) a parcela dobrada (apenas a dobra) concernente às férias vencidas (art. 137, CLT), sejam férias gozadas extemporaneamente durante o contrato, sejam férias vencidas indenizadas após rompido o contrato (ou indenizadas na rescisão). A natureza dessa dobra é, como examinado, não salarial (apenação e reparação). Note-se, a propósito, que o Diploma Previdenciário n. 8.212/91 (art. 28, § 9º, “d”), com redação da Lei n. 9.528, de 1997, reconhece o caráter indenizatório da dobra de férias, excluindo a verba do salário de contribuição previdenciário.

b) as parcelas devidas e pagas ao obreiro (e seu terço constitucional), a título de férias não gozadas (vencidas, simples ou proporcionais), na rescisão do contrato ou após a extinção deste. A natureza dessas parcelas é indenizatória (conforme também reconhecido pelo art. 28, § 9º, “d”, Lei n. 8.212/91, com redação oriunda da Lei n. 9.528/97).

c) o “abono celetista de férias”, resultante da conversão de parte das férias em pecúnia (arts. 143 e 144, CLT). A natureza dessa parcela é claramente indenizatória (independentemente da referência nessa linha feita pelo art. 144 da CLT — que acentua tal caráter, é claro).

Relembre-se de que a Lei n. 9.528, de 1997 (resultante de conversão de medida provisória, a contar da MPr. n. 1.523/96 e subsequentes), restringiu ao âmbito trabalhista — e não previdenciário — o caráter indenizatório dessa verba. Tal mudança suscitou, de imediato, debate sobre a própria constitucionalidade dessa norma previdenciária arrecadadora. Felizmente, retornou-se, logo após, à normalidade jurídica, editando-se a Lei n. 9.711, de 20.11.1998, que (conferindo nova redação ao art. 28, § 9º, “e”, n. 6, da Lei n. 8.212/91) excluiu da base de cálculo do salário de contribuição previdenciário as importâncias “recebidas a título de abono de férias na forma dos arts. 143 e 144 da CLT” (a propósito deste tema, retornar, se necessário, ao item VI, 5, do presente Capítulo).

d) as parcelas suplementares pagas ao empregado no instante de início do gozo de férias (“abono” ou “gratificação” convencional, regulamentar ou normativa de férias), por força do contrato, regulamento empresarial ou norma coletiva, desde que não suplantem o equivalente a 20 dias de salário mensal obreiro (art. 144, CLT). Saliente-se que a natureza destas parcelas é tida como indenizatória, não exatamente por seu efetivo caráter (que seria de gratificação), mas em virtude de expressa determinação legal (art. 144). Registre-se, também aqui, que a Lei n. 9.528/97 havia restringido ao âmbito meramente *trabalhista* tal caráter indenizatório (o que *neste caso* seria viável, tecnicamente, em face da efetiva natureza desta verba não ser propriamente indenizatória). De todo modo, diploma legal subsequente (Lei n. 9.711, de 20.11.1998, conferindo nova redação ao art. 28, § 9º, “e”, n. 6, da Lei n. 8.212/91) excluiu da base de cálculo do salário de contribuição previdenciário também

esta verba (na lei previdenciária fala-se em importâncias “recebidas a título de abono de férias na forma dos arts. 143 e 144 da CLT”).

IX. PRESCRIÇÃO: REGRAS APLICÁVEIS

Prescrição é, como se sabe, a extinção da pretensão, correspondente a um direito, em virtude do esgotamento do prazo para o seu exercício. Ou, caso se prefira, *a perda da exigibilidade judicial de um direito (ou pretensão) em consequência de não ter sido exigido pelo credor ao devedor durante certo lapso de tempo legalmente fixado.*⁽¹⁶⁾

A prescrição atinge direitos patrimoniais e, assim, também a parcela de férias. Contudo, no caso dessa verba trabalhista, há dualidade de critérios no tocante à contagem do prazo prescricional prevalecente no Direito brasileiro (CF/88, art. 7º, XXIX; novo art. 11, CLT). Passemos a seu exame.

1. Contagem em Função do Término do Período Concessivo

A prescrição das férias, *durante a fluência do contrato de trabalho, conta-se do término do respectivo período concessivo*, isto é, logo em seguida ao termo final do período de gozo da parcela.

Evidentemente que se trata do prazo quinquenal, contado retroativamente do protocolo da ação, uma vez que não houve extinção do contrato.

Ao longo da vida do contrato, a parcela de férias somente se torna exigível, judicialmente, pelo empregado, após consumado seu período de gozo, sem que tenha havido a fruição das férias. A partir desse instante, em que o empregador incide em mora quanto à concessão das férias, começa a correr a prescrição contra o empregado. O dia de início da mora do empregador é também o marco do nascimento da ação, em sentido material, do empregado, para exigir a concessão de seu direito (*critério da actio nata*).

Entretanto, caso o contrato se extinga, o critério especificado prevalecerá apenas no tocante à contagem prescricional das *férias vencidas*, já que apenas estas terão concluído por inteiro seu respectivo período concessivo. No tocante às férias simples, ainda não terá ocorrido o término de seu correspondente período de gozo, ao passo que, no que tange às férias proporcionais, sequer terão completado seu próprio período aquisitivo.

(16) O CCB-2002 prefere correlacionar a prescrição à perda da *pretensão*, ao invés do direito, ainda que considerado este apenas abstratamente. Observe-se, nesta linha, a regra disposta em seu art. 189: “Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206”.

2. Contagem em Função do Término do Contrato de Trabalho

Ocorrendo, entretanto, ruptura do contrato de trabalho, o critério de cálculo da prescrição será distinto. Contar-se-á a prescrição *do fim do contrato de trabalho* para as prestações de férias que tenham na ruptura contratual um fator de antecipação de seu vencimento.

É o que se passa, desse modo, com as chamadas *férias simples* (que são férias ainda não gozadas — mas também ainda não vencidas quanto ao período de fruição). Também será o que irá prevalecer quanto às *férias proporcionais*, cujo período de aquisição ainda não se completara na data de rompimento do contrato.

Apenas as férias vencidas, repita-se, é que não se influenciam, *inteiramente*, por esse segundo critério de contagem prescricional, dado que já atenderam ao critério anterior de cômputo prescricional (que leva em conta o fim do período de gozo das férias, durante o contrato). Não obstante, não se pode esquecer que, no Direito do Trabalho, corre também o prazo bienal deflagrado com a ruptura da relação de emprego. Assim, mesmo que o empregado não tivesse prescritas algumas de suas férias vencidas, à luz do primeiro critério estudado, irá vê-las sofrer a incidência da prescrição total, caso não respeite o biênio constitucional para a propositura da ação.

CAPÍTULO XXVI

FORMAÇÃO E ALTERAÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO

I. INTRODUÇÃO

O contrato de trabalho, como os negócios jurídicos em geral, nasce em certo instante, cumpre-se parcialmente ou de modo integral, sofre alterações ao longo do tempo, quase que inevitavelmente, e, por fim, extingue-se.

O presente capítulo centra-se, essencialmente, no estudo das alterações do contrato laborativo, tema de fundamental relevância no cotidiano trabalhista. Contudo, esse exame não pode se descurar de uma referência analítica à formação do contrato de trabalho, com os problemas mais importantes que se apresentam no desenrolar desse momento.

II. FORMAÇÃO CONTRATUAL TRABALHISTA

A formação do contrato de trabalho tem relevantes pontos comuns com o processo genérico de formação de pactos contratuais no Direito Civil. Algumas importantes regras relativas a esse momento inicial de vinculação entre as partes contratuais trabalhistas são semelhantes às que imperam no campo privado, notadamente quanto ao ajuste de vontades (que pode ser expresso ou tácito), fixação do objeto central do pacto (tipo de prestação de serviços), local de seu cumprimento, etc.

É bem verdade que há pontos de diferenciação, dados pela especificidade da relação justtrabalhista. Ilustrativamente, no ajuste do conteúdo do contrato um conjunto de cláusulas já desponta predeterminado, em decorrência das normas imperativas que incidem sobre qualquer contrato empregatício. Por outro lado, parte significativa desse conteúdo tenderá a ser fixada unilateralmente por uma única das partes, o empregador (embora, aqui, haja nova aproximação com o Direito Civil, em vista dos diversos contratos de adesão também nele existentes).

Outros pontos diferenciadores dizem respeito a certas formalidades e ritos específicos que a contratação de empregados impõe ao empregador. Trata-se, por exemplo, da assinatura da Carteira de Trabalho e Previdência Social, documento importante para a identificação socioprofissional do trabalhador (arts. 13 a 34, CLT); do lançamento de dados contratuais nos correspondentes livros administrativos (art. 41, CLT), os quais cumprem o

papel de garantir a reunião de informações estatísticas esclarecedoras sobre o perfil do mercado de trabalho no País, além de facilitarem o exercício da fiscalização trabalhista e previdenciária pelo Estado⁽¹⁾. Neste rol ilustrativo, cite-se, ainda, a preparação documental para os recolhimentos legais, sejam trabalhistas, como FGTS, sejam previdenciários, sejam fiscais e parafiscais.⁽²⁾

Relembre-se que a irregularidade estritamente administrativa no tocante à contratação de empregados (falta de assinatura de CTPS, de lançamentos informativos, de recolhimentos legais, etc.) não torna inexistente ou nulo o contrato empregatício formado. Conforme já examinado no Capítulo XV deste Curso, tal pacto consuma-se mesmo que *tacitamente ajustado*. Nesse diapasão, as eventuais irregularidades administrativas apenas ensejam seu oportuno suprimento, na forma cabível, com a aplicação de penalidades previstas pela CLT e legislação previdenciária, se for o caso.

Experiência Prévia (art. 442-A, CLT) — A Lei n. 11.644/2008, vigente desde 11.3.2008, inseriu o art. 442-A na CLT, estabelecendo que, *para fins de contratação, o empregador não exigirá do candidato a emprego comprovação de experiência prévia por tempo superior a seis meses no mesmo tipo de atividade*. O preceito visa a diminuir as dificuldades enfrentadas pelo trabalhador jovem ou menos experiente em sua busca de inserção no mercado de trabalho. Como *regra geral*, dispõe a lei, não se pode exigir experiência funcional excedente a seis meses do trabalhador concorrente a emprego.

O novo dispositivo tem de ser lido, naturalmente, com lógica jurídica. É que os princípios constitucionais da proporcionalidade e da razoabilidade, a par da própria sensatez inerente a qualquer dinâmica interpretativa do Direito, permitem inferir não ser, porém, irregular a exigência de experiência mais

(1) O art. 42 da CLT, que exigia a autenticação administrativa desses livros de informações, foi revogado pelo art. 4º da Lei n. 10.243, de 19.6.2001.

(2) Curiosamente, a Lei n. 11.718/2008 (conversão da MP n. 410, de 28.12.2007), inserindo novo art. 14-A na Lei do Trabalho Rural (n. 5.889/73), criou o *contrato rural por pequeno prazo*, por *dois meses*, a ser capitaneado pelo *produtor rural pessoa física*, para o *exercício de atividades de natureza temporária* — pacto que tem formalidades iniciais relativamente diferenciadas perante o padrão geral da CLT e da Lei de Trabalho Rural. É que este novo contrato pode ser concretizado, administrativamente, de duas maneiras alternativas, *a segunda sem anotação em CTPS*: a) inclusão do trabalhador na guia fundiária e previdenciária denominada GFIP, com anotação em CTPS e em Livro ou Ficha de Registro de Empregados (art. 14-A, § 2º e § 3º, I, da Lei n. 5.889/73); b) mera formalização por contrato escrito em duas vias (uma para cada parte), em que constem, no mínimo: expressa autorização da convenção ou acordo coletivos; identificação do produtor rural e do imóvel rural e respectiva matrícula; identificação do trabalhador e seu respectivo “Número de Inscrição do Trabalho — NIT” (art. 114-A, § 3º, II, “a”, “b” e “c”), tudo sem prejuízo da filiação obrigatória do empregado à Previdência Social e inscrição no FGTS, mediante guia GFIP (§ 2º do art. 14-A). No tocante à segunda alternativa de formalização, houve diminuição das exigências tradicionais aos pactos trabalhistas padronizados: a anotação de CTPS.

significativa em situações de *manifesta necessidade de elevada experiência para o cargo designado*. O novo preceito legal quer apenas afastar o exagero seletivo do empregador contratante, mas não eliminar a validade e a força da história profissional de cada trabalhador, consistentemente agregada em seu *curriculum vitae*.

III. FORMAÇÃO DO CONTRATO: MOMENTO E LOCAL

No estudo da formação contratual trabalhista é importante ter clareza a respeito dos exatos *momento* e *local* de celebração do pacto.

De maneira geral, não há dúvidas a respeito desses dois importantes aspectos da celebração do pacto empregatício. Porém, há situações menos claras sobre uma ou outra de tais circunstâncias: em tais situações, o conhecimento acerca de algumas regras regentes da formação dos contratos pode ser de grande interesse.

A definição do instante preciso de celebração do contrato *pode* estabelecer, por exemplo, o instante de início dos efeitos obrigacionais entre as partes, ainda que não se tenha dado, efetivamente, a real prestação de serviços (se se tratar do caso de aplicação do art. 4º, CLT). Na mesma linha, a fixação do *momento* preciso de formação do contrato permite estabelecer também o *local* de celebração do pacto, permitindo fixar, desse modo, em alguns casos, a competência territorial do Juiz Trabalhista para conhecer lides acerca do referido contrato.

1. *Policitação e Formação Contratual*

A formação do contrato de trabalho pode se efetuar mediante manifestação expressa ou tácita da vontade das partes (art. 442, *caput*, CLT). Expressa é a manifestação que se exterioriza mediante declarações inequívocas e transparentes da intenção empregatícia dos sujeitos contratuais. Tácita é a manifestação que não se formula de modo transparente, mas se concretiza pela prática material de atos indicadores da existência de uma vontade comum direcionada à realização de um vínculo trabalhista entre elas. No cotidiano das relações laborais, é a manifestação expressa, escrita ou verbal, a fórmula mais comumente utilizada pelas partes para selar o encontro de suas vontades em direção ao contrato empregatício.

Esse contrato inicia-se, de maneira geral, mediante a apresentação de uma *proposta contratual* por qualquer dos interessados (tratando-se de um contrato de adesão, sabe-se que, na prática, esta proposta origina-se, essencialmente, do tomador de serviços, e não do trabalhador). A proposta contratual (também chamada, no Direito Civil, de *policitação*) é, como se

conhece, o ato através do qual uma parte (*policitante*) apresenta os parâmetros básicos para a formação de um contrato de seu interesse, pedindo a manifestação da vontade de alguém no sentido desse pacto (*oblato*).

A policitação tende a fixar o momento e o local de formação do contrato, *principalmente se feita e aceita entre presentes*, como ocorre na generalidade das situações propiciadas pelo cotidiano trabalhista. De fato, se apresentada a proposta entre presentes, e imediatamente aceita pelo oblato, ela estabelece o *local* de formação do contrato entre as partes (art. 1.087, CCB/1916; art. 435, CCB/2002).

A proposta, apresentada e aceita entre presentes, também estabelece, regra geral, o *momento* de formação do contrato. Porém, neste caso, pode existir, explícita ou implicitamente na policitação, um *termo* adiando o efetivo início de eficácia das cláusulas contratuais (art. 123, CCB/1916; art. 131, CCB/2002). Registre-se que a presença de um termo inicial para a eficácia do contrato afasta, em princípio, o critério do *tempo à disposição*, inerente à CLT, ao menos no período entre a formação contratual e a data desse termo de início de seu real cumprimento.

2. Formação Contratual e Competência Judicial Trabalhista

De todo modo, ainda que ocorrendo a existência de um termo explícito ou implícito adiando o efetivo exercício do contrato, o simples estabelecimento do *local de formação do pacto* é importante para a prática justrabalhista: é que esse local *pode* (nem sempre, é claro) ter influência direta no que diz respeito à determinação da competência territorial dos Juízes Trabalhistas para conhecer e julgar ações laborais vinculadas àquele contrato.

É bem verdade que a regra geral celetista estabelece que a competência territorial dos Juízes do Trabalho fixa-se em função do *local de prestação efetiva dos serviços*, independentemente do local da contratação (art. 651, *caput*, CLT). Contudo, a mesma ordem jurídica esclarece que, “em se tratando de empregador que promova realização de atividades fora do lugar do contrato de trabalho, é assegurado ao empregado apresentar reclamação no foro da celebração do contrato ou no da prestação dos respectivos serviços” (§ 3º do art. 651, CLT; grifos acrescidos). Neste último caso, portanto, o exame do *lugar de apresentação de uma proposta contratual feita entre presentes é de suma relevância à definição da competência territorial do Juiz Trabalhista*. É o que se passa, comumente, com empresas de construção pesada: realizam contratações obreiras em grandes centros urbanos, prevenindo, porém, a efetiva prestação laborativa para regiões longínquas do País, onde têm distintas obras. Na verdade, apenas a proposta contratual é que é apresentada ao trabalhador nesses grandes centros urbanos, uma vez que

o contrato tende a ser formalizado posteriormente, já no efetivo local de prestação de serviços. À medida que o local da apresentação da proposta — se feita entre presentes e imediatamente aceita — é que estabelece o *local* de formação do contrato entre as partes, considera-se, em tal situação figurada, que o contrato formou-se, do ponto de vista jurídico, no centro urbano em que a policitação foi apresentada e aceita.

É claro que não se deve confundir a situação acima com a referente ao agente ou viajante comercial. Em tais casos, a competência será do Juiz Trabalhista da comarca em que a “empresa tenha agência ou filial e a esta o empregado esteja subordinado” (art. 651, § 1º, CLT, desde Lei n. 9.861, de 1999); na falta desta, a competência será do Juiz Trabalhista da comarca “em que o empregado tenha domicílio ou a localidade mais próxima” (art. 651, § 1º, CLT).

IV. FORMAÇÃO CONTRATUAL: PROBLEMAS DO PRÉ-CONTRATO

O tema da formação do contrato de trabalho enseja, ainda, o debate acerca de problemas pré-contratuais. Embora não se trate de situações comuns ao cotidiano juslaboral, é inegável que a prática concernente a certo pacto empregatício *pode* suscitar debate, por exemplo, sobre eventual indenização por despesas relativas ao período de preparação de uma contratação trabalhista (perdas e danos, por exemplo).

Neste quadro, é importante recordar que a ordem jurídica estabelece, como regra geral, que a proposta, uma vez formulada, obriga o proponente (art. 1.080, CCB/1916; art. 427, CCB/2002).

A referida regra, é bem verdade, acolhe inúmeras exceções. Nessa linha, não será tida como vinculante a proposta se o contrário resultar de seus termos, da natureza do negócio ou das circunstâncias do caso (art. 1.080, CCB 1916; art. 427, CCB/2002). Estabelece ainda o Direito Civil que também não obrigará a proposta se feita a uma pessoa presente e não for imediatamente aceita (sabe-se que a lei considera presente a pessoa que contrate por telefone; por coerência, o mesmo efeito cumprirá o telex, fax e, até mesmo, conforme o caso, a própria *internet*)⁽³⁾.

Do mesmo modo, não produzirá vinculação a proposta feita, com prazo, a pessoa ausente, sem que tenha sido *expedida resposta* dentro do prazo dado (a lei civil, como se sabe, acolhe a *teoria da agnição ou declaração*, em sua modalidade da *expedição ou transmissão*). Não será também vinculante a proposta feita, sem prazo, a pessoa ausente, após o decurso

(3) A esse respeito, art. 1.081 e incisos, CCB/1916, e art. 428 e incisos, CCB/2002.

de lapso temporal suficiente (prazo razoável/prazo moral) para chegar a resposta do oblato ao conhecimento do proponente. Finalmente, perderá seu caráter vinculante a proposta cuja retratação chegue ao conhecimento do oblato anteriormente ou simultaneamente à própria policitação (art. 1.081, CCB/1916; art. 428, CCB/2002).

A frustração concreta e culposa de um contrato claramente proposto — tratando-se de proposta não desqualificada pelas exceções acima mencionadas — *leva, obviamente, à obrigação de indenizar a parte prejudicada* (art. 159, CCB/1916; art. 186, CCB/2002). Afinal, a proposta feita e aceita, regularmente, obriga o peticitante. A regra, por analogia (art. 8º, CLT), também se aplica ao Direito do Trabalho.

Entretanto, existem situações concretas menos claras no tocante a essa obrigação indenizatória. Trata-se de situações envoltas ao chamado *pré-contrato*, fase em que as partes trocam informações e hipóteses propositivas, ainda sem caráter conclusivo de proposta contratual.

De maneira geral, é inquestionável que descabe falar-se em indenização pela ocorrência de uma fase de entendimentos pré-contratuais, que veio a se mostrar, em seguida, frustrada em seus aparentes objetivos iniciais. Não se formulando e apresentando, efetivamente, a *policitação*, não há que se inferir o surgimento de obrigações entre as partes.

É que as negociações prévias são inerentes a qualquer contrato, não traduzindo, necessariamente, *proposta efetiva*, com o que, regra geral, não ensejam obrigação de indenizar. Como aponta *Caio Mário da Silva Pereira*, as “*negociações preliminares... são conversas prévias, sondagens, debates em que despontam os interesses de cada um, tendo em vista o contrato futuro. Mesmo quando surge um projeto ou minuta, ainda assim não há vinculação das pessoas. Não raro, nos negócios que envolvem interesses complexos, entabula uma pessoa conversações com diversas outras, e somente se encaminha a contratação com aquela que melhores condições oferece. Enquanto se mantiverem tais, as conversações preliminares não obrigam*”⁽⁴⁾.

Registre-se, porém, que não é necessariamente *inviável*, do ponto de vista jurídico, a possibilidade de ocorrência — ainda que rara — de uma eventual obrigação indenizatória, em consequência de prejuízos derivados de uma fase pré-contratual que tenha se mostrado posteriormente frustrada; isto, evidentemente, desde que verificada culpa extracontratual, aquiliana, do potencial tomador de serviços (art. 159, CCB/1916; art. 186, CCB/2002).

(4) PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil* — contratos; declaração unilateral de vontade; responsabilidade civil. v. III, 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 19; grifos no original.

O desembolso de despesas efetuadas em decorrência de entendimentos pré-contratuais bastante consistentes, ou a perda da oportunidade de celebração de outro contrato em vista do encaminhamento firme de uma negociação pré-contratual, seriam situações que poderiam ensejar a discussão sobre a viabilidade da incidência da obrigação de indenizar, à luz de reflexão efetivada pelo juslaborista *Délio Maranhão*⁽⁵⁾.

Contudo, não se pode exagerar a possibilidade de ocorrência dessas situações de possibilidade indenizatória envolventes ao pré-contrato. É que, afinal, um mínimo de expectativa das partes *naturalmente* surge quando elas se aproximam para iniciar ou desenvolver tratativas em direção a uma proposta contratual. Portanto, é da própria natureza desse tipo de fase a geração razoável — e regular — de certo nível de expectativas e frustrações entre as partes⁽⁶⁾.

Indenização pela Perda de Uma Chance — No contexto dos problemas que podem surgir na fase pré-contratual, há que se destacar, por fim, o tema relativo à *indenização pela perda de uma chance*.

De fato, a noção de *perda de uma chance* é compatível com a regência normativa do novo Código Civil, conforme se percebe da regra contida em seu art. 402, *in fine*. O preceito menciona que “... *as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar*”. Naturalmente que o dispositivo refere-se a chance real, consistente, significativa, *com razoável plausibilidade de concretização* (“...*o que razoavelmente deixou de lucrar*”, diz a regra), e não mero sonho ou expectativa otimista da pessoa envolvida.

No plano trabalhista, a perda de uma chance consistente e plausível, em decorrência do envolvimento necessário e absorvente do profissional com a dinâmica da contratação, que subsequentemente se frustra, pode, conforme as circunstâncias da situação concreta, propiciar a obrigação reparatória. Naturalmente que também aqui se aplicam os mesmos critérios de juízo de razoabilidade, proporcionalidade, prudência e realismo para o intérprete conclusivo do Direito no exame do caso concreto posto à sua análise.⁽⁷⁾

(5) MARANHÃO, Délio, in SÜSSEKIND, Arnaldo *et alii*. *Instituições de Direito do Trabalho*. v. I, 8. ed. Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1981, p. 221-222.

(6) Nesta última direção, PEREIRA, Caio Mário da Silva, *ob. cit.*, p. 19-20.

(7) O rol de bens cuja afronta é suscetível de deflagrar a indenização por danos extrapatrimoniais, fixado no novo art. 223-C da CLT, é meramente exemplificativo, não afastando, por outro lado, a regência normativa da Constituição da República e do Código Civil sobre o assunto, conforme exposto no Capítulo XIX, item VI (“Reforma Trabalhista: Danos Expatrimoniais nas Relações de Trabalho”) deste Curso. Registre-se, por outro lado, que as indenizações por danos materiais são diretamente reguladas pelo Código Civil Brasileiro. Nesta linha, consultar o item VI do Capítulo XIX, já mencionado.

V. ALTERAÇÕES CONTRATUAIS TRABALHISTAS: SUBJETIVAS E OBJETIVAS

A formação do contrato leva ao estabelecimento de um diversificado número de cláusulas contratuais aplicáveis às partes. É verdade que grande parte dessas cláusulas consiste em mera incorporação de preceitos normativos obrigatórios oriundos da normatividade heterônoma estatal ou autônoma negociada, como característico ao Direito do Trabalho (*conteúdo imperativo mínimo do contrato*). Mas há também, em contrapartida, uma larga dimensão de cláusulas que se estabelecem a partir do simples exercício da vontade privada, em especial do empregador (trata-se de um contrato de adesão, conforme se sabe). Entre estas últimas, citam-se, ilustrativamente, cláusulas referentes à função contratual, à modalidade de pagamento de salários e ao montante salarial (respeitado, neste caso, o mínimo obrigatório), ao montante da jornada (respeitado o parâmetro obrigatório), à distribuição do horário de trabalho, à ambientação de realização dos serviços, e inúmeras outras cláusulas cotidianamente criadas no âmbito empregatício.

Esse conteúdo originalmente formulado ao contrato pode, entretanto, alterar-se ao longo do cumprimento do pacto empregatício. A dinâmica de tais alterações contratuais dá ensejo a uma das dimensões mais importantes — e polêmicas — do cotidiano empregatício; dá origem, correspondentemente, a uma das áreas temáticas mais intrincadas de todo o Direito do Trabalho: a dimensão e área das alterações contratuais trabalhistas.

1. Alterações Contratuais Subjetivas

Os contratos, de maneira geral, podem alterar-se subjetiva ou objetivamente. *Alterações contratuais subjetivas* são aquelas que atingem os sujeitos contratuais, substituindo-os ao longo do desenrolar do contrato. *Alterações contratuais objetivas* são aquelas que atingem as cláusulas do contrato (o conteúdo contratual), alterando tais cláusulas ao longo do desenvolvimento do pacto.

Essa dualidade de alterações (subjetivas e objetivas) também mostra-se presente no contrato de trabalho. Contudo, há importante particularidade no contexto empregatício, relacionada à dimensão subjetiva das alterações contratuais: na verdade, o contrato de trabalho não se sujeita a um grupo diferenciado de alterações subjetivas, mas, essencialmente, *a uma única alteração de seus sujeitos contratuais* — a modificação da figura do empregador.

De fato, as *alterações subjetivas* (atingindo, pois, as partes contratuais) restringem-se, no contrato de trabalho, apenas ao polo passivo da relação de emprego — o empregador —, através da chamada *sucessão trabalhista*.

É que se sabe que, no tocante à figura do empregado, incide a regra da infungibilidade, inviabilizando alteração subjetiva contratual; afinal, o contrato é *intuitu personae* com respeito ao empregado.

Essa particularidade justralhista — reduzindo a alteração subjetiva do contrato apenas à figura empresarial —, associada à circunstância de que o Direito do Trabalho cria regras notavelmente especiais no que concerne à sucessão trabalhista (isto é, à alteração subjetiva do contrato no plano empregatício), tudo leva a que a doutrina separe, claramente, o estudo dos dois tipos de modificações contratuais. Nessa linha, a alteração subjetiva do contrato empregatício tende a ser estudada, minuciosamente, nos manuais universitários justralhistas, no quadro de análise dedicada à figura jurídica do empregador, no tópico da *sucessão trabalhista* — resguardando-se, pois, o temário das chamadas alterações contratuais trabalhistas para o exclusivo estudo das alterações objetivas do contrato. É o que se fez no presente Curso, examinando-se a *alteração subjetiva do contrato de emprego* no *Capítulo XII*, sobre o empregador, em seu item IV, *sucessão de empregadores* — para onde remetemos o leitor.

Não é sem razão que essa mesma particularidade faz com que se identifique também a figura da *sucessão trabalhista* ou *sucessão de empregadores* pela simples expressão singular *alteração subjetiva do contrato de trabalho*.

2. Alterações Contratuais Objetivas

Alterações objetivas, como visto, são aquelas que abrangem *cláusulas contratuais* ou *circunstâncias* envolvidas à efetiva execução do contrato. Afetam, pois, o *conteúdo* do contrato de trabalho.

Serão estas modificações do contrato de trabalho analisadas no restante do presente Capítulo.

VI. ALTERAÇÕES CONTRATUAIS OBJETIVAS: CLASSIFICAÇÃO

As alterações contratuais objetivas são aquelas que atingem o conteúdo do contrato de trabalho. Caracterizam-se por afetar, modificando, cláusulas integrantes desse contrato.

Classificam-se tais alterações objetivas segundo distintos parâmetros de comparação. Os mais significativos parâmetros eleitos pela doutrina são a *origem*, a *obrigatoriedade*, o *objeto* e os *efeitos* das alterações examinadas, possibilitando a construção de distintas tipologias de alterações objetivas do contrato empregatício.

1. Classificação Segundo a Origem

O parâmetro da *origem* da alteração contratual conduz ao encontro de dois tipos centrais de modificações objetivas do contrato: as oriundas de norma jurídica (alterações *normativas*) e as oriundas da vontade unilateral ou bilateral das partes contratuais (alterações *meramente contratuais*).

As primeiras (alterações *normativas*) decorrem de diplomas normativos do Estado (Constituição, leis, medidas provisórias, por exemplo). Neste grupo inclui-se a sentença normativa (alterações normativas heterônomas). Decorrem ainda as alterações normativas de instrumentos normativos coletivamente negociados, como a convenção, o acordo e o contrato coletivos de trabalho (alterações normativas autônomas).

Já as alterações *meramente contratuais* são aquelas que resultam do exercício unilateral da vontade das partes — em geral, exclusivamente do empregador —, como se passa, em regra, com os dispositivos do regulamento empresarial (alterações unilaterais). Também podem resultar da conjugação de ambas vontades contratuais (alterações bilaterais).

2. Classificação Segundo a Obrigatoriedade

O parâmetro da *obrigatoriedade* da alteração contratual conduz ao encontro de dois tipos centrais de modificações objetivas do contrato: as *imperativas* (ou obrigatórias) e as *voluntárias*.

Imperativas (ou obrigatórias) são alterações que se impõem às partes contratuais, independentemente de sua vontade e de as alterações produzirem efeitos favoráveis ou desfavoráveis a qualquer das partes. De maneira geral, são imperativas as alterações decorrentes de norma jurídica — como as derivadas de lei (chamadas também *alterações legais*). Também são imperativas, em geral, as mudanças resultantes de instrumento normativo negocial coletivo ou de instrumento normativo judicial (estas duas últimas chamadas também *alterações normativas*).

Voluntárias são as alterações decorrentes do exercício lícito da vontade pelas partes contratuais, não se impondo necessariamente a ambas. É claro que as alterações unilaterais do contrato incidem impositivamente sobre a vontade da contraparte contratual, uma vez que foram formuladas por um único dos sujeitos do contrato. Neste quadro, sendo o contrato empregatício um pacto de adesão, o habitual é que as alterações contratuais voluntárias unilaterais tenham origem na figura do empregador, impondo-se sobre a parte contratual obreira.

De todo modo, tecnicamente, as alterações voluntárias distinguem-se em alterações bilaterais (provindas da vontade consensual das partes) ou unilaterais (provindas da vontade unilateral de um dos sujeitos do contrato, em geral o empregador).

3. *Classificação Segundo o Objeto*

O parâmetro do *objeto* das alterações contratuais em exame conduz ao encontro de três tipos básicos de modificações do contrato: as qualitativas, as quantitativas e as circunstanciais.

Alterações *qualitativas* são aquelas que dizem respeito à natureza das prestações. São modificações que envolvem, pois, o próprio caráter da prestação ou situação contratual enfocada. Ilustram tal modalidade as alterações que atingem o tipo de trabalho, de função, etc.

Alterações *quantitativas* são aquelas que dizem respeito ao montante das prestações. São modificações que envolvem, pois, a expressão numérica tradutora da extensão da prestação enfocada. Ilustram esta modalidade as alterações que atingem a intensidade do trabalho ou da jornada ou, ainda, o montante do salário, etc.

Alterações *circunstanciais* são aquelas que dizem respeito à situação ambiental ou organizativa referente às prestações contratuais. Ilustram esta modalidade as modificações que atingem o local de trabalho, a forma de contraprestação salarial (salário-utilidade *versus* salário em moeda, por exemplo).

4. *Classificação Segundo os Efeitos*

O parâmetro dos *efeitos* das alterações contratuais em exame conduz ao encontro de dois tipos básicos de modificações do contrato: as favoráveis ao empregado e as desfavoráveis ao empregado.

As alterações *favoráveis*, por traduzirem um patamar de direitos superior ao padrão normativamente fixado, tendem a ser sempre válidas. Apenas não o serão caso agridam a norma proibitiva insuplantável do Estado — ainda que trazendo uma aparente vantagem tópica para o trabalhador isoladamente considerado.

As alterações *desfavoráveis* ao empregado tendem, em geral, a ser tidas como ilícitas (princípio da inalterabilidade contratual lesiva; art. 468, *caput*, CLT). Apenas não o serão quando estiverem autorizadas pela ordem jurídica heterônoma ou autônoma trabalhista. As cinco situações-tipo permissivas do exercício lícito do *jus variandi* pelo empregador, a serem examinadas a seguir, no item VII deste Capítulo, ilustram, de modo significativo, as hipóteses de modificações desfavoráveis válidas existentes no Direito brasileiro.

No tocante às tipologias acima, merece uma análise pormenorizada a classificação construída em torno do *objeto* das alterações perpetradas. Nesta linha, será feito o estudo analítico das alterações qualitativas, quantitativas e circunstanciais do contrato de trabalho, mais à frente, neste Capítulo (itens VIII, IX e X).

VII. ALTERAÇÕES CONTRATUAIS OBJETIVAS: PRINCÍPIOS APLICÁVEIS

A dinâmica das alterações objetivas dos contratos empregatícios submete-se à regência de alguns princípios informativos do Direito do Trabalho.

À medida que cumprem os princípios o central papel de fochos iluminadores à compreensão da ordem jurídica, *comandos jurídicos instigadores*, sua análise propiciará que melhor se compreendam as possibilidades e limites abertos pelo Direito às modificações nas cláusulas integrantes dos contratos de emprego.

1. Princípios Aplicáveis

Três diretrizes justralhistas aplicam-se à dinâmica das alterações objetivas do contrato de trabalho: trata-se do princípio da inalterabilidade contratual lesiva; também o princípio do direito de resistência obreiro (*jus resistentiae*); finalmente, o princípio do *jus variandi* empresarial.

Os três princípios — dotados de aparente assincronia entre si — harmonizam-se para estabelecer parâmetros orientadores do potencial de rigidez e de mutabilidade deferido pela ordem jurídica ao contrato de trabalho.

O primeiro é princípio basilar do ramo laboral especializado, oriundo da velha matriz civilista e adequado às especificidades do Direito do Trabalho, onde adquiriu força e dimensão próprias: o princípio da inalterabilidade contratual lesiva.

O segundo princípio — conexo ao anterior — é o que assegura a prerrogativa de resistência do empregado perante ordens ilícitas ou irregulares do empregador (*jus resistentiae*).

A terceira diretriz, finalmente, é a que informa sobre a prerrogativa (juridicamente limitada, é bem verdade) de adequação e redirecionamento da prestação laboral contratada, que a ordem jurídica assegura ao empregador no transcorrer do contrato, conforme art. 2º, *caput*, da CLT, e art. 1º, IV, *in fine*, da CF/88. Trata-se do *jus variandi* empresarial.

Examine-se, em destaque, cada uma dessas diretrizes convergentes ao tema das modificações objetivas do contrato de trabalho.

A) Princípio da Inalterabilidade Contratual Lesiva — O princípio da *inalterabilidade contratual lesiva* deve ser tratado como diretriz especial do Direito do Trabalho. Contudo, sua origem é claramente exterior ao ramo justralhista, inspirado no princípio geral do Direito Civil da *inalterabilidade dos contratos*. Tanto que normalmente é estudado como exemplo de princípio geral do Direito (ou de seu ramo civilista) aplicável ao segmento juslaboral⁽⁸⁾.

(8) Até mesmo este autor assim o fez, nas duas primeiras edições de sua obra *Introdução ao Direito do Trabalho* (capítulo sobre *princípios*).

O que justifica, então, passar a tratá-lo como princípio especial jus-trabalhista? O fato fundamental de ter sido tão acentuada a adequação e adaptação sofrida pelo princípio geral civilista a partir de seu ingresso no Direito do Trabalho, sofrendo modificações substantivas, que se torna, hoje, após cristalizadas tais mudanças, mais correto (e mais conveniente) enfatizar-se a especificidade trabalhista do que a própria matriz primitiva do princípio.

De fato, um dos mais importantes princípios gerais do Direito que foi importado pelo ramo jus-trabalhista é o da *inalterabilidade dos contratos*, que se expressa, no estuário civilista originário, pelo conhecido aforismo *pacta sunt servanda* (“os pactos devem ser cumpridos”). Informa tal princípio, em sua matriz civilista, que as convenções firmadas pelas partes não podem ser unilateralmente modificadas no curso do prazo de sua vigência, impondo-se ao cumprimento fiel pelos pactuantes.

Sabe-se, porém, que esse princípio jurídico geral (*pacta sunt servanda*) já sofreu claras atenuações no próprio âmbito do Direito Civil, através da fórmula *rebus sic stantibus*. Por essa fórmula atenuadora, a inalterabilidade unilateral deixou de ser absoluta, podendo ser suplantada por uma compatível retificação das cláusulas do contrato ao longo de seu andamento. Essa possibilidade retificadora surgiria caso fosse evidenciado que as condições objetivas despontadas durante o prazo contratual — condições criadas sem o concurso das partes — provocaram grave desequilíbrio contratual, inexistente e impensável no instante de formulação do contrato e fixação dos respectivos direitos e obrigações. Tais circunstâncias novas e involuntárias propiciariam à parte prejudicada, desse modo, a lícita pretensão de modificação do contrato.

O princípio geral da inalterabilidade dos contratos sofreu forte e complexa adequação ao ingressar no Direito do Trabalho — tanto que passou a se melhor enunciar, aqui, através de uma diretriz específica, a da *inalterabilidade contratual lesiva*.

Em primeiro lugar, a noção *genérica* de inalterabilidade perde-se no ramo jus-trabalhista. É que o Direito do Trabalho não contingencia — ao contrário, incentiva — as alterações contratuais *favoráveis* ao empregado; estas tendem a ser naturalmente permitidas (art. 468, *caput*, c./c. art. 444, *caput*, CLT).

Em segundo lugar, a noção de inalterabilidade torna-se sumamente rigorosa caso contraposta a alterações *desfavoráveis* ao trabalhador — que tendem a ser vedadas pela normatividade jus-trabalhista (arts. 444, *caput*, e 468, *caput*, CLT).

Em terceiro lugar, a atenuação civilista da fórmula *rebus sic stantibus* (atenuação muito importante no Direito Civil) *tende a ser genericamente rejeitada pelo Direito do Trabalho*.

É que este ramo jurídico especializado coloca sob ônus do empregador os riscos do empreendimento (art. 2º, *caput*, CLT), independentemente

do insucesso que possa se abater sobre este. As obrigações trabalhistas empresariais preservam-se intocadas ainda que a atividade econômica tenha sofrido revezes efetivos em virtude de fatos externos à atuação do empregador. Fatores relevantes como a crise econômica geral ou a crise específica de certo segmento, mudanças drásticas na política industrial do Estado ou em sua política cambial — que são fatores que, obviamente, afetam a atividade da empresa — não são acolhidos como excludentes ou atenuantes da responsabilidade trabalhista do empregador. A esse propósito, aliás, a jurisprudência tem reiteradamente esclarecido que no conceito de riscos assumidos pelo empregador inscreve-se, sim, a profusão legislativa que sempre caracterizou a tradição jurídica e administrativa brasileira, com as modificações econômicas e monetárias daí advindas (“Plano Bresser”, “Plano Verão”, “Plano Collor”, “Plano Real”, etc.). Portanto, prejuízos derivados de tais planos econômicos oficiais não eliminam ou restringem a responsabilidade do empregador por suas obrigações laborativas.

Não obstante o critério geral do art. 2º da CLT e a interpretação jurisprudencial referida (em favor da assunção empresarial dos riscos econômicos), é inquestionável que a legislação trabalhista tendeu, em certo momento histórico, a incorporar certos aspectos da fórmula *rebus sic stantibus*, reduzindo, assim, os riscos trabalhistas do empregador.

De fato, o art. 503 da CLT autorizava a “redução geral dos salários dos empregados da empresa” em casos de “prejuízos devidamente comprovados”. A Lei n. 4.923, de 1965, por sua vez — não por coincidência, oriunda de período autocrático da vida política e jurídica do país —, também veio permitir a redução salarial obreira em situações objetivas adversas do mercado para o empregador, deferindo, inclusive, a este meios judiciais para alcance de sua pretensão reducionista. A Constituição de 1988, entretanto, ao fixar a regra geral da “irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo” (art. 7º, VI, CF/88), derogou tais normas permissivas (fenômeno da *não recepção*), condicionando quaisquer condutas de redução salarial à negociação coletiva sindical (arts. 7º, VI, e 8º, VI, CF/88).

Recente diploma normativo despontou nessa área temática: a MPr. n. 680, de 6.7.15, convertida na Lei n. 13.189, de 19.11.2015. Pelos novos diplomas jurídicos, foi permitido a empresas em situação de dificuldade econômico-financeira, nas condições e forma estabelecidas em ato do Poder Executivo federal, aderirem ao *Programa de Proteção ao Emprego*, de modo a reduzirem, temporariamente, em até trinta por cento, a jornada de trabalho de seus empregados, com a redução proporcional dos salários, desde que autorizada esta redução por acordo coletivo de trabalho específico celebrado “com o sindicato de trabalhadores representativo da categoria da atividade econômica preponderante” (art. 3º, *caput* e § 1º, MPr. n. 680/2015; art. 5º e §§, Lei n. 13.189/2015). Trata-se de hipótese de alteração contratual lesiva,

mas autorizada por negociação coletiva trabalhista, situada em contexto de dificuldade econômico-financeira da empresa empregadora e restrita à duração realmente provisória.⁽⁹⁾

No final de 2016, essa sistemática legal foi prorrogada até 31.12.2018 (MPr. n. 761, de 22.12.16), sofrendo significativas novas modificações, passando a se denominar *Programa Seguro-Emprego*. Pela MPr. n. 761 (Diário Oficial de 23.12.2016), a adesão ao PSE “pode ser feita junto ao Ministério do Trabalho”, até 31.12.2017, “observado o prazo máximo de permanência de 24 meses, na forma definida em regulamento, respeitada a data de extinção do Programa” (novo art. 2º, § 1º, Lei n. 13.189/2015; esta extinção está prevista para 31.12.2018: art. 11). A adesão ao PSE e consequente redução da jornada e do salário, em até 30%, deverão ter duração de até seis meses, prorrogáveis por períodos de seis meses, desde que o período total não ultrapasse 24 meses, tudo conforme ACT firmado entre a empresa aderente e o sindicato profissional envolvido (art. 5º, § 1º, IV, e § 2º, Lei n. 13.189/15, com mudanças promovidas pela MPr. n. 761/2016). Pela nova regulação, os empregados de empresas aderentes ao PSE e que tenham seu salário reduzido, receberão compensação pecuniária equivalente a 50% do valor da redução salarial, limitada a 65% do valor máximo da parcela do seguro-desemprego, “enquanto perdurar o período de redução temporária da jornada de trabalho” (novo art. 4º da Lei n. 13.189/15, conforme MPr. n. 761/16). Completa a nova regulação do PSE que se torna vedado à empresa aderente ao Programa, “dispensar arbitrariamente ou sem justa causa os empregados que tiverem sua jornada de trabalho temporariamente reduzida enquanto vigorar a adesão ao PSE e, após o seu término, durante o prazo equivalente a um terço do período de adesão” (novo inciso I do art. 6º da Lei n. 13.189/15, conforme MPr. n. 761/2016).

A Medida Provisória n. 761/2016 foi convertida na Lei n. 13.456, de 26.6.2017, que manteve, na essência, os parâmetros fixados na respectiva MPr. n. 761.

Não obstante essas ressalvas (que, de todo modo, enfatizam a necessidade de documento coletivo negociado autorizador), fica bastante claro que, hoje, em vista dessas três importantes especificidades, pode-se falar na existência de um efetivo *princípio especial trabalhista, o da inalterabilidade contratual lesiva*.

Ressalte-se, a propósito, não ser *absoluta*, é claro, a vedação às alterações lesivas do contrato de trabalho. Afora as situações inerentes ao chamado *jus*

(9) No texto primitivo do § 3º do art. 3º da MPr. n. 680/2015 estava previsto que a “... redução temporária da jornada de trabalho poderá ter duração de até seis meses e poderá ser prorrogada, desde que o período total não ultrapasse doze meses”. Entretanto a Lei n. 13.189/2015, em seu art. 5º, § 1º, IV, dilatou esse prazo, ao ser referir à possibilidade de prorrogação de períodos sucessivos de seis meses de redução, “desde que o período total não ultrapasse vinte e quatro meses” — critério de prorrogação e duração que foi mantido pela MPr. n. 761/2016.

variandi ordinário empresarial (que, segundo a doutrina, englobariam mudanças de menor importância, não chegando a atingir efetivas cláusulas do pacto entre as partes)⁽¹⁰⁾, haveria certo leque de modificações lesivas autorizadas implícita ou explicitamente por lei (como a reversão: anterior parágrafo único do art. 468 da CLT; novos §§ 1º e 2º do art. 468 da CLT) ou franqueadas pela ordem jurídica à própria norma coletiva negociada (art. 7º, VI, CF/88)⁽¹¹⁾.

É bem verdade que a Lei da Reforma Trabalhista (Lei n. 13.467/17, vigente desde 11.11.2017), alargou as possibilidades de implementação de modificações contratuais lesivas no plano das relações trabalhistas, na medida em que acentuou o poder unilateral do empregador no âmbito empregatício e atenuou a imperatividade de certas normas do Direito Individual do Trabalho. Por exemplo, criou a anômala hipótese de alteração contratual lesiva para os empregados portadores de diploma de nível superior e que percebam salário igual ou maior do que o teto previdenciário do INSS (novo parágrafo único do art. 444 da CLT). Embora a inconstitucionalidade desse e outros dispositivos impostos pela nova legislação se mostre clara, por eles agredirem a matriz principiológica da Constituição da República e, em certa medida, o próprio conceito constitucional de Estado Democrático de Direito, o fato é que colocam novos e importantes obstáculos para o princípio justrabalhista especial ora examinado.⁽¹²⁾

B) Princípio do Direito de Resistência Obreiro — O princípio do *jus resistentiae* obreiro informa a prerrogativa de o empregado opor-se, validamente, a determinações *ilícitas* oriundas do empregador no contexto da prestação laborativa. É princípio específico ao contrato de trabalho, “derivando diretamente do uso irregular do poder diretivo patronal”⁽¹³⁾.

Em ordens jurídicas, como a brasileira, em que o empregado não tem assegurada garantia geral de emprego (há apenas garantias especiais, como a do dirigente sindical, da gestante, etc.),⁽¹⁴⁾ o *jus resistentiae* torna-se,

(10) A diferenciação entre *jus variandi* ordinário e extraordinário está em VIANA, Márcio Túlio. *Direito de Resistência*. São Paulo: LTr, 1996, p. 226-7 e 247-9. Evidentemente que ela será também examinada logo a seguir, ainda neste item VII do presente Capítulo.

(11) O subitem 3 deste item VII, logo a seguir, sintetizará os critérios autorizativos de modificações do contrato de trabalho.

(12) As mudanças provocadas pela reforma trabalhista de 2017 estão sendo examinadas neste e nos demais capítulos do presente Curso, à medida que os temas se apresentem. Para uma análise sistêmica do conjunto dessa reforma legislativa, porém, consultar o seguinte livro: DELGADO, M. G.; DELGADO, G. N. *A Reforma Trabalhista no Brasil* — com os comentários à Lei n. 13.467/2017. 2. ed. São Paulo: LTr, 2018 (nessa edição de 2018 examinam-se também os preceitos da MPr. n. 808, que vigorou por curtíssimo período, entre 14.11.2017 e 23.04.2018).

(13) VIANA, Márcio Túlio. *Direito de Resistência*. São Paulo: LTr, 1996, p. 421.

(14) O art. 7º, I, da Constituição, que menciona essa garantia geral, tem sido interpretado pela jurisprudência do País (inclusive STF) como *norma não autoexecutável*, inábil, portanto, a produzir eficácia imediata enquanto não surgir a *lei complementar* referida no mesmo dispositivo constitucional. A respeito do curto período de vigência e eficácia jurídicas da

na prática, mitigado, uma vez que o risco do rompimento do contrato pelo empregador inibe eventual posição defensiva do empregado em face de determinações abusivas recebidas.

De todo modo, ainda assim o princípio desponta como um segundo fator — ao lado da diretriz de inalterabilidade contratual lesiva — a privilegiar a perspectiva protetiva dos interesses obreiros na dinâmica das alterações contratuais objetivas no Direito do Trabalho.

C) Diretriz do *Jus Variandi* Empresarial — A diretriz do *jus variandi* informa o conjunto de prerrogativas empresariais de, *ordinariamente*, ajustar, adequar e até mesmo alterar as circunstâncias e critérios de prestação laborativa pelo obreiro, desde que sem afronta à ordem normativa ou contratual, ou, *extraordinariamente*, em face de permissão normativa, modificar cláusula do próprio contrato de trabalho.

O *jus variandi* é corolário do poder diretivo, concentrado no empregador no contexto da relação de emprego, configurando-se, ao mesmo tempo, como concretização desse poder diretivo (*caput* do art. 2º da CLT: o empregador *dirige* a prestação de serviços).

Classifica-se o *jus variandi* em ordinário e extraordinário, conforme o objeto de sua atuação⁽¹⁵⁾.

O *jus variandi ordinário* concerne à alteração unilateral de aspectos da prestação laborativa não regulados quer por norma jurídica heterônoma ou autônoma, quer pelas cláusulas do respectivo contrato de trabalho. Traduz a dimensão mais comum e diversificada do *jus variandi* empresarial, tendo como “campo próprio, específico ... exatamente o da prestação de serviços”⁽¹⁶⁾. Essencialmente, é “instrumento de modulação da prestação de serviços”⁽¹⁷⁾, atuando em campo e matérias não previamente reguladas pelo contrato ou por norma jurídica⁽¹⁸⁾. A esse respeito, assim bem explana o jurista *Márcio Túlio Viana*:

Convenção n. 158 da OIT, na década de 1990, que estipulava restrições à dispensa meramente arbitrária na ordem jurídica brasileira, consultar, neste Curso, no Capítulo XXVIII, o item III.4.A, sob o título “4. Motivação da Dispensa pelo Empregador – A) Convenção 158 da OIT”.

(15) A distinção foi feita com maestria por VIANA, Márcio Túlio. *Direito de Resistência*. São Paulo: LTr, 1996, p. 226-227 e 247-249. Ver também anterior referência a essa distinção pelo mesmo autor em seu artigo “Fundamentos e Tendências do *Jus Variandi*”, *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, ano 26, v. 47/50, TRT-MG, Belo Horizonte, p. 41-49. A doutrina, porém, normalmente distingue entre o *jus variandi normal* e o *excepcional*. A respeito consultar GONÇALVES, Simone Cruxên. *Limites do Jus Variandi do Empregador*. São Paulo: LTr, 1997, p. 60-62.

(16) VIANA, Márcio Túlio. *Direito de Resistência*, cit., p. 219.

(17) VIANA, Márcio Túlio. *Direito de Resistência*, cit., p. 217.

(18) VIANA, Márcio Túlio. *Direito de Resistência*, cit., p. 214-215.

“Campo do *jus variandi* é o espaço em branco entre as cláusulas, onde nada se previu especificamente. Ali o empregador se movimenta, preenchendo os vazios de acordo com a sua própria vontade.(...). E por ser assim, talvez se possa dizer — por paradoxal que pareça — que a originalidade do contrato de trabalho está um pouco ‘fora’ dele, no poder de se exigir o que não se ajustou. (...) Entenda-se: como ocorre com o poder diretivo em geral, o *jus variandi* tem fonte no contrato: é *contratado*. Mas se realiza através da vontade de um só, exatamente por se situar num campo em que a outra vontade não se expressou de antemão”⁽¹⁹⁾.

Pelo *jus variandi* ordinário, de maneira geral, ajustam-se, modulam-se ou se alteram aspectos não essenciais da relação entre as partes⁽²⁰⁾. Contudo, tais aspectos seguramente têm importância instrumental à dinâmica e evolução empresariais⁽²¹⁾.

O *jus variandi extraordinário*, por sua vez, concerne à alteração unilateral de cláusulas do contrato de trabalho, provisoriamente ou não, em situações genérica ou especificamente autorizadas pela ordem jurídica heterônoma ou autônoma trabalhista. Traduz dimensão excepcional e pouco diversificada do *jus variandi* do empregador atingindo de modo permanente ou provisório o contrato de trabalho ajustado. Atua, portanto, em campo e matérias previamente reguladas pelo contrato ou por norma jurídica.

Como se percebe, o princípio do *jus variandi* empresarial também desponta como fator atuante no contexto das alterações objetivas do contrato de trabalho — embora com sentido inverso aos dois princípios precedentes (que visam à tutela de interesses obreiros na relação de emprego). Aqui o enfoque favorece a perspectiva empresarial no comando da relação laborativa e contratual.

Conforme já adiantado, a Lei da Reforma Trabalhista alargou os poderes empresariais já significativamente extensos no contrato de adesão empregatício, ampliando o espaço para a atuação do *jus variandi* empresarial.

(19) VIANA, Márcio Túlio. Fundamentos e Tendências do *Jus Variandi*. Belo Horizonte: TRT-MG, *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, ano 26, v. 47/50, 1988 a jun. de 1991, p. 42. Grifos no original.

(20) “El ejercicio recae siempre sobre aspectos secundarios o accidentales de la relación” (POSE, Carlos. *Manual Práctico del Jus Variandi*. Buenos Aires: David Grinberg Libros Jurídicos, 1995, p. 15). Ou ainda GONÇALVES, Simone Cruxên: “As variações impostas pelo empregador não podem atingir as cláusulas legais ou contratuais (individual ou coletiva) que regem o pacto laboral, apenas os aspectos superficiais que o envolvem. Tais aspectos podem referir-se a tempo, modo e lugar da prestação de serviço” (in “Limites do *Jus Variandi* do Empregador”. São Paulo: LTr, 1997, p. 49-50; observação em parênteses no original).

(21) O *jus variandi* deve ser utilizado “na medida das necessidades da empresa”, sendo inválido seu uso “arbitrário, caprichoso, imotivado, discriminatório ou persecutório” (VIANA, Márcio Túlio. *Direito de Resistência*, cit., p. 226 e 223, respectivamente).

Grande parte das vezes, porém, astutamente, o fez mediante novas permissões legais para a “livre estipulação” contratual, sem tomar em conta estar-se diante de um dos mais acentuados contratos de adesão existentes na sociedade e economia capitalistas (nesta linha, o disposto no novo parágrafo único do art. 444 da CLT).

2. Princípios Informativos: contradição aparente e compatibilização

A identificação desses três princípios traz consigo um evidente problema: é que parece clara a ocorrência de certo paradoxo — ou, pelo menos, certa tensão — entre o princípio da inalterabilidade contratual lesiva ao trabalhador (com o princípio informador do *jus resistentiae* obreiro) e a garantia jurídica do *jus variandi* ao empresário (em especial o *jus variandi* denominado *extraordinário*).

Inquestionavelmente, enquanto os dois primeiros princípios apontam na direção da inviabilidade de alterações contratuais lesivas ao empregado, a terceira diretriz indica a possibilidade de ocorrência de algumas variações contratuais desfavoráveis, a serem validamente implementadas pelo empregador.

Como enfrentar-se essa aparente assincronia de princípios?

O Direito, como se sabe, afirma-se como um todo lógico, um conjunto sistemático e coordenado de institutos, princípios e normas; a ideia de incoerência interna entre seus componentes é inassimilável à própria noção do Direito. Por essa razão, cabe ao estudioso do fenômeno jurídico encontrar a fórmula hábil a compatibilizar tais princípios aparentemente inconciliáveis que se projetam sobre a dinâmica das alterações objetivas do contrato de trabalho.

Essa compatibilização constrói-se de acordo com a seguinte fórmula compreensiva da ordem jurídica: *prevalece, na qualidade de princípio motor e norma geral, a regra da inviabilidade de alterações contratuais lesivas ao empregado, socorrida tal regra pelo direito de resistência obreiro às modificações ilícitas do contrato empregatício.*

O exercício do *jus variandi* empresarial, desse modo, despontará válido apenas à medida que se mantiver nas fronteiras do *jus variandi ordinário*, corretamente exercido (isto é, não atingindo cláusulas contratuais e nem desrespeitando normas jurídicas). Também, à medida que, no exercício do *jus variandi extraordinário*, essa prerrogativa empresarial implementar modificações contratuais eventualmente desfavoráveis ao obreiro *nos precisos e restritos limites da autorização direta ou indireta contida na ordem jurídica trabalhista.*

A fórmula de compatibilização aqui enunciada prevê, topicamente, cinco situações-tipo de autorização normativa ao exercício do *jus variandi*. Trata-se, em suma, dos critérios autorizativos do *jus variandi empresarial* no Direito brasileiro.

3. Critérios Autorizativos do Jus Variandi Empresarial

A primeira situação-tipo concerne à autorização conferida, explícita ou implicitamente, pela ordem jurídica heterônoma estatal à implementação, pelo empregador, de modificações no modo e circunstâncias da prestação laborativa que não estejam *inseridas no contrato* nem sejam *regidas por regra jurídica*. Trata-se, como já visto, das alterações decorrentes do chamado *jus variandi ordinário*.

Neste grupo, portanto, não se encontram efetivas modificações, permanentes ou transitórias, em *cláusulas* do contrato de trabalho. Em princípio, não comportariam, pois, efetivas alterações objetivas do contrato de trabalho.

A segunda situação-tipo concerne à autorização conferida pela ordem jurídica à implementação, pelo empregador, de modificações em *cláusulas contratuais trabalhistas*, mas desde que elevando as condições de pactuação da força laborativa obreira. Trata-se, portanto, de alterações contratuais *favoráveis* — que não são, obviamente, vedadas pelo Direito do Trabalho (reajuste espontâneo de salário; redução de jornada sem redução salarial, etc.).

As demais situações-tipo englobam alterações *contratuais* que podem, diretamente ou indiretamente, provocar prejuízos ao trabalhador (embora, obviamente, nem sempre). Englobam, desse modo, alterações desfavoráveis, que rompem com a diretriz geral de vedação às modificações lesivas ao obreiro.

Nesse quadro, a terceira situação-tipo concerne à autorização conferida, explícita ou implicitamente, pela ordem jurídica heterônoma estatal à implementação, pelo empregador, de modificações *transitórias* em cláusulas do contrato de trabalho, para enfrentamento de necessidades empresariais surgidas em decorrência de *causas excepcionais ocorridas independentemente da estrita vontade empresarial*. É o que se passa, por exemplo, com alterações unilaterais do contrato, implementadas a título inequivocamente excepcional, em situações de emergência, resguardado sempre o caráter fugaz, transitório, da modificação, em contextos evidenciadores de que a recusa do empregado em acatar a ordem lançada implicaria absoluta falta de colaboração. Em tais situações, o princípio da *lealdade contratual* e o *dever de colaboração* no âmbito da prestação de serviços dariam suporte jurídico ao exercício do *jus variandi*⁽²²⁾. Obviamente que se está referindo a alteração contratual excepcional e provisória que não afete fundamentalmente a índole da prestação pactuada e que não provoque redução salarial, evidentemente. Registre-se que, embora este grupo envolva situações em geral *implicitamente*

(22) *Colaboração e lealdade* à empresa são dois importantes deveres obreiros que a doutrina entende resultar do contrato de emprego. Simone Cruxên Gonçalves, por exemplo, cita quatro deveres: obediência, fidelidade, colaboração e diligência. In: ob. cit., p. 42-45.

autorizadas por lei, há nele também algumas situações permitidas de modo explícito pela ordem jurídica. Ilustrativamente, é o que se verifica com a hipótese normativa do art. 61, § 1º, da CLT (que trata da determinação de sobrejornada por motivo de força maior ou para consecução de serviços inadiáveis ou cuja inexecução possa acarretar manifesto prejuízo).

A quarta situação-tipo concerne à autorização conferida, explícita ou implicitamente, pela ordem jurídica à implementação, pelo empregador, de modificações em cláusulas contratuais, de modo permanente ou transitório, para enfrentamento de necessidades próprias à dinâmica e rotinas empresariais, como exercício do chamado *jus variandi* extraordinário. Neste grupo encontram-se alterações contratuais claramente lesivas ao obreiro — mas autorizadas por lei. A CLT apresenta diversas dessas situações-tipo: parágrafo único do art. 468, que trata da reversão (desde Lei n. 13.467/2017, §§ 1º e 2º do art. 468 da CLT); art. 461, § 4º (que trata da alteração funcional de trabalhador, em face de deficiência física ou mental, em contexto de programa previdenciário para a recuperação do obreiro); art. 469, § 3º (que trata da alteração de local de trabalho); art. 450 (que trata da determinação para ocupação interina, pelo obreiro, de cargo de comissão ou da substituição provisória de colega). Na mesma linha, a Lei n. 3.207/57, que autoriza a *transferência* da zona de trabalho do empregado vendedor (art. 2º, § 2º da Lei n. 3.207/57 — este diploma censura, porém, a *redução* da zona de trabalho do vendedor viajante ou praticista, desde que importe em redução de salário: § 1º do mesmo art. 2º da Lei n. 3.207/57).

No presente grupo encontram-se também alterações contratuais inferidas da ordem jurídica heterônoma estatal pela prática jurisprudencial do País. Algumas súmulas do Tribunal Superior do Trabalho são claramente sugestivas de tais alterações. Ilustrativamente, a de n. 265 (que trata da supressão do adicional noturno habitual, havendo troca de horário de trabalho); também a de n. 291 (que trata da supressão das horas extras e adicional habituais, caso suprimida, na prática, a sobrejornada); finalmente, a de n. 248 (que trata da supressão do adicional de insalubridade ou de periculosidade habituais, caso afastadas as circunstâncias insalubres ou perigosas).

A quinta situação-tipo concerne à autorização conferida pela negociação coletiva trabalhista (convenção coletiva ou acordo coletivo do trabalho) à implementação, pelo empregador, de modificações em cláusulas contratuais, de modo permanente ou transitório.

A Constituição de 1988 reporta-se a tais situações em seu art. 7º, incisos VI (redução de salário), XIII (jornada de trabalho e compensação) e XIV (jornada em turnos ininterruptos de revezamento). É claro que aqui a autorização provinda da norma coletivamente negociada não é absoluta, nem

pode ser tão abrangente a ponto de permitir o descumprimento do conteúdo legal mínimo imperativo do contrato de trabalho — conforme esclarecido pelo *princípio da adequação setorial negociada*⁽²³⁾.

Excluídas, desse modo, essas cinco situações-tipo permissivas do exercício lícito do *jus variandi* pelo empregador (ordinário ou extraordinário), a regra da vedação a alterações contratuais lesivas ao obreiro prevalece sobre o *jus variandi* empresarial.

VIII. ALTERAÇÕES OBJETIVAS DO TIPO QUALITATIVO

1. Conceituação

Definem-se como qualitativas as alterações no objeto do contrato de trabalho que atingem a natureza das prestações pactuadas, isto é, a estrutura constitutiva dessas prestações.

À medida que a prestação central do obreiro é a concretização do trabalho — prestação laborativa —, tais alterações tendem a se concentrar na modificação do trabalho contratado, compreendendo, desse modo, o tipo de trabalho, o tipo de função, etc.

A principal alteração qualitativa que se apresenta no cotidiano trabalhista é a alteração de função.

2. Alteração de Função

A alteração funcional é a mais importante e recorrente alteração qualitativa apreendida pelo Direito do Trabalho. Seu estudo circunstanciado conduz à análise de sua conceituação e distinções, o exame das regras a ela aplicáveis, além da identificação das diversas situações de alteração funcional propiciadas pelo cotidiano trabalhista.

A) Conceito e Distinções — *Função* é o conjunto sistemático de atividades, atribuições e poderes laborativos, integrados entre si, formando um todo unitário no contexto da divisão do trabalho estruturada no estabelecimento ou na empresa.

É essencial distinguir-se, conceitualmente, entre *função* e *tarefa*.

(23) A respeito de tal princípio, consultar o Capítulo V da obra deste autor, *Introdução ao Direito do Trabalho*, 3. ed. São Paulo: LTr, 2001. Neste Curso, consultar o Capítulo XXXVI (“Negociação Coletiva Trabalhista”), em seu item VII (“Negociação Coletiva — Possibilidades e Limites”), onde se enfrenta, inclusive, os desafios trazidos pela Lei da Reforma Trabalhista com respeito a esse princípio do Direito Coletivo do Trabalho.

A *tarifa* consiste em uma atividade laborativa específica, estrita e delimitada, existente na divisão do trabalho estruturada no estabelecimento ou na empresa. É uma atribuição ou ato singular no contexto da prestação laboral.

A reunião coordenada e integrada de um conjunto de tarefas dá origem a uma função. Neste quadro, *função* corresponde a um conjunto coordenado e integrado de tarefas, formando um todo unitário. É, pois, um conjunto sistemático e unitário de tarefas — um feixe unitário de tarefas. Analiticamente, é a função *um conjunto de tarefas que se reúnem em um todo unitário, de modo a situar o trabalhador em um posicionamento específico no universo da divisão do trabalho da empresa*.

É possível, teoricamente, que uma função englobe, é claro, uma única tarefa. Tal situação é pouco comum, entretanto. Em geral, a função engloba um conjunto de tarefas, isto é, de atribuições, poderes e atos materiais concretos. Por outro lado, uma mesma tarefa pode comparecer à composição de mais de uma função, sem que com isso venha necessariamente a comprometer a identidade própria e distintiva de cada uma das funções comparadas (a tarefa de tirar fotocópias, por exemplo, pode estar presente em distintas funções laborativas).

Note-se, ainda, um aspecto de grande relevância: a função pode envolver também *poderes*, isto é, conjunto de prerrogativas laborais derivadas do contrato ou da estrutura organizativa do estabelecimento ou da empresa. Assim, no conceito de tarefa poder-se-ia englobar também a noção de poderes (ilustrativamente, tarefa como específico poder, atribuição ou ato material concreto). Entretanto, caso se considere que a ideia de tarefa restringe-se a atos materiais concretos (como parece mais adequado), é preciso ficar bem claro que também os *poderes* são componentes importantes da ideia de *função*. Nesse quadro, *função consistiria no conjunto de poderes (se houver) e tarefas deferidos ao obreiro no contexto da divisão do trabalho interna à empresa ou estabelecimento*.

Por tal razão não seriam idênticas, nem sequer equivalentes, duas funções comparadas que se caracterizassem pelo exercício das mesmas tarefas, embora com distintos poderes entre os obreiros contrapostos (por exemplo, um com atribuição e prerrogativa laborais de avaliar, aprovando ou não o trabalho do outro; ou, ainda: um com atribuição e prerrogativa laborais de dar ordens sobre o trabalho executado, embora também o próprio chefe faça o referido trabalho).

Tais diferenciações são, efetivamente, essenciais ao estudo das alterações qualitativas do contrato empregatício. De fato, o simples exercício de *algumas* tarefas componentes de uma outra função não traduz, automaticamente, a ocorrência de uma efetiva alteração funcional no tocante ao

empregado. *É preciso que haja uma concentração significativa do conjunto de tarefas integrantes da enfocada função para que se configure a alteração funcional objetivada.*

B) Regras Aplicáveis — A aferição de uma alteração funcional ocorrida com o obreiro passa pela prévia definição de sua função laborativa no estabelecimento ou na empresa. Somente após efetivamente esclarecida a função contratual do empregado é que se pode avaliar sobre a ocorrência de real modificação na correspondente cláusula do contrato de trabalho.

A definição da função obreira na empresa passa pela observância de três regras básicas, a seguir enunciadas. Registre-se, já de antemão, que não se trata, necessariamente, de regras cumulativas (todas se aplicando ao mesmo tempo sobre o mesmo caso concreto). De maneira geral, elas atuam como regras essencialmente alternativas ou, pelo menos, sucessivas, isto é, incidindo uma caso a anterior não tenha sido satisfatoriamente observada no caso concreto.

A primeira de tais regras é a que informa ser *o contrato o instrumento que traça a configuração funcional do empregado na empresa*. Pelo contrato (expresso ou tácito, esclareça-se: *caput* do art. 442, CLT) é que se determina o tipo de trabalho, de função a ser exercida pelo obreiro contratado. Isso significa que a estipulação contratual acerca da função (se verdadeira, é claro) pode, sim, prevalecer sobre a qualificação profissional principal do trabalhador. Inúmeros exemplos retirados do cotidiano trabalhista demonstram a prevalência dessa regra geral: engenheiro contratado como operador de bolsa de valores; economista contratado como vendedor viajante; advogado contratado como gerente bancário, etc. Em todas estas situações figuradas, a função contratual dos obreiros será aquela fixada no contrato e não aquela inerente à sua formação profissional universitária (art. 442, *caput*, combinado com art. 456, *caput*, CLT).

A segunda de tais regras informa, por outro lado, que a prática contratual cotidiana, com a real função exercida pelo obreiro, prevalece, contudo, sobre possível rótulo apostado no respectivo cargo ou possível função originalmente contratada. Ilustrativamente, figure-se a situação envolvente a falsos “diretores” e “gerentes” (que, na verdade, exerçam função inteiramente controlada, ao contrário do previsto no art. 62, CLT, por exemplo); figure-se, também, noutro polo, a situação envolvente a obreiro contratado originalmente como *office-boy* e, em seguida, deslocado para a função de digitador.

Esse domínio da prática laborativa cotidiana sobre o envoltório formal conferido à relação jurídica é o que estabelece, a propósito, a teoria do *contrato realidade*. Desse modo, a prática cotidiana do contrato pode, inclusive, alterar, tacitamente (art. 442, *caput*, CLT), função contratual originalmente pactuada.

A terceira de tais regras informa, finalmente, que à falta de prova sobre a função exercida (ou pactuada) e inexistindo cláusula contratual

expressa a esse respeito, “...entender-se-á que o empregado se obrigou a todo e qualquer serviço compatível com a sua condição pessoal” (parágrafo único do art. 456, CLT). Na interpretação desta última regra, a doutrina e a jurisprudência têm compreendido que a lei pretende valorar a *qualificação profissional* do obreiro quando menciona sua “condição pessoal”.

Traduz o dispositivo que, inexistindo evidência clara sobre a função contratual pactuada, admitir-se-á como prevalecente função compatível com a qualificação profissional do obreiro (obviamente, desde que ajustada às circunstâncias e cláusulas que se considerem inerentes ao contrato). Está-se diante, aliás, de um dos raros exemplos de norma estatal *dispositiva* no Direito do Trabalho pátrio.

Compatibilização Normativa — As três regras acima especificadas atuam, como exposto, de modo essencialmente alternativo ou, pelo menos, sucessivo, incidindo uma apenas se a anterior não tiver sido satisfatoriamente observada no caso concreto. Não são, portanto, regras que incidem cumulativamente sobre o caso concreto.

Na verdade, a análise da compatibilização entre essas três regras demonstra que há, de fato, até mesmo certa hierarquia entre elas. Desse modo, em primeiro lugar, é necessário atentar-se às cláusulas contratuais estabelecidas (ou à *intenção* do conjunto contratual firmado: art. 85, CCB/1916; art. 112, CCB/2002), inferindo-se qual a efetiva função a que se obrigou o obreiro. Esta seria, pois, a regra primeira para exame da situação concreta. Assim, um trabalhador que tenha assinado contrato referindo-se à função de “*serviços gerais*” não pode, posteriormente, julgar que lhe estão sendo deferidas tarefas pouco compatíveis com sua qualificação profissional mais elevada.

Em segundo lugar, há que se pesquisar o real exercício funcional obreiro, verificando-se se ele traduz real cumprimento da cláusula original fixadora da função contratada (ou se, em vez disso, houve alteração efetiva da função original). Esta seria, pois, a segunda regra para subsidiar o exame da situação concreta. Assim, concluindo-se pela compatibilidade entre o ajuste contratual de origem e a prática cotidiana do contrato (ou concluindo-se que a prática laborativa alterou a formulação contratual de origem), encerra-se com sucesso a pesquisa acerca da função contratual do empregado.

Em terceiro lugar — e apenas se frustrados os dois procedimentos investigatórios anteriores —, é que desponta a regra supletiva (uma das raras no Direito do Trabalho) do parágrafo único do art. 456 da CLT. Está-se diante, pois, da terceira regra para informar o exame da situação concreta. Neste caso, à falta de outros elementos preponderantes, o operador jurídico deverá deduzir que as partes pactuaram o exercício, pelo empregado, de função compatível com sua qualificação profissional.

C) Alterações Funcionais Favoráveis e Desfavoráveis — As alterações funcionais podem ser, como visto, favoráveis ou desfavoráveis ao empregado.

As *alterações funcionais favoráveis* são lícitas, obviamente. Em geral resultam de ato espontâneo do empregador (ou ato bilateral das partes), implicando a observância das pertinentes repercussões no restante do contrato, se for o caso.

Há possibilidade, contudo, de alterações favoráveis resultantes de preceito externo à empresa (caso de alterações normativas, por exemplo). Se reconhecidas e implementadas pelo empregador, ensejarão, ainda no curso da relação empregatícia, as repercussões contratuais consequentes (em salários, jornada, etc.).

Contudo, tais alterações podem não ser reconhecidas espontaneamente pelo empregador (ou este pode negar as repercussões contratuais consequentes de certa alteração unilateral que procedeu). Ilustrativamente, cite-se uma alteração para função superior, sem a compatível modificação de salário; cite-se, ainda, um remanejamento para função laborativa que tenha regras específicas sobre intervalos (digitador, por exemplo), sem a compatível observância dessas regras. Estes últimos casos poderão ensejar pleitos judiciais concernentes aos direitos oriundos das novas funções atendidas (diferenças salariais, de jornada, etc.).

As *alterações funcionais desfavoráveis*, por sua vez, evidentemente que são, em princípio, ilícitas (art. 468, *caput*, CLT). Desse modo, podem ser questionadas judicialmente.

Ressalte-se que a gravidade da alteração funcional lesiva pode inclusive ensejar a configuração de justa causa empresarial, propiciando (desde que presentes, por óbvio, os demais requisitos da justa causa) a rescisão indireta do contrato. É que a CLT tipifica como infração do empregador exigir do empregado “...serviços superiores às suas forças, defesos por lei, contrários aos bons costumes, ou *alheios ao contrato*” (alínea “a”, art. 483, CLT; grifos acrescidos). Na mesma linha, embora com maior amplitude, situa-se a tipificação feita pela alínea “d” do mesmo art. 483: “não cumprir o empregador as obrigações do contrato”⁽²⁴⁾.

D) Alterações Funcionais Lícitas — Existem situações bastante comuns no cotidiano de uma empresa, que envolvem alterações funcionais de distintos empregados. Tais situações, embora se submetam também aos princípios e regras acima enunciados, merecem, por sua recorrência cotidiana (considerado o universo das empresas, é claro), análise específica a seu respeito. É o que se faz a seguir.

Registre-se, de todo modo, a ampla validade do seguinte *critério geral* de avaliação de qualquer alteração de funções obreiras, em princípio: *respei-*

(24) A respeito do término contratual por ato ilícito do empregador (*rescisão indireta*), consultar o Capítulo XXXI deste curso.

tada a qualificação profissional do empregado (se esta tiver sido o parâmetro funcional contratado) — e ausentes efetivos prejuízos qualitativos, quantitativos e circunstanciais —, lícita será a alteração funcional perpetrada.

a) Situações Excepcionais ou de Emergência — O primeiro caso a ser enfocado é o que envolve *situações excepcionais ou de emergência*.

De fato, têm sido acolhidas como parte do “*jus variandi*” ordinário, alterações funcionais de curta duração, a título excepcional, ou em situações de emergência, sempre em caráter transitório, sem prejuízo salarial. São, desse modo, tidas, em princípio, como lícitas. É o que resulta da aplicação combinada do art. 450 da CLT e Súmula 159 do TST. Resulta, ainda, na mesma intensidade, de aplicação do princípio da lealdade e boa-fé, com seu consectário dever de colaboração, que incidem sobre a conduta contratual obreira.

Esclareça-se, por fim, que em qualquer dessas situações assegura-se o retorno obreiro ao cargo efetivo (art. 450, CLT).

b) Substituição Temporária — O segundo desses casos específicos é o que envolve *situações de substituição temporária ou comissionamento interino, próprias à dinâmica normal da empresa*.

Trata-se, como se nota, de situações semelhantes às anteriores, *porém motivadas por fatores previsíveis e comuns na dinâmica regular da empresa* (e não fatores excepcionais ou emergenciais). Ilustrativamente, é o que se passa com substituições de licença-gestante, licenças previdenciárias em geral, férias, etc. As alterações funcionais daí decorrentes (determinação para o obreiro substituir um colega afastado, por exemplo) são tidas como lícitas, já que englobadas no *jus variandi extraordinário* empresarial (art. 450, CLT). Obviamente que a lei não autoriza perda salarial ao empregado submetido à temporária alteração de função. Se à função provisória nova corresponder, no Quadro de Carreira ou Plano de Cargos e Salários, remuneração inferior, esta não será aplicável ao empregado substituto, evidentemente.

De par com isso, a transitoriedade não desobriga ao descumprimento da legislação específica incidente sobre a função provisoriamente ocupada (se houver, é claro).

Insista-se, de todo modo, que, tratando-se de substituição que não seja meramente eventual (poucos dias ou semanas), fará jus o empregado ao nível salarial do substituído (Súmula 159, I, TST).

Reitere-se, finalmente, que se encontra assegurado o retorno do obreiro à função de origem, após cumprida a substituição interina (art. 450, CLT).

c) Destituição do Cargo ou Função de Confiança — O terceiro caso específico é o que envolve o *retorno ao cargo efetivo após ocupação de cargo ou função de confiança (reversão)*.

Trata-se, como se sabe, de alteração normalmente prejudicial ao obreiro, ocorrida mediante a destituição do empregado do cargo ou função de confiança ocupado por determinado período contratual. A designação obreira para cargo de confiança implica, regra geral, nítida vantagem remuneratória para o trabalhador, já que é acoplada ao pagamento de *gratificação* especial correspondente ao cargo/função (art. 62, II e parágrafo único, CLT, e art. 224, § 2º, CLT) — a par de outras prerrogativas que tendem a acompanhar semelhante posto na empresa. Em contrapartida, a destituição desse cargo ou função de confiança, com o retorno ao cargo ou função efetivos, implica óbvia lesão ao interesse econômico do trabalhador. A *reversão* (retorno ao cargo anterior após ocupado cargo de confiança) é tida, porém, como modificação funcional inerente ao *jus variandi extraordinário* (anterior parágrafo único do art. 468, CLT; desde Lei n. 13.467/2017, §§ 1º e 2º do art. 468 da CLT), não adquirindo o obreiro qualquer garantia quanto ao permanente exercício desse cargo (arts. 499 e 468, parágrafo único, CLT).

Reconheça-se que o Direito do Trabalho sempre tendeu a negar estabilidade ou garantia de emprego a trabalhadores situados em cargos ou funções de efetiva confiança empresarial (ver art. 499, CLT). Do mesmo modo, sempre tendeu a permitir a reversão, isto é, a determinação unilateral de retorno ao cargo efetivo, com perda das prerrogativas e vantagens do cargo de confiança — tudo isso em decorrência da vinculação estreita que esse tipo de cargo/função tem com o exercício do poder diretivo pelo empresário (art. 468, CLT, parágrafo único — e, desde a Lei n. 13.467/2017, art. 468, §§ 1º e 2º). Trata-se essa, desse modo, de hipótese explícita de alteração contratual lesiva autorizada pela legislação trabalhista (*jus variandi extraordinário*).

A jurisprudência, contudo, também sempre buscou encontrar medida de equilíbrio entre a regra permissiva do parágrafo único do art. 468 citado (ou do novo § 1º desse mesmo preceito celetista) e a necessidade de um mínimo de segurança contratual em favor do empregado alçado a cargos ou funções de confiança. A preocupação dos tribunais era de que a presença do empregado no cargo de confiança por longos anos tendia a produzir uma incorporação patrimonial e cultural efetivas, pelo obreiro, do parâmetro remuneratório próprio a esse cargo, tornando extremamente prejudicial a reversão e suas consequências. Nesse contexto, procurou a jurisprudência apreender na ordem jurídica uma fórmula que, embora preservando a direção empresarial sobre a condução das atividades laborativas (mantendo, portanto, a prerrogativa de reversão independentemente dos anos de ocupação do cargo), minorasse — proporcionalmente ao período de ocupação do cargo — as perdas materiais advindas da decisão reversiva. É o que se encontrou no antigo Enunciado 209 do TST: “A reversão do empregado ao cargo efetivo implica na perda das vantagens salariais inerentes ao cargo em comissão, *salvo se nele houver permanecido dez ou mais anos ininterruptos*” (grifos acrescidos).

Com o cancelamento da Súmula 209 (em novembro de 1985), a jurisprudência passou a oscilar entre critérios temporais mais ou menos elásticos do que os 10 anos (verificando-se, até mesmo, decisões pela inviabilidade de qualquer garantia de estabilização salarial no contrato em tal caso). Entretanto, pela OJ 45 da SDI-I/TST, de 1996, confirmou-se o critério decenal para a estabilização financeira em situações de reversão: “Gratificação de função percebida por 10 ou mais anos. Afastamento do cargo de confiança sem justo motivo. Estabilidade financeira. Manutenção do pagamento”. Logo em seguida, esse critério ponderado da OJ 45 se explicitou no texto da Súmula 372, I, do TST, que determinava a incorporação da gratificação funcional, ainda que pela média dos últimos 10 anos.

Contudo, a recente Lei da Reforma Trabalhista vedou, expressamente, a incorporação da gratificação de função, mesmo que pela média, no salário do empregado destituído da função de confiança, “independentemente do tempo de exercício da respectiva função” (novo § 2º do art. 468 da CLT, segundo Lei n. 13.467/2017).

Reversão/Retrocessão/Rebaixamento — O presente caso conduz, por fim, à necessidade de se fixarem as corretas distinções entre figuras jurídicas próximas: reversão *versus* retrocessão e retrocessão *versus* rebaixamento.

Reversão é o retorno ao cargo efetivo, após ocupação de cargo ou função de confiança. Embora prejudicial ao obreiro, constitui, como visto, alteração funcional *lícita*, válida.

Retrocessão, por sua vez, é o retorno ao cargo efetivo anterior, sem se estar ocupando cargo de confiança (retorna-se de um cargo efetivo mais alto para cargo efetivo mais baixo). A retrocessão, sendo alteração funcional francamente lesiva e não autorizada por texto de lei, é tida como ilícita (princípio da inalterabilidade contratual lesiva; arts. 9º, 444 e 468, CLT).

O *rebaixamento*, por fim, é o retorno, determinado com intuito punitivo, ao cargo efetivo anterior, mais baixo, após estar o obreiro ocupando cargo efetivo mais alto. Evidentemente, pelas mesmas razões da retrocessão (associada à circunstância de que tal penalidade não se encontra prevista no Direito do Trabalho), o rebaixamento é grosseiramente ilícito.

d) *Extinção do Cargo ou Função* — O quarto caso específico é o que envolve a *extinção do cargo ou função*.

Em princípio, considera-se válida semelhante alteração funcional — desde que não haja prejuízo patrimonial ou moral para o empregado e exista *afinidade* entre a *nova* e a *velha* função.

Observe-se que a modificação de *métodos produtivos* pode configurar, conforme sua intensidade e abrangência, uma alteração funcional, que será

lícita caso se harmonize aos requisitos acima especificados (isto é, não provoque prejuízo material ou moral ao empregado e respeite uma afinidade razoável entre a nova e a velha função).

e) *Alteração de PCS ou Quadro de Carreira* — O quinto caso específico é o que envolve *alteração de Plano de Cargos e Salários (PCS)* ou, até mesmo, *Quadro de Carreira*.

Também, em princípio, é válida a alteração do cargo ou função que resulte de modificação do Plano de Cargos e Salários ou do Quadro de Carreira estabelecido na empresa. Cabe, contudo, necessariamente respeitar-se no novo posicionamento funcional obreiro a qualificação profissional do trabalhador (ou qualificação lançada e cumprida no contrato), além do nível salarial precedente. Claro, ainda, que inexistirá irregularidade caso o novo Plano de Cargos e Salário ou o Quadro de Carreira venham alterar beneficentemente a qualificação obreira, acolhendo atividade profissional mais elevada (por exemplo, criação de cargos ou funções profissionais universitárias, em contexto de inexistência desses cargos e funções no Plano ou Quadro anterior)⁽²⁵⁾.

f) *Readaptação Funcional por Causa Previdenciária* — O sexto caso a merecer exame particularizado é o que envolve *empregado com deficiência física ou mental superveniente à sua contratação*.

De fato, considera a lei válida readaptação funcional (para função inferior, inclusive) do obreiro que sofra deficiência física ou mental no curso do contrato, atestada a lesão pelo órgão previdenciário competente, sendo participe, ainda, o trabalhador de programa de reabilitação profissional (§ 4º do art. 461, CLT). Relembre-se de que tal empregado não pode servir de paradigma em pleitos de equiparação salarial na correspondente empresa, conforme exposto no Capítulo XXII, item IV.6, do presente Curso.

O debate maior, neste caso, diz respeito às repercussões salariais da alteração funcional: é possível (ou não) a correspondente redução do nível salarial do obreiro readaptado?

Duas posições digladiam-se. A primeira, admitindo pequena redução do salário, mas sem perda da *renda* efetiva do trabalhador, sustenta que

(25) A diferenciação entre Quadro de Carreira e Plano de Cargos e Salários não interfere nas observações acima. A primeira figura, como se sabe, era tida como mais formalística e rigorosa (Súmula 6, I, TST), podendo ser hábil para inviabilizar pleitos de equiparação salarial (art. 461, §§ 2º e 3º, CLT, em redação anterior à Lei da Reforma Trabalhista). Isso não acontecia com o mero PCS, embora este também obrigasse (e obrigue) o empregador (Súmula 51, I, TST). Com a Lei n. 13.467/2017, foram atenuadas as exigências do Quadro de Carreira, sendo que, para o novo texto do art. 461 da Consolidação, também o PCS tornou-se apto a elidir pretensões concernentes à equiparação salarial. Sobre o assunto, consultar, neste Curso, o Capítulo XXII, item IV, subitem 6 (“Antidiscriminação e Equiparação de Salários”).

o objetivo da ordem jurídica, no presente caso, é essencialmente protetivo do obreiro: a lei visa assegurar a viabilidade do próprio trabalho, permitindo manter-se a autoestima do trabalhador como ser produtivo e ser social. Diante de tais objetivos, o aspecto remuneratório não seria o único ponderável no exame da situação envolvida (embora seja aspecto relevante para o interesse empresarial na preservação do emprego). Nesse quadro, seria cabível pensar-se em fórmula alternativa de garantia contratual, considerando-se respeitado o antigo nível remuneratório caso fosse ele correspondente ao resultado da soma do *novo salário* com o *benefício previdenciário* recebido pelo empregado (em virtude da incapacidade física relativa). A fórmula poderia compatibilizar-se com a ordem jurídica caso se adotasse conceito *extensivo* de remuneração: a nova *remuneração* (*salário* mais *renda* paga por terceiros) alcançaria, no conjunto, valor equivalente ao anteriormente recebido.

A segunda posição insiste que a ordem jurídica não admite qualquer redução salarial, mesmo passando o trabalhador a laborar em função mais singela. É que a irredutibilidade está assegurada pela Constituição (art. 7º, VI); além disso, a própria circunstância de o art. 461, § 4º, da CLT inviabilizar a equiparação, no presente caso, seria sugestiva de que a diminuição salarial não estaria sendo cogitada pelo diploma celetista.

Registre-se que o risco de incentivar-se o desemprego, que seria resultante deste entendimento, foi enfrentado pelo Direito de outra maneira, por meio de certas garantias jurídicas: afinal, existe a *estabilidade provisória* do acidentado (que pode ser um dos favorecidos pelo procedimento de readaptação funcional), até um ano após seu retorno do afastamento previdenciário (art. 118, Lei n. 8.213, de 1991). A par disso, independentemente de se tratar de acidente ou doença vinculados ao labor, há previsão, pelo menos quanto a empresas com 100 ou mais empregados, de proteção adicional ao trabalhador reabilitado ou pessoas com deficiência: é que certo percentual de cargos de tais médias e grandes empresas (a contar de 2%) deverá ser destinado, obrigatoriamente, a tais obreiros (art. 93, *caput*, Lei n. 8.213/91), o que garante alguma proteção a seu mercado de trabalho. Em acréscimo a isso, a dispensa desses empregados somente poderá ocorrer “... após a contratação de outro trabalhador com deficiência ou beneficiário reabilitado da Previdência Social” (art. 93, § 1º, Lei n. 8.213/91, conforme redação promovida pela Lei n. 13.146/2015).⁽²⁶⁾

A segunda posição interpretativa, desse modo, é que se afigura harmônica ao conjunto da ordem jurídica.

(26) Antes dessa nova redação do § 1º do art. 93, promovida pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei n. 13.146/15, neste aspecto vigente desde 4.1.2016), o texto do preceito legal era o seguinte: “§ 1º A dispensa de trabalhador reabilitado ou deficiente reabilitado ao final de contrato por prazo determinado de mais de 90 (noventa) dias, e a imotivada, no contrato por prazo indeterminado, só poderá ocorrer após a contratação de substituto de condição semelhante”.

g) *Promoção ou Remoção* — O último dos casos específicos de alteração funcional é o que envolve *situações de promoção ou remoção do empregado*.

Promoção é o ato pelo qual o empregado é transferido, em caráter permanente, com efetivas vantagens, na estrutura de cargos e funções da empresa, de uma categoria ou cargo para outra categoria ou cargo superiores.

A promoção engloba duas variantes: progressão horizontal e progressão vertical. Por *progressão horizontal* entende-se a evolução ascendente do empregado em graus componentes do mesmo cargo ou categoria, ao passo que por *progressão vertical* (ou *promoção, no sentido estrito*) entende-se a evolução ascendente do empregado para outro cargo ou categoria superiores⁽²⁷⁾.

A promoção será *direito* do empregado, *se houver* na empresa Quadro de Carreira ou Plano de Cargos e Salários com previsão de promoções alternadas por antiguidade e merecimento. Em contrapartida, constitui *obrigação* de o empregado aceitar a promoção, quando configuradas as situações prefixadas no regulamento empresarial. É bem verdade que se pode admitir a validade da recusa obreira, desde que com justificativa contratual efetivamente ponderável. É o que ocorreria se a promoção implicasse a perda concomitante de alguma vantagem laborativa já sedimentada no contrato (por exemplo: mudança de categoria profissional; mudança de residência obreira, etc.).

Remoção, por sua vez, consiste na alteração circunstancial do contrato, pela qual se transfere o empregado do local de trabalho, provocando-lhe a mudança de residência. A licitude da remoção (também chamada *transferência*) depende do atendimento aos requisitos do art. 469 da CLT. Esta situação fático-jurídica será examinada à frente, neste Capítulo, em seu item X: "*Alterações Objetivas do Tipo Circunstancial*".

A promoção e a remoção não se confundem com as duas figuras censuráveis já citadas, a retrocessão e o rebaixamento.

A *retrocessão*, como visto, é a alteração qualitativa (e, em geral, também quantitativa) ilícita do contrato de trabalho, pela qual se transfere o empregado a um cargo efetivo inferior após estar ocupando, em caráter permanente, cargo efetivo superior na empresa.

Já o *rebaixamento* é a alteração qualitativa (e, em geral, também quantitativa) ilícita do contrato de trabalho, pela qual se transfere, com intuito punitivo, o empregado a um cargo efetivo inferior após estar ocupando, em

(27) O Professor Messias Pereira Donato prefere inverter o sentido das expressões, enxergando na promoção "a movimentação ascendente do trabalhador no mesmo cargo", enquanto progressão seria a "movimentação ascendente de um cargo para outro imediato, dentro do mesmo grupo ocupacional ou de linha de especialidade". In: *Curso de Direito do Trabalho*. Saraiva: São Paulo, 1982. p. 312.

caráter permanente, cargo efetivo superior na empresa. O intuito punitivo é que distingue o rebaixamento da retrocessão. De todo modo, ambos os procedimentos são inquestionavelmente ilícitos.

IX. ALTERAÇÕES OBJETIVAS DO TIPO QUANTITATIVO

1. *Conceito e Modalidades*

Alterações quantitativas são as modificações no objeto do contrato de trabalho que atingem o *montante* das prestações pactuadas.

Os exemplos mais expressivos encontram-se nas alterações da duração do trabalho (alterações de jornada) e alterações de salário.

2. *Alteração da Duração do Trabalho: modalidades*

As modificações na duração laborativa obreira podem configurar três modalidades: no *sentido ampliativo da duração do trabalho*; no *sentido redutor da duração do trabalho*; finalmente, *alterações ocorridas no horário de trabalho*, com ou sem influência na própria duração laborativa.

A) Alterações Ampliativas da Duração do Trabalho — No estudo das alterações ampliativas da duração do trabalho é conveniente fazer-se referência a três aspectos mais relevantes: a *classificação das alterações lícitas ampliadoras da duração laborativa obreira*; as *repercussões jurídicas das prorrogações ilicitamente realizadas*; os *efeitos jurídicos da prestação de horas suplementares* no Direito do Trabalho do país.

a) *Classificação das Alterações Ampliativas Lícitas* — As alterações ampliativas da jornada consistem naquelas que alargam a duração laborativa obreira por além do padrão fixado contratualmente ou por regra jurídica. Podem ser lícitas ou ilícitas, conforme correspondam (ou não) a certo fator autorizativo constante do ordenamento jurídico.

As alterações ampliativas lícitas recebem distintas classificações, segundo o elemento comparativo tomado em cotejo.

a.1) *Causa da Prorrogação* — Desde que considerada a *causa* dessa ampliação (ou seja, desde que a tipologia se construa tendo como elemento classificatório o fator concreto motivador da prorrogação produzida), englobam tais alterações as chamadas *prorrogações por acordo*; *prorrogações por regime de compensação de jornada ou horários*; *prorrogações por motivo de força maior*; *prorrogações para realização de serviços inadiáveis ou cuja inexecução provoque prejuízos manifestos*; *prorrogações para reposição de paralisações empresariais*.

Note-se que, em tais modalidades de prorrogação da duração laborativa obreira (excetuado o regime compensatório regular), será devido o adicional de horas extraordinárias (art. 7º, XVI, CF/88).

Todas essas modalidades de prorrogação da duração do trabalho já foram exaustivamente estudadas neste Curso, em seu Capítulo XXIII, item VIII, sob o título “Jornada Extraordinária”. Pela extensão desmesurada da matéria, deixamos de reproduzir, aqui, aquele estudo, remetendo o leitor à análise do capítulo e item especificados.

Apenas sinteticamente relembramos alguns pontos de interesse direto ao presente estudo, relativo às alterações contratuais trabalhistas.

Assim, no tocante ao *acordo de prorrogação de jornada*, tal modalidade, prevista no art. 59, *caput*, da CLT, diz respeito a extensão do labor sem qualquer causa excepcional justificadora, derivando de mero acordo escrito bilateral ou negociação coletiva: esta falta de um fator justificativo relevante, não se tratando de regime compensatório, tudo tem favorecido o entendimento de que o texto da CLT, neste aspecto, não teria sido recebido pela Constituição de 1988 (art. 7º, XIII e XVI).

Caso admita-se a compatibilidade entre este regime e a Constituição, não poderia haver dúvida de que o título jurídico de tal prorrogação teria de ser apenas aquele próprio à negociação coletiva: é que essa dilação é claramente desfavorável, porque contínua no contrato (2 horas ao dia, sem limites de dias, semanas ou meses); com isso, afetaria até mesmo a saúde do empregado, além de suprimir a vantagem constitucional de 44 horas de labor na semana. Afinal, somente a negociação coletiva poderia, no contexto da teoria do conglobamento, criar certos dispositivos desfavoráveis, em um universo de outros vantajosos para o trabalhador. Registre-se, de todo modo, que a jurisprudência dominante (Súmula 85, I, TST, por exemplo) tem se referido ao acordo meramente bilateral apenas no tocante ao regime compensatório clássico (que, regra geral, é favorável ao obreiro), não abrangendo, portanto, a presente situação figurada.

Não obstante essa interpretação constitucional, torna-se necessário ressaltar que a recente Lei da Reforma Trabalhista (n. 13.467/2017) conferiu nova redação ao *caput* do art. 59 da CLT, mas para enfatizar a possibilidade de haver mero acordo bilateral ou cláusula de ACT ou CCT permissivos do acréscimo diário de duas horas extras.

No tocante ao *regime de compensação de jornada ou de horários*, tal modalidade está prevista na CLT (§ 2º do art. 59) e na Constituição (inciso XIII, art. 7º). A partir de 22 de janeiro de 1998, o texto celetista foi alterado pela Lei n. 9.601, incorporando o chamado *banco de horas*, que corresponde ao parâmetro supramensal para o regime compensatório (o banco de horas foi, inicialmente, limitado a 120 dias e, a contar da Medida Provisória n. 1.709, de 6.8.1998, estendido efetivamente a um ano).

O debate sobre este tipo de prorrogação é muito extenso: envolve o estudo de seu título jurídico autorizador (análise que importa em enxergar-se o marco diferenciador do período precedente ao *banco de horas*, ao lado do período inaugurado em janeiro de 1998); o estudo dos limites horários para o sistema compensatório; a análise dos efeitos jurídicos do descumprimento dos requisitos e regras do regime compensatório; o debate sobre os limites de horas a serem compensadas nesse regime. Embora as OJs 182 e 223 da SDI-I/TST e o novo texto da Súmula 85 do mesmo Tribunal tenham tido a intenção de reduzir tais debates, o fato é que a controvérsia acerca da figura do *banco de horas* manteve-se acesa por vários anos (razão pela qual remetemos o leitor aos itens IV.2.B e VIII, do Capítulo XXIII deste Curso, onde esse tema está exposto de modo mais analítico). De todo modo, em 2011 pacificou-se, felizmente, que não se aplicam ao *banco de horas* os critérios atenuadores dos incisos I, II, III e IV da Súmula 85 do TST, uma vez que a figura somente pode ser instituída por *negociação coletiva trabalhista* (novo inciso V da Súmula 85, editado em maio de 2011). Não havendo o título jurídico coletivo negociado, as horas extras prestadas em *banco de horas* têm de ser computadas e remuneradas normalmente, com o adicional pertinente (Súmula 85, V).

A esse respeito, também cabe esclarecer para o leitor que a Lei n. 13.467/2017 permitiu a pactuação meramente bilateral escrita do banco de horas, desde que “a compensação ocorra no período máximo de seis meses” (novo § 5º do art. 59 da CLT). Sendo o parâmetro do banco de horas superior a seis meses, ele deverá, em consequência, ser aprovado por negociação coletiva trabalhista.

No tocante à modalidade de prorrogação para atendimento a necessidade imperiosa derivada de motivo de força maior, está prevista no art. 61, *caput*, e § 2º, da CLT. Trata-se de fator de prorrogação excepcional, não ordinário, incomum, que se considera situado dentro do *jus variandi* empresarial.

No que tange a prorrogação para atendimento a necessidade imperiosa vinculada à realização ou conclusão de serviços inadiáveis ou cuja inexecução possa acarretar prejuízo manifesto, está prevista também no art. 61, *caput*, e § 2º, CLT. Do mesmo modo que o fator precedente, também esta causa de prorrogação é excepcional, não ordinária, incomum, que se engloba no *jus variandi* empresarial.

No que diz respeito, por fim, à prorrogação para reposição de paralisações empresariais, prevista no texto celetista (§ 3º do art. 61), corresponde às dilações determinadas com vistas à recuperação do tempo perdido em virtude da ocorrência de sustação do trabalho resultante *de causas acidentais ou de força maior que tenham impossibilitado a prestação de serviços*. Trata-se, pois, de fator também excepcional, que também pode resultar de ato unilateral do empregador.

a.2) *Título Jurídico da Prorrogação* — A tipologia construída segundo o título jurídico autorizador da prorrogação considera, como elemento classificatório, o instrumento reconhecido pelo Direito como hábil a deflagrar a dilação lícita da jornada de trabalho. São três esses instrumentos: o ato (ou vontade) unilateral do empregador, no exercício do chamado *jus variandi*; o ato (ou vontade) bilateral das partes; e, finalmente, o ato (ou vontade) coletivamente negociado no contexto da relação de emprego.

As *prorrogações por ato* (ou vontade) unilateral do empregador admitidas pelo Direito brasileiro são três, todas destacadas pelo art. 61 da CLT. De um lado, as dilatações derivadas de necessidade imperiosa em virtude de ocorrência de força maior. De outro lado, as prorrogações resultantes também de necessidade imperiosa, mas em virtude da realização ou conclusão de serviços inadiáveis ou cuja inexecução possa acarretar prejuízos manifestos. Finalmente, as prorrogações dirigidas à reposição de paralisações empresariais decorrentes de causas acidentais ou de força maior, que tenham provocado a impossibilidade de prestação do trabalho.

As *prorrogações pelo ato (ou vontade) bilateral das partes*, admitidas pelo Direito brasileiro anterior a 5.10.1988, abrangeriam duas modalidades, ambas referidas pelo art. 59 da CLT. Em primeiro lugar, a dilação em face de acordo de prorrogação de jornada (*caput* do art. 59, em sua antiga e em sua nova versão, esta conferida pela Lei n. 13.467/2017). Em segundo lugar, a dilação em face de acordo de compensação de jornada (§ 2º do art. 59).

Fica registrado, entretanto, que, a contar do advento da nova Constituição da República, surgiu tese, já exposta, de que a figura da jornada meramente suplementar resultante de simples *acordo de prorrogação* não teria sido recebida pelo novo texto constitucional, uma vez que os incisos XIII e XVI do art. 7º magno admitiriam apenas dois tipos de sobrejornada: a meramente suplementar, derivada de regime de compensação, e a suplementar efetivamente extraordinária. Embora haja dissensão doutrinária e jurisprudencial a respeito, fica o registro do debate (para seu exame aprofundado, o leitor deve reportar-se ao Capítulo XXIII, item VIII, deste Curso).

Fica também registrado que, a contar do surgimento da Constituição de 1988, ganhou prestígio interpretação de que o acordo instaurador do regime de compensação de jornada não poderia ser meramente bilateral (ainda que escrito), impondo-se os instrumentos da negociação coletiva para pactuação da figura jurídica. Tal tese, hoje, enfraqueceu-se, em face das OJs ns. 182 e 223 da SDI-I/TST e da nova redação da Súmula n. 85 (que advogam o mero acordo bilateral — escrito, obviamente). Porém, a interpretação que exige título jurídico negocial coletivo (CCT ou ACT) preserva inegável consistência jurídico-constitucional *no que toca ao regime compensatório desfavorável*, denominado *banco de horas*, iniciado no País pela Lei n. 9.601, de 1998 (o qual realmente só pode ser instituído por CCT ou ACT — Súmula n. 85, V, TST). Porém, conforme dito, o novo § 5º do art. 59 da CLT, inserido pela Lei da

Reforma Trabalhista, passou a admitir, expressamente, a pactuação bilateral de banco de horas nos casos de compensação dentro de seis meses. A dissensão doutrinária e jurisprudencial a esse respeito também está exposta no Capítulo XXIII, item IV.2.B, sob o título “Flexibilização e Compensação de Jornada” — para onde remetemos o leitor.⁽²⁸⁾

As prorrogações por ato (ou vontade) coletivamente negociado admitidas pelo Direito brasileiro abrangem todas as modalidades acatadas pela ordem jurídica. Ou seja, é válido discutir-se se o acordo bilateral pode (ou não) pactuar algum tipo de prorrogação. Mas não parece válido, em contrapartida, negar-se à negociação coletiva e seus instrumentos fixar regras jurídicas sobre qualquer dos critérios de prorrogações tidos como lícitos no Direito do País.

Assim, o título jurídico negocial coletivo pode pactuar a figura do regime compensatório, assim como também a figura do acordo de prorrogação de jornada (caso se considere esta última figura compatível com a Constituição de 1988).

Será válido também à negociação coletiva fixar regras jurídicas delimitadoras das condições de exercício do *jus variandi* empresarial nos casos de prorrogação por força maior, serviços inadiáveis e reposição de paralisações (as situações-tipo aventadas pelo artigo 61 da CLT, em suma). É que, como se sabe, a negociação coletiva pode estabelecer regras mais favoráveis aos obreiros, restringindo prerrogativas legais estabelecidas em benefício dos empregadores (a respeito, consultar Súmula 85, II, do TST).

a.3) Tipologia pelo Tempo Lícito de Prorrogação — Esta última tipologia considera, como elemento classificatório, o tempo lícito de prorrogação admitido pelo Direito brasileiro. Evidentemente que, se esse tempo máximo de prorrogação for ultrapassado, ingressar-se-á na dilação irregular de jornada de trabalho. A irregularidade na prorrogação não impede a incidência de todos os direitos trabalhistas para o empregado prestador de sobrejornada, mas pode gerar sanções administrativas específicas para o empregador faltoso (art. 75, CLT).

São cinco os tipos de prorrogação existentes, considerado o tempo regular permitido à dilação de jornada. Observada a ordem sequencial desses tipos, desde o tempo mais curto de prorrogação até o mais extenso, tem-se a seguinte curva ascendente: em primeiro lugar, a *prorrogação por regime compensatório de horas*, em sua modalidade padrão, autorizativa de uma dilação extra de duas horas diárias, caso submetido o obreiro à jornada padrão de 8 horas (ou outro sistema negociado intrassemanal ou intersemanal), *sem efetiva ampliação da jornada mensal do obreiro*.

(28) Por exceção, a Lei Complementar n. 150/2015, que regula os contratos de trabalho domésticos, autoriza a pactuação meramente bilateral, desde que escrita, tanto do regime compensatório clássico como do banco de horas anual (art. 2º, § 4º e § 5º, I, II e III). Mas se trata de um vínculo especialíssimo, em que não existe uma empresa no polo passivo da relação empregatícia.

Registre-se que a alteração provocada pela Lei n. 9.601/98, conferindo nova redação ao § 2º do art. 59 da CLT (*banco de horas*), não atingiu esse limite tradicional do texto celetista. Também a nova redação do diploma consolidado fala em *limite máximo de dez horas diárias*.

Em segundo lugar, a *prorrogação para reposição de paralisações*, autorizadora de uma dilação extra de duas horas diárias (caso incidente a jornada padrão de 8 horas), por 45 dias no ano (ou se se preferir, 10 horas laboradas ao dia, por 45 dias no ano). Essa modalidade permite ampliar-se a duração semanal do trabalho em até 12 efetivas horas extras, alcançando mais de 50 horas extras no mês, respeitada a fronteira máxima de 45 dias de sobretempo no ano.

Em terceiro lugar, a *prorrogação por acordo* (horas meramente suplementares) — *caso se entenda a validade desta figura celetista em face da Constituição da República*. Observados os termos do texto celetista (*caput* do art. 59, mantido pela Lei n. 9.601/98), é permitida uma dilação extra de duas horas diárias, sem limitação temporal prévia no ano. Se se preferir, são 10 horas laboradas ao dia, sem limitação de dias laborados em sobretempo no respectivo ano — sempre a teor do texto celetista. Pela CLT, essa modalidade permite ampliar-se a duração *semanal* do labor também em até 12 efetivas horas extras, alcançando mais de 50 horas extras no mês, sem específica fronteira máxima de dias de sobretempo no ano.

Em quarto lugar, a *prorrogação por necessidade imperiosa, para realização ou conclusão de serviços inadiáveis cuja inexecução possa acarretar prejuízo manifesto*. Tal modalidade autoriza uma dilação extra de quatro horas diárias e vinte e quatro horas na semana.

Não há *aparente* limitação temporal prévia para essa modalidade de prorrogação, no texto celetista, seja quanto à semana, mês ou ano. Contudo, essa limitação inequivocamente existe. É que é claramente *incompatível* com o fato ensejador desse tipo de dilação a continuidade demorada da “necessidade imperiosa” ou dos referidos “serviços inadiáveis”. Esta é uma modalidade absolutamente excepcional de prorrogação, quer em função de seus fundamentos (enfaticamente emergenciais e transitórios), quer em função da unilateralidade de sua origem e decisão, quer em função da extensão exagerada da dilação diária permitida. Tais parâmetros, iluminando a análise do caso concreto, fixam fronteiras temporais máximas a esse tipo de prorrogação no que tange aos dias ou semanas envolvidos.

Em quinto lugar, a *prorrogação por necessidade imperiosa, decorrente de motivos de força maior*. Tal modalidade autoriza uma dilação extra sem aparente limitação temporal, quer no tocante ao dia laborado, quer no tocante aos demais parâmetros temporais existentes (semana, mês, ano). Contudo, obviamente, também aqui essa limitação inequivocamente existe. É que, em primeiro lugar, a prorrogação somente se justifica enquanto o “acontecimento

inevitável”, tipificador da força maior, estiver produzindo a necessidade imperiosa de prestação de sobrejornada. Tal acontecimento pode provocar prejuízos de longo ou médio prazo à empresa ou estabelecimento; contudo, a sobrejornada somente se justifica, sob tal título, para *enfrentamento de problemas emergenciais resultantes da força maior* (“necessidade imperiosa”), e jamais como estratégia de enfrentamento das consequências de médio e longo prazo daquele evento prejudicial. A par disso, é inquestionável que essa é também uma modalidade absolutamente excepcional de prorrogação, quer em função de seus fundamentos (do mesmo modo enfaticamente emergenciais e transitórios), quer em função da unilateralidade de sua origem e decisão, quer em função da extensão exagerada da dilação diária permitida. Desse modo, todos esses parâmetros, iluminando, na mesma medida da modalidade anterior, a análise do caso concreto, fixam fronteiras temporais máximas a esse tipo de prorrogação no que tange aos dias ou semanas envolvidos.

b) Prorrogações Realizadas Irregularmente — As prorrogações da duração do trabalho podem ser *regulares* ou *irregulares*, conforme sua harmonização às normas jurídicas incidentes sobre o tema.

Regulares são aqueles acréscimos de jornada que se enquadram em alguma das modalidades de prorrogação permitidas pela ordem jurídica. Irregulares, em contrapartida, são as dilatações que se verificam no cotidiano trabalhista sem atendimento aos requisitos fixados em lei. *Pela teoria das nulidades prevalecente no Direito do Trabalho, as prorrogações tidas como irregulares produzem os mesmos efeitos jurídicos das prorrogações lícitas* — sem prejuízo da punição administrativa aplicável ao empregador faltoso. É que é inviável a devolução ao obreiro de sua força de trabalho transferida em prol do empregador, que, ademais, enriquecer-se-ia sem fundamento válido se não fosse compelido a também sobreremunerar as horas extras irregulares.

O fato de as prorrogações irregulares não produzirem efeitos distintos das regulares (remuneração compatível, adicional incidente, repercussões contratuais, etc.) elimina parte substantiva do valor prático da presente tipologia. Contudo, não a torna simplesmente inútil, dada a possibilidade de incidência de punições administrativas àquele que se vale irregularmente de sobretrabalho (art. 75, CLT).

c) Efeitos Jurídicos do Trabalho Extraordinário — Toda jornada extraordinária cumprida pelo obreiro no contrato (exceto a resultante de regular regime de compensação) será devida com sobreremuneração específica — o adicional de horas extras (art. 7º, XVI, CF/88). As antigas hipóteses normativas concebidas pela CLT de prestação de trabalho extraordinário sem sobreremuneração (caso das prorrogações por motivo de força maior e para

reposição de paralisações empresariais — art. 61) também já provocam a incidência do adicional, conforme pacificado na jurisprudência, por força de leitura do disposto no art. 7º, XVI, da Constituição de 1988.

As horas extras recebidas habitualmente pelo obreiro (e seu respectivo adicional) integram o salário obreiro para todos os fins, refletindo-se em parcelas trabalhistas (13º salário, férias com 1/3, FGTS, aviso-prévio — se for o caso, etc.) e parcelas previdenciárias (salário de contribuição previdenciária). Se não houver, entretanto, habitualidade na prestação de sobretrabalho, não ocorrerá essa integração contratual da parcela recebida.

As horas extras e seu adicional têm o caráter de *salário condição*, conforme jurisprudência hoje dominante (o antigo Enunciado 76, que expressava entendimento contrário foi, desde 1989, *revisado* pelo Tribunal Superior do Trabalho — Resolução 01/89, publicada em 14.4.1989). Isso significa que tais verbas podem ser suprimidas caso efetivamente desaparecido o trabalho extraordinário (Súmula 291, TST, que produziu revisão do antigo Enunciado 76). A Súmula 291, entretanto, prevê uma *indenização* pela supressão total ou parcial das horas extras e adicional habituais.

A jurisprudência já pacificou que 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” (Súmula 264, TST; grifos acrescidos). Isso significa que a base de cálculo da remuneração da sobrejornada já incluirá outros adicionais recebidos pelo obreiro (inclusive o de insalubridade ou periculosidade, que têm, segundo jurisprudência preponderante, base de cálculo mais restrita)⁽²⁹⁾. No caso dos portuários, entretanto, tem prevalecido o entendimento de que norma jurídica especial (Lei n. 4.860/65) fixa critério mais restrito de cálculo das horas extras. Nessa linha a ex-OJ 61 e a atual OJ 60, II, da SDI-I/TST, determinando que a base de cálculo do sobretempo dos portuários seja o salário básico recebido, sem o cômputo dos adicionais de risco e produtividade.

O adicional de horas extras no Direito brasileiro, hoje, é de 50% (art. 7º, XVI, CF/88, revogando antigo percentual do art. 59, § 1º, CLT), salvo índice mais favorável previsto em norma jurídica especial (inclusive regra coletiva negociada) ou cláusula de contrato (inclusive regulamento empresário)⁽³⁰⁾.

(29) A Súmula Vinculante n. 4 do STF, de 2008, abalou a jurisprudência trabalhista então dominante no que tange à base de cálculo do adicional de insalubridade (nesta linha, confrontar antigas Súmula n. 228 e OJ n. 2 da SDI-I do TST com a SV n. 4 do STF); porém não invalidou a presença desse adicional, se devido, na composição da base de cálculo das horas extras.

(30) DELGADO, Mauricio Godinho. *Salário* — Teoria e Prática. Belo Horizonte: Del Rey, 1987. p. 164-165.

B) Alterações Redutoras da Duração do Trabalho — As alterações redutoras da duração do trabalho consistem naquelas que diminuem o tempo de labor ou de disponibilidade do obreiro por aquém do padrão fixado contratualmente ou por norma jurídica.

Elas envolvem dois grandes grupos, que se entrecruzam: de um lado, há as reduções classificadas segundo seu título jurídico autorizativo. São elas as reduções por ato unilateral do empregador, as autorizadas por acordo bilateral e, ainda, as reduções propiciadas por título negocial coletivo.

De outro lado, há as reduções classificadas segundo a causa (ou fator) que determina a sua ocorrência. São elas as reduções provocadas por motivo de força maior ou de prejuízos devidamente comprovados; as provocadas por conjuntura econômica adversa; finalmente, as reduções provocadas em virtude de interesse obreiro.

As alterações redutoras de jornada decorrentes de *ato unilateral do empregador ou bilateral das partes* — qualquer que seja a causa de sua ocorrência — serão lícitas *somente se não produzirem qualquer correspondente diminuição no salário do empregado*. Pode o empregador, portanto, reduzir, sim, a jornada laborativa, mas sem que tal mudança implique redução qualquer do salário primitivo obreiro. É o que resulta da conjugação do princípio da inalterabilidade contratual lesiva com os arts. 468, *caput*, da CLT, e 7º, VI, da Constituição.

Existe uma rara exceção a essa regra geral enunciada: poderá ser tida como lícita a redução laborativa, mesmo com a respectiva diminuição proporcional do salário, se a sua *causa* ensejadora da mudança tiver sido o atendimento a específico *interesse extracontratual do empregado*. É evidente que, neste caso, o título jurídico autorizador da redução será o acordo bilateral — mas é necessário que fique claro que o interesse essencialmente pessoal do empregado (portanto, interesse extracontratual) é que provocou a modificação concretizada (por exemplo, obreiro contratado para realizar função manual gradua-se em Direito, pretendendo, desde então, iniciar novo exercício profissional em tempo parcial, sem deixar, por precaução, ainda, o antigo serviço — para tanto precisa reduzir sua jornada laborativa original). Nesta situação figurada, a *causa* específica torna a mudança contratual *favorável* ao obreiro (em virtude de seu interesse pessoal e extracontratual), harmonizando-a aos princípios e regras mencionados. Registre-se que o ônus probatório relativo à *causa* essencial à ocorrência do ato modificativo é da empresa (art. 333, II, CPC).

Curiosamente, a Medida Provisória n. 1.709, de 6.8.1998 (art. 5º; grifo acrescido abaixo), tentou permitir a redução de jornada e redução de salários “mediante *opção* dos atuais empregados, manifestada perante a empresa” (*sic!*). Com isso, abria gravíssima ressalva aos princípios da irredutibilidade salarial e inalterabilidade contratual lesiva. Trata-se de diploma provisório que,

inserindo dispositivos na CLT (arts. 58-A, 130-A e 143, § 3º, da Consolidação), tipificou o *trabalho em tempo parcial*, estipulando, em consequência, a possibilidade de mudança desfavorável das cláusulas contratuais relativas a salário e duração laborativa, por mero ato potestativo obreiro ou bilateral negociado. Entretanto, as frontais e imediatas críticas ao censurável intento, por chocar-se contra princípios clássicos justralhistas e texto expresso do art. 7º, VI, da Constituição, fizeram com que o legislador presidencial já alterasse o texto normativo no diploma provisório subsequente, impondo o requisito prévio da *negociação coletiva* para a validação da mudança (art. 58-A, § 2º, CLT, conforme redação da Medida Provisória n. 1.709-1, de 3.9.1998, e MPRs subsequentes, como a n. 1.779-11, de 2.6.1999, e 2.164-41, de 24.8.2001)⁽³¹⁾.

As alterações redutoras de jornada decorrentes de *negociação coletiva* serão lícitas, em princípio, mesmo que implicando redução salarial. É o que deriva da autorização expressa constante do art. 7º, VI, da Constituição de 1988.

ACLT (art. 503) previa redução de jornada por ato unilateral do empregador — com respectiva redução salarial — desde que verificado motivo de força maior ou prejuízos devidamente comprovados. Porém, a contar de 5.10.1988, tal hipótese redutora, *se vinculada à diminuição de salários*, somente será válida caso respaldada em norma coletiva negociada (art. 7º, VI, CF/88).

No tocante à redução em face de conjuntura econômica adversa (Lei n. 4.923, de 1965), o diploma instituidor da hipótese já previa a necessidade de norma coletiva autorizadora (tendo sido, pois, recebido, neste aspecto, pela Constituição de 1988). Perdeu, contudo, validade a ação trabalhista aventada pela Lei n. 4.923/65, permitindo ao empregador pleitear perante a Justiça do Trabalho a redução pretendida (caso rejeitada pelo sindicato obreiro) — é que a Constituição não confere tal poder às sentenças, mas apenas à negociação coletiva.

Novo diploma normativo autorizador da redução de jornada, com redução salarial, mediante negociação coletiva trabalhista, surgiu em meados de 2015, por meio da Medida Provisória n. 680, de 6.7.15, depois convertida na Lei n. 13.189, de 19.11.2015. Desde então foi permitido a empresas em situação de dificuldade econômico-financeira, nas condições e forma estabelecidas em ato do Poder Executivo federal, aderirem ao chamado *Programa de Proteção ao Emprego*, de modo a reduzirem, temporariamente, em até trinta por cento, a jornada de trabalho de seus empregados, com a redução proporcional dos salários, desde que autorizada esta redução por acordo coletivo de trabalho específico celebrado “com o sindicato de trabalhadores

(31) Para o estudo do *trabalho em regime de tempo parcial*, sua caracterização e efeitos jurídicos, consultar o Capítulo XXIII, item IX, “Trabalho em Tempo Parcial”, do presente Curso de Direito do Trabalho. A MPR. n. 2.164-41, de agosto/01, teve sua vigência indeterminada, como visto, pela EC n. 32/2001, art. 2º.

representativo da categoria da atividade econômica preponderante” (art. 3º, *caput* e § 1º, MPr. n. 680/2015; art. 5º e §§, Lei n. 13.189/2015). Trata-se de hipótese de alteração contratual lesiva, redutora da jornada e do salário, porém autorizada por negociação coletiva trabalhista e situada em contexto de dificuldade econômico-financeira da empresa empregadora, além de restrita a uma duração realmente provisória.⁽³²⁾

No final de 2016, essa sistemática legal (PPE) foi prorrogada até 31.12.2018 (MPr. n. 761, de 22.12.16), embora sofrendo algumas mudanças, inclusive passando a se denominar *Programa Seguro-Emprego* (PSE). Pela MPr. n. 761 (Diário Oficial de 23.12.2016), a adesão ao PSE “pode ser feita junto ao Ministério do Trabalho”, até 31.12.2017, “observado o prazo máximo de permanência de 24 meses, na forma definida em regulamento, respeitada a data de extinção do Programa” (novo art. 2º, § 1º, Lei n. 13.189/2015; esta extinção está prevista para 31.12.2018: art. 11). A adesão ao PSE e consequente redução da jornada e do salário, em até 30%, deverão ter duração de até seis meses, prorrogáveis por períodos de seis meses, desde que o período total não ultrapasse 24 meses, tudo conforme ACT firmado entre a empresa aderente e o sindicato profissional envolvido (art. 5º, § 1º, IV, e § 2º, Lei n. 13.189/15, com mudanças promovidas pela MPr. n. 761/2016). Pela nova regulação, os empregados de empresas aderentes ao PSE e que tenham seu salário reduzido, receberão compensação pecuniária equivalente a 50% do valor da redução salarial, limitada a 65% do valor máximo da parcela do seguro-desemprego, “enquanto perdurar o período de redução temporária da jornada de trabalho” (novo art. 4º da Lei n. 13.189/15, conforme MPr. n. 761/16). Completa a nova regulação do PSE que se torna vedado à empresa aderente ao Programa, “dispensar arbitrariamente ou sem justa causa os empregados que tiverem sua jornada de trabalho temporariamente reduzida enquanto vigorar a adesão ao PSE e, após o seu término, durante o prazo equivalente a um terço do período de adesão” (novo inciso I do art. 6º da Lei n. 13.189/15, conforme MPr. n. 761/2016).

A MPr. n. 761/2016, por fim, foi convertida na Lei n. 13.456, de 26.6.2017, que preservou os parâmetros principais estabelecidos no diploma que consagrou.

Portanto, fica definitivamente assentado que, em face da nova Constituição, tornou-se obrigatório o título jurídico da norma coletiva negociada

(32) Conforme já explicitado neste Curso, no texto primitivo do § 3º do art. 3º da MPr. n. 680/2015 estava previsto que a “... redução temporária da jornada de trabalho poderá ter duração de até seis meses e poderá ser prorrogada, desde que o período total não ultrapasse doze meses”. Esse prazo, contudo, foi dilatado pela Lei de Conversão n. 13.189/2015 na medida em que esta se referiu à possibilidade de prorrogação de períodos sucessivos de seis meses de redução, “desde que o período total não ultrapasse vinte e quatro meses” (art. 5º, § 1º, IV). Esse critério (24 meses de duração, em prorrogações sucessivas de seis meses) foi mantido pela MPr. n. 761/16).

para respaldar todas as modalidades de alteração contratual por redução de jornada com conseqüente redução de salário (excetuadas as alterações resultantes de comprovado interesse extracontratual obreiro).

Fica também assentado que, obviamente, as jornadas *extraordinárias* podem ser reduzidas, sim, para garantir o cumprimento do padrão normal da jornada normativa — ainda que o trabalho extraordinário tenha se verificado ao longo de largo período contratual. Nesse caso, a redução salarial ocorrerá, por via indireta (com a supressão das horas extras habituais e seu respectivo adicional), sem ilicitude (Súmula 291, produzindo revisão do Enunciado 76, TST).⁽³³⁾

Naturalmente, nesse debate há que se agregar o sentido das mudanças trazidas pela Lei da Reforma Trabalhista, que ostenta preceitos cuja extensão lesiva ainda sequer pode ser inteiramente aquilatada (em face dos limites constitucionais existentes em um Estado Democrático de Direito). Ilustra isso a inusitada regra lançada no novo parágrafo único do art. 444 da CLT, que permite a “livre estipulação” entre as partes (trata-se de um contrato de adesão, conforme se sabe), “com a mesma eficácia legal e preponderância sobre os instrumentos coletivos”, relativamente aos contratos de trabalho que envolvam empregados portadores de diploma de nível superior e que recebam salário mensal igual ou superior o dobro do teto dos benefícios previdenciários do INSS.

C) Alterações de Horário de Trabalho — Alterações no horário de trabalho são modificações que atingem o posicionamento da jornada laborativa no contexto da distribuição diária e semanal da prestação de serviços pelo empregado. Englobam três tipos principais de mudanças: alterações dentro do mesmo horário padrão (diurno *ou* noturno); alterações do horário noturno para o diurno; mudanças do horário diurno para o noturno.

Alterações ocorridas dentro da mesma jornada padrão (noturna ou diurna) são consideradas, em princípio, lícitas, porque inerentes ao exercício do *jus variandi* empresarial. Entretanto, modificações de horário laborativo que possam trazer real e significativo prejuízo ao trabalhador (por ter outro emprego, por exemplo) afetam a estabilização contratual básica, sendo, por isso, vedadas (princípio da inalterabilidade contratual lesiva; art. 468, *caput*, CLT).

A jurisprudência também tem considerado, em princípio, válida alteração de horário laborativo que transfira o obreiro do turno noturno para o diurno, mesmo que seguida da supressão da hora ficta e adicional noturnos (Súmula 265, TST). Justifica tal entendimento o fato de saber-se que o labor noturno é, essencialmente, mais desgastante ao trabalhador, sob qualquer ponto

(33) A supressão total ou parcial, pelo empregador, de serviço suplementar prestado com habitualidade, durante pelo menos um ano, assegura ao empregado a indenização específica informada pela Súmula 291 do TST.

de vista (pessoal, familiar e até mesmo social) —, o que retiraria o caráter preponderantemente prejudicial de tal mudança no cumprimento do contrato. Há autores, contudo, que entendem ser ilícita também esta modificação, em face do princípio da inalterabilidade contratual⁽³⁴⁾.

Não há dúvida, porém, em se considerar *ilícita*, regra geral, alteração que transfira o obreiro do horário diurno para o noturno. É que, mesmo considerado o acréscimo da hora ficta e adicionais noturnos respectivos (art. 73, CLT), pondera-se que tal modificação de horário de trabalho provoca inquestionável (e substantivo) prejuízo pessoal, familiar e social ao trabalhador. O desgaste adicional específico ao trabalho noturno é universalmente reconhecido, implicando sensível lesividade a alteração contratual perpetrada.

3. Alteração de Salário: modalidades

As alterações contratuais quantitativas também atingem o salário do empregado. Podem elas ser positivas ou negativas, no que tange ao montante salarial recebido pelo obreiro.

As *mudanças salariais positivas* (ou *elevações salariais*) são aquelas que incrementam o nível salarial do trabalhador, ao passo que as *mudanças salariais negativas* (ou *reduções salariais*) são as que restringem seu nível salarial.

A) Elevações Salariais — As mudanças salariais positivas, em geral, não produzem maiores indagações no cotidiano trabalhista, dado serem, em princípio, alterações lícitas do contrato, já que mais favoráveis ao obreiro (princípio da inalterabilidade contratual *lesiva*).

Pode ocorrer, entretanto, omissão empresarial quanto ao reconhecimento de uma causa válida de mudança salarial positiva (desvio funcional, por exemplo), ensejando ao obreiro a necessidade de busca judicial da diferença remuneratória pertinente.

B) Reduções Salariais — As alterações salariais negativas abrangem duas principais modalidades: *redução salarial direta* (que envolve tanto a redução *nominal* dos salários, como a redução *real* dos salários), a par da *redução salarial indireta*.

As reduções salariais importam em significativo interesse analítico. É que, regra geral, são elas vedadas pela ordem jurídica. Contudo, *existem situações redutoras englobadas dentro do “jus variandi” empresarial*. Desse modo, a precisa identificação e o estudo dessas situações autorizativas de redução salarial tornam-se importantes à teoria e prática do Direito do Trabalho.

(34) MARANHÃO, Délio. *Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1987, p. 201.

a) *Redução Salarial Direta* — A redução salarial direta pode ser, como visto, nominal ou real. A primeira sempre engloba a segunda modalidade de redução, embora o inverso não seja necessariamente verdadeiro.

a.1) *Redução Nominal de Salários* — *Redução nominal de salários* é aquela que atinge a expressão numérica da remuneração obreira, diminuindo-a formalmente.

Tal tipo de redução é, em princípio, *vedada*, no País, *caso decorrente de ato das partes* — seja renúncia obreira, seja ato unilateral do empregador, seja acordo bilateral (art. 468, *caput*, CLT; ver, ainda, art. 483, “d”, CLT).

A regra vedatória, entretanto, não abrange certas parcelas de natureza salarial — isto é, aquelas que se enquadrem, tecnicamente, no grupo de *salário condição*. De fato, a garantia da irredutibilidade nominal de salários não atinge as verbas contraprestativas pagas pelo empregador ao empregado em virtude do exercício por este do labor em circunstâncias tipificadas que podem desaparecer ao longo do contrato, ensejando o desaparecimento da respectiva verba remuneratória. É o que se passa com os *adicionais*, por exemplo (que se definem como parcelas contraprestativas devidas pelo empregador ao obreiro em vista do exercício de seu trabalho em circunstâncias tipificadas mais gravosas)⁽³⁵⁾.

A Constituição da República consagra o princípio da irredutibilidade salarial (art. 7º, VI). Porém, ao mesmo tempo, abre possibilidade para que a *negociação coletiva* estipule fórmula redutora do próprio salário nominal dos empregados abrangidos pelo instrumento normativo negociado (art. 7º, VI, CF/88: “irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo”).

Retome-se, aqui, um debate relevante: há (ou não) limites à negociação coletiva nessa direção redutora dos salários?

Embora existam posições que defendem a inexistência de limites à negociação coletiva, não é esta a melhor interpretação do conjunto da ordem jurídica. Parece claro que a Constituição recepcionou, *em parte*, antigos preceitos legais que estabeleciam parâmetros para a redução salarial (critério da *motivação tipificada*) — agora submetidos tais preceitos, sempre, ao crivo da negociação coletiva. Desse modo, a redução permitida pela norma autônoma negociada teria de se enquadrar nas situações de *força maior* ou *prejuízos devidamente comprovados* (art. 503, CLT) ou, pelo menos, de *conjuntura econômica adversa* (Lei n. 4.923, de 1965), respeitado o percentual máximo de 25% de redução e o salário mínimo legal (art. 503, CLT); ou teria, por fim, de se enquadrar na nova hipótese redutora de jornada e salário

(35) Sobre o salário condição (e verbas enquadráveis ou não neste grupo), consultar DELGADO, Mauricio Godinho. *Salário* — Teoria e Prática. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 19-20, 113-115 e 155-158. Neste Curso, consultar o Capítulo XXI, itens III. 2 e VIII. 3.

estabelecida pela Lei n. 13.189/2015 (antigo PPE-*Programa de Proteção ao Emprego*), com mudanças promovidas pela MPr. n. 761/2016 e respectiva Lei de Conversão n. 13.467/2017 (novo PSE-*Programa Seguro-Emprego*). Esta nos parece a interpretação que melhor atende aos fins teleológicos de qualquer norma e ordem jurídica (fins acentuados no Direito do Trabalho, relembre-se); que melhor atende também ao princípio da norma mais favorável, imperante no ramo justralhista; a interpretação, por fim, que melhor se harmoniza ao critério hermenêutico que sempre busca encontrar no Direito a noção de *sistema*, isto é, um conjunto de partes *coordenadas* entre si.⁽³⁶⁾

a.2) *Redução Real de Salários* — *Redução real de salários* é aquela que atinge o efetivo valor econômico-monetário da remuneração obreira, diminuindo-a do ponto de vista substantivo (embora não do ponto de vista formal).

O Direito do Trabalho pátrio não tem, na ordem jurídica heterônoma estatal, mecanismos *eficazes* contra a desvalorização da moeda (e, assim, a desvalorização real do salário). Note-se que a antiga tradição das últimas décadas de preservar mecanismos legais de reajustamento automático dos salários em conformidade com os níveis inflacionários da economia (a chamada *escala móvel* de salários) foi inteiramente eliminada, no contexto da redução inflacionária significativa implementada, desde 1994, pelo Plano Real. De fato, a contar da Medida Provisória n. 1.053, de 30.6.95 (e MPs renovatórias seguintes), estabeleceu-se a plena desindexação de salários no País, não mais existindo na lei mecanismos de reajuste automático dos níveis salariais⁽³⁷⁾.

b) *Redução Salarial Indireta* — *Redução salarial indireta* é aquela que ocorre em derivação de mudança em cláusula contratual distinta da regulatória do salário, mas que repercute no nível remuneratório do obreiro.

Tal tipo de redução é considerada lesiva, sendo, desse modo, proibida pelo Direito do Trabalho (princípio da inalterabilidade contratual lesiva; art. 7º, VI, CF/88; art. 468, CLT). Há ressalvas, entretanto: trata-se das relativas às modificações autorizadas por norma coletiva negociada (art. 7º, VI, CF/88), a par de outras exceções legalmente acolhidas.

Existem situações redutoras indiretas que a lei tipifica, expressamente, enquadrando-as até mesmo como justa causa empresarial, que propicia a rescisão indireta do pacto empregatício. É o que se passa, por exemplo, com

(36) A respeito dos limites jurídicos da negociação coletiva trabalhista, consultar, neste Curso, o Capítulo XXXIV, item V.2, intitulado “Princípio da Adequação Setorial Negociada”. Examinar, igualmente, no Capítulo XXXVI, o texto do item VII (“Negociação Coletiva — Possibilidades e Limites”).

(37) O exame dos inúmeros diplomas legais reguladores da chamada *escala móvel de salários*, ao longo de mais de vinte anos até a plena desindexação ocorrida em julho de 1995 com a Medida Provisória n. 1.053, de 30.6.95 (e Mps renovatórias seguintes), está feito na obra deste autor, *Salário — teoria e prática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 158-161. Neste Curso, consultar o Capítulo XXII, item II.

a diminuição do trabalho ou peças encomendadas em contrato com *salário por unidade de obra* (art. 483, “g” e § 3º, CLT). Outras hipóteses efetivamente redutoras do salário, contudo, também podem enquadrar-se como justa causa empresarial (art. 483, “d”, CLT).

O Direito do Trabalho censura, ainda, a *redução* da zona de trabalho de vendedor viajante ou praticista, que importe em redução de salário. Nesta linha, a Lei do Empregado Vendedor determina que se respeitem, nestes casos, “os dispositivos desta Lei quanto à irredutibilidade da remuneração” (art. 2º, § 1º, Lei n. 3.207/57). Verificada a lesão, fica, desse modo, assegurado ao empregado vendedor, “como mínimo de remuneração, um salário correspondente à média dos 12 últimos meses...” (§ 2º do art. 2º, Lei n. 3.207).

Porém se a alteração de zona laborativa não produzir redução salarial, será tida como lícita (Lei n. 3.207/57).

A Lei do Empregado Vendedor permite a *transferência* da zona de trabalho obreira, ainda que *com redução de vantagens* (art. 2º, § 2º da Lei n. 3.207/57). Mas assegura ao empregado *piso remuneratório equivalente à média dos últimos doze meses anteriores à transferência* (§ 2º do art. 2º da Lei n. 3.207/57)⁽³⁸⁾.

X. ALTERAÇÕES OBJETIVAS DO TIPO CIRCUNSTANCIAL

1. Conceituação

Circunstanciais são alterações no contrato de trabalho que dizem respeito à situação ambiental ou organizativa referentes às prestações contratuais.

A mais conhecida das modificações circunstanciais é a mudança de local de trabalho (também denominada *remoção* ou *transferência*).

Configuram também alteração circunstancial as mudanças na *forma* de contraprestação salarial (salário utilidade *versus* salário em moeda, por exemplo), embora, aqui, a mudança possa se tornar, concomitantemente, alteração quantitativa do contrato.

2. Alteração do Local de Trabalho no País

As alterações de local de trabalho ocorridas dentro do País são regidas pela CLT (arts. 469 e 470). Em seus preceitos, o diploma consolidado chega a permitir, em alguns casos, a consumação da transferência até mesmo sem a concordância obreira.

(38) Sobre o contrato do *empregado vendedor*, consultar o Capítulo XVIII, item VII. 3, deste Curso.

As mencionadas regras celetistas, contudo, *não se aplicam a remoções do empregado para o exterior* — as quais somente podem concretizar-se caso respaldadas por inequívoca aquiescência do trabalhador.

A) Distinções — As alterações de local de trabalho no País podem se classificar em distintos grupos, segundo critérios da CLT: em primeiro lugar, pode-se falar em *remoções (ou transferências) relevantes e remoções não relevantes*; em segundo lugar, há as *remoções (ou transferências) lícitas e remoções ilícitas*.

a) Remoções Relevantes e Não Relevantes — As alterações de local de trabalho resultam, em geral, da aplicação de critérios de gestão trabalhista por parte do empregador, movimentando a força de trabalho contratada segundo conveniência da estrutura e dinâmica da empresa e seus estabelecimentos. Do ponto de vista do empresário, as remoções visam a atender a necessidades da organização do serviço; do ponto de vista do empregado, entretanto, as remoções determinadas podem causar certo desconforto pessoal e, se implicarem na mudança da residência obreira, podem ensejar profundo desgaste para o trabalhador e sua família.

No contraponto entre dois valores conflitantes (as necessidades empresariais de organização e dinamização do serviço e a estabilização contratual em favor do empregado), a ordem jurídica preferiu diferenciar as modificações de local de trabalho segundo o nível e intensidade de desconforto provocados no trabalhador. Assim, presume *relevantes* apenas as transferências que impliquem efetiva alteração da própria residência do trabalhador (porque, neste caso, o nível de desconforto e distúrbio pessoal e familiar produzido pela alteração terá sido muito elevado). Por outro lado, presume *não relevantes* as remoções de local de trabalho que não impliquem efetiva alteração da própria residência do trabalhador e sua família.

As alterações não relevantes de local de trabalho serão, portanto, aquelas que não provoquem mudança na residência obreira — a CLT chega a afirmar que não se considera tal alteração circunstancial como remoção ou transferência (art. 469, *caput*, CLT). Desse modo, esta alteração circunstancial menor (que não importe em mudança de residência) é tida, em princípio, como lícita, pois situada dentro do *jus variandi* empresarial (art. 469, *caput*).

Há, contudo, limites a essa irrelevância presumida: é que se tal alteração produzir aumento nas despesas com transporte (por ampliar a distância entre o novo local laborativo e a residência obreira), o empregador terá de suprir tais gastos suplementares (Súmula n. 29, TST; Leis ns. 7.418/85 e 7.619/87, que tratam do vale-transporte).

Alterações relevantes do local de trabalho, para o modelo celetista, serão, como visto, aquelas que implicarem a modificação do local de residência do trabalhador. Estas últimas alterações são as que a CLT considera efetivas remoções ou transferências, submetendo-as a certos requisitos (art. 469, CLT).

A Consolidação vale-se da expressão *domicílio* (“não se considerando transferência a que não acarretar necessariamente a mudança de seu domicílio”: *caput* do art. 469). Porém, na verdade, quer a lei referir-se, preferivelmente, à noção de *residência*, já que este é o dado fático que importa aos objetivos do critério celetista em exame (*domicílio* é conceito jurídico, ao passo que a lei está preocupada é com o dado fático da residência do trabalhador e sua família).

A Consolidação refere-se também à expressão *localidade* (“Ao empregador é vedado transferir o empregado, sem a sua anuência, para localidade diversa da que resultar do contrato”: *caput* do art. 469). Localidade interpreta-se aqui como *município* (desde que não envolva extensa área rural), ou como *cidade* (espaço urbano). No máximo, pode-se acolher, nesta interpretação, o conceito de *região metropolitana*, desde que a nova distância não provoque alteração da residência do trabalhador.

b) Remoções Lícitas e Remoções Ilícitas — As alterações de local de trabalho podem ser lícitas ou ilícitas, segundo sua harmonia ou desajuste à ordem jurídica. A CLT confere clara importância à presente diferenciação, uma vez que faculta ao trabalhador medida judicial pronta e célere (com liminar, inclusive) para opor-se às tentativas de transferência ilícita (art. 659, IX, CLT).

As transferências lícitas englobam os seguintes exemplos: remoções não relevantes (que não implicam mudança da residência obreira); remoções relevantes, mas com aquiescência e comprovado interesse obreiro; remoções relevantes excepcionalmente situadas dentro do *jus variandi* empresarial.

As primeiras de tais transferências (*remoções não relevantes*) já foram examinadas.

As *remoções relevantes com aquiescência do trabalhador e seu comprovado interesse* merecem exame particularizado. Efetivamente, tais remoções são tidas, regra geral, como lícitas. Contudo há importante ressalva a ser efetuada. Embora a expressão celetista seja, de fato, *anuência* (diz o *caput* do art. 469: “Ao empregador é vedado transferir o empregado, sem a sua anuência...”), tem-se produzido interpretação distinta do sentido meramente gramatical desse dispositivo. É que, em face da natural restrição à vontade obreira que caracteriza o contrato de trabalho, a licitude da alteração circunstancial enfocada dependerá, em tais casos, de atender a efetivo interesse obreiro. Tais remoções seriam obviamente lícitas, já que ocorrem em atenção a interesse pessoal ou familiar do empregado, *interesse extracontratual*, portanto (como casamento, proximidade da família, presença de melhor estrutura urbana para a família, etc.). Sem evidência desse interesse extracontratual obreiro na transferência, tende-se a presumir incidência de contingenciamento socioeconômico do empregador sobre a manifestação de vontade obreira.

Finalmente, há as *remoções relevantes excepcionalmente situadas dentro do “jus variandi” empresarial*. Trata-se, como se percebe, de remoções que implicam a mudança da residência obreira, mas que, ainda assim, podem se processar sem expressa anuência ou interesse obreiros.

Este grupo envolve quatro situações-tipo excepcionadas pela CLT: quando ocorrer extinção do estabelecimento a que se vincula o empregado (§ 2º do art. 469, CLT); quando se tratar de empregado exercente de cargo de confiança (§ 1º, art. 469, CLT); quando se tratar de empregado que tenha no contrato cláusula explícita ou implícita de transferibilidade (§ 1º, art. 469, CLT). Finalmente, segundo a CLT, será lícita a transferência unilateral, desde que provisória e existindo real necessidade de serviço (§ 3º do art. 469). Aqui, entretanto, deve ser ressaltado que a jurisprudência (Súmula 43, TST) já estendeu a noção de *real necessidade do serviço* para todas as situações autorizativas de transferência (assimilando a *parte* da quarta situação-tipo nas outras três, portanto).

Note-se, a propósito, que a regra geral da CLT é na direção da *ilicitude* das remoções relevantes, caso ausentes anuência e interesse extracontratual obreiros. Contudo, a mesma lei, de fato, introduz inúmeras e significativas exceções à regra geral que enuncia.

B) Efeitos da Remoção/Transferência — As *remoções lícitas* produzidas pelo empregador geram, em princípio, a obrigação de cumprimento pelo empregado. É o que se passa com as remoções não relevantes (que não impliquem mudança da residência obreira); remoções relevantes com aquiescência e comprovado interesse extracontratual obreiro; remoções relevantes excepcionalmente situadas dentro do *jus variandi* empresarial (as quatro situações-tipo ressaltadas pela CLT).

Não há qualquer dúvida de que a remoção por comprovado interesse obreiro *não* produza a incidência do adicional de transferência (art. 469, § 3º, CLT).

Registre-se que *parte* da jurisprudência também entende que não implicam pagamento de adicional as remoções excepcionalmente autorizadas pela CLT: as que envolvem empregado exercente de cargo de confiança; as que envolvem contrato empregatício com cláusula implícita ou explícita de transferibilidade; as derivadas da extinção do estabelecimento.

A tendência jurisprudencial majoritária, hoje, tem insistido que o *adicional* seria efeito exclusivo das *remoções provisórias*, independentemente de se estar perante as demais situações-tipo identificadas pela CLT (a respeito, OJ 113 da SDI-III/TST).

As *remoções ilícitas* são, como visto, aquelas situadas fora das hipóteses permitidas pela CLT. Verificado o intento de remoção irregular, poderá o obreiro propor ação buscando sustar a transferência (em cujo corpo se prevê, inclusive, medida liminar: art. 659, IX, CLT).

Por *equidade*, não se pode negar o pagamento do adicional de transferência (§ 3º, art. 469) *em casos de remoção ilícita não sustada judicialmente*. É que a correção do ato ilícito deve ser fazer, no Direito do Trabalho, mediante a produção de todas as repercussões legais retificadoras, sob pena de enriquecimento sem causa. Como não se pode mais retroagir à situação anterior à transferência, corrige-se o vício consumado através do pagamento do adicional compensatório previsto para situações congêneres.

C) Adicional de Transferência — Adicional de transferência é a parcela salarial suplementar devida ao empregado submetido a remoção de local de trabalho que importe em mudança de sua residência.

O critério celetista concernente à incidência do presente adicional ainda tem se mantido impreciso na doutrina e jurisprudência, em virtude das distintas interpretações acerca de seu real sentido.

a) *Pontos Consensuais* — Há, contudo, dois pontos efetivamente consensuais a respeito desse tema: o primeiro reside na conclusão de ser esse adicional jamais devido em remoções circunstanciais que *não* impliquem a efetiva mudança da residência obreira — as chamadas remoções não relevantes (*caput* do art. 469, CLT). Isso significa que a remoção dentro da mesma localidade, que apenas provoque o distanciamento do estabelecimento laboral em contraponto com a residência obreira, pode ser unilateralmente determinada, sem repercussões salariais (embora a jurisprudência, por equidade, tenha aduzido caber ao empregador, como visto, pagar as despesas de acréscimo de transporte obreiro: Súmula 29, TST).

O segundo ponto consensual reside na conclusão de ser o adicional de transferência jamais devido em remoções efetivadas em atendimento a inequívoco interesse pessoal obreiro — *interesse extracontratual*, esclareça-se (casamento, interesse familiar, etc.). Embora se saiba que qualquer remoção somente será concretizada caso também harmonize-se ao interesse empresarial, o aspecto aqui distintivo será o fato de que a transferência visou também atender a significativo interesse pessoal do trabalhador ou sua família.

b) *Crítérios de Incidência do Adicional* — Em que situações de transferência caberá, desse modo, o adicional previsto pelo art. 469, § 3º da CLT? São controvertidas as respostas à presente indagação.

Há uma *primeira vertente interpretativa* que entende *não* ser cabível o adicional celetista nas três primeiras das quatro situações-tipo de transferência unilateral válida previstas pela CLT (art. 469, §§ 1º e 2º), ou seja: a) quando a remoção envolver empregado exercente de cargo de confiança (§ 1º do art. 469); b) quando envolver empregado cujo contrato tenha cláusula implícita ou explícita de transferibilidade (§ 1º do art. 469); c) quando houver extinção do estabelecimento (§ 2º do art. 469). É bem verdade que exigem os tribunais (Súmula 43, TST), quanto às duas primeiras situações, que a

transferência se faça por real necessidade do serviço (embora não seja fácil provar-se o mero capricho na transferência perpetrada). Quanto à terceira situação-tipo, a real necessidade de mudança é suposta, por razões óbvias (extinção do estabelecimento).

Ao inverso da conclusão acima, caso o obreiro transferido ou a circunstância envolvida com a transferência não se enquadrem nas três situações-tipo acima, seria pertinente falar-se na aplicação do adicional previsto pela ordem jurídica.

Há uma *segunda vertente interpretativa* a respeito do problema em destaque. De fato, entende parte ponderável da doutrina e jurisprudência que o fator condicionante à percepção do adicional de transferência seria outro, um fator singular, independente dos aspectos já mencionados: a *provisoriidade* (ou não) da remoção efetivada. Sendo provisória a mudança, caberia o pagamento do adicional previsto pela CLT (mesmo em se tratando de empregado ocupante de cargo de confiança, ou existindo cláusula de transferibilidade no contrato, insista-se). Em vez disso, sendo definitiva a transferência, não incidiria o mencionado adicional. Esta interpretação decorre do fato de o art. 469, § 3º, *in fine*, ter-se utilizado da frase *enquanto durar essa situação* (ressaltando a ideia de provisoriidade), no instante em que instituiu o mencionado adicional.

A presente linha interpretativa recebeu o reforço da OJ n. 113 da SDI-1 do TST.

Registre-se que esta interpretação traz uma inquestionável dificuldade teórico-prática: estimar-se a provisoriidade ou não da transferência perpetrada. Embora haja decisões considerando provisórias apenas as remoções que tenham ocorrido por poucos meses ou nas proximidades do final do contrato, resultam de leitura claramente restritiva do texto legal.

Neste debate, o melhor critério — por transparente e objetivo — parece-nos aquele que contrapõe a noção de *provisoriidade* à de *definitividade*: *definitiva* é aquela alteração que se estabilizou plenamente no contrato, de modo que sua causa, conteúdo e validade não podem mais ser sequer questionados e aferidos; em contraponto, *provisória* é aquela mudança ainda precária na história do contrato, uma vez que sua causa, conteúdo e validade podem ser questionados e aferidos. Assim, definitiva será a modificação circunstancial que tenha se produzido já no período prescrito do contrato, ao passo que provisória será aquela transferência que tenha ocorrido no período contratual não prescrito. Efetivando-se a remoção no período imprescrito, será, desse modo, considerada provisória, para os fins do art. 469, § 3º, da CLT.

De toda maneira, existem outros parâmetros para se considerar *provisória* a alteração circunstancial promovida, segundo a jurisprudência: caso ela se enquadre em certa prática sequencial de remoções que se evidencie na

história do contrato; ou, independentemente do aspecto anterior, caso ela perdure por prazo até 3 anos, tempo tido como razoável para que o trabalhador e sua família se adaptem à nova comunidade para onde foram deslocados⁽³⁹⁾.

Há, por fim, uma *terceira vertente interpretativa* a respeito do tema em análise. Esta última linha pondera que a remoção relevante (provisória ou definitiva) tende a provocar o surgimento de circunstâncias mais gravosas ao exercício do contrato para o trabalhador, em especial pela radical mudança que produz em sua inserção individual e familiar no plano da comunidade. Por essa razão, o adicional de transferência previsto no mesmo artigo celetista deveria ser pago, sim, ao empregado transferido — *exceto se a remoção relevante tiver se concretizado em derivação de comprovado interesse extracontratual obreiro*. Esta vertente acrescenta que a distinção entre licitude e ilicitude da transferência (e mesmo seu caráter provisório ou definitivo) não afetaria, necessariamente, a percepção do adicional, mas, sim, a prerrogativa obreira de obstar, judicialmente, a efetiva realização da mudança. Desse modo, apenas as remoções ilícitas poderiam ser sustadas pelo Judiciário, na forma prevista pelo art. 659, IX, da CLT. Porém, todas elas, inclusive as lícitas (exceto se ocorridas por interesse obreiro), deveriam ensejar o pagamento do adicional, já que este se define como parcela contraprestativa devida ao empregado em virtude do exercício do contrato em circunstâncias tipificadas mais gravosas.

O balanço da evolução jurisprudencial nos últimos anos evidencia que, na esteira da OJ 113 da SDI-I do TST, tem se tornado consensual a interpretação de que o adicional do art. 469, § 3º, da CLT é devido somente nas *remoções provisórias*. No tocante à ideia de *provisoriedade*, dois fatores têm sido eleitos, mais consensualmente, para definir esta circunstância: de um lado, o fato de a remoção traduzir certa prática empresarial de transferências sucessivas, em vista da evidenciada sequência de remoções; de outro lado, o fato de a mudança ter perdurado por prazo tido como exíguo, isto é, cerca de três anos, ou aproximadamente a isso, tempo considerado como razoável para que o trabalhador e sua família se adaptem à nova comunidade para onde foram deslocados.

c) Novo Critério Incidente: Lei Maria da Penha (n. 11.340/2006) — A Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006 (*Lei Maria da Penha*), que institui *mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher*, estabelece preceito com nítida dimensão trabalhista (embora esta não

(39) A partir deste último parâmetro percebido na jurisprudência (remoção que perdure por até 3 anos, tempo tido como razoável para que o trabalhador e sua família se adaptem à nova comunidade para onde foram deslocados), poder-se-ia considerar provisória toda transferência até o limite de 3 anos, de modo a ensejar o pagamento do adicional previsto no § 3º do art. 469 da CLT. Ultrapassado esse limite temporal, a remoção convolar-se-ia em definitiva, para os efeitos do art. 469, § 3º, desaparecendo o acréscimo salarial devido na fase de transição e adaptação.

seja a única faceta do dispositivo, é claro). Trata-se da remoção do local de prestação de serviços da servidora pública de entidade integrante da administração direta ou indireta que esteja submetida às circunstâncias apontadas na lei (art. 9º, § 2º, Lei n. 11.340/2006). Naturalmente que a regra pode abranger tanto servidoras administrativas, quanto servidoras celetistas, em conformidade com o respectivo regime jurídico.

Dispõe o art. 9º, § 2º, I, da Lei Maria da Penha que: “§ 2º. O Juiz assegurará à mulher em situação de violência doméstica e familiar, para preservar sua integridade física e psicológica: (...) I — acesso prioritário à remoção quando servidora pública, integrante da administração direta ou indireta”.

A par de sua dimensão trabalhista manifesta, a regra tem nítida dimensão de *seguridade social*, a qual se compreende como “*um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social*” (art. 194 da Constituição da República).

Nesta sua importante dimensão de *regra de seguridade social*, o preceito erige-se como parte de consistente política pública de garantia da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF/88), de garantia do direito à vida, à liberdade, à igualdade e à segurança (art. 5º, *caput*, CF/88), de garantia de exercício dos direitos sociais da saúde, da segurança e do bem-estar (Preâmbulo da Constituição e art. 6º, *caput*, CF/88), de combate à discriminação da mulher (art. 3º, IV, CF/88; art. 5º, *caput* e I, CF/88) e de garantia de assistência aos desamparados (art. 6º, CF/88).

Em tal quadro constitucional e normativo, desponta como natural e lógica a incidência dos efeitos trabalhistas próprios à remoção circunstancial do local de trabalho, inclusive quanto ao adicional do art. 469, § 3º, da CLT — desde que esta remoção implique a mudança da residência da servidora celetista, é claro.

Não há que se falar, no presente caso, na incidência das restrições da OJ n. 113 da SDI-I do TST, por não se tratar, sob qualquer perspectiva, das hipóteses aventadas na construção e aplicação daquela orientação jurisprudencial. Nesta situação regulada pela Lei Maria da Penha, a transferência não se faz por livre escolha da trabalhadora, *porém por estado de necessidade ou por legítima defesa* — fatores judicialmente reconhecidos, a propósito. Faz-se a remoção, ademais, em decorrência de imperativa determinação judicial, em busca de melhor e mais efetiva tutela da mulher ameaçada.

Trata-se, desse modo, de situação excetiva à aventada pela OJ 113, tendo como resultado a incidência do adicional de 25% estipulado pela CLT.

Configurada a remoção, incide também a *ajuda de custo transferência* prevista pelo art. 470 da CLT.

d) *Adicional: valor e repercussões contratuais* — O adicional de transferência corresponde a 25% do salário contratual obreiro no instante de implemento de sua remoção (§ 3º do art. 469, CLT). Incidindo sobre o salário mensal, sofrerá, evidentemente, os mesmos reajustes a este aplicáveis ao longo da prestação laborativa.

Tratando-se de parcela salarial, integra-se à remuneração do trabalhador para todos os fins, inclusive cálculo das demais verbas que incidam sobre o salário do contrato (efeito expansionista circular dos salários).

Na qualidade de *salário condição*, entretanto, a verba desaparecerá no momento em que o trabalhador retornar à localidade original de prestação dos serviços.

Ressalte-se, finalmente, que a existência de remoções sucessivas não propicia a cumulação de adicionais de transferência, conforme entendimento sedimentado na jurisprudência.

D) Ajuda de Custo por Transferência — A ordem jurídica prevê, ainda, o pagamento ao obreiro de uma parcela indenizatória, voltada a repor as despesas de transferência do trabalhador e sua família: trata-se da ajuda de custo especificada pelo art. 470 da CLT.

Tal verba, como visto, tem indubitável natureza indenizatória (reparação ou antecipação de gastos). Por esta razão, paga-se mediante uma ou poucas parcelas — e não uma série indeterminada ao longo do contrato de trabalho. Também por ter natureza indenizatória, não se integra ao salário ou contrato obreiros.

O objeto da verba abrange despesas de transferência: é claro que não somente as individuais do trabalhador, mas, também, sem dúvida, de sua família.

E) Empregados Intransferíveis — Há empregados que a ordem jurídica imanta de inquestionável garantia no tocante às remoções circunstanciais relevantes propiciadas pelo empregador. Por exceção, tais trabalhadores são tidos como intransferíveis, ainda que configurada real e comprovada necessidade de serviço. A intransferibilidade é tamanha que às vezes pode, até mesmo, não se atenuar perante situações fáticas intransponíveis, como a de extinção do estabelecimento: é o que ocorre com o antigo estável celetista (arts. 497 e 498, CLT).

A exceção da intransferibilidade abrange, entretanto, somente as *remoções relevantes*, é claro (isto é, aquelas que impliquem efetiva mudança da residência obreira). Tratando-se, pois, de *remoção não relevante* (que não envolva, desse modo, modificação da residência obreira) *inexistem, em princípio, restrições às alterações circunstanciais do contrato de trabalho*.

a) *Empregados Estáveis e Dirigentes Sindicais* — Há obreiros que se enquadram, inquestionavelmente, no grupo dos intransferíveis: trata-se

do empregado *estável celetista* (figura em extinção, como se sabe, dado que a Constituição de 1988 inviabilizou novas aquisições de estabilidade desde 5.10.1988); do empregado *estável constitucional* (servidor celetista da administração direta, autárquica e fundacional, conforme art. 19 ADCT-CF/88, e, ainda, art. 41, *caput*, CF/88 — caso se considere aplicável esta última estabilidade também ao servidor celetista); e, finalmente, do *dirigente sindical* (art. 543, CLT; art. 8º, II e VIII, CF/88).⁽⁴⁰⁾

No tocante à situação do *empregado estável celetista*, as garantias legais são muito amplas. Ao lado da intransferibilidade, prevê a lei que, havendo extinção do estabelecimento, esse trabalhador fará jus à indenização celetista na forma dobrada (art. 497, CLT). Ocorrendo extinção por força maior, a indenização pagar-se-á na forma simples (arts. 497, 498 e 502, CLT).

No tocante ao *servidor público celetista estável* (art. 19, ADCT, CF/88; art. 41, *caput*, CF/88), a garantia de intransferibilidade, que protege contra as chamadas remoções relevantes, é também imanente à vantagem estabilitária.

É claro que a extinção do órgão administrativo (e mesmo da pessoa jurídica contratante do servidor) não poderá impedir a transferência contratual deste para outro órgão ou entidade — desde que não implicando mudança na residência do trabalhador. Afinal, a sucessão trabalhista não é restringida no que concerne aos trabalhadores estáveis.

No tocante ao dirigente sindical, a intransferibilidade resulta não só da garantia de emprego que lhe é própria, como também de uma característica inerente ao modelo sindical do País: a base territorial. Por isso, prevê a lei, ao lado da intransferibilidade, a perda do mandato pelo dirigente que requerer ou aceitar transferência para fora da base territorial (§ 1º, art. 543; art. 8º, II, CF/88).

Há um debate importante na prática desta garantia legal: ocorrendo extinção do estabelecimento, que efeito se produz na garantia de emprego? Se inviabilizada esta, que indenização reparatória assegurar-se-ia ao dirigente sindical?

(40) A jurisprudência trabalhista pacificou que o “*servidor público celetista da administração direta, autárquica ou fundacional é beneficiário da estabilidade prevista no art. 41 da CF/1988*”. (Súmula 390, I, TST, que incorporou a ex-OJ 22, da SDI-II/TST e a ex-OJ 265, SDI-I/TST). Ao revés, também havia pacificado que ao “*...empregado de empresa pública ou de sociedade de economia mista, ainda que admitido mediante aprovação em concurso público, não é garantida a estabilidade prevista no art. 41 da CF/1988*” (Súmula 390, II, TST, incorporando a ex-OJ 229, SDI-I/TST). A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, entretanto, tem sinalizado que o servidor celetista concursado, depois da EC n. 19, de 1998 (*reforma administrativa*), não mais seria favorecido pela estabilidade do art. 41, *caput*, CF/88 — a qual somente protegeria o servidor administrativo concursado; também tem sinalizado o STF na direção da necessidade de *motivação* para a dispensa na área estatal, seja no tocante ao servidor celetista, seja no tocante ao empregado de outras entidades estatais. Registre-se, contudo, que mesmo o STF ainda não estabilizou sua jurisprudência a respeito da necessidade de motivação quanto a entidades estatais regidas pelo art. 173, § 1º, II, da Constituição. A respeito desse debate, consultar também, no presente Curso, o Capítulo XXXII, item III.3 (“Estabilidade do Art. 41 da Constituição de 1988”).

A resposta à primeira indagação parece clara: o fato concreto da extinção da atividade empresarial na base territorial do respectivo sindicato torna inviável a continuidade da garantia de emprego, já que é vedada a transferência obreira. Nesta linha, a ex-OJ 86 da SDI-I/TST e a Súmula n. 369, IV, do TST.

No que concerne à indenização reparatória, três posições podem ser ressaltadas. Uma vertente aponta o pagamento, a título indenizatório, das verbas contratuais devidas até *final de garantia de emprego*, isto é, um ano após o término previsto para o mandato, por aplicação analógica dos arts. 497 e 498 da CLT (preceitos referentes ao estável celetista). A dobra indenizatória incidente em favor do estável celetista também incidiria? Aqui pode responder-se, com segurança, de modo negativo, uma vez que regra punitiva (dobra) não se estende no Direito, nem é passível de aplicação analógica. O resultado, portanto, desta vertente seria a *indenização simples* pelo restante do período de garantia de emprego.

Uma segunda linha interpretativa reduz essa indenização apenas ao *período remanescente do mandato obreiro*. Argumenta que a frustração do papel social e profissional do dirigente (seu papel representativo, pois) abrangeria, na prática, apenas o período real de seu mandato. A extensão da garantia para um ano após o mandato somente teria sentido em casos de efetiva continuidade do estabelecimento ou da empresa no local da representação, e não em situações de sua extinção.

Uma última vertente elimina qualquer repercussão indenizatória específica à situação em exame (incidindo, pois, apenas as verbas da dispensa injusta). Esta vertente, entretanto, não parece consistente com o conjunto da ordem jurídica. Ora, se a extinção da atividade resulta do exercício do poder diretivo empresarial (e isso é reconhecido pela jurisprudência: ver, a propósito, a Súmula n. 44 do TST), o ato potestativo empresarial deveria responder pela frustração de garantias trabalhistas em curso, como ocorre, afinal, em qualquer situação de afronta a direitos e garantias na sociedade contemporânea (art. 159, CCB/1916; art. 186, CCB/2002). Ou seja, deveria provocar, pelo menos, a *indenização simples pelo período remanescente do mandato obreiro*, isto é, o período em que, em virtude do ato unilateral do empregador, frustrou-se o papel social e representativo do dirigente.

b) Outros Obreiros Relativamente Protegidos — Há obreiros, finalmente, cujo enquadramento no grupo dos intransferíveis não é inteiramente pacífico na doutrina e jurisprudência (à falta de texto legal expresso em seu favor), embora se possa inferir, interpretativamente, a incidência de semelhante proteção em seu favor. Trata-se dos casos envoltos aos demais empregados revestidos de garantia de emprego (cipeiro, gestante, acidentado, diretor de cooperativa obreira, etc.), além dos casos envoltos a empregados menores de 18 anos.

No que tange aos *demais empregados revestidos de garantia de emprego* (cipeiro, gestante, acidentado, diretor de cooperativa obreira, etc.), não pode haver dúvida razoável de que também se encontram imantados pela *proteção da intransferibilidade* (isto é, desde que consideradas apenas as transferências relevantes, é claro). É que tal efeito é inerente à própria ideia de garantia de emprego, sob pena de a vantagem especial poder se voltar contra os próprios interesses daquele a quem visou proteger.

Acolhidos tais efeitos protetivos especiais sobre o empregado favorecido por garantia de emprego, há que se estender também a ele as mesmas observações já expendidas acima no que tange à extinção da empresa ou estabelecimento empresarial.

Contudo, no tocante àqueles trabalhadores cujas garantias de emprego tenham *causa* essencialmente *personalíssima*, e não comunitária (casos da gestante e do acidentado do trabalho, por exemplo, em contraponto ao cipeiro, ao diretor de cooperativa e ao dirigente sindical), não pode subsistir qualquer mínima dúvida de que a extinção do estabelecimento ou da empresa deverá provocar, sim, a incidência da *indenização simples pelo período remanescente da garantia de emprego* (um ano desde o retorno ao labor, no caso do acidentado, e cinco meses após o parto, no caso da gestante), isto é, o exato período correspondente à frustração da vantagem privada obreira pelo ato unilateral do empregador.

No que diz respeito aos *empregados menores de 18 anos*, prevê a ordem jurídica uma tutela especial, dirigida a garantir a tais trabalhadores a prevalência de seus direitos à formação física, moral e educacional, inclusive *com acesso e frequência ao ensino regular* (art. 227, *caput*, e § 3º, III, CF/88). Ora, tais objetivos enfatizados pela ordem jurídica restringem, inevitavelmente, o *jus variandi* empresarial no que diz respeito às transferências de tais empregados, em face dos prejuízos significativos que tais alterações contratuais poderiam ensejar à formação do menor⁽⁴¹⁾.

3. Transferência Obreira para o Exterior

As regras jurídicas especificadas no art. 469 da CLT aplicam-se, em princípio, exclusivamente a remoções operadas no próprio Brasil. Não se aplicam, portanto, a transferências de trabalhadores para o exterior do País.

A) Inviabilidade do *Jus Variandi* — A não aplicação dos critérios celetistas clássicos ao presente caso resulta na conclusão de que não existe, definitivamente, a prerrogativa unilateral de o empregador determinar transferência de empregado para fora do Brasil. Não há, pois, viabilidade de exercício de *jus variandi* empresarial no que tange a remoções externas.

(41) Para maior exame da estabilidade e garantias de emprego, com seus diversificados efeitos jurídicos, consultar o Capítulo XXXII deste Curso.

Para estas remoções é essencial a livre e manifesta concordância obreira. Em consequência, torna-se absolutamente válida a resistência do trabalhador a qualquer ordem empresarial nessa direção modificativa do contrato; está-se diante, pois, de caso exemplar de *jus resistentiae* obreiro.

B) Diploma Especial: Lei n. 7.064/82 — Não fixa a CLT regras especiais às remoções para o exterior. Apenas a Lei n. 7.064, de 1982, é que trata com maior minúcia do tema. Contudo, o diploma normativo de 1982 direcionou-se, originalmente, somente às *empresas prestadoras de serviços de engenharia, consultoria, projetos e obras, montagens, gerenciamento e congêneres* (art. 1º, Lei n. 7.064/82). Com a nova redação promovida pela Lei n. 11.962/2009 estenderam-se as regras da Lei n. 7.064 a *todos os trabalhadores contratados no Brasil ou transferidos por seus empregadores para prestar serviços no exterior* (art. 1º, Lei n. 7.064, conforme Lei n. 11.962/09).

Não obstante essa restrição original quanto à área econômico-profissional de incidência do diploma jurídico da década de 1980, adianta-se ao leitor o que está melhor explicitado no tópico **3.C**, mais à frente: *a jurisprudência trabalhista tem estendido a proteção da Lei n. 7.064/82 a empregados de qualquer setor, desde que tenham trabalhado no Brasil e, subsequentemente, tenham sido transferidos para o exterior* (com essa interpretação mais favorável, a própria jurisprudência atenuou o rigor da Súmula 207 do TST — cancelada, finalmente, em abril de 2012 – Res. n. 181/12, TST).

Estipulava esse diploma legal, em sua redação primitiva, estar regendo a situação de empregados contratados no Brasil por empresas do segmento econômico referido em seu art. 1º e transferidos para prestar serviços no exterior (art. 1º, Lei n. 7.064). Esclarece o diploma legal, entretanto, que *não* abrange a situação de obreiro designado para prestar serviços *transitórios* no exterior (isto é, por período não superior a 90 dias), desde que tenha ciência da transitoriedade e receba passagens ida-e-volta e diárias (parágrafo único, “a” e “b”, art. 1º, Lei n. 7.064). Portanto, o diploma mencionado dirige-se somente a transferência de mais longo curso, acima de 90 dias.

a) *Crítérios e Direitos da Lei n. 7.064* — O diploma em exame estabelece diversos preceitos especificamente aplicáveis aos contratos de trabalho que regula. Destacam-se os seguintes aspectos: previsão de salário-base e adicional de transferência; respeito aos direitos inerentes à legislação brasileira relativa à Previdência Social, FGTS e PIS; direito de gozo de férias no Brasil, acompanhado dos familiares, com custeio da viagem pelo empregador, após dois anos de estadia no estrangeiro; direito ao retorno custeado ao Brasil no término do período de transferência ou até mesmo antes, nos casos legalmente previstos; direito a seguro de vida e acidentes pessoais, por conta da empresa; direito a serviços gratuitos e adequados de assistência médica e social, nas proximidades do local laborativo no exterior.

A Lei n. 7.064 prevê, ainda, a viabilidade de eliminação de vantagens contratuais externas após regresso do empregado ao Brasil (por exemplo, adicional de transferência, salário *in natura*, seguros contratados e quaisquer outras vantagens), ainda que preservada a continuidade do contrato empregatício em nosso país (art. 10). Isso significa que a ordem jurídica considera como *condicionadas* todas as parcelas pagas ao empregado em função de sua transferência para o estrangeiro.

É interessante notar que o diploma legal em exame fixava, nos anos de 1980, exceção à regra geral da *territorialidade*, incorporada pela Convenção de Havana (1928, ratificada pelo Brasil) e pela jurisprudência trabalhista pátria (Súmula 207, TST, de 1985): “a relação jurídica trabalhista é regida pelas leis vigentes no país da prestação do serviço e não por aquelas do local da contratação” (critério da *lex loci executionis*).

De fato, dispõe a Lei n. 7.064/82 que aos contratos por ela regulados aplicam-se, é claro, as *regras da legislação do local da prestação dos serviços* (art. 3º, *caput*, Lei n. 7.064, reportando-se ao critério da territorialidade). Mas estipula, também, que a esses contratos aplicam-se ainda os direitos fixados pela referida Lei n. 7.064 (inciso I do mencionado art. 3º). Dispõe, por fim, o diploma trabalhista brasileiro ser assegurada a tais contratos “a aplicação da legislação de proteção ao trabalho, naquilo que não for incompatível com o disposto nesta Lei, *quando mais favorável do que a legislação territorial, no conjunto de normas em relação a cada matéria*” (inciso II do art. 3º, Lei n. 7.064/82; grifos acrescidos). Ou seja, a mencionada lei afasta a aplicação do critério estritamente territorial, *permitindo a aplicação da legislação laborativa mais favorável* (seja a do país de prestação de serviços, seja a do Brasil), em conformidade com a *teoria do conglobamento*, no processo comparativo entre as ordens jurídicas.

b) Aplicação Analógica da Lei n. 7.064 — A Lei n. 7.064, de 1982, aplicava-se, como visto, em princípio, às transferências externas produzidas por empresas prestadoras de serviços de engenharia, consultoria, projetos e obras, montagens, gerenciamento e congêneres.

É possível falar-se, entretanto, na aplicação analógica do referido diploma a remoções externas implementadas pelos demais empregadores situados no Brasil (antes da generalização procedida pela Lei n. 11.962/2009)? A resposta a tal indagação deve ser positiva, ainda que sem abrangência a todos os preceitos componentes da Lei n. 7.064/82.

Analogia, como se sabe, na Ciência do Direito, é o processo pelo qual se aplica à situação não prevista em lei preceito relativo a caso semelhante (*ubi eaden ratio, ibi idem jus*). Pressupõe semelhança de relações ou situações jurídicas, conduzindo ao encontro de fórmula normativa semelhante.

A analogia possui três requisitos, de acordo com os autores: a) que o fato considerado não tenha sido regulado especificamente pelo legislador, através de específica norma jurídica; b) que exista, na ordem jurídica, norma regulando situação ou relação que apresente ponto de contato, semelhança, coincidência ou identidade; c) que esse aspecto comum, relevante às duas situações fáticas comparadas, seja o elemento central a autorizar a operação analógica.

Através da analogia investiga-se, portanto, preceito latente no sistema jurídico: ultrapassam-se as fronteiras previstas por determinada norma, palmilhando-se situações ou relações por esta não enfocadas.

Na situação examinada o procedimento analógico era inevitável (analogia *legis*, a propósito) — *pelo menos com respeito às regras protetivas da transferência e seus efeitos*. É que havia trabalhadores brasileiros, empregados de empresas situadas no País em segmentos econômicos distintos daqueles tratados pela Lei n. 7.064 (setor financeiro ou de turismo, por exemplo), que podiam ser transferidos, com seu consentimento, para o exterior, por período superior a 90 dias, tendo de se deslocar para terras distantes com suas famílias, em cumprimento aos respectivos contratos. Ficaram tais obreiros destituídos de qualquer garantia, inclusive no tocante a suas férias e retorno ao Brasil? Seguramente, não.

Ora, os dados fáticos da situação empregatícia e da modificação contratual sofrida por estes últimos empregados são rigorosamente coincidentes com aqueles vivenciados pelos obreiros vinculados a empresas do setor de serviços de engenharia, consultoria, projetos e obras, montagens, gerenciamento e congêneres (empresas referidas pela Lei n. 7.064/82). Em virtude da relevância de tais dados fáticos é que a Lei n. 7.064 decidiu estabelecer suas regras jurídicas. Portanto, havia uma *coincidência essencial de situações fáticas relevantes*, em contexto de *indisfarçável omissão normativa* nos demais diplomas legais trabalhistas brasileiros quanto a inúmeros trabalhadores que vivenciam tais situações fáticas coincidentes. Em consequência da nítida lacuna normativa, justificava-se a aplicação analógica (no que fosse compatível, é claro) dos preceitos da Lei n. 7.064/82 sobre os empregados de outros setores econômicos do país que sofressem remoção para o exterior, nos moldes tipificados pelo diploma trabalhista em estudo.

É bem verdade que a lacuna normativa ocorria apenas no que tange a *alguns poucos aspectos envolventes ao conteúdo contratual* (tratados pela Lei n. 7.064) e no tocante a *regras de transferência* — cabendo, quanto a tais aspectos, a aplicação analógica da Lei n. 7.064, de 1982.

No que tocava, porém, ao *critério de aplicação da norma jurídica no espaço* (onde a Lei n. 7.064 *estende o critério da norma mais favorável, afastando o da territorialidade*), não havia, efetivamente, lacuna normativa, uma vez que a Convenção de Havana, de 1928, regia tais relações contratuais

trabalhistas (Súmula 207, TST). A presença de enfática norma jurídica incidente (Convenção de Havana) inviabilizava a analogia quanto aos tópicos regulados por tal norma originária.⁽⁴²⁾

C) Atenuação Gradativa da Súmula n. 207, com Alargamento da Incidência da Lei n. 7.064/82 — A jurisprudência trabalhista, sensível ao processo de globalização da economia e de avanço das empresas brasileiras para novos mercados no exterior, passou a perceber a insuficiência e inadequação do critério normativo da Convenção de Havana (*lex loci executionis*) para regulação dos fatos congêneres multiplicados nas duas últimas décadas. Nesse contexto, tem ajustado sua dinâmica interpretativa, de modo a atenuar o rigor da Súmula 207 do TST, restringindo sua incidência, ao mesmo tempo em que alarga as hipóteses de aplicação das regras da Lei n. 7.064, de 1982.

Assim tem considerado que o critério da *lex loci executionis* (Súmula 207) — até o advento da Lei n. 11.962/2009 — somente prevalece nos casos em que foi o trabalhador contratado no Brasil *para laborar especificamente no exterior*, fora do segmento empresarial referido no texto primitivo da Lei n. 7.064/82 (que abrange, como se sabe, empresas prestadoras de serviços de engenharia, projetos e obras, montagens, gerenciamento e congêneres). Tratando-se, porém, de trabalhador contratado no País, *que aqui tenha laborado para seu empregador*, sofrendo subsequente remoção para país estrangeiro, já não estaria mais submetido ao critério normativo da Convenção de Havana (Súmula n. 207), *por já ter incorporado em seu patrimônio jurídico a proteção normativa da ordem jurídica trabalhista brasileira*. Em consequência, seu contrato no exterior será regido pelo critério da *norma jurídica mais favorável*, brasileira ou do país estrangeiro, respeitado o conjunto de normas em relação a cada matéria⁽⁴³⁾.

D) Generalização da Lei n. 7.064 pela Lei n. 11.962/2009 — A partir da Lei n. 11.962, publicada no Diário Oficial em 6.7.2009, *todas* as regras da Lei n. 7.064 passaram a se aplicar a todos os trabalhadores removidos para o exterior, independentemente da área ou segmento empresarial de especialização ou atuação (portanto, também trabalhadores dos segmentos bancário, extrativo mineral, siderúrgico, turístico, etc.), independentemente do fato de ter sido o obreiro contratado para laborar diretamente no exterior ou transferido para o estrangeiro após trabalhar dentro de nosso país.

(42) Quase três anos depois da vigência da Lei n. 11.962, publicada em 6 de julho de 2009, que afastou completamente a aplicação do critério da territorialidade da Convenção de Havana no tocante a qualquer tipo de transferência de empregados para o exterior, decidiu o TST cancelar sua antiga Súmula 207 (Res. n. 181, de abril de 2012).

(43) São acórdãos de turmas do TST nesta direção atenuadora dos rigores da Súmula n. 207 do mesmo tribunal: a) TST-RR-1521/2004-014-06-00, 1ª Turma, Rel. Min. Lélío Bentes Corrêa, DEJT de 25.9.2009; b) TST-AIRR-136040-45.2006.5.02.0471, 6ª Turma, Rel. Min. Mauricio Godinho Delgado, julgado na sessão de 07.12.2010.

Efetivamente, a nova lei, conferindo redação nova ao art. 1º da Lei n. 7.064, determinou a incidência desse diploma a *todos os trabalhadores contratados no Brasil ou transferidos por seus empregadores para prestar serviços no exterior*.

Note-se que a aplicação normativa abrange não somente os dispositivos reguladores das transferências, mas também o princípio (incorporado pela Lei n. 7.064) da *norma mais favorável* no tocante à regência dos contratos trabalhistas durante o período de estada no país estrangeiro. Ou seja, a extensão, como se percebe, atinge não somente os dispositivos regentes da transferência e retorno para o Brasil, mas também o próprio universo normativo regulador do contrato durante o período de permanência do obreiro no exterior.

Em consequência da Lei n. 11.962/2009, o critério da territorialidade, afirmado pela Convenção de Havana (antiga Súmula 207), perdeu validade quanto às transferências obreiras submetidas ao critério mais benéfico do novo diploma legal. Quer isso dizer que as observações feitas acerca dos preceitos contidos na Lei n. 7.064/82 (especificadas na alínea “B” do item X.3, retro, do presente Capítulo XXVI) *passam a regular todas as remoções para o exterior de trabalhadores contratados no Brasil* — respeitado o efeito apenas imediato da lei nova, evidentemente (art. 5º, XXXVI, CF/88)⁽⁴⁴⁾. Em decorrência do novo quadro jurídico fixado pela Lei n. 11.962, publicada em 6 de julho de 2009, o TST decidiu cancelar, em abril de 2012 (Res. n. 181/12), sua antiga Súmula 207.

(44) Repita-se: a análise de todos os aspectos da Lei n. 7.064, aplicáveis a todas as remoções externas desde julho de 2009, está realizada no texto da alínea **B) Diploma Especial: Lei n. 7.064/82**, constante do final do presente Capítulo.

CAPÍTULO XXVII

INTERRUPÇÃO E SUSPENSÃO DO CONTRATO DE TRABALHO

I. INTRODUÇÃO

Interrupção e suspensão contratuais são figuras justralhistas que sustam de modo restrito ou amplo, mas provisoriamente, os efeitos das cláusulas componentes do respectivo contrato.

Não se confundem as duas figuras com as *alterações objetivas do contrato de trabalho*. É que elas não envolvem, de maneira direta, a *modificação* de cláusulas do contrato, mas apenas a efetiva *sustação provisória* de seus efeitos.

Não se confundem, ainda, as referidas figuras com as *garantias de emprego*. É bem verdade que também estas restringem o poder de ruptura contratual aberto pela ordem jurídica ao empregador (como o fazem a interrupção e suspensão contratuais). Porém, tais garantias de emprego preservam a plena vigência e eficácia de todas as cláusulas do pacto empregatício durante todo o prazo da respectiva garantia, ao passo que a interrupção e a suspensão esterilizam os efeitos das cláusulas afetadas durante o prazo interruptivo ou suspensivo.

II. CONCEITO E DENOMINAÇÕES

1. Conceituação

Interrupção e suspensão do contrato empregatício são institutos que tratam da sustação restrita ou ampliada dos efeitos contratuais durante certo lapso temporal.

A suspensão contratual é a sustação temporária dos principais efeitos do contrato de trabalho no tocante às partes, em virtude de um fato juridicamente relevante, sem ruptura, contudo, do vínculo contratual formado. É a *sustação ampliada e recíproca de efeitos contratuais, preservado, porém, o vínculo entre as partes*.

Já a interrupção contratual é a sustação temporária da principal obrigação do empregado no contrato de trabalho (prestação de trabalho e disponibilidade perante o empregador), em virtude de um fato juridicamente relevante, mantidas em vigor todas as demais cláusulas contratuais. Como se vê, é a interrupção a *sustação restrita e unilateral de efeitos contratuais*. É também conhecida como suspensão parcial do contrato (Gomes e Gottschalk).

2. Denominações

A doutrina aponta certa variedade de denominações no que tange a essas duas figuras trabalhistas. É comum chamar-se a interrupção contratual de mera *interrupção da prestação de serviços*; é comum também distinguir-se entre *suspensão total* e *suspensão parcial*, a primeira correspondendo à suspensão propriamente dita, e a segunda, à interrupção contratual.

A primeira das denominações variantes (*interrupção da prestação de serviços*) justifica-se pelo fato de a sustação de efeitos incidir apenas sobre a prestação laborativa (e disponibilidade obreira, é claro), mantendo incólumes as demais cláusulas contratuais. *Délio Maranhão* preferia esta denominação variante: “No Direito do Trabalho costuma-se falar, entre nós, em interrupção do contrato nos casos em que o empregador é obrigado a pagar salário, embora esteja o empregado desobrigado da prestação do serviço. Mais apropriado seria ‘falar-se em *execução incompleta*’. Na verdade, se, ainda que parcialmente, o contrato se executa, não estará suspenso. E o que se interrompe, no caso de suspensão, não é o contrato, mas sua execução. Assim, no contrato de trabalho, quando ocorre a hipótese de *execução incompleta*, verifica-se a *interrupção* da prestação do serviço: o contrato, este continua em plena vigência. Daí não acarretar tal interrupção prejuízo salarial, nem impedir o cômputo do respectivo período no tempo de serviço”⁽¹⁾.

As duas outras denominações variantes (*suspensão total* e *suspensão parcial*) são defendidas por *Orlando Gomes* e *Elson Gottschalk*. Assim expõem os clássicos autores: “A *suspensão* pode ser *total* ou *parcial*. Dá-se, totalmente, quando as duas obrigações fundamentais, a de prestar o serviço e a de pagar o salário, se tornam reciprocamente inexigíveis. Há *suspensão parcial* quando o empregado não trabalha e, não obstante, faz jus ao salário”⁽²⁾.

A expressão *interrupção contratual* merece, de fato, as críticas expostas pelos referidos autores (além de outras objeções, já que ela escapa ao sentido clássico que a palavra *interrupção* tende a assumir no Direito em geral). Contudo, não parece prático, hoje, atribuir-se exagerado valor a tais questionamentos: é que, afinal, a expressão consta, há décadas, de texto de lei (ver capítulo da CLT que trata “Da Suspensão e da Interrupção” — arts. 471 a 476) — o que lhe confere certa consistência operacional no Direito positivo. Além disso, desde que fique claro o conteúdo que se atribui a cada uma das expressões no Direito do Trabalho, elas estarão cumprindo o papel que a ciência estipula às denominações, isto é, *identificar objetos específicos*. Por tudo isso, este livro utilizará indistintamente as expressões *interrupção contratual*, *interrupção da*

(1) MARANHÃO, Délio. *Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1987, p. 250; grifos no original.

(2) GOMES, Orlando e GOTTSCHALK, Elson. *Curso de Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 343; grifos no original.

prestação de serviços e suspensão parcial do contrato para se referir à primeira das duas figuras trabalhistas contrapostas; por fim, utilizará as denominações *suspensão contratual e suspensão total do contrato* para se referir à segunda das figuras trabalhistas comparadas.

III. DISTINÇÕES RELEVANTES

O estudo das distinções entre as figuras da interrupção e suspensão do contrato de trabalho tem de enfrentar, inicialmente, um debate de caráter epistemológico: a validade ou não da própria existência da diferenciação instituída pela CLT.

Apenas após enfrentado tal debate é que será cabível se discorrer sobre a presença de distinções significativas entre as duas figuras celetistas.

1. Interrupção e Suspensão: críticas à tipologia celetista

Há na doutrina trabalhista, mesmo hoje, acentuado debate sobre a própria validade científica da tipologia inserida na CLT. Duas correntes se posicionam: a negativista e a vertente favorável à tipologia examinada.

Efetivamente, de um lado situam-se autores que negam cientificidade à referida diferenciação de figuras, argumentando que seria inclusive destituída de valor prático; em outro polo, situam-se aqueles que consideram essencialmente válida a tipologia trabalhista ora examinada.

A visão negativista sustenta que a distinção produzida pela lei não teria validade científica por não comportar um critério claro e uniforme para enquadramento das situações enfocadas e classificação de seus efeitos. Nesta linha, o jurista *Amauri Mascaro Nascimento*: “Preferimos sustentar que melhor seria uma só figura, a suspensão, em vez de duas figuras, suspensão e interrupção. Não há validade científica nessa distinção. Seus efeitos são apenas didáticos. Não é correto também dizer suspensão do contrato, expressão que mantemos porque assim é na doutrina preponderante. O contrato não se suspende. Suspende-se sempre o trabalho, tanto nas denominadas suspensões como nas interrupções. Suspenso o trabalho, haverá alguns efeitos jurídicos. Esses efeitos são variáveis. Referem-se ao salário em algumas hipóteses mantido e em outras não, ao recolhimento dos depósitos do Fundo de Garantia, à contagem do tempo de serviço para fins de indenização, à contagem dos períodos aquisitivos de férias, etc.”⁽³⁾.

A visão favorável à tipologia celetista sustenta que a distinção efetivada pela lei é bastante clara e transparente em seus critérios de classificação,

(3) NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao Direito do Trabalho*. 17. ed. São Paulo: LTr, 1991, p. 166. *Ibidem*, 24. ed. 1998. p. 221.

permitindo uma nítida visualização de diferenciadas situações e efeitos jurídicos. Portanto, se as situações classificadas são substantivamente diferentes e se despontam delas efeitos jurídicos substantivamente diversos, é cientificamente válida, além de prática, a tipologia construída pelo Direito do Trabalho (arts. 471 a 476, CLT).

Para esta última vertente, a distinção legal constrói-se em torno de critério nítido e objetivo, sendo tal distinção funcional e prática à compreensão de um relevante grupo de fenômenos e regras jurídicas (grupo *muito* numeroso, a propósito). É verdade que algumas poucas situações se encaixam com dificuldade nessa tipologia dual (suspensão *versus* interrupção). Contudo, isso ocorre por razões também claramente objetivas e práticas: é que a lei, embora sabendo que certos fatos ou atos deveriam ensejar, tecnicamente, a suspensão contratual, busca minorar, ainda assim, os reflexos negativos da suspensão sobre os interesses obreiros, impondo ao empregador que compartilhe uma fração de efeitos resultantes daquele fato ou ato que se abateu sobre o contrato. É o que acontece, por exemplo, com o afastamento previdenciário superior a 15 dias em decorrência de *acidente de trabalho*: embora seja, tecnicamente, suspensão contratual, alguns efeitos trabalhistas mantêm-se em vigor em benefício obreiro (ilustrativamente, depósitos de FGTS).⁽⁴⁾

Ora, essas poucas situações excepcionais não invalidam a tipologia. É que ela absorve, fielmente, a grande maioria de situações vivenciadas no cotidiano trabalhista, sofrendo número reduzidíssimo de exceções. Mesmo tais exceções confirmam a própria validade da tipologia, já que a ordem jurídica claramente deseja, com a excepcionalidade eventualmente adotada, atenuar as repercussões drásticas da suspensão, tudo isso em vista do fator especial que ensejou a incidência dessa figura trabalhista (acidente do trabalho e prestação de serviço militar são fatores que não devem, de fato, em princípio, produzir efeitos desfavoráveis *exclusivamente* ao obreiro, cabendo, assim, à lei proceder à relativa distribuição de ônus também para o empregador).

Mantida a validade científica (e prática) da tipologia incorporada pela CLT, cabe esclarecer-se que existem três grandes grupos de situações por ela abrangidas: situações enquadradas de modo indubitável, consensual, em

(4) Esclareça-se que a Medida Provisória n. 664, publicada no Diário Oficial da União de 30.12.2014, alterando preceitos da Lei n. 8.213/91 (*Lei sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social*), estendeu para 30 dias o período de afastamento médico do empregado sob ônus do empregador (período de *interrupção contratual*), somente iniciando o auxílio-doença ou o auxílio-acidente (período de *suspensão contratual*) a partir do 31º dia de afastamento (art. 43, § 1º, “a” e § 2º; art. 60, *caput*, I e §§ 3º e 4º, todos da Lei n. 8.213/91, conforme MPr. n. 664/2014). Contudo, a mesma MPr. fixou a vigência dessas alterações para depois do início de 2015, ou seja, a partir do “primeiro dia do terceiro mês subsequente à data de publicação desta Medida Provisória ...” (art. 5º, III, MPr. n. 664/2014), isto é, a partir de 1º de março de 2015. Ocorre que a Lei de Conversão n. 13.135/2015, publicada em 18.6.2015, não confirmou essa alteração normativa, fazendo retornar o prazo tradicional de 15 dias de interrupção e, a contar do 16º dia afastamento, prazo de suspensão contratual.

um dos dois tipos jurídicos (neste grupo posiciona-se a grande maioria das situações trabalhistas); situações enquadradas como suspensão contratual, embora recebendo certa atenuação dos efeitos suspensivos em decorrência de determinação legal (neste grupo posicionam-se poucas situações claramente excepcionadas pela legislação); finalmente, situações de enquadramento controvertido (trata-se de reduzidíssimo número de casos práticos).

2. *Distinções Existentes*

Como já se expôs, a suspensão consiste na sustação temporária plena dos efeitos contratuais, preservado, porém, o vínculo entre as partes, ao passo que a interrupção consiste na sustação temporária da principal obrigação do empregado no contrato de trabalho (prestação de trabalho e disponibilidade perante o empregador), mantidas em vigor as demais cláusulas contratuais. *Enquanto a suspensão corresponde à sustação ampla e recíproca das cláusulas e efeitos contratuais, a interrupção corresponde à sustação restrita e unilateral das cláusulas e efeitos do contrato de trabalho.*

Apresenta-se a seguir o quadro de características e efeitos de cada uma das figuras jurídicas, permitindo traçar-se o contraponto entre elas.

A) Suspensão: características — A figura celetista em exame traduz a sustação da execução do contrato, em suas diversas cláusulas, permanecendo, contudo, em vigor o pacto. Corresponde à *sustação ampla e bilateral de efeitos do contrato empregatício, que preserva, porém, sua vigência.*

Em princípio, *praticamente todas* as cláusulas contratuais não se aplicam durante a suspensão: não se presta serviço, não se paga salário, não se computa tempo de serviço, não se produzem recolhimentos vinculados ao contrato, etc. No período suspensivo, empregado e empregador têm, desse modo, a *ampla maioria* de suas respectivas prestações contratuais sem eficácia.

Embora seja comum referir-se, no tocante à suspensão, à sustação plena e absoluta de *todas* as cláusulas expressas e implícitas do contrato, há que se ressaltar que persistem em vigência algumas poucas cláusulas mínimas do pacto empregatício. Trata-se, principalmente, de cláusulas que dizem respeito a condutas omissivas das partes. Por exemplo, não perdem plena eficácia as regras impositivas de condutas omissivas obreiras vinculadas aos deveres de lealdade e fidelidade contratuais (as condutas de não violação do segredo da empresa ou de não concorrência desleal — art. 482, “c” e “g”, CLT). Também não perdem plena eficácia as regras impositivas de certas condutas omissivas ao empregador (como, por exemplo, as condutas de respeito à integridade física e moral do obreiro — art. 483, “e” e “f”, CLT — e de não denúncia vazia do contrato — art. 471, CLT).

Registre-se que, como já exposto, na vigência de um fator suspensivo o empregador perde a faculdade de romper o contrato de trabalho — a não ser

que se faça presente justo motivo legalmente tipificado (vedação à rescisão unilateral do contrato por ato empresarial: art. 471, CLT).

B) Interrupção: características — A presente figura celetista traduz a suspensão temporária lícita da cláusula de prestação de serviços e disponibilidade obreira no contrato empregatício. O contrato continua em plena execução, exceto pela prestação e disponibilidade dos serviços obreiros. Por isso é que *Orlando Gomes* fala em *suspensão parcial* dos efeitos contratuais. A interrupção é, pois, a suspensão restrita e unilateral de efeitos contratuais, abrangendo essencialmente apenas a prestação laborativa e disponibilidade obreira perante o empregador.

Insista-se que a suspensão provisória atinge apenas a cláusula de prestação obreira de serviços (e, ainda, disponibilidade do empregado perante a empresa), mantidas em vigência as demais cláusulas contratuais. Desse modo, não se presta trabalho (nem se fica à disposição), mas se computa o tempo de serviço e paga-se o salário. Isso significa que as obrigações do empregador mantêm plena e rigorosa eficácia, o que não acontece com a principal obrigação do empregado.

Também não se torna possível a rescisão unilateral do contrato por parte do empregador durante o período interruptivo (art. 471, CLT).

IV. SUSPENSÃO (OU SUSPENSÃO TOTAL) — CASOS TIPIFICADOS E EFEITOS JURÍDICOS

São inúmeros os fatores eleitos pela ordem jurídica como hábeis a ensejar a suspensão do contrato de trabalho. Tais fatores — e as situações suspensivas do contrato deles resultantes — podem ser classificados segundo um critério objetivo de grande relevância prática: a efetiva participação da vontade obreira no fato jurídico ensejador da suspensão.

Respeitado o critério classificatório acima, surgem três principais modalidades de suspensão do contrato de trabalho: a) suspensão por motivo alheio à vontade do empregado; b) suspensão por motivo *lícito* atribuível ao empregado; c) suspensão por motivo *ilícito* atribuível ao empregado⁽⁵⁾.

1. Suspensão por Motivo Alheio à Vontade Obreira

São casos de suspensão do contrato de trabalho por motivo estranho à efetiva vontade do trabalhador:

(5) A tipologia aqui exposta foi construída por Orlando Gomes e Elson Gottschalk, a teor do que sustenta MARANHÃO, Délio. *Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1987, p. 250-251. Evidentemente que o presente Curso acresce à classificação tradicional outros casos de suspensão contratual ali não arrolados.

a) afastamento previdenciário, por motivo de doença, a partir do 16º dia (“auxílio-doença”) — art. 476, CLT;⁽⁶⁾

b) afastamento previdenciário, por motivo de acidente do trabalho ou doença ocupacional ou profissional a partir do 16º dia (“auxílio-acidente”) — art. 476, CLT; parágrafo único do art. 4º, CLT;⁽⁷⁾

c) aposentadoria provisória, sendo o obreiro considerado incapacitado para trabalhar (art. 475, *caput*, CLT; Súmula n. 160, TST)⁽⁸⁾;

d) por motivo de força maior;

e) para cumprimento de encargo público *obrigatório* (§ 1º do art. 483, CLT; art. 472, *caput*, CLT). O empregado deve intimar o empregador, por telegrama ou carta registrada, dentro de 30 dias do término do encargo público, sobre sua intenção de retorno ao cargo empregatício original (§ 1º, art. 472, CLT). Naturalmente que, por analogia (art. 8º, CLT), torna-se possível a ciência dada por email, desde que se trate efetivamente do email do trabalhador.

Registre-se, porém, que há encargos públicos obrigatórios, em geral de curta duração, que se enquadram como interrupção da prestação laborativa (como será examinado no item VI.4, deste Capítulo).

f) para prestação de serviço militar (parágrafo único do art. 4º, CLT). Após sua “baixa”, o empregado deve intimar o empregador, na forma acima, quanto à sua intenção de retorno ao cargo empregatício original (art. 472, § 1º, CLT).

(6) Conforme já exposto, a MPr. n. 664, publicada no Diário Oficial de 30.12.2014, alterou preceitos da Lei n. 8.213/91, estendendo para 30 dias o período de afastamento médico obreiro sob ônus do empregador (interrupção contratual), de modo a deflagrar o início do auxílio-doença previdenciário e da suspensão contratual somente a partir do 31º dia de afastamento. Entretanto, tais mudanças não ostentaram vigência imediata, prevalecendo apenas a contar do primeiro dia do *terceiro mês subsequente à data de publicação* da MPr. n. 664, em conformidade com o art. 5º, III, da mesma Medida Provisória, isto é, a partir de 1.3.2015. Entretanto, a Lei de Conversão n. 13.135/2015, publicada em 18.6.2015, não confirmou a referida mudança jurídica, fazendo retornar o prazo tradicional de 15 dias de interrupção e, a contar do 16º dia de afastamento, o prazo de suspensão contratual.

(7) Conforme exposto neste Capítulo XXVII, durante curto período (de 1.3.2015 a 18.6.2015, quando vigorou, neste aspecto, a MPr. n. 664, publicada em 30.12.2014), os prazos de interrupção por motivo de acidente do trabalho ou doença ocupacional (assim como doença comum) foram estendidos para 30 dias, iniciando apenas no 31º dia o período de suspensão contratual. Essa modificação, contudo, perdeu eficácia, em face de a Lei n. 13.135, publicada em 18.6.2015 — que converteu a MPr. n. 664 — *não ter confirmado tal mudança de prazos* — fazendo prevalecer, desse modo, os prazos tradicionais da legislação previdenciária (15 dias para interrupção e, a partir do 16º dia, o começo da suspensão contratual).

(8) Pelo Direito Previdenciário brasileiro, o aposentado por invalidez deve se submeter a exames médico-periciais periódicos, sendo viável o cancelamento do benefício e a retomada do contrato, em caso de recuperação (arts. 43 e 47, Lei n. 8.213/91).

Atenuação de Efeitos Jurídicos — A ordem jurídica atenua, em alguns dos casos acima, as repercussões drásticas da suspensão contratual. Considera o Direito do Trabalho que, em tais casos, o fator suspensivo é de tal natureza que seus efeitos contrários ao trabalhador devem ser minorados, distribuindo-se os ônus da suspensão também para o sujeito empresarial da relação empregatícia. Afinal, os fatores suspensivos aqui considerados são alheios à vontade obreira, sendo que, em alguns dos casos indicados, são fatores francamente desfavoráveis à pessoa do trabalhador.

É o que se passa, desse modo, nos casos de suspensão contratual por afastamento obreiro em virtude de *serviço militar* e de *acidente do trabalho*: computa-se, para efeitos de indenização e estabilidade celetistas (se aplicáveis tais antigas figuras), o tempo de serviço do período de afastamento (parágrafo único do art. 4º, CLT)⁽⁹⁾. Igualmente, *têm pertinência os depósitos de FGTS, pelo período de licença por acidente de trabalho ou doença ocupacional/profissional* (art. 28, Decreto n. 99.684/90).⁽¹⁰⁾

Também é o que ocorre com relação ao período de afastamento previdenciário *por auxílio-doença acidentário* e mesmo por *aposentadoria por invalidez*, nos casos de empresas que ofertam plano de saúde ou de assistência médica a seus empregados: durante tais específicos períodos de afastamento é assegurado o direito à manutenção do respectivo plano assistencial complementar anteriormente ofertado (Súmula 440, TST).

Do mesmo modo é o que ocorre com a suspensão contratual a partir do início da licença previdenciária — 16º dia de afastamento —, seja por acidente de trabalho, seja por simples enfermidade. Estipula a lei que o período de afastamento, até o máximo de 6 meses, integrará o período aquisitivo de férias do empregado (art. 131, III, CLT).⁽¹¹⁾

(9) Sabe-se que a Constituição de 1988 (arts. 7º, I, e 10, II, ADCT) revogou (*rectius*: não recepcionou), desde 5 de outubro daquele ano, as antigas indenização por tempo de serviço e estabilidade decenal reguladas pela CLT, respeitando somente as situações jurídicas constituídas antes de sua vigência.

(10) O art. 28 do Decreto n. 99.684/90 (Regulamento do FGTS) refere-se à obrigação empresarial de efetuar os depósitos mensais do Fundo de Garantia durante os períodos de: "I — prestação de serviço militar; II — licença para tratamento de saúde de até quinze dias; III — licença por acidente de trabalho; IV — licença à gestante; e V — licença-paternidade". A regra jurídica não se refere, porém, à continuidade da obrigação patronal nos períodos de *aposentadoria por invalidez*, mesmo que em face de acidente do trabalho ou doença profissional/ocupacional.

(11) Conforme já exposto neste Capítulo, houve o intento da MPr. n. 664, publicada em 30.12.2014, de alterar esses prazos de afastamento por razões de doença ou acidente de trabalho para 30 dias (interrupção contratual) e, desde o 31º dia, suspensão contratual. Porém, como a eficácia da norma provisória, neste aspecto, somente se iniciou em 1º de março de 2015, sendo que a Lei de Conversão n. 13.135, publicada em 18.6.2015, não ratificou tais mudanças (que vigoraram, pois, somente de 1.3.15 até 17.6.15), o fato é que se mantiveram na ordem jurídica os prazos tradicionais da Lei Previdenciária n. 8.213/91.

2. Suspensão por Motivo Lícito Atribuível ao Empregado

A suspensão contratual por fator vinculado à conduta obreira desdobra-se em dois grupos: suspensão em virtude de exercício lícito da vontade obreira e suspensão em virtude de ocorrência de conduta ilícita do empregado. No presente tópico serão examinados os fatores suspensivos vinculados ao exercício lícito da vontade do trabalhador, isto é, aqueles fatores em que o obreiro exerce faculdade legal ou contratual provocadora da suspensão do pacto empregatício.

São fatores suspensivos cuja concretização depende, em significativa medida, de ato voluntário lícito do trabalhador:

- a) participação pacífica em greve (art. 7º, Lei n. 7.783/89);
- b) encargo público *não obrigatório* (art. 472, combinado com § 1º do art. 483, CLT). O empregado deve intimar o empregador, por telegrama ou carta registrada (ou outros instrumentos efetivamente eficazes e indubitáveis), dentro de 30 dias do término do encargo público, sobre sua intenção de retorno ao cargo empregatício original (§ 1º, art. 472, CLT)⁽¹²⁾;
- c) eleição para cargo de direção sindical (art. 543, § 2º, CLT);
- d) eleição para cargo de diretor de sociedade anônima (Súmula 269, TST)⁽¹³⁾;
- e) licença não remunerada concedida pelo empregador a pedido do obreiro para atenção a objetivos particulares deste. Aqui, obviamente, o ato tem de ser, em princípio, bilateral: é que a licença não remunerada (excluídos os casos tipificados acima) não resulta de lei. Mas, evidentemente, havendo tal figura no regulamento empresarial, ela vincula o empregador (Súmula 51, I, TST);
- f) afastamento para qualificação profissional do obreiro, “mediante previsão em convenção ou acordo coletivo de trabalho e aquiescência formal do empregado” (Medida Provisória n. 1.709-4, de 27.11.1998, e Mps seguintes, como MP n. 1.779-11, de 2.6.1999, e MP n. 2.164-41, de 24.8.2001)⁽¹⁴⁾.

3. Suspensão por Motivo Ilícito Atribuível ao Empregado

O presente grupo de fatores envolve aqueles que autorizam a suspensão contratual em face de uma prévia conduta irregular do empregado. Embora,

(12) A variedade de situações que envolvem o encargo público, com os distintos enquadramentos resultantes, levou à necessidade de retomada de seu estudo circunstanciado, ainda neste Capítulo, no item VI.4.

(13) Nos casos de eleição de dirigente sindical e/ou diretor de sociedade anônima, a suspensão somente ocorre a partir da respectiva *posse*, é claro.

(14) A Medida Provisória n. 2.164-41, de agosto de 2001, teve sua vigência indeterminada pelo art. 2º da Emenda Constitucional n. 32, de setembro de 2001, conforme já ressaltado neste Curso.

nesses casos, caiba ao empregador implementar a suspensão do contrato, ele o fará justificado por certa conduta ilícita do obreiro (claro que o empregado pode tentar reverter, em Juízo, a decisão empresarial).

Duas são as situações suspensivas aqui enquadradas:

a) suspensão disciplinar (art. 474, CLT);

b) suspensão de empregado estável ou com garantia especial de emprego (caso específico de dirigente sindical) para instauração de inquérito para apuração de falta grave, sendo julgada procedente a ação de inquérito (art. 494, CLT; Súmula n. 197, STF).

4. Suspensão: efeitos jurídicos

A) Efeitos Contratuais da Suspensão — O principal efeito da suspensão do contrato será, como visto, a ampla sustação das recíprocas obrigações contratuais durante o período suspensivo.

Conforme já exposto, embora se fale, em geral, na sustação de *todas* as obrigações do contrato, tal afirmação não é rigorosamente precisa. É que algumas poucas obrigações contratuais permanecem em vigência, como, por exemplo, o compromisso de lealdade contratual. Desse modo, não poderá o obreiro, validamente, revelar segredo da empresa no período de suspensão do respectivo contrato empregatício (art. 482, “g”, CLT).

A sustação ampla dos efeitos contratuais apenas não ocorre em poucos casos suspensivos excepcionados pela ordem jurídica, nos quais se mantém a produção de certas específicas e delimitadas repercussões contratuais em favor do obreiro submetido a suspensão contratual. É o que se passa, como examinado, com os casos de suspensão por acidente de trabalho ou prestação de serviço militar (em que se preservam efeitos com relação ao FGTS), e o caso de suspensão por acidente ou simples doença (em que se preservam efeitos na contagem do período aquisitivo de férias, se o afastamento não for superior a seis meses). Acresça-se a esse grupo o direito à manutenção, no curso de suspensão do contrato de trabalho em virtude de auxílio-doença acidentário ou de aposentadoria por invalidez, de plano de saúde ou de assistência médica oferecido pela empresa ao empregado (Súmula 440, TST).

Efeito importante da suspensão contratual é a garantia de retorno do obreiro ao cargo anteriormente ocupado, após desaparecida a causa suspensiva (art. 471, CLT). Na mesma linha, a garantia de percepção, no instante do retorno, do patamar salarial e de direitos alcançado em face das alterações normativas havidas (o que significa a absorção das vantagens genéricas oriundas próprias da legislação geral ou normatização da categoria) — art. 471, CLT.

Resulta também da figura suspensiva a inviabilidade de rescisão unilateral do contrato por ato do empregador no período de sustação dos

efeitos contratuais (art. 471, CLT). Ou seja, a dispensa obreira *injusta ou desmotivada* (isto é, sem os motivos considerados justos pela lei) é vedada nas situações suspensivas.

a) *Suspensão e Justa Causa* — No tocante à *dispensa por justa causa* não pode haver dúvida de ser ela viável, juridicamente, desde que a falta tipificada obreira tenha ocorrido no próprio período de suspensão do pacto. Ilustrativamente, cite-se o caso do empregado que, comprovadamente, revele segredo da empresa durante o período suspensivo (art. 482, “g”, CLT); ou do empregado que cometa comprovado ato lesivo à honra ou boa fama ou ofensas físicas contra o empregador durante o período suspensivo do contrato (art. 482, “k”, CLT).

Será distinta, contudo, a solução jurídica em se tratando de justa causa cometida *antes* do advento do fator suspensivo (por exemplo: empresa está apurando, administrativamente, falta cometida pelo obreiro, o qual se afasta previdenciariamente antes do final da apuração e correspondente penalidade máxima aplicada). Neste caso, a suspensão contratual prevalece, embora possa a empresa comunicar de imediato ao trabalhador a justa causa aplicada, procedendo, contudo, à efetiva rescisão após o findar da causa suspensiva do pacto empregatício.

Registre-se a existência de interpretações de que a restrição à dispensa não abrange aquelas motivadas por justa causa — que poderiam, assim, consumir-se, sem ressalvas, no próprio período suspensivo.

Também é possível falar-se — com ressalvas — na validade de ruptura contratual por falta empresária (*rescisão indireta*) em situações de suspensão contratual. Os mesmos critérios acima aplicam-se ao presente caso, em princípio. Desse modo, não pode haver dúvida de que uma infração empresarial cometida após o início da suspensão do contrato poderá, sim, dar ensejo à rescisão indireta, se for de interesse do obreiro. Ilustre-se tal possibilidade com as faltas empresariais aventadas pelas alíneas “e” e “f” do art. 483 da CLT.

Deve-se registrar também aqui a existência da interpretação de que nada impede a decretação de rescisão indireta fundada em falta empresarial precedente ao fator suspensivo do pacto, já que a meta da ordem jurídica seria inviabilizar durante a suspensão apenas e tão somente a ruptura contratual por ato desmotivado do empregador.

b) *Suspensão e Pedido de Demissão* — Pode-se afirmar, também, que, em princípio, terá validade *pedido de demissão obreiro* que se concretize no curso de fator suspensivo do contrato. A negativa de validade a tal pedido de demissão — independentemente dos sujeitos, circunstâncias e fatores suspensivos envolvidos — implicaria eliminação injustificada de uma liberdade essencial do ser humano. *Entretanto, em tal caso, o operador jurídico deverá examinar, cuidadosamente, os sujeitos, fatores e circunstâncias envolvidos, aferindo se houve (ou não) burla às finalidades protetivas perseguidas pelo*

Direito do Trabalho. É evidente que um singelo pedido de demissão, em um contexto de suspensão contratual, que se acopla à incidência de garantias de outra natureza em favor do obreiro (garantias previdenciárias, por exemplo), assume caráter de ato nítido de pura e simples renúncia — e, desse modo, ato vedado pela ordem jurídica (é o que ocorreria, por exemplo, com pedido de demissão de empregado afastado por razões previdenciárias...). Contudo, se tais elementos (sujeitos, circunstâncias e fatores), sopesados no exame do caso concreto, não conduzirem à conclusão de ocorrência de burla aos objetivos protetores da ordem jurídica, deve-se considerar viável o direito à ruptura contratual que a mesma ordem jurídica assegura ao empregado. De todo modo, parece prudente considerar-se aplicável à presente situação a formalidade rescisória prevista pelo art. 500 da CLT (abrangente do empregado estável): ou seja, pedido de demissão *com* assistência sindical ou administrativa ou de jurisdição voluntária.⁽¹⁵⁾

B) Prazo para Retorno após Suspensão — Após sustada a causa suspensiva do contrato, deve o empregado reapresentar-se ao serviço, retomando a continuidade do contrato de trabalho em todas as suas cláusulas. A injustificada omissão do trabalhador em proceder a essa reapresentação resulta na incidência da figura da justa causa por abandono de emprego (art. 482, “f”, CLT).

O retorno obreiro deve se efetuar imediatamente, é claro. Porém, inexistindo qualquer convocação empresarial expressa e não havendo circunstâncias ou regras especiais atuando sobre o caso concreto, cabe indagar-se sobre o *prazo máximo* aberto ao trabalhador para efetuar seu retorno. A lei não traz dispositivo transparente a esse respeito, cabendo inferir-se tal prazo a partir do conjunto da ordem jurídica.

Nesse contexto, pode-se considerar *30 (trinta) dias* após o desaparecimento da causa suspensiva como o prazo máximo padrão para reapresentação obreira em seguida à suspensão do contrato, sob pena de abandono de emprego. Tal prazo infere-se da leitura que a jurisprudência faz da ordem justralhista. De fato, a Súmula 32 do TST considera configurado o abandono de emprego se ultrapassado esse prazo após a cessação de benefício previdenciário suspensivo do contrato, sem que o trabalhador retorne ao serviço ou justifique sua omissão.

Na mesma linha fixadora de tal prazo (30 dias) está o art. 472, § 1º, da CLT: este preceito menciona a necessidade de notificação, pelo obreiro ao empregador, de sua intenção de retorno ao serviço, remetida tal notificação

(15) A Lei da Reforma Trabalhista — vigente desde 11.11.2017 — extinguiu, sem justificativa razoável e proporcional, o rito de homologação administrativa ou sindical das rescisões do contrato de trabalho (revogação do § 1º do art. 477 da CLT c./c. nova redação conferida ao *caput* desse mesmo artigo). Contudo, manteve, felizmente, o rito formal estipulado pelo art. 500 da CLT, que é de aplicação mais rara.

em 30 dias da “baixa” obreira no serviço militar ou do término do encargo público a que estava vinculado. É bem verdade que aqui o prazo legal se refere à remessa da notificação extrajudicial, sendo que o art. 132 da CLT aventa prazo mais amplo para o efetivo comparecimento *em casos de prestação de serviço militar*: noventa dias após a “baixa” do encargo militar (pelo menos para fins de cômputo como período aquisitivo de férias do lapso temporal de prestação laborativa anterior ao cumprimento do serviço militar).

De todo modo, excluídos os casos do art. 472, § 1º, da CLT (encargo público, inclusive serviço militar), em que o prazo trintidial é essencialmente para a notificação informativa do interesse de retorno, pode-se considerar como prazo genérico incidente às demais situações de suspensão contratual 30 dias do final do fator suspensivo do contrato de trabalho (Súmula 32, TST).

V. INTERRUÇÃO (OU SUSPENSÃO PARCIAL) — CASOS TIPIFICADOS E EFEITOS JURÍDICOS

São inúmeros também os fatores eleitos pela ordem jurídica como hábeis a ensejar a interrupção contratual (ou interrupção da prestação de serviços ou, ainda, suspensão parcial do contrato de trabalho). Tais fatores estão arrolados, em grande parte, no art. 473 da CLT. Entretanto, há diversas outras situações de afastamento remunerado obreiro previstas na CLT, que se enquadram, pois, na figura da interrupção contratual. Ressalte-se que até mesmo a legislação não trabalhista alinhava certas situações de sustação remunerada da prestação laborativa, as quais, coerentemente, ingressam no largo rol de casos de interrupção do contrato de trabalho.

1. Casos de Interrupção Contratual

São situações de interrupção contratual trabalhista:

a) encargos públicos específicos (em geral, de curta ou curtíssima duração). Citem-se, em primeiro lugar, os encargos efetivamente obrigatórios: por exemplo, comparecimento judicial como jurado (art. 430, Código de Processo Penal) ou como testemunha (art. 822, CLT). Citem-se, em segundo lugar, até mesmo alguns encargos públicos não efetivamente obrigatórios, como, por exemplo, o comparecimento judicial da própria parte (Súmula 155, TST). No tocante ao comparecimento judicial do empregado, a propósito, o art. 473, VIII, CLT (Lei n. 9.853/1999), tem regra flexível: “*pelo tempo que se fizer necessário*, quando tiver que comparecer a juízo” (grifos acrescidos).

b) afastamento do trabalho por motivo de doença ou acidente do trabalho, até 15 dias.

Aqui há que se observar dois critérios importantes no cotidiano concreto: em primeiro lugar, o atestado para afastamento pode ser concedido por serviço

médico da empresa (Súmula 282, alterando entendimento da Súmula 15, TST), embora, obviamente, valha o atestado emitido por órgão previdenciário oficial. Em segundo lugar, a empresa desobriga-se de pagar o salário relativo aos 15 dias de afastamento, se ocorrer entre a *cessação do benefício anterior* e a nova concessão, *resultante da mesma doença*, intervalo de apenas 60 dias; em consequência, o benefício previdenciário será prorrogado, descontando-se os dias trabalhados, se for o caso (art. 75, § 3º, Decreto n. 3.048, de 6.5.1999). Tal critério já fora repetido, com pequenas alterações, em anteriores Regulamentos Normativos da Previdência Social (o art. 73, § 3º, do Decreto n. 357, de 7.12.1991, por exemplo, falava em intervalo de 60 dias entre a *concessão* do benefício anterior e o novo requerimento, fundado na mesma doença, ao passo que o anterior Regulamento Geral da Previdência Social, em seu art. 92, § 2º, referia-se a intervalo inferior a 60 dias entre a “alta” prévia e o afastamento pela mesma doença).

Note-se que o novo Regulamento Normativo da Previdência Social dispõe que se o trabalhador, após afastar-se por 15 dias, em razão de doença, retornando ao serviço apenas no 16º dia, novamente se afastar, dentro de 60 dias do retorno, “fará jus ao auxílio-doença a partir da data do novo afastamento” (art. 75, § 4º, Decreto n. 3.048/99). Ou seja, um gozo integral dos 15 dias de interrupção transforma em suspensão contratual o novo prazo de afastamento previdenciário, caso este se verifique dentro de 60 dias contados do retorno da interrupção.⁽¹⁶⁾

c) os chamados *descansos trabalhistas*, desde que remunerados. Ou seja, intervalos intrajornadas remunerados, descansos semanais remunerados, descansos em feriados e descanso anual (férias);

d) licença-maternidade da empregada gestante (há polêmica sobre o enquadramento desta situação específica, conforme será examinado no item VI.3, deste Capítulo);

e) aborto, durante afastamento até duas semanas (art. 395, CLT)⁽¹⁷⁾;

f) licença remunerada concedida pelo empregador;

g) interrupção dos serviços na empresa, resultante de causas acidentais ou de força maior (art. 61, § 3º, CLT);

(16) Há que se destacar, mais uma vez, as mudanças promovidas pela MPr. n. 664 (DOU de 30.12.2014), que só entraram em vigor *no primeiro dia do terceiro mês subsequente à data de publicação da MPr* (art. 5º, III, MPr. n. 664/2014). Porém, conforme visto, tais mudanças tiveram curtíssima e precária duração (apenas de 1.3.2015 até 17.6.2015), pois não foram ratificadas pela Lei de Conversão n. 13.135, que entrou em vigor em 18.6.2015.

(17) A Lei n. 8.921, de 1994, suprimiu a expressão preconceituosa “*aborto não criminoso*”, antes presente no art. 131, II, da CLT, esquecendo-se, porém, de estender a correção a este art. 395. A retificação impõe-se, entretanto, à medida que não existe na ordem jurídica condenação criminal prévia e sumaríssima.

h) hipóteses de afastamento remunerado do art. 473, CLT:

h.I) por dois dias consecutivos, em caso de falecimento de cônjuge, ascendente, descendente, irmão ou pessoa que, declarada na CTPS do empregado, viva sob sua dependência econômica. Registre-se que a mesma CLT estende tal prazo a 9 (nove) dias no caso de falecimento do cônjuge, pai, mãe ou filho do empregado *professor* (art. 320, § 3º);

h.II) até três dias consecutivos, em virtude de casamento. No caso do professor o afastamento também será de 9 dias (motivo de *gala*: art. 320, § 3º, CLT);

h.III) por cinco dias, em face de “licença-paternidade” (art. 7º, XIX, combinado com art. 10, § 1º, ADCT, CF/88). O art. 473, III, CLT, tradicionalmente sempre se referiu a “...um dia, em caso de nascimento de filho, no decorrer da primeira semana”. O mais largo prazo constitucional obviamente absorveu o mais curto prazo do art. 473, CLT, já que se fundam na mesma motivação (a propósito, tal critério de absorção da vantagem menor pela maior posterior, motivadas ambas, basicamente, pelos mesmos fundamentos e objetivos, já é clássica na jurisprudência: antiga Súmula n. 145 e Súmula n. 202, TST).

Pela Lei n. 13.257, de 8.3.2016 (Diário Oficial de 9.3.16), a licença-paternidade foi prorrogada por mais 15 dias, além dos cinco fixados, desde 1988, pelo ADCT, *nos casos de entidades filiadas ao Programa Empresa Cidadã* (art. 1º, II, da Lei n. 11.770/2008, conforme redação conferida pela Lei n. 13.257/2016); essa prorrogação é garantida também ao empregado que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança (art. 1º, § 1º, II, e § 2º, da Lei n. 11.770/08, conforme redação promovida pela Lei n. 13.257/2016).

h.IV) por um dia, em cada 12 meses de trabalho, em caso de doação voluntária de sangue devidamente comprovada;

h.V) até 2 (dois) dias consecutivos ou não, para o fim de se alistar eleitor, nos termos da lei respectiva.

h.VI) no período de apresentação ao serviço militar (a presente hipótese, envolvendo um ou poucos dias, referida pelo art. 473, VI, da CLT, não se confunde com a prestação anual de serviço militar, mencionada pelo art. 472, *caput* e § 1º, da mesma CLT);

h.VII) nos dias em que o empregado estiver comprovadamente realizando provas de exame vestibular para ingresso em estabelecimento de ensino superior (inciso VII do art. 473, incluído pela Lei n. 9.471, de 14.07.1997);

h.VIII) pelo tempo que se fizer necessário, quando tiver que comparecer a juízo (item VIII do art. 473, incluído pela Lei n. 9.853, de 27.10.1999; Súmula 155, TST);

h.IX) pelo tempo que se fizer necessário, quando, na qualidade de representante de entidade sindical, estiver participando de reunião oficial de organismo internacional do qual o Brasil seja membro (art. 473, IX, CLT, conforme Lei n. 11.304/2006);

h.X) até 2 (dois) dias para acompanhar consultas médicas e exames complementares durante o período de gravidez de sua esposa ou companheira (item X do art. 473, incluído pela Lei n. 13.257, de 8.5.2016 - Diário Oficial de 9 de maio);

h.XI) por 1 (um) dia por ano para acompanhar filho de até 6 (seis) anos em consulta médica (item XI do art. 473, incluído pela Lei n. 13.257, de 8.5.2016 — Diário Oficial de 9 de maio);

h.XII) até 3 (três) dias, em cada 12 (doze) meses de trabalho, em caso de realização de exames preventivos de câncer devidamente comprovada (item XII do art. 473, incluído pela Lei n. 13.767, de 2018).

2. Interrupção: efeitos jurídicos

A) Efeitos Contratuais da Interrupção — O principal efeito da interrupção contratual é, como visto, a sustação das obrigações contratuais mais relevantes do empregado durante o período interruptivo.

Essencialmente sustam-se as obrigações obreiras de prestação laborativa e de disponibilidade perante o empregador. Desse modo, caracteriza a interrupção a continuidade de vigência de todas as obrigações contratuais, excetuadas as principais obrigações obreiras: prestação de serviços e disponibilidade perante empregador. Mantém-se, pois, em vigência a plenitude das obrigações empresariais.

Outro efeito relevante é a garantia de retorno do empregado ao cargo ocupado no instante de início da causa interruptiva (art. 471, CLT).

É também consequência da figura interruptiva a garantia de percepção pelo trabalhador, no instante de seu retorno, do patamar salarial e de direitos alcançado em face das alterações normativas havidas (isto é, garantia de absorção das vantagens genéricas oriundas próprias da legislação geral ou da normatização específica da categoria) — art. 471 da CLT.

Resulta, ainda, da interrupção contratual a inviabilidade jurídica da dispensa desmotivada obreira — rescisão unilateral do contrato por ato do empregador (art. 471, CLT).

As mesmas observações feitas no capítulo precedente sobre a possibilidade de dispensa por justa causa no período suspensivo aplicam-se, em princípio, à situação de interrupção contratual. Não pode haver dúvida quanto a ser válida, juridicamente, a dispensa motivada por falta obreira cometida no

próprio período de interrupção do pacto. Cite-se, ilustrativamente, o empregado que revele segredo da empresa durante o período interruptivo (art. 482, “g”, CLT); ou o empregado que cometa ato lesivo à honra ou boa fama ou ofensas físicas contra o empregador durante o período interruptivo do contrato (art. 482, “k”, CLT).

Tratando-se, porém, de justa causa cometida *antes* do advento do fator interruptivo, a solução jurídica não será a mesma, necessariamente (por exemplo: empresa está apurando, administrativamente, falta cometida pelo obreiro ... o qual ingressa em férias coletivas antes do final da apuração e correspondente penalidade máxima aplicada). Nesse caso, a interrupção contratual prevalece, embora possa a empresa comunicar de imediato ao trabalhador a justa causa aplicada, procedendo, contudo, à efetiva rescisão após o findar da causa interruptiva do pacto empregatício.

Registre-se que também aqui há posições interpretativas ressaltando inexistir restrições da ordem jurídica à ruptura contratual por justa causa obreira (ou infração empresarial): para tais posições, a meta pretendida pela lei seria apenas e tão somente inviabilizar a dispensa injusta durante os períodos interruptivos do contrato.

B) Prazo para Retorno após a Interrupção — A interrupção é instituto trabalhista largamente favorável ao obreiro, por sustar as principais obrigações do empregado em contexto de manutenção de todas as obrigações da contraparte contratual. Já dotado de forte assincronia entre obrigações e vantagens contratuais, o instituto, por isso mesmo, não pode ser interpretativamente ampliado. Deve-se, assim, compreender que o prazo obreiro para retorno a suas obrigações bilaterais do contrato é, em síntese, *imediato*. Não há como estender-se, aqui, o prazo de 30 dias aplicável ao retorno em situações de suspensão do contrato de trabalho.

Portanto, a regra geral é que o retorno do empregado ao serviço deve ser imediato, tão logo desaparecida a causa interruptiva. As vantagens exponenciais da interrupção em benefício do empregado não permitem ampliar tal prazo em detrimento da contraparte contratual, o empregador.

Note-se, ademais, que o critério temporal apreendido pela Súmula 32 (30 dias para retorno) construiu-se com suporte em casos de afastamento *previdenciário* — a súmula fala em benefício previdenciário —, o que significa, tecnicamente, suspensão contratual (e não interrupção). De todo modo, fere à própria sensatez pensar-se em prazo de 30 dias para retorno após afastamento médico de ... 15 dias.

VI. INTERRUÇÃO E SUSPENSÃO: SITUAÇÕES CONTROVERTIDAS

Há situações fáticas cujo enquadramento nas figuras da interrupção ou suspensão é algo controvertido na doutrina. A existência dessas situações,

a propósito, é que tem levado à ponderação de ser a presente tipologia trabalhista destituída de valor científico e utilidade prática.

Entretanto, como se percebe, tais situações controvertidas são bastante reduzidas (ao passo que é elevado o número de situações de pacífico enquadramento) — o que compromete a própria consistência das críticas feitas. Além disso, conforme será visto, parte significativa da controvérsia não é sequer justificável, dado que as situações enfocadas se perfilam claramente em uma das duas figuras jurídicas celetistas, embora, é claro, afetadas por certas regras especiais a elas aplicáveis.

Os mais conhecidos casos de enquadramento controvertido são: afastamento para cumprimento de serviço militar; afastamento em virtude de acidente de trabalho ou doença profissional; afastamento para fruição de licença-maternidade; e, por fim, os distintos afastamentos para cumprimento de encargos públicos diferenciados.

1. Serviço Militar

O serviço militar enseja, na verdade, três situações-tipo distintas de afastamento do empregado do serviço, sustando parcial ou amplamente as obrigações oriundas do contrato. Tais situações estão aventadas nos arts. 472, *caput*, e § 1º, e 473, VI, CLT, além da Lei do Serviço Militar (4.375, de 17.8.1964).

A primeira de tais situações enquadra-se, sem dúvida, como *interrupção da prestação de serviços*. Trata-se do período de tempo em que tiver o empregado de cumprir as exigências referidas na alínea “c” do art. 65 da Lei do Serviço Militar (hipótese do art. 473, VI, CLT), isto é, apresentação anual do reservista. Tal dia de afastamento é computado como falta justificada, em típica hipótese interruptiva do contrato. A respeito desta situação-tipo não há, esclareça-se, efetiva polêmica.

Já a segunda de tais situações tem controvertido seu enquadramento, embora prevaleça a tendência em enquadrá-la como *suspensão do contrato de trabalho*. Trata-se dos meses em que tiver o empregado o dever de prestar o serviço militar *inicial*, segundo previsto no art. 472 da CLT e arts. 16 e 60, *caput* e § 1º da Lei n. 4.375/1964.

Conforme se sabe, este período de afastamento *não* é remunerado pelo empregador (art. 472, CLT, combinado com § 1º do art. 60 da Lei n. 4.375/64)⁽¹⁸⁾ — o que classificaria tal lapso temporal como nítida

(18) Dispõe o art. 60, § 1º da Lei do Serviço Militar: “Esses convocados, durante o tempo em que estiverem incorporados em Órgãos Militares da Ativa ou matriculados nos de Formação de Reserva, nenhum vencimento, salário ou remuneração perceberão da organização a que pertenciam”.

suspensão do contrato. Contudo, a lei, por exceção, preserva, no curso do afastamento, algumas obrigações econômicas empresariais em face de seu empregado (por exemplo, computava-se o período de prestação de serviço militar para efeitos de indenização e estabilidade celetistas, se fosse o caso; igualmente, conta-se tal tempo para fins de depósitos de FGTS). Em virtude dessas vantagens excepcionalmente mantidas em favor do obreiro, instaura-se controvérsia sobre o enquadramento da presente hipótese de afastamento do empregado.

Não obstante a controvérsia, parece correto insistir-se que esta situação enquadra-se, sim, no tipo legal da *suspensão do contrato de trabalho* — embora com algumas ressalvas. Na verdade, desde que se respeite uma conduta científica no procedimento classificatório — isto é, produzindo-se o enquadramento pelo contraponto de elementos e aspectos *essenciais* em face do modelo legal —, o resultado acima exposto será inevitavelmente encontrado. É que, afinal, na situação em exame, *quase todas* as cláusulas contratuais ficam sustadas no período de afastamento — o que se ajusta à figura suspensiva. Insista-se que em especial as duas *principais* cláusulas e obrigações do contrato empregatício ficam sustadas, isto é, a prestação laborativa (cuja sustação desfavorece o empregador) e o pagamento de salário (cuja sustação desfavorece o obreiro) — o que se ajusta, mais uma vez, à figura suspensiva.

Contudo, embora se trate de suspensão, a lei atenua os efeitos drásticos da figura suspensiva neste caso enfocado, principalmente pela sensibilidade social envolvida: afinal, a *causa* do afastamento constitui fator vinculado a interesse social comum às partes contratuais (em tese, serviço à nação). Ora, a solução drástica padronizada na suspensão não é equânime, apenando mais o trabalhador do que o empregador (que deveria, em contraponto, responder por parte dos efeitos do afastamento, em vista de sua *causa* comum aos dois sujeitos contratuais). Nessa linha, a lei atenuou as repercussões da figura suspensiva, mantendo alguns poucos e limitados efeitos contratuais em favor do obreiro.

A título de esclarecimento, discorra-se sobre as regras especiais que distinguem o presente caso de suspensão contratual. São elas:

a) Computa-se o período de afastamento em face de prestação de serviço militar para efeitos de indenização e estabilidade celetistas (se aplicáveis as figuras) — parágrafo único do art. 4º, CLT. Note-se, a propósito, que este efeito praticamente não mais subsiste, no plano da realidade, já que a Constituição de 1988 inviabilizou novas aquisições de indenização (art. 477, *caput*, CLT) ou estabilidade (art. 492, CLT) celetistas no cenário do País (art. 7º, I, e art. 10, ADCT, CF/88).

b) Computa-se o período de afastamento para fins de depósitos de FGTS (art. 28, Decreto n. 99.684/90 — Regulamento do FGTS; curiosamente,

o artigo citado fala em *interrupção do contrato de trabalho*). Os depósitos fundiários devem ser efetuados diretamente pelo empregador na respectiva conta vinculada obreira.

c) Computa-se o período de trabalho *anterior* à prestação de serviço militar (não o período de serviço militar, ao contrário das regras legais anteriores) para fins de período aquisitivo de férias, desde que o obreiro retorne ao trabalho dentro de 90 dias da respectiva “baixa” (art. 132, CLT).

A terceira de tais situações é a mais controvertida entre todas, sendo, efetivamente, de mais trabalhoso enquadramento na clássica tipologia celetista. Trata-se do tempo em que estiver o empregado incorporado ao serviço militar, “por motivo de convocação para manobras, exercícios, manutenção da ordem interna ou guerra” (art. 61, *caput*, Lei do Serviço Militar — n. 4.375/64).

Este período de afastamento (que não se confunde com a prestação de serviço militar *inicial*, referida nos arts. 16 e 60, *caput*, da Lei n. 4.375/64) é, sim, remunerado, *ao menos em parte*, pelo empregador — *à base de 2/3 da respectiva remuneração*, enquanto permanecer incorporado o obreiro (art. 61, *caput*, Lei n. 4.375/64). É claro que o trabalhador pode optar entre receber a remuneração contratual trabalhista reduzida a 2/3 ou receber as gratificações regulamentares do respectivo segmento das Forças Armadas a que estiver incorporado (art. 61, *caput, in fine*, e § 1º, Lei do Serviço Militar). Se a opção for pela retribuição pecuniária de origem administrativa, a situação passa a se enquadrar no segundo caso acima analisado (suspensão contratual, com certas ressalvas). Contudo, se o trabalhador preferir manter o direito à percepção de sua remuneração contratual trabalhista, dificilmente poder-se-á deixar de enquadrar a presente situação no tipo legal de interrupção laborativa (com os efeitos jurídicos decorrentes desta).

Obviamente, aplicam-se ao presente caso as regras expostas nas *alíneas* “a”, “b” e “c”, *supra*.

2. Acidente do Trabalho ou Doença Profissional

O afastamento do trabalhador, a partir do 16º dia, causado por acidente do trabalho ou doença profissional ou ocupacional (situações equiparadas pela lei trabalhista e previdenciária), enquadra-se como *suspensão do contrato de trabalho* — segundo a tendência doutrinária dominante. Contudo, há certa controvérsia a esse respeito. De todo modo, como será visto, a presente situação muito se aproxima, juridicamente, do afastamento para prestação do serviço militar inicial, acima analisado.⁽¹⁹⁾

(19) Conforme já exposto, entre 1.3.2015 e 17.6.2015 vigorou, por curtíssimo período, mudança implementada pela MPr. n. 664, publicada em 30.12.2014, no sentido de estender o

É que, conforme se sabe, este período de afastamento *não* é remunerado pelo empregador (texto expresso do art. 476, CLT, combinado com art. 20 e seguintes, Lei Previdenciária n. 8.213/1991) — o que classifica tal lapso temporal como nítida suspensão do contrato. Porém, a ordem jurídica, por exceção, preserva, no curso do afastamento, algumas poucas obrigações econômicas empresariais em face de seu empregado (por exemplo, computava-se o período de afastamento para efeitos de indenização e estabilidade celetistas, se fosse o caso; igualmente, conta-se tal tempo para fins de depósitos de FGTS; do mesmo modo, computa-se o tempo de afastamento inferior a 6 meses no período aquisitivo de férias do empregado). Em virtude dessas vantagens excepcionalmente mantidas em favor do obreiro, é que se instaura alguma controvérsia sobre o enquadramento da presente hipótese de afastamento.

Entretanto, a controvérsia não se justifica. Afinal, a conduta científica na construção de um procedimento classificatório é se realizar o enquadramento de uma figura ou situação pelo cotejo de seus elementos e aspectos *essenciais* em face do modelo legal. Desde que seja observado esse cotejo, a classificação suspensiva afirma-se, claramente, no presente caso. É que, na situação em estudo, ficam sustadas no período de afastamento obreiro *quase todas* as cláusulas contratuais — o que se ajusta à figura suspensiva. Como se vê, as duas *principais* cláusulas e obrigações do contrato empregatício ficam sustadas, isto é, a prestação laborativa (cuja sustação desfavorece o empregador) e o pagamento de salário (cuja sustação desfavorece o obreiro) — o que se ajusta, mais uma vez, à figura suspensiva.

Contudo, embora se esteja diante de uma suspensão, a ordem jurídica atenua os efeitos drásticos da figura suspensiva neste caso focado, principalmente pela sensibilidade social envolvida e pelo tipo de causa do afastamento: trata-se de causa vinculada ao próprio risco empresarial, que se abateu infortunisticamente sobre o obreiro (acidente ou doença profissional). Ora, a solução drástica padronizada na suspensão não é equânime, atingindo muito mais o trabalhador do que o empregador (que deveria, afinal, responder por parte dos efeitos, em face do risco assumido no contrato). Nessa linha, a lei atenuou as repercussões da figura suspensiva, mantendo alguns poucos e limitados efeitos contratuais em favor do obreiro.

As regras especiais que distinguem o presente caso de suspensão contratual são:

a) Computa-se o período de afastamento em face de acidente do trabalho (ou doença profissional ou ocupacional), para fins de indenização e estabilidade

prazo de interrupção até o 30º dia de afastamento médico, iniciando-se a suspensão contratual apenas desde o 31º dia de afastamento. Mas a Lei de Conversão n. 13.135, publicada em 18.6.2015, não manteve tais mudanças jurídicas, fazendo prevalecer os antigos prazos da Lei Previdenciária n. 8.213/91.

celetistas (se aplicáveis as figuras) — parágrafo único do art. 4º da CLT. Note-se, de todo modo, que esta ressalva praticamente não mais subsiste, no plano da realidade, já que a Constituição de 1988 inviabilizou novas aquisições de indenização e estabilidade celetistas no cenário do país (art. 7º, I, e art. 10, ADCT, CF/88, que revogaram, tacitamente, os arts. 477, *caput*, e 492, da CLT — fenômeno da *não recepção*).

b) Computa-se o período de afastamento, em face de licença por acidente de trabalho (ou doença ocupacional/profissional), para fins de depósitos de FGTS (art. 28, Decreto n. 99.684/90 — Regulamento do FGTS; conforme já exposto, o artigo desse Regulamento Normativo fala, curiosamente, em *interrupção do contrato de trabalho*). Os depósitos do FGTS, portanto, devem ser efetuados diretamente pelo empregador na respectiva conta vinculada obreira. Note-se que o art. 28, III, do Regulamento do FGTS (Decreto n. 99.684/90) menciona a expressão *licença por acidente do trabalho*.⁽²⁰⁾

c) Computa-se período de afastamento previdenciário por acidente de trabalho ou por enfermidade — *desde que inferior a 6 meses* — para fins de período aquisitivo de férias do empregado (art. 131, III, CLT). Aqui a lei não distingue a causa do afastamento previdenciário: *qualquer doença* (mesmo não profissional) enseja a exceção legal, favorecendo o obreiro com a contagem do tempo para fins de férias.

d) Resguarda-se o direito à manutenção, no curso de suspensão do contrato de trabalho em virtude de auxílio-doença acidentário ou até mesmo de aposentadoria por invalidez, de plano de saúde ou de assistência médica oferecido pela empresa ao empregado (Súmula 440, TST).

3. Afastamento Maternidade

O tratamento jurídico conferido aos efeitos *trabalhistas* do afastamento da obreira em virtude da chamada *licença-maternidade* sofreu significativa alteração no Direito do país. Por essa razão, a análise do enquadramento dessa situação contratual supõe o prévio exame da evolução normativa a respeito do problema.

A) Aspectos Legais — Duas fases são importantes na evolução legal sobre o presente tema no Brasil: antes do efetivo cumprimento dos critérios da Convenção Internacional 103 da OIT, de 1952, e após o início desse cumprimento.

(20) Conforme exposto, cessa a obrigatoriedade empresarial de realização dos depósitos do Fundo de Garantia caso o obreiro *aposente-se* por invalidez. É que o Regulamento do FGTS (Decreto n. 99.684, de 1990) estipula a regra favorável, entre outras hipóteses, nas situações de "*licença para tratamento de saúde de até quinze dias*" (art. 28, II; grifos acrescidos) e de "*licença por acidente do trabalho*" (art. 28, III; grifos acrescidos). Com a aposentadoria por invalidez desaparece o período transitório tecnicamente denominado de *licença previdenciária*.

De fato, até a década de 1970, o Brasil, embora subscritor da Convenção 103 da OIT (Decreto de promulgação n. 58.820/1966), não conferia efetiva eficácia social ao critério jurídico acobertado pelo diploma internacional. Dispunha esse diploma que “em hipótese alguma, deve o empregador ser tido como pessoalmente responsável pelo custo das prestações devidas às mulheres que ele emprega” (art. IV, 8, Convenção 103, OIT). Entretanto, pela lei cumprida no País (antiga redação do art. 392, CLT), o empregador é que suportava, diretamente, o pagamento de todas as parcelas contratuais trabalhistas durante o afastamento de sua empregada.

Por isso, no modelo tradicional então vigorante, o período de afastamento maternidade era, inquestionavelmente, *interrupção* do contrato de trabalho.

A Lei n. 6.136, de 1974, trouxe importante ajuste na ordem jurídica interna nesse aspecto. Não apenas assegurou prazo de afastamento maternidade de 12 semanas (ou seja, 84 dias, conforme prazo da Convenção 103/OIT), como estipulou que os salários do período do afastamento ficariam sob encargo da Previdência Social (as verbas do *salário-maternidade* passaram a ter, obviamente, desde então, natureza previdenciária).

O critério da Convenção n. 103 (e da Lei n. 6.136/74) manteve-se incorporado pelas leis previdenciárias subseqüentes do País (hoje, Lei n. 8.213/91, art. 71). A Constituição da República ampliou o prazo de afastamento para 120 dias (art. 7º, XVIII), cabendo os respectivos encargos à Previdência Oficial (Lei n. 8.213/91).

Os prazos de afastamento maternidade em casos de adoção de criança ou obtenção de guarda judicial para fins de adoção, foram, inicialmente, diferenciados: 120 dias, se a criança tivesse até um ano de idade; 60 dias, se tivesse entre um ano e quatro anos de idade; 30 dias, se a criança tivesse de quatro a oito anos de idade (art. 392-A, CLT, e art. 71-A da Lei n. 8.213/91, ambos inseridos pela Lei n. 10.421/2002). A partir da Lei n. 12.010/2009 (nova Lei de Adoção), vigente desde 3.11.2009 (art. 7º), o prazo da licença-maternidade tornou-se uniforme, ou seja, 120 dias, qualquer que seja a idade da criança adotada (revogação dos §§ 1º a 3º do art. 392-A da CLT pelo art. 8º da nova Lei de Adoção).

As situações de afastamento por adoção ou guarda judicial ampliaram-se mais ainda pela recente Lei n. 12.873, de 24.10.2013. O novo diploma legal — alterando a CLT (novos textos da Consolidação: artigos 392-B e 392-C, além de art. 392-A, § 5º) e também a Lei Previdenciária n. 8.213/91 (novos dispositivos: art. 71-A, §§ 1º e 2º; art. 71-B, §§ 1º, 2º e 3º; art. 71-C, todos da Lei n. 8.213/91) — estendeu a licença-maternidade a um dos adotantes ou guardiães da criança, trate-se de empregada ou, inclusive, de *empregado*. Também estipulou que, em caso de morte da genitora, assegura-se “ao cônjuge ou companheiro empregado o gozo de licença por todo o período da licença-maternidade ou pelo tempo restante a que teria direito a mãe, exceto

em caso de falecimento do filho ou de seu abandono” (novo art. 392-B). Na mesma direção extensiva, acrescentou o novo art. 392-C da CLT que se aplica, “no que couber, o disposto no art. 392-A e 392-B *ao empregado que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção*” (grifos acrescentados).

Importante acréscimo de 60 dias à licença-maternidade surgiu com a Lei n. 11.770/2008 (Diário Oficial de 10.9.08): para tanto, é necessário que o empregador adira ao *Programa Empresa Cidadã*, criado pelo diploma legal (art. 1º, *caput* e § 1º), passando a se valer de incentivo fiscal (art. 5º). A autorização para instituição do mencionado programa no âmbito das entidades da administração pública direta, indireta e fundacional foi fixada pela própria Lei n. 11.770 (art. 2º). Este acréscimo de 60 dias (voluntário, como se percebe) soma-se também à licença recebida para adoção ou obtenção de guarda judicial.⁽²¹⁾

Há duplo mecanismo de pagamento do salário-maternidade: ou se faz diretamente pelo INSS à segurada ou se faz por meio do próprio empregador, que, em consequência, realiza compensação contábil frente ao conjunto de recolhimentos previdenciários a serem efetivados no respectivo período.

A primeira sistemática sempre se aplicou à empregada doméstica, desde sua inserção no sistema previdenciário, inclusive depois do advento da LC n. 150/2015; por curto período (de novembro de 1999 até agosto de 2003, em face da mudança trazida à Lei n. 8.213/91 pela Lei n. 9.976, de 26.11.99), esta mesma sistemática também se aplicou a todas as demais obreiras beneficiárias do salário-maternidade (empregadas e trabalhadoras avulsas). No entanto, a contar de setembro de 2003 (Lei n. 10.710, de 05.08.03, alterando, mais uma vez, a Lei n. 8.213/91), o pagamento direto pelo INSS atinge às seguintes parturientes vinculadas ao Direito do Trabalho: doméstica, avulsa e empregada adotante de criança ou que obtiver sua guarda judicial para fins de adoção. Desde a Lei n. 12.873, de 24.10.2013, estende-se o salário-maternidade — pago diretamente pelo INSS — a um dos adotantes ou guardiães da criança, seja empregada ou, até mesmo, *empregado* (novo § 5º do art. 392-A, CLT); estende-se também, em caso de morte da genitora, ao cônjuge ou companheiro empregado, por todo o período da licença-maternidade que seria devida à mãe falecida ou pelo tempo restante a que esta teria direito, “exceto no caso de falecimento do filho ou de seu abandono” (art. 392-B da CLT); estende-se, por fim, o salário-maternidade, “no

(21) A Lei n. 13.257, de 8.5.2016, inserindo um novo inciso II no art. 1º da Lei n. 11.770/08 (*Programa Empresa Cidadã*), assegurou a prorrogação por 15 dias da *licença-paternidade* de cinco dias fixada pelo ADCT da Constituição de 1988. Mais recentemente, a Lei n. 13.509, de 22.11.2017 — que promoveu alterações no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/1990) —, também agregou novas proteções à empregada e ao empregado que sejam adotantes de crianças e adolescentes, mediante inserções redacionais em dispositivos da CLT, a saber: novo parágrafo único ao texto do art. 391-A; novo texto para o *caput* do art. 392-A; por fim, novo texto para o *caput* do art. 396, todos da CLT.

que couber”, “ao empregado que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção” (art. 392-C, CLT). Todas essas novas situações extensivas, enfatize-se, enquadram-se na sistemática de pagamento diretamente pelo INSS à beneficiária (ou beneficiário), conforme art. 71-A, §§ 1º e 2º, e art. 71-B, §§ 1º, 2º e 3º, e art. 71-C, da Lei Previdenciária n. 8.213/1991, segundo redação promovida pela Lei n. 12.873/2013.

A segunda sistemática de pagamento (feito diretamente pelo empregador, que procede à compensação contábil pertinente) tem favorecido, tradicionalmente, às seguradas empregadas comuns (Lei n. 8.213/91: art. 71 e seguintes). Embora este critério tenha sido sustado entre fins de 1999 até agosto de 2003, em face da Lei n. 9.976/99, ele retornou à prática previdenciário-trabalhista desde setembro de 2003 (Lei n. 10.710/03), aplicando-se, pois, à ampla maioria das seguradas empregadas.

B) Enquadramento Jurídico — Antes da incorporação dos critérios da Convenção 103 da OIT (portanto, antes da Lei n. 6.136/74), o afastamento maternidade era, sem dúvida, interrupção contratual (art. 392, CLT, em sua redação primitiva). É que exatamente todos os efeitos da figura interruptiva aqui compareciam.

Após a incorporação de tais critérios, contudo (logo, após Lei n. 6.136, de 1974), o enquadramento tornou-se relativamente controvertido.

Uma das vertentes interpretativas sustenta que o referido afastamento enquadra-se no tipo legal da *suspensão do contrato de trabalho*, ao fundamento de que a principal prestação contratual devida pelo empregador passa, na verdade, a ser suportada pela Previdência Oficial (ficando, pois, sustada como obrigação empresarial)⁽²²⁾.

A maioria da doutrina, entretanto, insiste que o correto enquadramento, no presente caso, é o que se reporta à *interrupção contratual*⁽²³⁾. E com inteira razão, sem dúvida. De fato, *todos* os efeitos básicos da interrupção comparecem à presente situação trabalhista. Ilustrativamente, mantém-se a

(22) Nesta linha, em parte, Mozart Victor Russomano. O clássico jurista, na verdade, arrola o descanso legal à mulher gestante como interrupção do contrato de trabalho (in *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. v. I, Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 495). Mas, logo em seguida, pondera que é “...de se destacar o fato de que o auxílio-maternidade, que era prestação salarial paga pelo empregador, foi transformado em benefício previdenciário, o que poderá permitir sua classificação entre as *causas suspensivas* do contrato de trabalho” (loc. cit.; grifos no original). Também Octavio Bueno Magano considera a licença-maternidade como prazo de suspensão do contrato de trabalho “*referentemente ao empregador*” (in *Manual de Direito do Trabalho*. v. II, São Paulo: LTr, 1993, p. 316).

(23) Nesta direção, por exemplo, NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1997, p. 222. SÜSSEKIND, Arnaldo. *Instituições de Direito do Trabalho*. v. I, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1981, p. 482-483. ALVES, Ivan Dias Rodrigues; e MALTA, Christovão Piragibe Tostes. *Teoria e Prática do Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1995, p. 250.

plena contagem do tempo de serviço obreiro para todos os fins (gratificações, se houver; 13º salário; período aquisitivo de férias, etc.); mantém-se o direito às parcelas que não sejam salário condição; mesmo quanto a estas, se forem habituais, mantém-se a obrigação de seu reflexo no cálculo do montante pago à obreira no período de afastamento; preserva-se, por fim, a obrigação empresarial de realizar depósitos de FGTS na conta vinculada da empregada no período de licença (art. 28, Decreto n. 99.684/90).

Na verdade, aqui a exceção legal ocorre com a figura interruptiva (ao passo que nos itens 1 e 2, *retro*, verificou-se exceção no tocante à figura suspensiva): trata-se de um caso de interrupção contratual em que a ordem jurídica buscou minorar os custos normalmente assumidos pelo empregador, isso em decorrência de uma política social dirigida a eliminar discriminações à mulher no mercado de trabalho. É que, se fossem mantidos todos os custos da interrupção no presente caso, prejudicar-se-ia a mulher obreira, dado que se estaria restringindo comparativamente seu mercado de trabalho (seus contratos seriam potencialmente mais caros para o empregador, levando este a práticas discriminatórias contra as mulheres)⁽²⁴⁾.

O novo enquadramento jurídico (*interrupção contratual*, porém com alguns custos inerentes à figura interruptiva minorados, pela União, em benefício do empregador) aplica-se em todos os casos de extensão da licença-maternidade promovidos pela recente Lei n. 12.873/2013: afastamento previdenciário pela empregada (ou até mesmo o empregado) adotante ou guardião judicial de criança (art. 392-A, § 5º, e art. 392-C, CLT); gozo restante da licença-maternidade pelo empregado que seja cônjuge ou companheiro da mãe falecida, salvo havendo morte da criança ou seu abandono (art. 392-B, CLT).

4. Encargos Públicos

A controvérsia gerada pela presente situação é inevitável. Ela decorre do fato de que, na verdade, o atendimento a encargo público pelo obreiro envolve inúmeras e diferenciadas situações — e não apenas uma única situação padronizada. Cada uma dessas situações tem características e normas próprias, conduzindo a um enquadramento específico portanto. Não há, pois, uma única situação padrão em tais casos; há, em vez disso, várias e distintas

(24) As observações acima aplicavam-se, é claro, aos prazos diferenciados de afastamento maternidade instituídos em favor da empregada que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança, conforme art. 392-A da CLT (preceito acrescentado à Consolidação pela Lei n. 10.421, de 15.4.02). Tais prazos diferenciados da mãe adotante foram unificados para 120 dias pela nova Lei de Adoção, que revogou os parágrafos 1º até 3º do art. 392-A da CLT (Lei n. 12.010/2009 — *vigência desde 3.11.2009*, em face de *vacatio legis* fixada por seu art. 7º). As observações acima também se aplicam, evidentemente, ao novo acréscimo de 60 dias instituído pela Lei n. 11.770/2008 (*Programa Empresa Cidadã*) — se feita a adesão do empregador ao programa.

situações propiciadas pelo atendimento obreiro a encargo público. Além disso, é muito variado o universo de normas jurídicas que regem tais situações, algumas situadas na CLT e outras até mesmo fora do Direito do Trabalho.

Contudo, de maneira geral, pode-se alinhar o seguinte critério básico: *as situações de atendimento a encargo público de duração curta e delimitada no tempo (um ou poucos dias) enquadram-se, em geral, como interrupção do contrato de trabalho*. São vários os exemplos a confirmar esse critério geral: comparecimento judicial como jurado (art. 430, Código de Processo Penal), como testemunha (art. 822, CLT) ou até mesmo parte (Súmula 155, TST; inciso VIII do art. 473, incluído pela Lei n. 9.853, de 27.10.1999). Também se enquadra neste grupo o afastamento para cumprir obrigações relativas à Justiça Eleitoral (no estrito período de cumprimento de tais obrigações, é claro). Na mesma linha o afastamento para apresentação ao serviço militar (art. 473, VI, CLT).

Há uma exceção a essa regra geral, que trata de encargos de curta duração: trata-se do tempo em que estiver o empregado incorporado ao serviço militar, “por motivo de convocação para manobras, exercícios, manutenção da ordem interna ou guerra” (art. 61, *caput*, Lei do Serviço Militar), desde que o obreiro opte por continuar recebendo sua remuneração contratual de origem (no importe de 2/3 — art. 61, *caput*, Lei n. 4.375/64). A manutenção da obrigação salarial do empresário — com as diversas e relevantes repercussões disso resultante — enquadra tal situação no rol das interrupções laborativas tipificadas pela CLT, independentemente de ser curta ou longa sua duração temporal.

Por outro lado, enquadram-se como *suspensão do contrato de trabalho as situações de atendimento a encargo público de larga duração no tempo*. São exemplos que confirmam esse segundo critério geral o afastamento para cumprir mandato político eletivo (arts. 472, *caput*, e 483, § 1º, CLT) e o afastamento para assumir cargo público de direção (arts. 472, *caput*, e 483, § 1º, CLT). Também confirma tal critério o afastamento para prestação de serviço militar *inicial* (embora aqui os efeitos suspensivos sejam atenuados, como visto).

A exceção à presente regra encontra-se, mais uma vez, no afastamento obreiro resultante de “convocação para manobras, exercícios, manutenção da ordem interna ou guerra”. É que tal situação, independentemente de perdurar por longo período, não se convola em suspensão contratual, mantendo-se como inequívoca interrupção laborativa, se o obreiro fizer a opção salarial acima especificada.

Há situação da vida real que deve se enquadrar na presente regra suspensiva: a *prisão provisória* do empregado. Ela não se confunde, esclareça-se, com o tipo legal do art. 482, “d”, da CLT (condenação criminal do obreiro, transitada em julgado, sem que tenha havido sustação da execução efetiva da pena), este autorizando a aplicação da justa causa pelo empregador. A

simples prisão provisória é, em princípio, fator de suspensão do contrato de trabalho (art. 472, *caput* e § 1º, combinado com art. 483, § 1º, *ab initio*, CLT) e não de seu rompimento motivado (art. 482, “d”, CLT)⁽²⁵⁾.

5. Afastamento da Trabalhadora em Face de Violência (Lei Maria da Penha)

A Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006 (*Lei Maria da Penha*), que institui *mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher*, estabelece dois preceitos com nítida dimensão trabalhista (embora tendo também, naturalmente, outras dimensões), em favor da trabalhadora que esteja submetida às circunstâncias perigosas apontadas na lei: trata-se da *remoção do local de trabalho da servidora pública de entidade integrante da administração direta ou indireta*, judicialmente determinada, e o *afastamento do local de trabalho, por até seis meses*, também judicialmente determinado (art. 9º, § 2º, I e II, Lei n. 11.340/2006).⁽²⁶⁾

Qual a natureza jurídica desse afastamento compulsório por até seis meses? Trata-se de suspensão do contrato de trabalho ou mera interrupção da prestação de serviços?

A Lei Maria da Penha não deixa essa resposta clara, registre-se, dispondo em seu art. 9º, § 2º, inciso II: “§ 2º. O Juiz assegurará à mulher em situação de violência doméstica e familiar, para preservar sua integridade física e psicológica: (...) II — manutenção do vínculo trabalhista, quando necessário o afastamento do local de trabalho, por até seis meses.”

O tema não tem sido ainda debatido, com minúcia, na jurisprudência trabalhista, em decorrência da presença de poucos casos sedimentados na Justiça do Trabalho. A falta de suficiente experimentação jurídica e processual no segmento trabalhista a respeito dessa lide, conduz à necessidade de busca dos elementos pertinentes para o respectivo enquadramento nos dois tipos jurídicos contrapostos.

Em favor do enquadramento do afastamento judicial do trabalho da empregada vítima de violência doméstica ou familiar no rol das *suspensões contratuais*, importantes ponderações surgem. De um lado, o próprio silêncio da lei, que conduziria à incidência do princípio da legalidade (art. 5º, II, CF/88), informando não se poder criar para o empregador dever e obrigação significativamente onerosos sem prévia estipulação legal. De outro lado, a circunstância de se tratar de afastamento sem qualquer culpa ou responsabilidade do em-

(25) A respeito desta comparação, consultar também no Capítulo XXX, item V.1, deste Curso, o texto de análise da justa causa do art. 482, “d”, da CLT.

(26) Tal remoção compulsória prevista pela Lei Maria da Penha está examinada, neste Curso, no Capítulo XXVI, item X.2.C.c, para onde remetemos o leitor.

pregador, sem qualquer relação com o vínculo de emprego, não permitindo ou justificando a captura de regras responsabilizatórias na ordem jurídica por simples esforço hermenêutico. Some-se a isso o fato de a Lei Maria da Penha mencionar apenas a *manutenção do vínculo trabalhista* (inciso II do § 2º do art. 9º da Lei n. 11.340), dando a entender que a subsequente ausência da empregada não pode ser fator de ruptura contratual motivada, de dispensa em face de não cumprimento do contrato, sendo, ao invés, nítida suspensão do contrato de trabalho. Agregue-se a esse rol de argumentos a circunstância de os afastamentos longos, sem expressos ônus e encargos legais para o empregador, serem usualmente enquadrados pela doutrina e pela jurisprudência como suspensão contratual. Complete-se a argumentação insistindo-se que o fato de ser a lei omissa, em contexto de fixação de regra de Seguridade Social (ao invés de ter imposto ao Estado os custos da medida protetora da mulher) não transfere para o empregador, principalmente o privado, os custos e encargos de nítida política de seguridade social.

São realmente fortes os argumentos em prol do enquadramento desse afastamento trabalhista criado pela Lei n. 11.340/2006 no campo das simples suspensões do contrato de trabalho.

Em favor do enquadramento do afastamento judicial do trabalho da empregada vítima de violência doméstica ou familiar no rol das *interrupções da prestação de serviços* (chamadas ainda de *suspensões parciais do contrato de trabalho*), também surgem ponderações muito importantes.

Argumenta-se, em primeiro lugar, que o silêncio da lei não tem necessária força normativa excludente, por ser próprio ao sistema jurídico e à ordem constitucional a integração das normas jurídicas. Mesmo nesse tema do contraponto entre situações de suspensão ou de interrupção contratuais, outros silêncios normativos já ocorreram, sem que a jurisprudência ficasse sempre, em todos os casos, com a tese da suspensão plena do contrato de trabalho. Relembre-se, por exemplo, os quase três anos, desde 5.10.1988, em que o prazo de afastamento devido a maternidade estendeu-se dos originais 86 dias fixados na CLT (art. 392) para 120 dias (conforme art. 7º, XVIII, da Constituição), sem autorização legal para que o INSS ficasse responsável por essa parcela de *34 dias de acréscimo* (art. 195, § 5º, CF/88). A jurisprudência pacificou-se, na época — até o advento da Lei Previdenciária n. 8.213, de 24.7.1991, que garantiu a fonte estatal de custeio da verba —, que a responsabilidade pelo pagamento era, sim, do empregador (nesta linha, a OJ 44 da SDI-I do TST).⁽²⁷⁾

(27) Eis o texto da OJ 44 da SDI-I do TST, inserida em 13 de setembro de 1994: “GESTANTE. SALÁRIO-MATERNIDADE. É devido o salário-maternidade, de 120 dias, desde a promulgação da CF/1988, ficando a cargo do empregador o pagamento do período acrescido pela Carta”.

Argumenta-se, em segundo lugar, que o dispositivo da Lei Maria da Penha tem, sim, inquestionável natureza de regra de Seguridade Social, além de sua dimensão trabalhista, estando ambas conectadas, do ponto de vista lógico e jurídico. A circunstância de ser regra dessa natureza não exclui, de maneira alguma, a responsabilidade do empregador, uma vez que toda a sociedade participa, segundo a matriz constitucional, do conjunto integrado de ações que compõem essa face da vida pública, social e comunitária.

Efetivamente, a seguridade social é compreendida, pela Constituição, como “*um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social*” (art. 194, CF/1988). Nesta sua importante dimensão de *regra de seguridade social*, o preceito da Lei Maria da Penha erige-se, com relação à mulher trabalhadora, como parte de consistente política pública de garantia da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF/88), de garantia do direito à vida, à liberdade, à igualdade e à segurança (art. 5º, *caput*, CF/88), de garantia de exercício dos direitos sociais da saúde, da segurança e do bem-estar (Preâmbulo da Constituição e art. 6º, *caput*, CF/88), de combate à discriminação da mulher (art. 3º, IV, CF/88; art. 5º, *caput* e I, CF/88) e de garantia de assistência aos desamparados (art. 6º, CF/88).

Nessa qualidade de regra trabalhista e de regra de seguridade social, o afastamento do trabalho assegurado pelo art. 9º, § 2º, II, da Lei n. 11.340/2006 à trabalhadora ameaçada no plano doméstico ou de sua família somente cumpre seus objetivos cardeais caso seja enquadrado como interrupção da prestação de serviços, ao invés de mera suspensão contratual, com a garantia de percepção dos direitos trabalhistas à empregada sob tutela pública e social.

Naturalmente que a Lei n. 8.213/1991 deve ser aperfeiçoada, do ponto de vista legislativo, para se cumprir o comando do art. 195, § 5º, da Constituição, a fim de que o empregador, em tais situações específicas de afastamento judicial, possa se ressarcir perante o conjunto dos recolhimentos que realiza para o INSS, em conformidade com o mesmo mecanismo já adotado para o salário-maternidade. Nos casos de empregada doméstica e de empregada adotante de recém-nascido ou criança, o critério que caberia fixar-se na alteração legal seria o mesmo hoje vigorante, quer dizer, recebimento de suas verbas de afastamento diretamente do INSS. Contudo, enquanto não surgido o aperfeiçoamento legal, o pagamento do período de interrupção da prestação de serviços caberia, inquestionavelmente, ao empregador — segundo essa corrente hermenêutica.

O contraponto de posições díspares em tema tão relevante recomenda ao legislador previdenciário que realize, com exação e urgência, o aperfeiçoamento da Lei n. 8.213/91, de maneira a conferir pronta efetividade aos objetivos tutelares e civilizatórios da Lei Maria da Penha também no campo trabalhista.

VII. CASOS EM DESTAQUE — SUSPENSÃO DISCIPLINAR E SUSPENSÃO PARA INQUÉRITO

Há dois casos de suspensão contratual que merecem análise particularizada, em vista da diversidade de aspectos que compõem sua estrutura e aplicação operacional. Trata-se da suspensão contratual obreira por motivo disciplinar e da suspensão obreira para propositura de ação de inquérito apuratório de falta grave.

1. *Suspensão Disciplinar*

A figura da suspensão disciplinar está expressamente mencionada na CLT (art. 474), não se confundindo com a suspensão para propositura de ação de inquérito (arts. 493/494 e 652, “b”, CLT).

A) Natureza Jurídica — Sua *natureza jurídica*, como se percebe, é de nítida penalidade trabalhista aplicável ao empregado (caráter punitivo), distinguindo-se, desse modo, da suspensão para inquérito (que, segundo a doutrina, teria caráter preventivo).

B) Critérios de Aplicação da Pena Suspensiva — Há *critérios para aplicação de tal pena*, cuja inobservância tende a comprometer a validade da punição. Tais critérios são os mesmos arrolados em estudos concernentes ao exercício do poder disciplinar pelo empregador⁽²⁸⁾. Retome-se, ainda que sinteticamente, sua análise neste tópico.

Os critérios de aplicação de penas trabalhistas (e, portanto, também da suspensão) classificam-se em objetivos, subjetivos e circunstanciais.

Do ponto de vista objetivo, é preciso que a falta seja passível de enquadramento nos tipos legais existentes (tipicidade) e que haja relativa gravidade em seu cometimento. Conduta atípica ou sem gravidade não pode ser punida com suspensão disciplinar.

Em segundo lugar, do ponto de vista subjetivo, é preciso que a autoria da conduta e a culpabilidade obreiras estejam efetivamente comprovadas.

Do ponto de vista circunstancial, finalmente, vários aspectos devem ser observados pelo empregador quanto à aplicação da suspensão punitiva. É preciso que haja imediaticidade na aplicação da punição; é necessário, ainda, que se respeite a graduação (se for o caso) no exercício desse poder punitivo; cabe atentar-se, também, para a compatibilidade e proporcionalidade entre

(28) A análise de tais critérios de aplicação de penalidades e de outros aspectos do poder disciplinar empresarial encontra-se em DELGADO, Mauricio Godinho. *Contrato de Trabalho* — caracterização, distinções, efeitos. São Paulo: LTr, 1999, em seu Capítulo V: “Efeitos do Contrato de Trabalho: Poder Empregatório”. Neste Curso, ver Capítulo XX, item V.

a punição suspensiva e a falta cometida; além disso, é importante, de todo modo, que não tenha ocorrido perdão tácito pelo empregador.

No exercício do poder disciplinar, há, como se sabe, uma *relativa* discricionariedade por parte do empregador, já que ele decide sobre a conveniência da aplicação da punição (até mesmo a oportunidade e proporcionalidade são aferidas pelo empregador, é claro). Contudo, seu arbítrio está rigorosamente submetido à plena observância dos critérios acima arrolados, sob pena de invalidação judicial da punição efetivada.

C) Limites à Penalidade — Existem *limites temporais rígidos* fixados para a pena de suspensão disciplinar: seu prazo máximo é de 30 dias (art. 474, CLT). A ultrapassagem desse prazo legal não só invalida a penalidade aplicada como traduz-se em falta grave cometida pelo empregador, ensejando a ruptura do pacto por culpa empresarial (arts. 474 e 483, CLT).

É evidente, porém, que isso não significa que toda suspensão inferior a 30 dias seja acolhida pela ordem jurídica: ela pode, ainda assim, ser excessiva, desproporcional à falta cometida e, em consequência, inválida.

D) Dosagem Judicial da Suspensão: debate — É viável a *intervenção judicial atenuadora* de uma suspensão aplicada (por exemplo, reduzindo-se de 30 para 5 dias)? Há, como se sabe, forte polêmica a esse respeito⁽²⁹⁾. Sinteticamente, faz-se um relato das duas posições contrapostas.

Uma das vertentes sustenta a *inviabilidade* da dosagem judicial da pena aplicada: ao Judiciário caberia apenas a decisão sobre a validade (ou não) da punição feita. Argumenta-se que a gradação da pena pelo juiz consistiria inaceitável transferência do poder diretivo empresarial para as mãos do Estado, com incabível intervenção cotidiana deste na gestão empregatícia. Tais transferência e intervenção não teriam respaldo em qualquer permissivo legal, afrontando até mesmo texto constitucional expresso, que coloca a *livre-iniciativa* como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito instaurado no País (art. 1º, IV, CF/88).

A segunda vertente sustenta a *viabilidade*, sim, da dosagem judicial da suspensão feita. Argumenta-se que a gradação da pena seria prerrogativa inerente à própria função judicial de decidir correta e adequadamente a lide conforme o Direito, surgindo como instrumento às vezes imprescindível para tal decisão certa, adequada e equilibrada. Aduz-se que a Constituição de 88 coloca o *valor social do trabalho* no mesmo plano da *livre-iniciativa*, ambos com estatuto de *fundamentos* (ao lado de outros) do Estado Democrático de Direito no país. De par com isso, o *direito de propriedade* estaria inexoravelmente submetido à sua *função social* (art. 5º, XXII e XXIII, CF/88) e

(29) Para maior análise a respeito da referida polêmica, consultar o Capítulo XX, item V. 5, deste Curso.

ao respeito pleno à prevalência dos direitos e garantias individuais da pessoa humana (Preâmbulo da Constituição de 1988; art. 1º, III; art. 3º, I e IV; art. 5º, *caput* e incisos I, III, X, LIII e LIV, sempre da CF/88).

Insiste a segunda vertente que a função judicante de declarar a incidência da norma sobre o caso concreto nem sempre deve (ou pode) resultar em resultados ou comandos *absolutos*. O processo de aplicação da lei sintetiza a combinação entre o respeito ao padrão geral contido na norma e a sensibilidade à situação especial contida no caso concreto. *A extremada e simplificadora dualidade de soluções* (ou se anula toda a punição ou se acata, plenamente), *que resulta em dois únicos padrões singelos de resposta judicial à questão trazida a exame, restringe a função judicante e inviabiliza a exata adequação da norma ao caso concreto*. Nesse sentido, a simplificadora dualidade de alternativas postas ao exame da autoridade jurisdicional restringiria o princípio do juiz natural e da apreciação pelo Judiciário de qualquer lesão ou ameaça a direito — agredindo, pois, à regra basilar do art. 5º, XXXV, CF/88.

Completa a segunda vertente que a resistência do Direito do Trabalho em acolher a prerrogativa de atenuação judicial da sanção imposta extrajudicialmente colocaria o ramo jurídico especializado em patamar mais acanhado do que o próprio Direito Civil. De fato, no Direito Civil já é clássico o critério de que caberá ao juiz reduzir, proporcionalmente, a pena estipulada, quando cumprir-se, em parte, a obrigação (a respeito, art. 924, CCB/1916; art. 413, CCB/2002). Não haveria, portanto, por que resistir-se à sua incorporação no âmbito trabalhista (art. 8º, CLT). Na verdade, esse critério já seria, naturalmente, muito mais próximo à estrutura e dinâmica do Direito do Trabalho (onde prevalecem os princípios da primazia da realidade e imperatividade das normas jurídicas), do que da órbita civilista, onde já se encontra expressamente absorvido.

2. Suspensão para Inquérito

A presente figura jurídica traduz-se na sustação dos efeitos contratuais, determinada pelo empregador, preventivamente à propositura de ação de inquérito apuratório de falta grave obreira.

A) Cabimento da Figura — Esta figura suspensiva somente tem pertinência em contextos de resolução contratual obtida mediante ação de inquérito.

O inquérito referido pela CLT consiste na *ação trabalhista direcionada à apuração de falta grave de empregado estável ou com garantia sindical de emprego, objetivando sentença condenatória e desconstitutiva do emprego garantido* (arts. 493/494 e 652, “b”, CLT). A resolução culposa do contrato de

tais trabalhadores somente pode ser decidida em juízo, através de processo formal, em vista da estabilidade (ou garantia de emprego) que os favorece.

Diz a CLT que a falta grave consiste na prática de qualquer das condutas enquadradas pela lei como justa causa, que, por sua repetição ou natureza, importe em séria violação dos deveres e obrigações do trabalhador (art. 493).

A jurisprudência pacificou que a ação de inquérito (e, portanto, a suspensão preventiva) somente cabe em restritos casos trabalhistas. São, basicamente, apenas três esses casos: dois, qualificados por estabilidade no emprego; um, qualificado por garantia de emprego.

De um lado, há os *empregados estáveis celetistas* (arts. 492 e 494, CLT). Tais casos, como se sabe, são hoje raros, em virtude da não recepção pela Constituição de 1988 (art. 7º, I e art. 10, ADCT) do sistema estabilitário e indenizatório da CLT.

De outro lado, há os *servidores públicos celetistas estáveis* (também chamados empregados públicos), favorecidos por preceitos da Constituição da República (art. 19, ADCT e, se for o caso arts. 37 e 41, CF/88 — inclusive com modificações da Emenda Constitucional 19/1998). Note-se que embora não haja controvérsia significativa, na jurisprudência trabalhista sobre a aplicação sobre os servidores celetistas da estabilidade do art. 19, do ADCT, já houve ponderável controvérsia sobre a extensão a esses servidores da regra estabilitária do art. 41 da Constituição.⁽³⁰⁾

Deve-se notar, ainda, que a Constituição considera válida a ruptura contratual dos servidores estáveis efetivada mediante “*processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa*” (art. 41, § 1º, CF/88).

Finalmente, há os *dirigentes sindicais*, favorecidos por garantia de emprego, por força da Constituição (art. 8º, VIII, CF/88; art. 543, CLT). A Súmula 197 do Supremo Tribunal Federal — e a jurisprudência ainda hoje prevaiente — considera essencial a ação de inquérito para a resolução culposa do contrato de tais obreiros (ex-OJ 114, SDI-I/TST; Súmula 379, TST).

(30) Sobre a confirmação da estabilidade dos *empregados públicos*, conforme art. 41 da Constituição, consultar a ex-OJ 22, da SDI-II/TST, de 2000, e a ex-OJ 265 da SDI-I/TST (2002). Em 2005 tais orientações jurisprudenciais foram incorporadas na Súmula 390, I, do TST. Há decisões do STF, contudo, no sentido de negar a estabilidade do art. 41, após a nova redação conferida pela EC n. 19/1998, aos novos servidores celetistas concursados (empregados públicos), pelo fundamento de que o novo texto reformado refere-se somente a “cargo”, não abrangendo “emprego”, em contraponto ao caráter genérico do texto constitucional primitivo. De todo modo, essa dispensa não poderia ser meramente arbitrária, porém necessariamente *motivada*, ao contrário do ocorrido nas entidades privadas. É que o próprio sistema constitucional exige *motivação* para a prática de atos pela Administração Pública, não se tratando aqui de simples dispensa *ad nutum*; afinal, a jurisprudência do mesmo STF exige a motivação da dispensa do servidor público concursado até mesmo em período de *estágio probatório*. Além disso, a Lei n. 9.784/1999 enfatiza o *princípio da motivação* (art. 2º, caput e VII; art. 50, caput, I e II).

Esclareça-se, a propósito, que a jurisprudência não tem considerado essencial a formalidade do inquérito judicial para rupturas contratuais por justa causa de obreiros favorecidos pelas *demais garantias de emprego* (por exemplo, mulher gestante, dirigente eleito de CIPA, empregado acidentado, diretor de cooperativa obreira, etc.).

B) Natureza Jurídica — A suspensão para inquérito evidentemente susta, de fato, a eficácia de direitos contratuais obreiros, à semelhança da suspensão punitiva já examinada. Contudo, do ponto de vista teórico, tem *natureza preventiva* (e não punitiva).

A construção doutrinária (caráter preventivo de tal suspensão) funda-se em dois aspectos principais. Em primeiro lugar, pelo fato de a suspensão essencialmente garantir a eficácia imediata, desde o instante punitivo original, da resolução contratual por justa causa obreira, a se confirmar no resultado final da ação de inquérito. Desse modo, se procedente a ação de inquérito, a suspensão teria viabilizado que seu real efeito se consumasse desde o início da suspensão e não somente a partir da sentença.

Em segundo lugar, a natureza preventiva mantém coerência teórica com as regras e princípios envolventes ao poder disciplinar trabalhista, já que não se admite dupla punição pela mesma falta. Ora, caso se considerasse punitiva tal suspensão, a subsequente dispensa por justa causa estaria propiciando verdadeiro *bis in idem*, repudiado pelo Direito do Trabalho.

Registre-se, a propósito, que a suspensão preventiva teve reduzido seu clássico potencial de efeitos (como se verá à frente, na alínea e deste tópico 2) por força da Lei n. 9.270, de 17.4.1996 (Lei Paulo Delgado): é que a ordem jurídica passou a permitir o retorno liminar imediato ao trabalho do empregado suspenso, mesmo que em andamento ação de inquérito (art. 659, X, CLT). Isso significa que o Direito do Trabalho — agora coerentemente — reservou a tal figura suspensiva real efeito meramente preventivo, permitindo sua implementação apenas em situações em que seja inviável, do ponto de vista prático, a continuidade do labor durante a ação de inquérito.

Note-se, ainda, que a suspensão é *faculdade* do empregador. Não se constitui, assim, em requisito à propositura da ação de inquérito. Esta pode ser intentada sem que o obreiro tenha sido preventivamente afastado do serviço.

Uma última observação: embora tecnicamente não se confundam a suspensão preventiva com a suspensão disciplinar, elas *não* podem ser cumuladas no tocante ao mesmo empregado e falta. É que não prevê a lei a vantagem empresarial da suspensão preventiva no que concerne à aplicação da suspensão disciplinar. As figuras excluem-se, desse modo.

C) Prazos Legais — A presente figura suscita o debate a respeito de dois prazos: o de sua própria duração e o prazo concernente à propositura do inquérito, após procedida a suspensão.

No tocante ao primeiro aspecto (*duração da suspensão*), deve-se enfatizar que, em princípio, a suspensão preventiva trabalhista não possui prazo máximo prefixado de duração: seu prazo é indeterminado, podendo permanecer até mesmo ao longo de todo o processo judicial para apuração da falta grave obreira. É evidente que, hoje, por força do inciso X do art. 659, da CLT, pode o juiz determinar o retorno ao trabalho do empregado suspenso, ainda que não tenha transitado em julgado a sentença (ou sido sequer prolatada).

Não se aplica, portanto, ao presente caso o prazo máximo de 30 dias referido pelo art. 474 da CLT.

No tocante ao segundo aspecto (*prazo para proposição do inquérito*), não há dúvida sobre a existência de um lapso temporal máximo de 30 dias para propositura da ação de inquérito, *contados da data da suspensão* (art. 853, CLT).

A jurisprudência considera que tal prazo tem natureza *decadencial* (Súmula 403, STF). Isso significa que a propositura efetivada após 30 dias do termo inicial da suspensão preventiva implicará a *improcedência* do pedido de resolução contratual (art. 269, IV, CPC/1973; art. 487, II, CPC/2015), independentemente das demais provas trazidas ao processo. Se for evidente tal fato já no próprio nascimento do processo, deverá o juiz antecipar o julgamento da lide, evitando diligências processuais inúteis (art. 330, I, CPC/1973; art. 355, I, CPC/2015).

Esclareça-se que, inexistindo suspensão preventiva, não há o prazo decadencial de 30 dias. Contudo, é certo que o empregador não poderá deixar de propor a ação de inquérito em *prazo razoável* do conhecimento da falta (e, aqui, os 30 dias podem surgir como parâmetro temporal paradigmático), sob pena de evidenciar que não cumpriu o *critério da imediatividade* inerente ao exercício do poder disciplinar.

A propósito, é preciso esclarecer certa dúvida a respeito deste tema (injustificável, aliás). A suspensão preventiva não é, definitivamente, requisito essencial à propositura da ação de inquérito; é apenas prerrogativa aberta pela ordem jurídica ao empregador, faculdade sua (não é por outra razão que o art. 494 da CLT fala que o empregado acusado de falta grave *poderá* ser suspenso...). Entender-se o inverso (que a suspensão preventiva sempre deve ocorrer) seria interpretar o Direito do Trabalho contrariamente a seu sentido teleológico, ampliando regra desfavorável ao obreiro.

D) Efeitos da Sentença do Inquérito — Tratando-se de suspensão meramente preventiva, sofrerá repercussões da sentença que decidir a ação de inquérito judicial para apuração de falta grave. Os efeitos podem ser denegatórios da validade da suspensão (pela denegação do pedido da dispensa) ou podem ser confirmatórios da validade da suspensão (pelo acolhimento do pleito de ruptura contratual).

Desse modo, sendo improcedente o pedido de resolução contratual, os efeitos sentenciais retroagirão à data da suspensão operada (efeitos *ex tunc*); suprimem-se as repercussões da suspensão preventiva, reintegrando-se o trabalhador em seu cargo/função. O comando sentencial assegura o retorno obreiro ao *status quo* anterior à suspensão, parecendo tratar o período de afastamento como se fosse mera *interrupção contratual* (e não, de fato, suspensão). Na verdade, o que ocorre é que a sentença, ao não reconhecer cabível a dispensa, também suprime os efeitos suspensivos ao afastamento verificado, restaurando a higidez original do contrato.

Sendo procedente o pedido de resolução contratual, os efeitos sentenciais convalidarão a suspensão operada: não irão alterar o *status quo* suspensivo anterior, mas romperão o contrato a partir da sentença (efeitos sentenciais *ex nunc*). Assim, preservam-se as repercussões da suspensão preventiva, extinguindo-se, ainda, com a sentença o contrato de trabalho. O período de afastamento é aqui tido como *suspensão contratual* (art. 494 e parágrafo único da CLT).

E) Suspensão Preventiva e Reintegração Liminar — O modelo celetista tradicional permitia a manutenção da suspensão preventiva obreira até o trânsito em julgado da decisão concernente ao inquérito para apuração da falta grave. Isso significava que o obreiro poderia ficar vários anos afastado do trabalho, sem direito a qualquer parcela contratual — inclusive salários —, ainda que alcançasse ao final do processo o direito à reintegração com o pagamento dos salários do período suspensivo anulado.

Tal modelo jurídico sofria críticas acentuadas, por permitir a supressão indiscriminada de direitos contratuais antes que o obreiro tivesse sua culpa efetivamente reconhecida. Mais: como os processos podem ter curso alongado no tempo (mormente se alcançam a instância especial — TST —, e a extraordinária — STF), o prejuízo efetivo ao obreiro e à garantia tutelada pela lei era exponencial, ainda que considerada a reparação permitida pela reintegração ao emprego.

O legislador contemporâneo, sensibilizado pelas críticas e também pela arejada influência oriunda do espírito democratizante da Constituição de 1988, retificou a distorção do antigo modelo celetista. De fato, através da *Lei Paulo Delgado* (9.270, de 17.4.1996), inseriu-se novo dispositivo na CLT, permitindo ao Juiz do Trabalho “*conceder medida liminar, até decisão final do processo, em reclamações trabalhistas que visem reintegrar no emprego dirigente sindical afastado, suspenso ou dispensado pelo empregador*” (art. 659, X, CLT).

O novo preceito autoriza ao juiz (monocrático, a propósito, mesmo antes da EC 24, de 10.12.1999) examinar a conveniência ou não da manutenção da suspensão preventiva efetivada pelo empregador. Convencendo-se de não ser estrita e rigorosamente necessário o afastamento obreiro do serviço em um contexto de ação de inquérito para apuração de falta grave, pode o

juiz acolher pleito de reintegração imediata do trabalhador — que aguardará, laborando, a solução final do processo de inquérito. Se a dispensa do dirigente ocorreu sem observância da formalidade do inquérito judicial, é evidente que pode o juiz determinar, se houver pedido, a imediata reintegração do dirigente, decidindo ao final da instrução a sorte efetiva do contrato.

Note-se que a solução aberta pela Lei Paulo Delgado valoriza a função judicial, permitindo ao Judiciário corrigir, de imediato, excessos verificados no plano prático das relações laborativas. Criteriosamente, a lei não elimina por inteiro da ordem jurídica a figura da suspensão preventiva; apenas coloca à sensata avaliação do magistrado a existência de real necessidade de uso dessa figura pelo empregador. Não se comprovando sua rigorosa e estrita necessidade, pode o juiz sustar sua incidência, ainda que ao final, após a instrução, a sentença entenda ser cabível a resolução contratual culposa⁽³¹⁾.

VIII. NOVO CASO EM DESTAQUE: SUSPENSÃO PARA QUALIFICAÇÃO PROFISSIONAL DO EMPREGADO

A ordem jurídica trabalhista da virada do milênio, no Brasil, criou nova hipótese de sustação ampla e bilateral dos efeitos contratuais: a suspensão para qualificação profissional do empregado.

Surgida a partir da Medida Provisória n. 1.726, de 3.11.1998, incorporada, logo a seguir, na MP n. 1.709-4, de 27.11.1998, com reprodução em alguns aspectos modificada por medidas provisórias posteriores (ilustrativamente, MP n. 1.779-11, de 2.6.1999), a nova figura provocou a criação de novos preceitos na CLT (art. 476-A e seus parágrafos), mudança no diploma legal regulador do Programa de Alimentação do Trabalhador (Lei do PAT — n. 6.321, de 1976), modificações na Lei do Seguro-Desemprego (n. 7.998, de 1990) e, ainda, efeitos previdenciários (incidência ao caso do disposto no art. 15, II, da Lei n. 8.213/1991)⁽³²⁾.

1. Requisitos da Nova Hipótese Suspensiva

A ordem jurídica estabelece três requisitos para a validade da presente hipótese suspensiva do contrato de trabalho.

O primeiro concerne à expressa regulação do afastamento por negociação coletiva trabalhista e seus instrumentos clássicos (convenção

(31) Com tais cuidados interpretativos é que deve ser lida a OJ n. 65, da SDI-II do TST, sob pena de se esterilizar todo o avanço jurídico trazido pelo novo inciso X do art. 659 da CLT.

(32) A reprodução dessa situação suspensiva concretizou-se desde 1999, por meio de sucessivas Medidas Provisórias, até a n. 2.164-41, de 24.8.2001. Esta, por fim, teve sua vigência indeterminada (art. 2º da Emenda Constitucional n. 32, de setembro/01).

ou acordo coletivo de trabalho) — art. 476-A, *caput*, CLT, conforme MPs ns. 1.726, de 3.11.1998, 1.709-4, de 27.11.1998, 1.779-11, de 2.6.1999, 2.164-41, de 24.8.2001. Ou seja, o presente caso ilustra mais uma situação de flexibilização trabalhista mediante permissão coletiva negociada.

No quadro dessa tutela sindical, exige ainda a ordem jurídica que a concretização da suspensão ocorrida em face de cada contrato seja comunicada ao sindicato de trabalhadores, *com antecedência mínima de quinze dias da suspensão contratual* (§ 1º do art. 476-A, CLT).

O segundo requisito diz respeito à necessidade de expressa aquiescência formal do empregado com a suspensão de seu contrato (*caput* do art. 476-A, CLT). Trata-se, pois, de manifestação por escrito do obreiro em face da hipótese suspensiva sugerida pelo empregador.

O terceiro requisito concerne à efetiva *participação do empregado em curso ou programa de qualificação profissional oferecido pelo empregador, com duração equivalente à suspensão contratual* (art. 476-A, *caput*, CLT).

É evidente que o curso ou programa de qualificação profissional não precisa ser ministrado nas dependências da empresa ou por seu pessoal próprio. Ele pode, sem dúvida, ser ministrado por (e em) instituição estranha à relação contratual entre as partes, mas habilitada para esse mister. O essencial, do ponto de vista da ordem jurídica (art. 476-A, CLT), é que ele seja *ofertado* pelo empregador ao obreiro, *sem ônus materiais para este*.

Desrespeito aos Requisitos Legais — O descumprimento dos requisitos legais para a presente hipótese suspensiva invalida sua ocorrência. Em virtude da irregularidade, restaura-se, plenamente, a vigência do contrato de emprego, considerando-se simples interrupção laborativa o período de afastamento do trabalhador. É que a figura suspensiva examinada corresponde a um tipo legal completo, que não se consuma caso não atendidos todos os seus requisitos de constituição (negociação coletiva autorizativa e regulamentadora; aquiescência formal do empregado; participação efetiva deste em curso ou programa de qualificação profissional).

A CLT, por isso, prevê que se durante o período suspensivo *não for ministrado o curso ou programa de qualificação profissional, ou o empregado permanecer trabalhando para o empregador, ficará descaracterizada a suspensão* (§ 6º do art. 476-A, CLT). Tal descaracterização sujeitará o empregador faltoso *ao pagamento imediato dos salários e dos encargos sociais referentes ao período, às penalidades cabíveis previstas na legislação em vigor, bem como as sanções previstas em convenção ou acordo coletivo* (art. 476-A, § 6º, CLT).⁽³³⁾

(33) O Programa de Proteção ao Emprego (PPE), instituído pela Lei n. 13.189, de 19.11.2015 (resultado da conversão da MPr. n. 680, de 6.7.2015), posteriormente alterado para Programa

2. Prazo Legal

A ordem jurídica estabelece prazo para a presente hipótese suspensiva. Sua duração estende-se *por um período de dois a cinco meses* (art. 476-A, *caput*, *ab initio*, CLT).

Esse prazo, entretanto, pode ser prorrogado.

É verdade que as primeiras medidas provisórias que trataram do tema pareciam considerar cinco meses o *prazo máximo* da suspensão, já que não mencionavam qualquer possibilidade de renovação da situação suspensiva. Contudo, a partir da Medida Provisória n. 1.779-11, de 2.6.1999, estabeleceu-se que o prazo limite fixado no *caput* do art. 476-A, CLT, *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* (§ 7º acrescentado ao art. 476-A pela MP n. 1.779-11/99).

A *prorrogação* mencionada não se confunde com o estabelecimento de *nova* suspensão contratual para qualificação obreira. A ordem jurídica procura restringir esta última hipótese (ocorrência de duas suspensões pelo mesmo fator separadas por curto período contratual). Assim, estabelece que o contrato de trabalho não poderá ser suspenso por igual causa *mais de uma vez no período de dezesseis meses* (§ 2º do art. 476-A, CLT).

3. Efeitos da Suspensão Contratual

Os efeitos globais da suspensão contratual trabalhista, examinados no item IV.4 do presente Capítulo, aplicam-se, de modo geral, à presente situação suspensiva.

Desse modo, assegura-se ao obreiro a garantia de retorno ao cargo anteriormente ocupado, após desaparecida a causa suspensiva (art. 471, CLT). Na mesma linha, é-lhe assegurada a garantia de percepção, no instante do retorno, do patamar salarial e de direitos alcançados em face das alterações normativas havidas (o que significa a absorção das vantagens genéricas oriundas próprias da normatização geral ou da categoria) — art. 471 da CLT.

O principal efeito da suspensão do contrato — *sustação* ampla das recíprocas obrigações contratuais durante o período suspensivo — também ocorre, é claro, na hipótese regulada pelo art. 476-A da CLT.

Seguro-Emprego (PSE) pela MPr. n. 761, de 22 de dezembro de 2016, não trata de nova hipótese de suspensão ou interrupção contratual trabalhista, porém de redução de jornada de trabalho e de salário em contexto de situação de dificuldade econômico-financeira da empresa empregadora. Sua análise está tratada neste Curso no Capítulo XXII (“Sistema de Garantias Salariais”), em seu item II.1 (“1. Irredutibilidade Salarial”).

Mas existem *particularidades* no tocante aos efeitos da suspensão para qualificação profissional do empregado. Tais particularidades enquadram-se em três distintos grupos: os efeitos relativos à parcela de seguridade social a que tem direito o empregado no período suspensivo (bolsa de qualificação profissional); os efeitos relativos às parcelas devidas pelo empregador ao obreiro no período suspensivo (atenuação das repercussões desfavoráveis da presente hipótese suspensiva); finalmente, os efeitos relativos à ruptura do contrato de trabalho.

A) Bolsa de Qualificação Profissional — Prevê a ordem jurídica o pagamento, pelo Estado, ao obreiro suspenso de uma *bolsa de qualificação profissional*, proveniente de recursos do Fundo de Amparo ao Trabalhador — FAT (art. 2º-A, Lei n. 7.998/90, acrescentado pelas medidas provisórias acima citadas).

A ordem jurídica trata essa *bolsa* pelas mesmas regras concernentes ao seguro-desemprego. De fato, a lei que regula a antiga parcela de seguridade social estipula que 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, exceto quanto à dispensa sem justa causa* (art. 3-A, Lei n. 7.998/90).

A ordem jurídica, contudo, estabelece que o Estado se desonera de pagar tal bolsa, transferindo a obrigação de seguridade social ao próprio empregador, no caso de *prorrogação* do prazo de suspensão para qualificação profissional do empregado (prorrogação autorizada por negociação coletiva, registre-se). É o que dispõe o § 7º do art. 476-A da CLT, inserido pela Medida Provisória n. 1.779-11, de 2.6.1999 (“... desde que o empregador arque com o ônus correspondente ao valor da bolsa de qualificação profissional, no respectivo período”, diz o mencionado dispositivo).

A parcela, obviamente, não tem natureza salarial, caracterizando-se como verba de seguridade social. Note-se que mesmo a transferência de seu encargo para o empregador (no caso de prorrogação da suspensão do contrato) não descaracteriza a natureza de seguridade social da verba. Isso ocorre em virtude de a parcela não ser contraprestativa em face do contrato (em contraponto ao salário). Além disso, a própria ordem jurídica esclarece a natureza de seguridade social da verba (art. 476-A, § 7º, *in fine*, CLT, combinado com arts. 2º-A e 3º-A da Lei do Seguro-Desemprego). Esclareça-se, a propósito, que a Constituição da República determina *também* à sociedade (e, portanto, à empresa) — e não somente ao Estado — assumir encargos de seguridade social (art. 194, *caput*, e 195, *caput*, CF/88).

B) Parcelas Devidas pelo Empregador ao Obreiro Afastado — A ordem jurídica atenua as repercussões contratuais negativas da presente

hipótese suspensiva. Assim, preserva a possibilidade de o obreiro receber determinadas verbas contratuais durante o período de afastamento, embora enfatizando que tais parcelas não terão natureza salarial.

Dispõe, assim, a Consolidação que 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* (§ 3º do art. 476-A, CLT). É evidente que o instrumento normativo pode alterar o caráter *facultativo* da oferta dessa ajuda compensatória mensal, tornando-a obrigatória para o empregador.

A par disso, o § 3º do art. 2º da Lei n. 6.321/76 (Lei do PAT) dispõe que as pessoas jurídicas beneficiárias do Programa de Alimentação do Trabalhador *poderão estender o benefício previsto nesse programa aos empregados que estejam com contrato suspenso para participação em curso ou programa de qualificação profissional, limitada essa extensão ao período de cinco meses* (redação inserida pela Medida Provisória n. 1.726, de 3.11.1998, e MPRs subsequentes). A parcela, conforme se sabe, também não tem natureza salarial (OJ n. 133, SDI-I/TST).

Finalmente, estabelece a lei, ainda, que durante o período de suspensão contratual, *o empregado fará jus aos benefícios voluntariamente concedidos pelo empregador* (§ 4º do art. 476-A, CLT). Ou seja, é possível a entrega, pelo empregador, de outras vantagens ao obreiro suspenso, além da ajuda compensatória mensal e da parcela alimentar do PAT. De todo modo, a referência à noção de *benefícios* feita pelo art. 476-A, § 4º, da CLT, conjugada ao sentido do conjunto da nova figura, demonstram que tais vantagens adicionalmente fornecidas também não teriam, em princípio, natureza salarial⁽³⁴⁾.

C) Ruptura Contratual — Sabe-se que resulta da figura suspensiva, regra geral, a inviabilidade de rescisão unilateral do contrato por ato do empregador no período de suspensão dos efeitos contratuais (art. 471, CLT). Ou seja, a dispensa obreira *injusta ou desmotivada* (isto é, sem os motivos considerados pertinentes pela lei — art. 482, CLT, por exemplo) é vedada nas situações suspensivas.

Entretanto, neste tópico, prevê a nova hipótese suspensiva regra algo distinta do padrão geral celetista. É que o § 5º do novo art. 476-A da CLT regula a *dispensa do empregado no transcurso do período de suspensão contratual*, sem invalidar a dispensa, mas apenas ampliando o ônus rescisório incidente sobre o empregador. Assim, estipula a obrigação empresarial de

(34) A respeito do enquadramento de uma parcela como salarial ou não salarial, consultar a obra deste autor, *Salário — teoria e prática*, 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, em especial os capítulos III (“Composição do Salário”), IV (“Parcelas Não Salariais”) e V (“Caracteres do Salário”). Neste Curso, consultar Capítulo XXI, itens II e IV.

pagar ao obreiro *além das parcelas indenizatórias previstas na legislação em vigor, multa a ser estabelecida em convenção ou acordo coletivo, sendo de, no mínimo, cem por cento sobre o valor da última remuneração mensal anterior à suspensão do contrato* (art. 476-A, § 5º, CLT).

Havendo ruptura contratual por ato do empregador, com o pagamento das verbas rescisórias clássicas e a multa suplementar acima especificada, ocorrerão, ainda, efeitos específicos no tocante às parcelas de seguridade social recebidas pelo empregado (bolsa de qualificação profissional *versus* seguro-desemprego). De fato, estipula a Lei n. 7.998/90 (com redação oriunda das citadas medidas provisórias) que, em tal situação rescisória, *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* (art. 8º-B, Lei n. 7.998/90). Evidentemente, se o trabalhador estiver recebendo a referida bolsa no instante da ruptura, seu pagamento será suspenso (art. 7º-A, Lei n. 7.998/90).

Desestímulo Rescisório — A nova legislação estabelece certo desestímulo econômico à intenção empresarial de romper o contrato de emprego ao longo da presente hipótese de suspensão contratual ou no curto período dos três meses subsequentes ao retorno laborativo. De fato, institui multa *a ser estabelecida no instrumento negocial coletivo correspondente*, mas cujo montante não poderá ser menor do que *cem por cento do valor da última remuneração mensal obreira anterior à suspensão do contrato* (art. 476-A, § 5º, CLT).

Não se trata de nova regra de garantia de emprego, certamente. Trata-se de simples desestímulo econômico à ruptura desmotivada do contrato nos três meses seguintes ao retorno do empregado ao serviço após a suspensão ocorrida. Isso porque a dispensa mantém-se viável, do ponto de vista jurídico, embora se torne mais onerosa do que o padrão geral trabalhista em vigência no país.

IX. INTERRUPTÃO E SUSPENSÃO NOS CONTRATOS A TERMO

A suspensão e interrupção contratuais, como se viu, inviabilizam a extinção dos contratos por tempo *indeterminado*, prorrogando seu findar até pelo menos o final da causa suspensiva ou interruptiva do pacto (excetuada a hipótese suspensiva regulada pelo novo art. 476-A, CLT, como visto). Na verdade, apenas após o retorno à plena vigência das cláusulas contratuais é que poderá o empregador denunciar o contrato indeterminado, iniciando-se, então, o fluxo do aviso-prévio. Entretanto, esse significativo efeito jurídico *não* se apresenta, em princípio, nos casos que envolvem *contratos a termo*.

1. Regência Normativa Especial dos Contratos a Termo

Há duas alternativas principais de compreensão do presente problema — nenhuma delas comprometendo as características especiais dos contratos a termo nesse campo. A primeira de tais alternativas hermenêuticas entende ocorrer a extinção peremptória do contrato em seu termo final prefixado, independentemente do fator interruptivo ou suspensivo em curso. A segunda linha hermenêutica sustenta que o fator interruptivo ou suspensivo teria o condão de apenas adiar a data de extinção do contrato, não alterando, porém, sua natureza de contrato a termo.

A) Extinção Peremptória do Contrato — A presente linha interpretativa insiste que, tratando-se de contrato por tempo determinado, os fatores suspensivos ou interruptivos não produzem integrais repercussões, já que não obstam, em princípio, a extinção contratual no termo final preestabelecido. Quer isso dizer que o prazo contratual fluiria, normalmente, durante a causa suspensiva, sendo que esta produziria efeitos apenas no período situado no interior do prazo contratual. Tais efeitos não teriam, entretanto, em princípio, o condão de alargar o prazo contratual primitivo; assim, extinguir-se-ia o prazo do contrato no termo final prefixado. Noutras palavras, o contrato a prazo extinguir-se-ia em seu termo final primitivo, mesmo que ainda presente causa suspensiva do pacto. A extinção seria peremptória, no termo final preestabelecido. Nessa linha estariam a legislação (art. 472, § 2º, CLT), a jurisprudência dominante e parte expressiva da doutrina⁽³⁵⁾.

Os fundamentos de tal especificidade dos contratos a termo podem ser percebidos em distintas dimensões argumentativas: teórica, legal e jurisprudencial.

Do ponto de vista teórico, argumenta-se que as partes pactuantes celebram o contrato a termo desde já acertando, validamente, a específica data de seu findar, independentemente de fatores supervenientes que venham a ocorrer (quer sejam fatores suspensivos ou interruptivos, quer sejam fatores conducentes até às chamadas garantias de emprego). É evidente que isso significaria admitir-se que tal tipo de contrato (a termo) conspiraria contra princípios e regras fundamentais do Direito do Trabalho — o que é verdade, e por tal razão é que a ordem jurídica tem procurado limitar, ao máximo, as hipóteses de pactuação de contratos a prazo. Entretanto, essa mesma ordem jurídica, já tendo restringido bastante a aplicação de contratos a termo

(35) Ilustrativamente, NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao Direito do Trabalho*. 17. ed. São Paulo: LTr, 1991, p. 168 (também na 24. ed. de 1998, p. 223) e RUSSOMANO, Mozart Victor. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. v. I, 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 498.

no âmbito empregatício, coerentemente aceitaria a especificidade de tais contratos e de suas regras próprias, evitando descaracterizá-los, desde que efetivamente pactuados de modo regular⁽³⁶⁾.

Do ponto de vista legal, argumenta-se que a CLT deixaria claro que o tempo de afastamento em virtude de causa suspensiva é, sim, computado na contagem do prazo para a respectiva terminação do contrato, não o prorrogando, portanto. Pelo art. 472, § 2º, CLT, o tempo de afastamento somente se soma ao tempo original do contrato, dilatando-o, caso *assim acordarem as partes interessadas*. Não havendo cláusula benéfica nessa linha (ou norma infralegal mais favorável que a CLT), a extinção contratual ocorreria no termo original prefixado, independentemente da duração do fator suspensivo do pacto.

Do ponto de vista jurisprudencial, os tribunais têm seguido, regra geral, orientação harmônica à interpretação acima.

B) Extinção Contratual Prorrogada — A segunda linha interpretativa respeita todos os argumentos acima expostos e os incorpora em sua visão da ordem jurídica. Apenas insiste que o efeito jurídico pode ser algo distinto do acima proposto, sem que se descaracterizem os contratos a termo. Nesse quadro, defende, pelo menos, a *prorrogação do termo final do contrato para o dia seguinte ao findar da causa suspensiva ou interruptiva do pacto*. A extinção seria, pois, prorrogada, sem perda do caráter determinado do prazo contratual.

Para a segunda vertente, a causa suspensiva (ou interruptiva) não impediria a fluência normal do prazo do contrato a termo, não o descaracterizando, portanto. O contrato permaneceria por tempo determinado, desse modo. Contudo, se o termo final desse contrato ocorrer em data anterior ao final do fator suspensivo ou interruptivo, prorrogar-se-ia o término do contrato até o primeiro dia seguinte ao término da referida causa de suspensão do contrato (evita-se, assim, que o contrato se extinga com a pessoa afastada previdenciariamente, por exemplo). *O que justificaria tal variante seria a leitura combinada dos preceitos dos arts. 472, § 2º e 471, da CLT, hábil a preservar a modalidade determinada do contrato de trabalho sem o traumatismo de sua extinção em pleno curso de um fator suspensivo ou interruptivo valorizado pela ordem jurídica.*

É evidente que a consumação da rescisão na data seguinte ao desaparecimento da causa suspensiva ou interruptiva *não* significaria indeterminação tácita do vínculo jurídico, mas simples observância da presente interpretação do Direito do Trabalho. Esta interpretação atende melhor aos fins objetivados pelo ramo justrabalhista e a seus princípios regentes, razão pela qual deveria merecer aguda atenção dos operadores jurídicos.

(36) A Lei n. 9.601, de 1998, escapou, é verdade, de toda a tradição trabalhista, buscando permitir a pactuação relativamente genérica de contratos a termo. De todo modo, a argumentação *supra* constrói-se em correspondência aos demais contratos a termo.

C) Resgate do Prazo de Afastamento — A CLT prevê, ainda, a possibilidade de resgate, em favor das partes, do prazo de afastamento em virtude da causa suspensiva — isto também sem descaracterização do contrato a termo (que não se indetermina, pois).

A ideia celetista é permitir que o prazo de afastamento some-se ao prazo original do contrato, dilatando-o proporcionalmente após o retorno do obreiro; cumprido o prazo de afastamento, extinguir-se-ia, automaticamente, o contrato a termo. A presente possibilidade, contudo, tem de ser *ajustada pelas partes* (ou permitida por norma jurídica infralegal), já que não decorre de lei (art. 472, § 2º, CLT). Portanto a complementação do tempo contratual não trabalhado, após fluência de causa suspensiva, será cabível apenas se houver norma infralegal favorável ou acordo nesta direção (§ 2º, art. 472, CLT).

2. Afastamento Acidentário e Contratos a Termo: exceção constitucional configurada

As causas suspensivas do contrato podem atuar, no máximo, como fatores de prorrogação do vencimento do respectivo pacto empregatício, estendendo seu termo final à data do retorno obreiro ao serviço.

Pode-se falar na existência de importante exceção a essa regra geral celetista (art. 472, § 2º, CLT): a derivada dos afastamentos por acidente de trabalho ou doença profissional.

A referida exceção ocorre porque, aqui, a *causa* do afastamento integra a essência sociojurídica da presente situação trabalhista: afinal, trata-se de *suspensão provocada por malefício sofrido estritamente pelo trabalhador em decorrência do ambiente e processo laborativos, portanto em decorrência de fatores situados fundamentalmente sob ônus e risco empresariais*.

Sabe-se que no Direito a *causa*, em geral, não afeta de modo substantivo as regras e efeitos do ato jurídico; contudo, inquestionavelmente produzirá tal afetação caso seja tida como *fator determinante* para a ocorrência do respectivo ato (art. 90, CCB/1916; art. 140, CCB/2002). Ora, na presente situação suspensiva, a *causa* do afastamento obreiro é, sem dúvida, fator determinante da regência e efeitos normativos especiais resultantes da ordem jurídica. Não há lógica e sensatez na aplicação das mesmas regras e repercussões jurídicas a um fator suspensivo que, por exceção, resulta de fatos e circunstâncias sob responsabilidade do empregador e que provoca prejuízo grave e unilateral apenas ao obreiro.

Reconheça-se que a CLT, isoladamente, não parecia prever a situação excetiva enfocada (art. 472, § 2º, CLT). Contudo, nesse aspecto, *ela teve de se ajustar ao comando mais forte oriundo da Constituição de 1988, determinando tutela especial sobre as situações envolventes à saúde e segurança laborais*. É que o Texto Máximo de 1988 fala em *redução* dos riscos

inerentes ao trabalho, *por meio de normas de saúde, higiene e segurança* (art. 7º, XXII, CF/88), elegendo como de *relevância pública* as ações e serviços de saúde (art. 197, CF/88), insistindo, por fim, ser a saúde *direito de todos* e dever do Estado, *garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos* (art. 196, CF/88). Em tal quadro, a garantia de emprego de um ano que protege trabalhadores acidentados ou sob doença profissional, após seu retorno da respectiva licença acidentária (art. 118, Lei n. 8.213/91), incidiria, sim, em favor do empregado, ainda que admitido, na origem, por pacto empregatício a termo.

Trata-se de isolada exceção (que não abrange sequer afastamento por outras doenças não ocupacionais ou por serviço militar ou outro fator), mas que decorre da própria ordem constitucional e suas repercussões sobre o restante da ordem jurídica. Felizmente em 2012 foi ela consagrada no novo item III da Súmula 378 do TST: *“O empregado submetido a contrato de trabalho por tempo determinado goza da garantia provisória de emprego decorrente de acidente de trabalho prevista no art. 118 da Lei n. 8.213/91”*.⁽³⁷⁾

3. Afastamento da Gestante em Contratos a Termo: outra exceção constitucional

Uma segunda exceção é imposta pela Constituição da República à regra criada pelo art. 472, § 2º, da CLT e resultante da lógica do instituto dos contratos a termo: a exceção derivada da garantia de emprego em favor da empregada grávida e parturiente.

Como se conhece, a garantia de emprego à trabalhadora grávida foi reconhecida pela Constituição da República (art. 10, II, “b”, ADCT da CF/88). O Texto Magno explicitamente estipulou que *“fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa (...) da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto”*.

(37) Depois de longo silêncio, desde a Lei Previdenciária n. 8.213, de 1991, a presente situação excetiva passou a ser bem considerada pela jurisprudência trabalhista. A partir do ano de 2010, tornaram-se mais comuns e recorrentes decisões de distintas turmas do Tribunal Superior do Trabalho reconhecendo a incidência da garantia do art. 118 da Lei n. 8.213/91 nos contratos a termo de experiência (em algumas dessas decisões, até mesmo em qualquer contrato a termo). Cinco entre as oito turmas da Corte Superior estavam se posicionando assim, a saber: 1ª Turma, RR 85600-82.2002.5.15.0096, DEJT 18.06.2010, Relator: Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho; 3ª Turma, RR 120400-62.2008.5.24.0004, DEJT 19.03.2010, Relatora: Ministra Rosa Maria Weber; 5ª Turma, RR 700-37.2002.5.05.0132, DEJT 14.05.2010, Relatora Ministra Kátia Magalhães Arruda; 6ª Turma, RR-119400-38.2007.5.04.0030, DEJT 01.10.2010, Relator Ministro Mauricio Godinho Delgado; 8ª Turma, RR 156900-12.2008.5.09.0242, DEJT 24.09.2010, Relatora Ministra Dora Maria da Costa. Em 2011, essa nova compreensão foi assimilada pela Seção de Dissídios Individuais I do TST, abrangendo todo e qualquer contrato a termo (TST-E-ED-RR-700-37.2002.5.05.0132, SBDI-I, Relator Ministro Horácio Senna Pires, 27.6.2011). Finalmente, em setembro de 2012, a nova interpretação foi inserida na Súmula 378, III, do TST.

Essa garantia constitucional é de caráter objetivo, computando-se desde a confirmação efetiva da gestação — isto é, *desde a concepção* —, independentemente da ciência do fato pelo empregador e até mesmo pela própria trabalhadora. Segundo a jurisprudência pacificada, é irrelevante a data de realização do exame laboratorial acerca da gravidez, já que se entende por confirmação a específica concepção, ou seja, a circunstância objetiva que confirma a gravidez (Súmula 244, I, TST).

Semelhante garantia, conforme se sabe, ultrapassa o âmbito do interesse estrito da empregada grávida, por ter manifestos fins de saúde e assistência social não somente com respeito à própria mãe trabalhadora como também em face de sua gestação e do próprio recém-nascido.

Havendo, desse modo, evidente interesse público com vista às proteções à mãe trabalhadora, sua gestação e parto, além do período inicial da maternidade, interesse público que se estende também à criança nascitura, ganha destaque a garantia constitucional, afastando o óbice criado pela Consolidação das Leis do Trabalho com respeito aos contratos a termo (art. 472, § 2º, CLT).

Há que se registrar, contudo, que a jurisprudência trabalhista por longo período não absorveu a presente situação excetiva, considerando incompatível com contratos a termo a garantia de emprego da trabalhadora gestante e parturiente (antigo item III da Súmula 244 do TST). Em contrapartida, o Supremo Tribunal Federal vinha brandindo com insistência a efetividade da garantia fixada pelo art. 10, II, “b”, do ADCT da Constituição, mesmo nos casos de relações administrativas precárias e a prazo no âmbito da Administração Pública.⁽³⁸⁾

Conforme ponderamos na edição de janeiro de 2012 deste Curso, reaberto o debate na comunidade jurídica, parecia-nos irreprimível a tendência ao alargamento da efetividade dos direitos humanos e sociais trabalhistas, em especial quando possuem matriz na própria Constituição. Felizmente é o que ocorreu em setembro de 2012, com a nova redação promovida pelo TST no item III de sua Súmula 244: “*A empregada gestante tem direito à estabilidade provisória prevista no art. 10, inciso II, alínea ‘b’, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, mesmo na hipótese de admissão mediante contrato por tempo determinado*”.

(38) Eis algumas decisões do STF, entre 2001 e 2010, que tratam da efetividade ampla dessa garantia constitucional, mesmo em relações jurídicas precárias ou a termo no âmbito da Administração Pública: a) **RE** 234.186, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 5.6.2001. 1ª Turma, DJ de 31.8.2001; b) **RMS** 21.328, Rel. Min. Carlos Veloso, julgamento em 11.12.2001. 2ª Turma, DJ de 3.5.2002; c) **RMS** 24.263, Rel. Min. Carlos Veloso, julgamento em 1.4.2003. 2ª Turma, DJ de 9.5.2003; d) **RE** 287.905, Rel. p/ o Acórdão Joaquim Barbosa, julgamento em 28.6.2005. 2ª Turma, DJ de 30.6.2006; e) **RE** 600.057-AgR, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 29.9.2009. 2ª Turma, DJE de 23.10.2009; f) **RE** 597.989-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 9.11.2010. 1ª Turma, DJE de 29.3.2011.

CAPÍTULO XXVIII

TÉRMINO DO CONTRATO DE TRABALHO — MODALIDADES E EFEITOS

I. INTRODUÇÃO

O contrato de trabalho, como os negócios jurídicos em geral, nasce em certo instante, cumpre-se parcialmente ou de modo integral, e sofre, quase que inevitavelmente, alterações ao longo do tempo; por fim, ele se extingue.

O momento de terminação do contrato também é de grande relevância no Direito do Trabalho.

Na verdade, o ramo justralhista, pelo menos em suas versões clássicas, antes da borrasca avassaladora da desregulamentação das políticas sociais deflagrada no último quartel do século XX no Ocidente, sempre atuou em sentido contrário à terminação do contrato empregatício. É que este fato transcende o mero interesse individual das partes, uma vez que tem reflexos na âmago da estrutura e dinâmica sociais: afinal, o desemprego não pode e não deve interessar à sociedade, ao menos em contextos de convivência e afirmação democráticas. Em uma Democracia, todos os indivíduos são sujeitos de direitos, e a todos deve ser assegurada a dignidade, independentemente de sua riqueza pessoal ou familiar. Assim, o *trabalho com garantias mínimas* — que no mundo capitalista tem se traduzido no *emprego*, ao menos para os despossuídos de poder socioeconômico — torna-se, na prática, o grande instrumento de alcance do *plano social da dignidade humana*. Ou seja, torna-se o instrumento basilar de afirmação pessoal, profissional, moral e econômica do indivíduo no universo da comunidade em que se insere.

Por isso, tradicionalmente, no Direito do Trabalho sempre vigorou o princípio da conservação do contrato, da *continuidade da relação de emprego*: preserva-se o vínculo juslaborativo, desde que a dispensa não se funde em causa jurídica relevante. Mesmo em ordens jurídicas que não concretizam esse princípio em todas as suas potencialidades, autorizando, por exemplo, a dispensa do empregado como mera prerrogativa potestativa do empregador — como a brasileira, a propósito —, não se pode negar a importância sociojurídica do fato da extinção do contrato, com restrições ainda significativas que o Direito do Trabalho procura a ele antepor.

O estudo do término do contrato de trabalho envolve a análise de inúmeros aspectos jurídicos. Em primeiro lugar, o estudo dos princípios aplicáveis a

essa fase do contrato de emprego, com a evolução jurídica percebida no País acerca desse relevante momento. A seu lado, a apresentação das diversas modalidades de terminação contratual e seus respectivos efeitos jurídicos. É o que será feito no presente Capítulo XXVIII deste Curso.

A matéria sobre a ruptura do contrato é, porém, extensa, demandando outros capítulos para sua investigação. Assim, no Capítulo XXIX deste Curso será estudado o término contratual por ato lícito das partes, segundo o sistema jurídico brasileiro. Tal estudo engloba a dispensa sem justa causa, outras dispensas motivadas mas sem culpa obreira, a análise sobre o pedido de demissão pelo próprio empregado, a par do exame da figura jurídica do distrato. No mesmo capítulo será também estudado o importante instituto rescisório do aviso-prévio.

No Capítulo XXX será analisado o término do contrato por ato culposo do empregado: a dispensa por justa causa obreira. No Capítulo XXXI será feito o estudo do término contratual por ato culposo do empregador: a chamada rescisão indireta do contrato.

Finalmente, no Capítulo XXXII serão investigadas figuras jurídicas que se vinculam ao momento rescisório, embora, muitas vezes, nele não se esgotem: trata-se da estabilidade e garantias de emprego (ou, informalmente, “estabilidade permanente” e “estabilidades provisórias”), das indenizações relativas ao instante de término do contrato, a par da figura jurídica multidimensional do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço.

II. EXTINÇÃO CONTRATUAL — PRINCÍPIOS APLICÁVEIS

Há princípios justrabialistas que comparecem no cenário do término do contrato empregatício. Nele atuam, é claro, em todas as dimensões inerentes a essas diretrizes gerais do Direito: informativa, interpretativa, normativa subsidiária e normativa própria e/ou normativa concorrente, conforme já estudado no Capítulo VI do presente Curso⁽¹⁾.

A influência de tais princípios não deve ser minimizada pelo operador jurídico, uma vez que atuam no processo de *compreensão* das regras de Direito Positivo, ora estendendo, ora restringindo seu sentido, ora assumindo a integralidade de seu papel de norma jurídica. Isso significa que, mesmo

(1) Para a análise acerca da diversidade de funções que hoje ostentam os princípios no Direito, inclusive a sua função efetivamente normativa, examinar também DELGADO, Mauricio Godinho. *Princípios Constitucionais do Trabalho e Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2017, especialmente em seu Capítulo I (“Princípios de Direito — Conceituação e Funções”). Também consultar BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, em seu Capítulo 8, “Dos Princípios Gerais de Direito aos Princípios Constitucionais”, p. 228-266.

nas conjunturas de seu enfraquecimento como diretrizes informativas do papel criativo do legislador (como as vivenciadas na década de 1990 e desde 2016/2017 no País), tais princípios não podem deixar de agir, com todo o seu potencial, na *fase propriamente jurídica*. Afinal, nesta fase é que se interpreta e se compreende a regra de Direito já elaborada, adequando-a ao universo jurídico mais amplo, inclusive aos princípios basilares deste.

Os princípios especiais justralhistas que mais atuam na fase de término do contrato de trabalho são: *princípio da continuidade da relação de emprego*; *princípio das presunções favoráveis ao trabalhador*; *princípio da norma mais favorável*.

1. Princípio da Continuidade da Relação de Emprego

A presente diretriz (também chamada *princípio da conservação do contrato*) enuncia ser de interesse do Direito do Trabalho a permanência do vínculo empregatício, com a integração do trabalhador na estrutura e dinâmica empresariais. Apenas mediante tal permanência e integração é que a ordem justralhista poderia cumprir, satisfatoriamente, o objetivo teleológico do Direito do Trabalho de assegurar melhores condições — sob a perspectiva obreira — de pactuação e gerenciamento da força de trabalho em uma determinada sociedade.

Além disso, o desemprego não interessa à sociedade como um todo. Causa o desemprego impacto negativo de múltiplas dimensões (econômicas, sociais, psicológicas, etc.) sobre a pessoa do trabalhador atingido; porém, contamina, na mesma profundidade, o âmbito comunitário que cerca o desempregado, em especial sua família. Tratando-se de desemprego maciço, o impacto atinge toda a sociedade, com a desestruturação do sistema de convivência interindividual e comunitária e o agravamento das demandas sobre o sistema estatal de seguridade e previdência sociais. A par disso, o desemprego acentua a diferenciação social, alargando a chaga da exclusão de pessoas e grupos sociais, que tanto conspira contra a Democracia. Mais ainda, esse fenômeno acaba por colocar todo o sistema econômico em perigosa antítese ao papel social que a ordem jurídica determina seja exercitada pela propriedade.⁽²⁾

A leitura que o princípio da continuidade da relação de emprego faz da ordem jurídica é que a extinção contratual transcende o mero interesse

(2) Sobre o papel do emprego e do desemprego no capitalismo, consultar DELGADO, Mauricio Godinho. *Capitalismo, Trabalho e Emprego* — entre o paradigma da destruição e os caminhos de reconstrução. 3. ed. São Paulo: LTr, 2017, especialmente o Capítulo IV (“Direito do Trabalho e Inclusão Social: o Desafio Brasileiro”) e o Capítulo V (“O Desemprego como Estratégia no Capitalismo de Finanças”).

individual das partes, em vista de seus impactos comunitários mais amplos. Nessa direção, o Direito do Trabalho, por seus institutos e normas, tende a privilegiar a permanência da relação empregatícia, contingenciando as modalidades de ruptura do contrato de trabalho que não se fundamentem em causa jurídica tida como relevante.

O princípio da continuidade da relação de emprego, no Direito brasileiro, teve larga aplicabilidade no modelo jurídico trabalhista estruturado nas décadas de 1930 e 1940 do século XX. O sistema celetista tradicional era um verdadeiro elogio ao mencionado princípio. De um lado, previa significativo e crescente contingenciamento econômico-financeiro às dispensas sem justa causa em contratos superiores a um ano, por meio de uma indenização rescisória, que se calculava segundo o período contratual do empregado (*caput* dos arts. 477 e 478, CLT, hoje revogados tacitamente); de outro lado, a partir do décimo ano de contrato (período encurtado para nove anos pela prática jurisprudencial trabalhista da época: antigo Enunciado n. 26, TST), a dispensa injusta tornava-se juridicamente inviável, em face da estabilidade no emprego assegurada pela regra heterônoma trabalhista (arts. 492/500, CLT).

A excessiva rigidez do sistema estabilitário celetista, associada à política econômica liberal implementada pelo governo autoritário instaurado em 1964 (liberalismo econômico viabilizado por autoritarismo político), tudo conduziu à fixação de uma fórmula jurídica alternativa à CLT — o sistema do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço. Criado pela Lei n. 5.107, de 1966, para produzir efeitos a contar de 1º de janeiro de 1967, o FGTS buscou *liberalizar* o mercado de trabalho no País. Não apenas retirou limites jurídicos às dispensas injustas no Direito brasileiro (no sistema do Fundo não seria possível, juridicamente, o alcance da antiga estabilidade celetista), como também reduziu, de modo significativo, o obstáculo econômico-financeiro para as rupturas de contratos inferiores a dez anos, substituindo-o pelo mecanismo dos depósitos de FGTS, acrescidos de um percentual rescisório, em casos de dispensa injusta⁽³⁾.

(3) Percentual de 10% sobre os depósitos contratuais, em casos de dispensa injusta, e 5%, em casos de dispensa por culpa recíproca ou força maior (Lei n. 5.107/66). A contar da Constituição de 1988, esse percentual passaria para 40%, limite incorporado pela Lei n. 8.036, de 1990, que hoje rege o instituto (aplicando-se 20%, em caso de dispensa por culpa recíproca ou força maior). Com a Lei Complementar 110, de 29.6.2001, com efeitos a partir de 27.9.2001 (pelas ADINS ns. 2.556 e 2.568, o STF convalidou os efeitos desta lei apenas a partir de janeiro de 2002), aduziram-se *duas contribuições sociais* a serem pagas pelo empregador: a primeira, de 0,5 (cinco décimos) mensais; a segunda, de 10% sobre o montante rescisório de FGTS. A primeira contribuição social, de 0,5% sobre a remuneração mensal do mês anterior ao do recolhimento, com base de cálculo idêntica à do FGTS mensal, prevaleceu por 60 meses, segundo o art. 2º, *caput*, e § 2º da LC n. 110/2001 (ou seja, com término em janeiro de 2007: 60 meses desde janeiro de 2002). A segunda contribuição social (art. 1º, *caput*, LC n. 110/2001) possui alíquota à base de 10% sobre “o montante de todos

Atenuou-se, portanto, substancialmente, o papel do princípio da continuidade da relação de emprego no Direito do Trabalho brasileiro, ao se propiciar a franca ruptura desmotivada do contrato empregatício por ato empresarial; em síntese, a *denúncia vazia* do pacto empregatício. O ato de dispensa, na nova sistemática, não dependeria mais de uma causa tipificada em lei, considerada razoável para autorizar o fim do contrato, qualquer que fosse o tempo de serviço do empregado: bastaria a simples vontade do empregador (por isso fala-se também em *dispensa desmotivada*, isto é, sem motivo jurídico relevante e tipificado, a não ser a prerrogativa potestativa empresarial). Noutras palavras, o motivo para a ruptura do contrato exigido pela ordem jurídica é interno, íntimo à vontade empresarial — trata-se do simples exercício do arbítrio pelo empregador.

As Cartas Constitucionais do período autoritário mais recente demonstraram essa atenuação. Na verdade, embora as Cartas de 1967 e 1969 ainda fizessem aparente reverência ao mencionado princípio, elas próprias já incorporavam seu contraponto, através do reconhecimento à validade do sistema do Fundo de Garantia. De fato, a Constituição de 1969, por exemplo (Emenda Constitucional n. 01/69), estabelecia ser direito dos trabalhadores a “integração na vida e no desenvolvimento da empresa...” (art. 165, V, *ab initio*, CF/69) — enunciando regra inspirada no princípio da continuidade da relação empregatícia. Contudo, essa mesma Carta convalidava a inviabilização prática do princípio, ao incorporar a noção da ruptura contratual trabalhista como direito empresarial potestativo, através do instituto do FGTS, oriundo da Lei n. 5.107/66: o diploma constitucional de 1969 referia-se, por exemplo, à “estabilidade, com indenização ao trabalhador despedido *ou* fundo de garantia equivalente” (art. 165, XIII, CF/69; grifos acrescidos).

A Constituição de 1988, embora não tenha avançado significativamente nesta seara, pelo menos suplantou a contradição da ordem constitucional autoritária anterior, abrindo possibilidade a certa interpretação valorizadora do princípio da continuidade da relação de emprego. É que tornou o FGTS regime genérico aplicável a todo empregado (excetuado, na época, o doméstico: art. 7º, III, CF/88). Com isso eliminou qualquer incompatibilidade entre o Fundo de Garantia e os institutos de garantias provisórias de emprego e, até mesmo, estabilidade (*exceto a decenal celetista*, é claro: art. 492, CLT). Hoje, o fato de o obreiro estar vinculado ao Fundo não obsta a que seja favorecido por estabilidade decorrente de norma jurídica (por exemplo, servidores públicos regidos pela CLT, mas estáveis e com direito ao FGTS:

os depósitos devidos”, referente ao FGTS, “durante a vigência do contrato de trabalho, acrescido das remunerações aplicáveis às contas vinculadas” (ou seja, o saldo rescisório do FGTS); essa contribuição social não teve data prefixada para seu término. Para mais informações sobre o FGTS, consultar o Capítulo XXXII do presente Curso.

art. 19, ADCT/CF-88; art. 41, CF/88)⁽⁴⁾. Não há também incompatibilidade entre o Fundo de Garantia e vantagens estabilidárias derivadas do contrato ou de regulamento empresarial⁽⁵⁾.

Ao lado disso, a Constituição fixou regra de “*relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos*” (art. 7º, I, CF/88). Adicionalmente lançou a ideia de “*aviso-prévio proporcional ao tempo de serviço*”, “*nos termos da lei*” (art. 7º, XXI, CF/88), indicando o reforço da noção de contingenciamento crescente à prática de ruptura desmotivada do contrato empregatício. Embora a jurisprudência tenha se firmado no sentido de negar eficácia imediata a qualquer dos dois últimos preceitos, é inquestionável o redirecionamento que sua instigante existência provoca na própria cultura jurídica potestativa dominante nas décadas mais recentes.⁽⁶⁾

Não obstante as vicissitudes acima sofridas pelo princípio da continuidade da relação de emprego no País, ele, ainda assim, cumpre, mesmo hoje, razoável importância na ordem justralhista brasileira. Gera, no mínimo, *presunções favoráveis* ao trabalhador — atraindo, desse modo, sobre o contexto da ruptura do contrato de trabalho um segundo princípio justralhista relevante, a seguir examinado. Ademais, torna regra geral os contratos de duração indeterminada no tempo, mantendo como excetivos no Direito do Trabalho os contratos a termo (cujo término já é prefixado desde a data de seu próprio nascimento).

2. Princípio das Presunções Favoráveis ao Trabalhador

O *princípio das presunções favoráveis ao trabalhador* também comparece no contexto da dissolução do contrato de trabalho. Informa esse princípio,

(4) A jurisprudência trabalhista dominante compreende que o art. 41 da CF aplica-se também ao servidor celetista (Súmula 390, I, TST). Porém, há julgados do STF que sustentam a não aplicação dessa estabilidade ao servidor celetista desde a EC n. 19/1998, pois a *reforma administrativa* estipulada pela Emenda n. 19 eliminou a referência ao termo genérico *servidor*, fazendo menção apenas à expressão específica *cargo*, ao invés de cargo e emprego. Ainda assim, a jurisprudência do STF entende que a dispensa de servidor celetista concursado (bem como do estatutário) exige *motivação* do ato de ruptura.

(5) A inserção do doméstico no sistema do FGTS tornou-se possível — mas como *ato voluntário* do empregador — apenas a contar do mês de março de 2000 (Medida Provisória n. 1.986, de 1999, e subsequentes medidas renovatórias; Decreto n. 3.361, de 2000; Lei de Conversão n. 10.208, de 2001). Com a EC n. 72/2013, apontou-se para a imperatividade da inserção do empregado doméstico no FGTS, *porém após regulação por lei especial* (novo parágrafo único do art. 7º da Constituição Federal) — regulação que surgiu com a Lei Complementar n. 150, de 01.06.2015; nos termos deste diploma jurídico, o FGTS tornou-se obrigatório para o doméstico a contar de 1.10.2015, mês em que se estruturou o *Simples Doméstico*, instituído pela LC n. 150. A respeito, consultar o Capítulo XI, item IV (“Empregado Doméstico”), do presente Curso.

(6) A proporcionalidade do aviso-prévio passou a prevalecer desde a publicação da Lei n. 12.506, efetivada em 13.10.2011 (Súmula 441 do TST).

em primeiro plano, que se presume indeterminada no tempo a duração da relação de emprego, caso não comprovado tratar-se de contrato a termo, os quais são excepcionalmente autorizados pela ordem justralhista. Há, pois, uma presunção favorável aos contratos por tempo indeterminado no Direito brasileiro, em detrimento dos pactos a prazo. Tal presunção influi no instante do término contratual, já que as verbas rescisórias dos contratos indeterminados são muito mais diversificadas e vantajosas do que as características aos contratos a termo.

O referido princípio também comparece para fazer presumida a continuidade da relação empregatícia, caso não comprovado (ou incontroverso) seu rompimento. Assim atuando, o princípio das presunções favoráveis ao trabalhador lança para o ônus da defesa empresarial a prova de ruptura do vínculo empregatício, em contextos processuais de controvérsia sobre o fato.

Enuncia, em complemento, o mesmo princípio justralhista que, em situações de ruptura contratual comprovada (ou incontroversa), presume-se ter ocorrido o rompimento da maneira mais favorável ao trabalhador, por meio da modalidade de extinção contratual que lhe assegure o máximo de verbas rescisórias (no caso brasileiro, a chamada *dispensa injusta*). Também aqui o princípio implica reflexos na distribuição processual do ônus probatório, lançando ao ônus da defesa a prova da ocorrência, na situação concreta, de modalidade menos onerosa de extinção do contrato (como, ilustrativamente, pedido de demissão ou dispensa por justa causa).

O princípio das presunções favoráveis ao trabalhador no contexto da ruptura do contrato empregatício está claramente incorporado pela jurisprudência trabalhista do país (Súmula 212, TST).

3. Princípio da Norma mais Favorável

O *princípio da norma mais favorável* é um dos que mais proximamente buscam atender ao objetivo central do Direito do Trabalho, que é o de elevar as condições de pactuação da força de trabalho no sistema socioeconômico.

Importante no segmento justralhista desde os seus primórdios, foi o princípio incorporado pela Constituição de 1988, no *caput* do art. 7º, preceito constitucional que abre 34 incisos fundamentais de garantias e direitos trabalhistas (“São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, *além de outros que visem à melhoria de sua condição social*: ...” — grifos acrescidos). Bem compreendeu a Constituição da República que a sua matriz humanística e social e o seu conceito de Estado Democrático de Direito jamais teriam consistência sem um Direito do Trabalho abrangente e inclusivo, no qual o princípio da norma mais favorável cumpria papel basilar.⁽⁷⁾

(7) Uma síntese sobre a matriz humanística e social da Constituição de 1988, com seus princípios constitucionais do trabalho, o seu conceito de Estado Democrático de Direito e sua

A teor desse princípio, caso o operador jurídico esteja contraposto a distintas *possibilidades interpretativas consistentes* da regra jurídica, deverá optar por aquela que melhor realize o sentido teleológico essencial do Direito do Trabalho. Ainda segundo tal princípio, caso o operador esteja diante de regras ou diplomas jurídicos conflitantes, deverá considerar prevalecente aquele que também melhor se ajuste aos objetivos centrais do ramo justralhista. Finalmente, o princípio é informativo da própria função legislativa, induzindo o parlamentar à criação de normas que permitam o cumprimento dos fins sociais do Direito do Trabalho.

Como se vê, o princípio atua em *tríplice* dimensão⁽⁸⁾. Na fase pré-jurídica (antes de elaborada a regra, portanto), como critério de política legislativa, influenciando no processo de construção do Direito do Trabalho; na fase propriamente jurídica (após construída a regra justralhista), atua quer como critério de hierarquia de regras jurídicas, quer como diretriz para a interpretação de tais regras, acentuando, sempre, a necessidade de cumprimento dos fins essenciais do ramo jurídico trabalhista.

Ora, no contexto da cessação do contrato de trabalho, o presente princípio age de dois modos: confere suporte à prevalência dos contratos de duração indeterminada em contraponto aos contratos a termo, além de assegurar respaldo ao conjunto de presunções favoráveis ao obreiro no tocante à continuidade da relação empregatícia e à forma de sua dissolução. Tal princípio realiza assim os fins do Direito do Trabalho mesmo no instante de extinção do contrato nuclear desse ramo jurídico trabalhista.

III. RESTRIÇÕES À EXTINÇÃO CONTRATUAL

O princípio da continuidade da relação de emprego, como já exposto, conduz a que o Direito do Trabalho tenda a incentivar a preservação do contrato empregatício, contingenciando sua ruptura no âmbito das relações socioeconômicas concretas.

Tais contingenciamentos, na evolução do Direito do Trabalho, agrupam-se em torno de quatro critérios principais: as restrições aos contratos a termo; os institutos da estabilidade e garantias de emprego; as proteções jurídicas nos casos de interrupção e suspensão contratuais; por fim, a exigência de motivação jurídica minimamente razoável para as dispensas de empregados por seus empregadores. Entre esses quatro critérios, o último

compreensão de Direito como instrumento de civilização, ao invés de instrumento de barbárie, está presente no artigo “A Matriz da Constituição de 1988”, que constitui o Capítulo I do seguinte livro: DELGADO, Mauricio Godinho, e DELGADO, Gabriela Neves. *A Reforma Trabalhista no Brasil* — com os comentários à Lei n. 13.467. São Paulo: LTr, 2017.

(8) É o que bem aponta NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao Direito do Trabalho*, 17. ed. São Paulo: LTr, 1991, p. 68-69.

praticamente não encontra respaldo nas atuais regras heterônomas do Direito do Trabalho brasileiro — ao menos relativamente ao segmento privado da economia e da sociedade —, em contraponto aos sistemas jurídicos de maior densidade social, como os de vários importantes países capitalistas desenvolvidos (Alemanha, França e Itália)⁽⁹⁾.

1. Restrições a Contratos a Termo

Um dos mais relevantes incentivos à continuação do contrato empregatício está situado na forte restrição que o ramo justrabalhista faz aos pactos a prazo. Tais contratos, como se sabe, já contam com um termo final em seu interior, preestabelecendo, desde seu nascimento, o instante de sua extinção. Nessa medida, os contratos a termo conspiram contra a permanência da relação empregatícia, uma vez que já nascem instituindo curto período para sua duração. Por essa razão, o Direito do Trabalho restringe os contratos a prazo, fixando os contratos de duração indeterminada como fórmula principal de pactuação empregatícia.

O tratamento jurídico diferenciado entre contratos a termo e contratos de duração indeterminada desdobra-se em dois níveis mais transparentes. Em primeiro lugar, o suposto (pacífico) de que os contratos indeterminados consistem na *regra geral de admissão de empregados*, emergindo os contratos a prazo como fórmula excetiva de contratação obreira. Tratando-se de regra geral incidente sobre o mercado de trabalho, o padrão indeterminado dos contratos empregatícios é, inclusive, objeto de *presunção trabalhista*, prevalecendo em situações concretas duvidosas ou que não contenham inequívoca prova de contratação a prazo.

O segundo nível transparente de evidenciação do tratamento contingenciado que a ordem jurídica defere aos contratos a termo reside na circunstância de que tais pactos somente podem ser validamente celebrados caso atendidas as expressas hipóteses de pactuação firmadas pela lei. Noutras palavras, as hipóteses excetivas de contratação a prazo estão expressamente firmadas pela ordem jurídica heterônoma estatal. São elas as três especificadas no art. 443, CLT: “*serviços cuja natureza ou transitoriedade justifique a predeterminação do prazo*”; “*atividades empresariais de caráter transitório*”; “*contrato de experiência*”. A esse grupo, somam-se as hipóteses de contratos típicos especiais, construídos em favor de certas profissões ou categorias, como artistas profissionais, atletas profissionais, etc. Finalmente, há a hipótese surgida com a Lei n. 9.601, de 1998, que regulou o chamado *contrato provisório de trabalho*.

(9) A respeito de tais países europeus, além de outros, que têm, tradicionalmente, restringido o poder de dispensa do empregador, submetendo-o à real configuração de *motivos relevantes*, examinar a minuciosa pesquisa de MANNRICH, Nelson. *Dispensa Coletiva: da liberdade contratual à responsabilidade social*. São Paulo: LTr, 2000, p. 23-110.

Excluídos esses cinco grupos de hipóteses, não desponta no Direito do Trabalho brasileiro viabilidade jurídica para a contratação a termo de empregados⁽¹⁰⁾.

2. Estabilidade e Garantias de Emprego

O segundo relevante incentivo à permanência do contrato de trabalho, construído em harmonia com o princípio da continuidade da relação empregatícia, é o estabelecimento de duas figuras correlatas restritivas da extinção contratual: a estabilidade e as garantias de emprego.

As duas figuras são extremamente próximas, já que ambas restringem as alternativas de extinção do contrato de trabalho. Ambas voltam-se, de modo essencial, contrariamente ao exercício unilateral do poder empregatício pelo empregador, inviabilizando a ruptura contratual arbitrária pelo empregador, isto é, a dissolução do contrato sem motivo considerado relevante pelo Direito. Não obstante a forte proximidade entre as duas figuras, elas não se confundem.

Estabilidade é a vantagem jurídica *de caráter permanente* deferida ao empregado em virtude de uma *circunstância tipificada de caráter geral*, de modo a assegurar a *manutenção indefinida no tempo do vínculo empregatício*, independentemente da vontade do empregador.

Na tradição jurídica brasileira, a estabilidade somente tem sido deferida por norma heterônoma estatal de estrita origem legislativa (antiga estabilidade celetista e recentes hipóteses estabilitárias mencionadas pela Constituição de 1988). Contudo, não se pode considerar inválida, necessariamente, estabilidade concedida pela estrita vontade unilateral do empregador. É claro que a natureza do empregador (entidade estatal, por exemplo, em contraponto com entidade privada) e o caráter do próprio ato concessivo deverão ser avaliados pelo intérprete e aplicador do Direito no tocante ao juízo avaliativo da licitude da concessão⁽¹¹⁾.

Garantia de emprego, por sua vez, é a vantagem jurídica *de caráter transitório* deferida ao empregado em virtude de uma *circunstância contratual ou pessoal obreira de caráter especial*, de modo a assegurar a *manutenção do*

(10) A respeito dos contratos a termo, consultar a obra deste autor, *Contrato de Trabalho — caracterização, distinções, efeitos*. São Paulo: LTr, 1999 (ou, ainda, deste autor, o livro *O Novo Contrato por Tempo Determinado*, 2. ed. São Paulo: LTr, 1999). Neste Curso, reportar-se aos Capítulos XVI e XVII.

(11) A jurisprudência, por exemplo, já considerou *inválida* estabilidade no emprego concedida por entidade estatal, mesmo sendo esta organizada sob forma privatística: nesta linha, ex-OJ 27, da SDI-I/TST, e Súmula 355 do TST. No caso de sindicatos ou partidos políticos, a estabilidade também parece possuir algo de incongruente com a natureza mutável da administração e direcionamento dessas entidades.

vínculo empregatício por um lapso temporal definido, independentemente da vontade do empregador. Tais garantias têm sido chamadas, também, de *estabilidades temporárias* ou *estabilidades provisórias* (expressões algo contraditórias, mas que se vêm consagrando). Na tradição jurídica brasileira, as garantias de emprego (ou estabilidades provisórias) têm sido fixadas por regras jurídicas de origem e *status* diversificados: sejam regras heterônomas estatais, de *status* constitucional ou legal (ilustrativamente, garantias de emprego do dirigente sindical e do empregado acidentado), sejam regras heterônomas estatais de origem judicial (por exemplo, garantias de emprego em decorrência de sentença normativa)⁽¹²⁾, sejam regras autônomas, derivadas da negociação coletiva (ilustrativamente, garantias de emprego após vigência de convenção ou acordo coletivo de trabalho, ou garantias pré-jubilamento). Não é também inviável, do ponto de vista jurídico (embora seja incomum), que a vontade unilateral do empregador conceda garantia de emprego.⁽¹³⁾

Os institutos da estabilidade e garantias de emprego são relevantes contingenciamentos à ruptura contratual por ato do empregador. É bem verdade que no Brasil, conforme já exposto, a figura da estabilidade enfraqueceu-se significativamente, desde o advento do FGTS, em 1966/67, sendo que prati-

(12) Ilustrativamente no passado já foram editados Precedentes Normativos da Seção de Dissídios Coletivos do TST, sugestivos de incorporação em sentenças normativas pelos Tribunais Trabalhistas, tratando, de certo modo, da concessão de garantias de emprego (ou equivalentes): 77 (garantia de emprego a empregado transferido — 1 ano); 82 (garantia de salários para o obreiro despedido desde a data do julgamento do dissídio coletivo até 90 dias após a publicação do acórdão, limitado ao máximo de 120 dias); 85 (garantia de emprego pelos 12 meses anteriores à aquisição do direito à aposentadoria, desde que o empregado esteja na empresa há pelo menos 5 anos); 86 (garantia de emprego do art. 543, CLT, ao representante obreiro eleito em empresas com mais de 200 trabalhadores — art. 11 da CF/88). Embora se perceba forte tendência do TST de restringir o poder normativo da Justiça do Trabalho (ver cancelamento de Precedentes da SDC, por meio da Res. n. 86, de 8.10.1998, ilustrativamente), os exemplos acima ilustram momentos importantes de fixação de garantias de emprego por regra heterônoma infralegal.

(13) Exemplo recente de garantia de emprego criada por lei (ou Medida Provisória) consiste na fixada pelo art. 6º, *caput*, I, da Lei n. 13.189/2015 (conversão da MPr. n. 680/2015), que instituiu o *Programa de Proteção ao Emprego* (PPE), fixando a proibição da empresa aderente ao programa de “dispensar arbitrariamente ou sem justa causa os empregados que tiverem sua jornada de trabalho temporariamente reduzida enquanto vigorar a adesão ao PPE e, após o seu término, durante o prazo equivalente a um terço do período de adesão”. Com a mudança do PPE para o PSE (*Programa Seguro-Emprego*), promovida pela MPr. n. 761, de 22.12.2016, a garantia de emprego foi preservada no art. 6º, *caput*, I, da Lei n. 13.189/15, ainda que adequada a redação da norma (PSE ao invés de PPE). A MPr. n. 761/2016, por fim, foi convertida na Lei n. 13.456, de 26.6.2017, igualmente mantendo a referida garantia de emprego (art. 6º, I, c./c. art. 7º, § 2º, da Lei n. 13.189, com sua nova redação). Por fim, o novo art. 510-D da CLT, componente do novo Título IV-A da Consolidação, que regula a nova “Representação dos Empregados” em empresas com mais de 200 empregados — conforme instituído pela Lei da Reforma Trabalhista (n. 13.467/2017) —, também fixa garantia provisória de emprego para os membros da comissão de representantes dos empregados na respectiva empresa.

camente desapareceu do mercado privado após a Constituição de 1988 (cujos arts. 7º, I e IV, e 10, II, ADCT, provocaram a não-recepção dos arts. 477, *caput*, e 492, da CLT). Mantiveram-se, desse modo, como importantes exemplos estabilitários no País apenas três situações: a dos antigos contratos regidos pela CLT (de pré-1988); a dos contratos de servidor público celetista com cinco anos no emprego ao tempo da Constituição (desde 5.10.1983, portanto), situação regulada pelo art. 19 do ADCT da Constituição; finalmente, a estabilidade do servidor público celetista concursado, adquirida nos moldes do art. 41 do mesmo Texto Máximo (caso se considere aplicável este dispositivo constitucional aos detentores, por concurso, de *emprego público* — tese hoje dominante na jurisprudência *trabalhista*, como se sabe)⁽¹⁴⁾.

Porém, de todo modo, as situações de garantia de emprego mantêm-se muito importantes no Direito do Trabalho brasileiro atual, fixando relevante contingenciamento à despedida arbitrária do empregado no mercado laborativo do País⁽¹⁵⁾.

3. Interrupção e Suspensão Contratuais

O Direito do Trabalho cria outras restrições jurídicas à extinção do contrato de trabalho. Essas restrições, caracterizadas por serem ainda mais circunstanciais e provisórias do que as garantias de emprego, tipificam-se nas figuras da interrupção e da suspensão contratuais.

Interrupção contratual (ou interrupção da prestação de serviços; também denominada suspensão parcial do contrato) é a figura jurídica pela qual se susta, provisoriamente, o cumprimento das principais obrigações obreiras perante o empregador (prestação de serviços e disponibilidade obreiras em favor do empregador), mantidas em aplicação as cláusulas obrigacionais deste, tudo em decorrência da verificação de fato idôneo juridicamente tipificado. O exemplo mais ilustrativo de interrupção contratual é o período

(14) Nesta linha afirmativa da estabilidade, a Súmula 390, I, do TST, que incorporou a interpretação contida na ex-OJ 22 da SDI-II/TST (de 2000) e na ex-OJ 265 da SDI-I/TST (de 2002). Registre-se, contudo, que há decisões do Supremo Tribunal Federal no sentido de negar a estabilidade do art. 41, após a nova redação conferida pela EC n. 19/1998, aos novos servidores celetistas concursados (empregados públicos), pelo fundamento de que o novo texto reformado do art. 41, *caput* e §§ 1º, 2º e 3º, refere-se somente a “cargo”, não abrangendo o verbete “emprego”, em contraponto ao caráter genérico do texto constitucional primitivo. De todo modo, essa dispensa não poderia ser meramente arbitrária, porém necessariamente *motivada*, ao contrário do ocorrido nas entidades privadas. É que o próprio STF exige a motivação da dispensa do servidor público concursado, inclusive celetista, até mesmo em período de *estágio probatório*. A par disso, a Lei n. 9.784, de 1999 (que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal), adota, enfaticamente, o *princípio da motivação* (art. 2º, *caput* e VII; art. 50, *caput* e I e II).

(15) Os institutos da estabilidade e garantias de emprego serão mais analiticamente examinados no Capítulo XXXII deste Curso.

de férias do empregado: nestas, o cumprimento das principais obrigações obreiras fica sustado, enquanto se mantêm em vigor todas as obrigações contratuais do empresário

Suspensão contratual (ou suspensão total do contrato) é a figura jurídica pela qual se susta, provisoriamente, o cumprimento das principais obrigações contratuais de ambas as partes, mantido em vigência o vínculo empregatício entre elas, tudo em decorrência da verificação de fato idôneo juridicamente tipificado. Um dos exemplos mais ilustrativos de suspensão contratual é o período de afastamento obreiro para atendimento a necessidades pessoais suas, permanecendo em “licença sem remuneração” (situação em que o contrato se preserva, mas suas cláusulas obrigacionais essenciais não produzem efeitos: remuneração, prestação de serviços, contagem de tempo contratual, depósitos de FGTS, etc.). É também exemplo de suspensão contratual o período de afastamento previdenciário, a partir do 16º dia.⁽¹⁶⁾

As duas figuras, ao produzir efeitos no curso do contrato, inviabilizam, em princípio — ao menos nos contratos de duração indeterminada —, a extinção contratual por ato do empregador (art. 471, CLT)⁽¹⁷⁾.

4. Motivação da Dispensa pelo Empregador

O mais importante incentivo à permanência do contrato de trabalho — e, conseqüentemente, o mais importante elemento de afirmação jurídica do princípio da continuidade da relação de emprego — seria, entretanto, a incorporação, pelo Direito do Trabalho, do *critério motivado* para validação das rupturas contratuais trabalhistas. A incorporação, em síntese, de uma sistemática de *causas jurídicas relevantes* como fatores propiciadores da extinção do contrato empregatício.

Evidentemente que o critério motivado dirige-se, essencialmente, às rupturas envolvidas a *contratos de duração indeterminada*. É que, nos contratos a prazo, a ordem jurídica já acata, necessariamente, a validade da extinção do contrato em seu termo final prefixado, razão por que seria insensato falar-se em específica motivação para a ruptura prevista. Esta motivação verificou-se no instante da pactuação a prazo, propiciando a fixação válida de um termo final àquele contrato celebrado.

(16) Conforme já explicitado neste Curso, entre 1.3.2015 e 17.6.2015 vigorou, provisória e precariamente, mudança implementada pela MPr. n. 664, publicada em 30.12.2014, no sentido de estender o prazo de interrupção contratual, por afastamento médico, até o 30º dia de afastamento, iniciando-se, desde o 31º dia, a suspensão contratual. Mas a Lei de Conversão n. 13.135, publicada em 18.6.2015, não manteve tais mudanças jurídicas, fazendo prevalecer os antigos prazos da Lei Previdenciária n. 8.213/91 (suspensão a partir do 16º dia de afastamento; interrupção nos 15 dias originais de afastamento).

(17) A respeito da interrupção e suspensão contratuais, consultar, neste Curso, o Capítulo XXVII.

É também evidente que o critério motivado dirige-se, essencialmente, às rupturas contratuais resultantes de *ato de vontade do empregador* (em contratos sem prazo prefixado, repita-se). Não se aplica, em princípio, às rupturas contratuais resultantes de ato de vontade *do próprio empregado*. Neste caso (ruptura por ato obreiro), o próprio trabalhador, por exercício de vontade sua, é que está comprometendo a incidência e eficácia do princípio da continuidade da relação de emprego (princípio construído em seu favor), tornando-se insensato e ilógico que o princípio se aplique contra o resultado útil que pretende atingir.

Além disso, o envolvimento do obreiro no contrato empregatício é necessariamente *pessoal* (a pessoalidade, como se sabe, é elemento fático-jurídico atávico à figura do empregado), razão por que seria agressão à liberdade individual mínima manter, contra a vontade da pessoa física envolvida, uma relação personalíssima de prestação de trabalho indefinida no tempo. Já o envolvimento do empregador no contrato empregatício é, tendencialmente, *impessoal* (a impessoalidade é característica marcante da figura do empregador, em cuja composição fático-jurídica não comparece, como se sabe, a infungibilidade de seu ser). Essa impessoalidade do empregador faz com que a manutenção de uma relação de emprego contra sua vontade não resulte em necessária agressão à liberdade individual da pessoa física do empregador (inclusive porque este não é sequer, a maioria das vezes, uma pessoa natural, mas pessoa jurídica, podendo ser até mesmo ente juridicamente despersonificado)⁽¹⁸⁾.

O critério da motivação jurídica tipificada da dispensa (isto é, motivação jurídica do ato empresarial de ruptura do contrato) há décadas não tem sido prevalente no Direito brasileiro — ao menos no segmento privado da economia e da sociedade. Desde o estabelecimento do sistema do FGTS, em 1966/67 (Lei n. 5.107/66) — sistema que se tornou rapidamente dominante no mercado de trabalho do País —, o critério da motivação da dispensa somente comparecia em situações fático-jurídicas pouco comuns, já mencionadas: a saber, os contratos dos antigos estáveis celetistas (art. 492 e seguintes, CLT), os contratos dos novos estáveis constitucionais (art. 19, ADCT, e art. 41, CF/88), ou, ainda, os contratos de empregados conjuntamente favorecidos por alguma das garantias provisórias de emprego existentes no Direito brasileiro (dirigente sindical, dirigente eleito de CIPAs, etc.). A regra geral das últimas décadas tem sido o critério da *dispensa desmotivada* (isto é, sem motivo jurídico relevante, embora, é claro, haja uma *causa* para a ruptura, que reside na só-vontade do empregador): trata-se, pois, da *denúncia vazia* do contrato empregatício, mediante a chamada *despedida injusta* do empregado.

(18) Para exame da pessoalidade e impessoalidade na composição das figuras do empregado e do empregador, consultar capítulos sobre Relação de Trabalho e Relação de Emprego e A Figura Jurídica do Empregador, na obra deste autor, *Introdução ao Direito do Trabalho*, 3. ed. São Paulo: LTr, 2001. Neste Curso, consultar Capítulos IX e XII.

O critério da dispensa desmotivada por ato empresarial confere, infelizmente, a essa modalidade de ruptura do contrato empregatício o estatuto jurídico de simples exercício de um poder potestativo pelo empregador — poder próximo ao absoluto, portanto —, desconsiderando todos os aspectos pessoais e sociais envolventes à dinâmica da extinção do contrato de trabalho.

A) Convenção 158 da OIT — Durante curto período, com a incorporação pelo Direito pátrio das regras da Convenção 158, da OIT (o que ocorreu em 5 de janeiro de 1996)⁽¹⁹⁾, o Direito do Trabalho brasileiro ingressou em fase de mais larga e substancial afirmação do princípio da continuidade da relação de emprego. É que a Convenção 158 estipulava, como regra geral de conduta no tocante às rupturas contratuais por ato empresarial, a observância do critério da motivação da dispensa. Eliminava, assim, a possibilidade jurídica da denúncia vazia do contrato pelo empregador, dando origem a uma figura nova de ruptura do contrato de trabalho — *a dispensa motivada mas sem justa causa celetista*.

Esta nova figura jurídica resultava das regras da Convenção 158, que expungia da ordem jurídica a mera despedida arbitrária do trabalhador (a chamada *dispensa injusta* ou *dispensa desmotivada*), exigindo, para seu desligamento, motivação por causa consistente e séria. De fato, dispõe o art. 4 da Convenção 158 da OIT que não ocorrerá, por decisão empresarial, “*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*”. O diploma normativo internacional também menciona, como causas justificadoras da dispensa motivada mas sem justa causa, importante rol identificador das *necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou do serviço*: trata-se dos “*motivos econômicos, tecnológicos, estruturais ou análogos*” (art. 13, Convenção 158 da OIT).

É bem verdade que a jurisprudência trabalhista pátria, durante os anos de 1996 e 1997 (período de vigência da Convenção 158 da OIT no Brasil), não chegou a se pacificar no tocante ao conteúdo, efeitos e à própria eficácia jurídica interna do diploma internacional mencionado; reconheça-se que sequer chegou a se tornar dominante, nos Tribunais do Trabalho, a tendência compreensiva de que, efetivamente, estivesse a Convenção 158 da OIT

(19) O Decreto Legislativo n. 68, do Congresso Nacional, ratificando a Convenção 158, foi publicado em 29 de agosto de 1992; o depósito do instrumento ratificado perante a Repartição Internacional do Trabalho da OIT ocorreu, por sua vez, em 05.01.1995. Pelos termos da própria Convenção, tal depósito implica o início de vigência do diploma no respectivo Estado doze meses após (art. 16, item III, Conv. 158), isto é, em 5 de janeiro de 1996. De todo modo, o Decreto do Presidente da República, n. 1.855, publicado em 11.4.96, divulgando o texto da Convenção, teria fixado, segundo outros entendimentos, o marco inicial de vigência no País do diploma em exame. A respeito, consultar a obra coletiva coordenada pelo Professor Márcio Túlio Viana, *Teoria e Prática da Convenção 158*. São Paulo: LTr, 1996, e ainda SILVA, Antônio Álvares da. *A Constitucionalidade da Convenção 158 da OIT*. Belo Horizonte: RTM, 1996.

produzindo repercussões jurídicas na ordem jurídica interna brasileira. Nesse quadro de incertezas quanto aos efetivos efeitos de tal relevante diploma internacional trabalhista, o Supremo Tribunal Federal, em setembro de 1997 (pouco mais de um ano após o suposto início de vigência interna da Convenção, portanto), acolheu arguição de inconstitucionalidade da Convenção 158, por considerar *não autoexecutável* a regra do art. 7º, I, da Constituição, até que surgisse a *lei complementar* referida no preceito constitucional (preceito que teria dado suporte interno à Convenção Internacional ratificada). Sepultou a Corte Suprema, em consequência, qualquer possibilidade de eficácia jurídica ao diploma convencional no território do Brasil⁽²⁰⁾.

B) Concurso Público e Motivação da Dispensa — A jurisprudência trabalhista tem debatido acerca dos efeitos restritivos (ou não) impostos, na área estatal, pela circunstância de os servidores públicos e mesmo empregados de entidades estatais organizadas privatisticamente (empresas públicas e sociedades de economia mista) somente poderem ser admitidos após aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos (art. 37, *caput*, II e § 2º, CF/88), o que tornaria também formalístico e motivado o caminho da correspondente ruptura contratual.

Depois de longo debate desde 5.10.1988, a jurisprudência trabalhista pacificou-se em duas linhas diferenciadas: no que tange aos servidores celetistas, admitidos por concurso nas entidades estatais de Direito Público, mesmo que pela via celetista (União, Estados, DF, Municípios e respectivas autarquias e fundações públicas), beneficiam-se da regra estabilitária da Constituição (art. 41, CF/88), com os obstáculos e formalidades rescisórios instituídos pelo Texto Máximo. Nesta linha, a antiga OJ 22 da SDI-II do TST (de 2000), a antiga OJ 265 da SDI-I do mesmo Tribunal Superior e a subsequente Súmula 390, I, da Corte Superior Trabalhista. Mesmo que não se considere presente a estabilidade desde a redação conferida pela EC n. 19/1998 ao art. 41, *caput* e §§ 1º a 3º, da Constituição (na linha do que tem decidido o STF), não prevalece em tais casos, a simples denúncia vazia do contrato empregatício do servidor celetista (dispensa meramente arbitrária), sendo necessária a *motivação* do ato de ruptura pelo empregador público.⁽²¹⁾

(20) Registre-se, de todo modo, que a Convenção já havia sido denunciada pelo Presidente da República — o que levaria à perda de sua vigência, em fins de 1997, por um segundo fator (se o primeiro já não prevalecesse, por si só). A denúncia foi depositada na OIT em 20.11.1996, produzindo efeitos a contar de 20.11.1997, sendo declarada pelo Decreto n. 2.100, de 25.12.1996. É bem verdade que está em julgamento no STF a ADI n. 1625, em que se questiona a constitucionalidade do Decreto n. 2.100/1996, pelo qual o Presidente da República deu publicidade à denúncia unilateral que realizou quanto à Convenção n. 158 perante a OIT (o julgamento já se estende por vários anos, com sucessivos pedidos de vista regimental).

(21) Realmente há certa dissensão, na seara administrativa, acerca da extensão aos servidores celetistas da estabilidade do art. 41 da Constituição, *desde a reforma trazida pela EC 19, de 1998*. A esse respeito, consultar, no presente Curso, o Capítulo XXXII, item III.3, sob o título “Estabilidade do Art. 41 da Constituição de 1988”.

Ao reverso, os empregados de empresas públicas, sociedades de economia mista e outras entidades estatais e paraestatais congêneres, mesmo que admitidos por prévio concurso público, não estariam garantidos por estabilidade no emprego e *nem mesmo pela necessidade de motivação de seus atos rescisórios*. A dispensa meramente arbitrária continuaria válida nesse segmento estatal, por ser ele expressamente regido pelo art. 173, § 1º, II, da Constituição (“*submissão ao regime próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários*”). A exigência formal quanto à admissão no emprego (art. 37, *caput*, II e § 2º, CF/88) seria considerada, desse modo, estritamente dirigida aos critérios de *ingresso nos quadros do Estado*, não tendo o condão de invalidar a *regra geral* fixada pela mesma Constituição no restante da regência normativa do contrato de emprego celebrado (art. 173, § 1º, II, CF/88: *regência conforme o Direito do Trabalho aplicável às instituições privadas*). Nesta linha erigem-se também a Súmula 390, II, do Tribunal Superior do Trabalho e a OJ 247, I, da SDI-I da mesma Corte Superior.⁽²²⁾

É bem verdade que se agiganta, na jurisprudência trabalhista — a partir de decisões do STF, inclusive — a tese de que o *princípio da motivação*, que estaria implícito na Constituição da República, intrincado às diretrizes expressas no art. 37, *caput* do Texto Magno (princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência), imporia a necessidade de fundamentação consistente para o importante ato de rescisão do contrato de trabalho pelo empregador estatal. A prevalecer essa compreensão, também nesse segmento de entidades estatais (empresas públicas e sociedades de economia mista) não mais imperaria a denúncia vazia do contrato de trabalho (dispensa meramente arbitrária). Registre-se que algumas turmas do Tribunal Superior do Trabalho, a partir de 2014, passaram a incorporar essa interpretação constitucional sobre o tema.

De todo modo, existe situação peculiar surgida nas décadas subsequentes à Constituição da República: a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. Embora seja, indubitavelmente, empresa pública — estando, em tese, enquadrada na regra do item I da OJ 247 da SDI-I do TST quanto à dispensa de seus empregados —, essa entidade acabou merecendo tratamento fortemente diferenciado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que lhe tem considerado cabíveis inúmeros privilégios típicos das pessoas jurídicas de Direito Público. Ou seja, passou a ser tida, excepcionalmente, como empresa pública mas com garantias, regras e privilégios característicos de entes de Direito Público. Em consequência — e por isonomia —, a jurisprudência trabalhista passou a considerar também imperiosa aos

(22) Informa o item I da OJ 247 da SDI-I: “*A despedida de empregados de empresa pública e de sociedade de economia mista, mesmo admitidos por concurso público, independe de ato motivado para sua validade*”.

Correios pelo menos a necessidade de *motivação* do ato de dispensa de seus empregados, fórmula mais próxima à inerente às entidades de Direito Público interno. Nesta direção o item II da OJ 247 da SDI-I do TST⁽²³⁾.

Ressalte-se, de toda maneira, que o tema não se encontra inteiramente pacificado também no âmbito do STF, podendo-se vislumbrar, ainda em 2015, a aparente presença de três alternativas de interpretação quanto a ele: a) extensão do princípio da motivação a todas as empresas estatais (como acreditamos ser mais harmônico ao conjunto de princípios e regras constitucionais); b) extensão do referido princípio apenas às empresas estatais efetivamente prestadoras de serviço público; c) extensão desse princípio somente à própria ECT, já mencionada no inciso II da OJ 247 da SDI-I do TST.⁽²⁴⁾

IV. EXTINÇÃO CONTRATUAL — EVOLUÇÃO JURÍDICA NO BRASIL

O Direito do Trabalho brasileiro, desde a instauração do modelo jus-trabalhista tradicional do País, nas décadas de 1930 e 1940, apresentou algumas alterações significativas no que tange ao tratamento jurídico da extinção do contrato de trabalho. Tais alterações dirigiram-se, fundamentalmente, ao exercício unilateral da faculdade de rompimento do contrato pelo empregador, restringindo-o, em uma primeira fase, e, posteriormente, alargando-o.

A diferenciação de tratamento jurídico, neste aspecto, permite, assim, vislumbrarem-se três períodos básicos no sistema brasileiro: o antigo modelo jurídico celetista; o modelo liberalista inaugurado pelo FGTS, mas que conviveu, até 5.10.1988, com o velho sistema da CLT; e, finalmente, a fase jurídica regulada pela Constituição de 1988.

(23) Informa o item II da OJ 247 da SDI-I do TST: “A validade do ato de despedida do empregado da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECB) está condicionada à motivação, por gozar a empresa do mesmo tratamento destinado à Fazenda Pública em relação à imunidade tributária e à execução por precatório, além das prerrogativas de foro, prazos e custas processuais”.

(24) É o que se infere dos fundamentos da decisão liminar prolatada na Ação Cautelar n. AC/3669, conexa ao RE n. 589.998/PI, em que a ECT objetivava alcançar efeito suspensivo aos embargos de declaração apresentados no processo principal. O Ministro Luís Roberto Barroso deferiu, em 29 de abril de 2015, a liminar requerida pela ECT, “concedendo efeito suspensivo aos embargos de declaração por ela opostos nos autos do RE N. 589998”, determinando, em consequência, a comunicação ao TST “para que proceda ao sobrestamento, até o julgamento final dos embargos de declaração, dos recursos extraordinários que versem sobre o tema debatido no mencionado caso paradigma”. Os EDs, por fim, foram julgados em 10.10.2018 (acórdão publicado no DJE de 05.12.2018), firmando-se, por maioria de votos, a tese seguinte, *circunscrita aos Correios*, sem referência às demais empresas estatais: “A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) tem o dever jurídico de motivar, em ato formal, a demissão de seus empregados”. Ficou também definido no julgamento que a presente tese substituiu aquela fixada em sessão administrativa realizada em 9.12.2015 (ou seja, a tese restrita à ECT passa a substituir a tese aparentemente mais ampla, inferida do julgado de 2015).

1. Antigo Modelo Jurídico Celetista

O modelo celetista clássico impunha forte contingenciamento à vontade empresarial quanto à ruptura desmotivada do contrato de emprego. Previa esse modelo a combinação de duas sistemáticas: em primeiro lugar, a presença de indenizações crescentes em virtude do tempo de serviço, em situações de dispensas desmotivadas anteriores a dez anos (antigos art. 477, *caput*, e art. 478, *caput*, CLT, não recepcionados pela CF/88 para os casos subsequentes a 05.10.1988); em segundo lugar, a presença da estabilidade no emprego, após dez anos de serviço junto ao mesmo empregador — prazo que foi jurisprudencialmente reduzido para efetivos nove anos de serviço (art. 492, CLT, não recepcionado pela CF/88 para os casos novos; antigo Enunciado 26, TST).

Observe-se que o antigo modelo não impedia, do ponto de vista estritamente jurídico, o exercício unilateral, pelo empregador, da faculdade de rompimento desmotivado de contratos inferiores a dez anos (ou nove anos, segundo a jurisprudência). Mas estabelecia significativo óbice de caráter econômico-financeiro, consubstanciado na crescente indenização por tempo de serviço, calculada à base da maior remuneração obreira por ano contratual ou fração superior a seis meses (*caput* dos arts. 477 e 478, CLT). Ainda que fosse viável, juridicamente, o exercício potestativo da prerrogativa de rompimento unilateral do contrato (antes de dez anos — ou nove, segundo a jurisprudência), tal exercício era, do ponto de vista econômico, fortemente restringido.

Adquirida a estabilidade, entretanto, surgia obstáculo jurídico intransponível, contra o qual não poderia prevalecer o simples ato desmotivado do empregador visando à ruptura do pacto empregatício (arts. 492 a 500, CLT). Não havia, desse modo, na época, possibilidade jurídica para a denúncia vazia do contrato, a contar do décimo ano de labor na empresa (ou até menos, nono ano, conforme a jurisprudência então dominante: antigo Enunciado 26, TST).

O sistema celetista tradicional traduzia, como se vê, inequívoco elogio ao princípio da continuidade da relação de emprego, uma vez que implementava forte contingenciamento ao exercício potestativo da vontade empresarial nas rupturas de contratos trabalhistas. Note-se que a Constituição de 1946 acolhia inteiramente esse sistema, ao fixar como direito dos trabalhadores “estabilidade na empresa ou na exploração rural, e indenização ao trabalhador despedido, nos casos e condições que a lei estatuir” (art. 157, XII, CF/46).

2. O FGTS e a Liberalização do Mercado de Trabalho

O sistema estável celetista sempre sofreu críticas, que denunciavam sua rigidez, tida como impermeável e excessiva. Afinal, o sistema não

contemplava sequer como fatores justificadores de *dispensas seletivas* circunstâncias econômicas, financeiras e tecnológicas que comprovadamente afetassem a estrutura e a dinâmica das empresas.

Tais críticas encontraram o cenário político ideal no regime autoritário instaurado no Brasil em 1964. Enfatizadas pelo discurso oficial do novo regime, harmônico a uma política *econômica* de franco cunho neoliberal (liberalismo econômico deflagrado e protegido pelo autoritarismo político), combinada ao silêncio cirurgicamente imposto às vozes e forças adversas, essas críticas encontraram fórmula jurídica alternativa ao sistema celetista combatido — o mecanismo do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço.

Criado pela Lei n. 5.107/66 (hoje regido pela Lei n. 8.036, de 1990), o FGTS organizava sistema alternativo ao modelo celetista, sujeito a uma *opção expressa* (por escrito) no instante da celebração do contrato. No modelo do Fundo, o empregado teria direito a depósitos mensais em sua conta vinculada, no importe de 8% sobre seu complexo salarial mensal, incluídas as médias de gorjetas (verbas dos arts. 457 e 458, *caput*, CLT). Inserindo-se, por meio da opção escrita, no FGTS, o empregado estaria excluído, automaticamente, do sistema de indenizações crescentes por tempo de serviço previsto na CLT, não podendo também mais alcançar, em consequência, a clássica estabilidade no emprego, após nove ou dez anos de tempo de serviço na empresa. Contudo, teria direito ao saque do Fundo de Garantia, no caso de sua dispensa desmotivada (denúncia vazia do contrato); a este saque, agregar-se-ia um acréscimo percentual rescisório no importe de 10% sobre o montante total do FGTS depositado e monetariamente corrigido (acréscimo que passou a 40%, desde a Constituição de 1988).

O direito aos *depósitos* permaneceria mesmo em situações de pedido de demissão pelo obreiro (aqui o FGTS depositado apenas não poderia ser *sacado*, no momento da ruptura do contrato); esse direito ao Fundo de Garantia estaria também assegurado para saque no instante da aposentadoria do empregado, ou quando de seu falecimento (neste caso, a liberação do Fundo seria feita em favor dos herdeiros/dependentes do empregado, é claro). Estas três situações de manutenção do direito ao FGTS não estavam contempladas pelo antigo sistema indenizatório da CLT (ou seja, se o empregado, mesmo estável, pedisse demissão, ou se aposentasse, afastando-se do emprego, ou ainda falecesse, nada seria pago a título de seu tempo de serviço ou de indenização rescisória).

A sistemática do FGTS *liberalizou*, economicamente, o mercado de trabalho no País, se contraposta à sistemática então vigorante (aproximando o sistema justralhista, no tocante à cessação do contrato, a um mercado de tipo liberal, e não de tipo regulado). A sistemática do Fundo de Garantia não apenas retirou limites jurídicos às dispensas desmotivadas (no sistema do Fundo,

repita-se, não seria mais possível, juridicamente, o alcance da velha estabilidade celetista), como também reduziu, de modo significativo, o obstáculo econômico-financeiro às rupturas de contratos inferiores a nove/dez anos, substituindo-o pela sistemática pré-constituída dos depósitos mensais do FGTS.

Evidentemente que se preservaram as situações jurídicas já sedimentadas, lançando-se o FGTS como sistema *alternativo* ao celetista tradicional. Contudo, à medida que a nova lei determinava, ladinamente, que inclusive os contratos situados no velho sistema passassem também a ensejar os depósitos mensais do Fundo em conta específica, condenou-se à inanição a sistemática celetista anterior, em contraponto à rápida generalização do sistema do FGTS. Em poucos anos após 1967 (data de efetiva implantação do novo sistema), o mercado de trabalho já estava quase todo submetido ao sistema “*fundário*”, excetuados os velhos contratos oriundos do período anterior. Mesmo para esses velhos contratos, a Lei n. 5.107/66 abriu a possibilidade de *opção retroativa* pelo sistema do Fundo de Garantia — o que mais alargaria a abrangência do novo sistema.

As Cartas Constitucionais do período autoritário absorveram a inovação deflagrada pelo novo regime. Na verdade, as Cartas de 1967 e 1969 produziram sincretismo jurídico e político curioso neste tema (sincretismo que era sua marca patética nos temas propriamente político-institucionais): embora fizessem aparente reverência ao princípio da continuidade da relação de emprego (associado ao antigo sistema celetista), elas próprias já incorporavam o contraponto desse princípio (por intermédio do reconhecimento à validade do sistema do Fundo de Garantia). De fato, a Constituição de 1969, por exemplo (Emenda Constitucional n. 01/69), estatuiu ser direito dos trabalhadores a “integração na vida e no desenvolvimento da empresa...” (art. 165, V, *ab initio*, CF/69) —, enunciando regra inspirada no princípio da continuidade da relação empregatícia. Contudo, essa mesma Carta convalidava a inviabilização prática do princípio, ao incorporar a noção da ruptura contratual trabalhista como direito empresarial potestativo, através do instituto do FGTS, oriundo da Lei n. 5.107/66: o diploma constitucional de 1969 referia-se, por exemplo, à “estabilidade, com indenização ao trabalhador despedido *ou* fundo de garantia equivalente” (art. 165, XIII, CF/69; grifo acrescido).

Esclareça-se, por fim, que, anos depois, a jurisprudência trabalhista, tratando da *equivalência* de sistemas mencionada pelo texto constitucional, retirou qualquer conteúdo substantivo mais acurado a essa relação de paridade, ao fixar ser *meramente jurídica* a equivalência entre a sistemática celetista e a do FGTS. Com isso, considerou impertinentes indenizações compensatórias por eventuais diferenças de valores entre os dois sistemas (Súmula 98, TST, de 1980).

3. Constituição de 1988 e Extinção do Contrato de Trabalho

A Constituição de 1988 trouxe importantes inovações no tocante ao tratamento jurídico da extinção do contrato de trabalho. Duas dessas inovações indicam clara superação do velho sistema celetista de garantia do tempo de serviço e do contrato, ao mesmo tempo em que universalizavam o regime iniciado pela Lei n. 5.107, de 1966. A terceira inovação aponta a busca, pela Constituição, de um sistema novo para contingenciamento do puro exercício potestativo da vontade empresarial no instante da ruptura dos contratos de trabalho, embora a Constituição não tenha ofertado transparente precisão quanto aos contornos desse novo sistema.

A) Universalização do FGTS e Revogação do Sistema Celetista — A primeira significativa mudança constitucional reside na *unificação* da anterior dualidade de regimes jurídicos de garantia do tempo de serviço.

A Constituição de 1988 *universalizou o sistema do FGTS*: a um só tempo, eliminou a exigência de *opção escrita* pelo Fundo (excetuada a opção retroativa, evidentemente) e fez do FGTS um direito inerente a todo contrato empregatício, inclusive o do rurícola (art. 7º, III, CF/88). Apenas o empregado doméstico é que não foi ainda incorporado ao sistema fundiário no ano de 1988 (parágrafo único do mesmo art. 7º), ficando a categoria, neste aspecto, na dependência de lei favorável futura⁽²⁵⁾.

A segunda importante mudança constitucional, nesta seara, reside na *eliminação do antigo sistema indenizatório e estabilitário celetista* (excetuadas, evidentemente, as situações jurídicas já constituídas antes de 5.10.1988). De fato, mediante a conjugação dos incisos I e III do art. 7º examinado (além do art. 10, *caput* e inciso I do ADCT), concluiu-se, pacificamente, na doutrina e na jurisprudência que a nova Constituição pôs fim (fenômeno da *não recepção*) à antiga sistemática de proteção ao tempo de serviço e ao contrato, e correlatas estabilidade e indenização rescisória, contidas na CLT (no *caput* de seu art. 477 e art. 492 e seguintes).

(25) Mais de uma década após, a MPr n. 1.986, de 10.12.1999, viria criar a *faculdade* de inserção, pelo empregador doméstico, de seu empregado no sistema do FGTS e, conseqüentemente, no sistema do seguro-desemprego (faculdade exercitável somente a contar de março de 2000 — Decreto n. 3.361, de 2000). Com a Emenda Constitucional n. 72, publicada em 3.4.2013, apontou-se na direção da obrigatoriedade da inserção da categoria doméstica no FGTS; porém, a própria regra constitucional (novo parágrafo único do art. 7º da CF) condicionou essa imperatividade ao surgimento de lei reguladora do novo preceito reformado — diploma que surgiu com a LC n. 150, de 1º.6.2015, que fixou como marco de início da obrigatoriedade do FGTS a data de estruturação do *Simples Doméstico*, sistema que também instituiu; este fato ocorreu em *outubro de 2015* (1º.10.15), mês que se firmou como o momento de início da obrigatoriedade do FGTS nas relações empregatícias domésticas. A esse respeito, consultar o Capítulo XI, item IV (“Empregado Doméstico”), do presente Curso.

B) Restrição à Dispensa Arbitrária ou Sem Justa Causa — A universalização do FGTS e revogação do antigo sistema estabilitário e de garantia do tempo de serviço da CLT poderiam fazer crer que a Constituição tivesse feito inequívoca opção política por um sistema do tipo liberalista (isto é, não regulado) no tocante à dinâmica da continuidade e cessação dos contratos de trabalho no País. Esta conclusão não seria correta, entretanto, uma vez que a mesma Constituição trouxe, ao lado das duas modificações anteriores, preceito instigador da busca de novo sistema de regulação das rupturas contratuais por ato empresarial.

De fato, o Texto Máximo de 1988 procurou estabelecer forte indução jurídica ao encontro de restrições à ruptura contratual por ato potestativo do empregador. É bem verdade que essa indução fez-se em novas bases e direcionamentos, se comparada ao antigo sistema da CLT. Contudo, ela é inquestionável, resultando da combinação de importantes preceitos constitucionais.

De um lado, há o dispositivo central nesta temática, contido no inciso I do art. 7º. Tal regra estipula ser direito dos trabalhadores a garantia de “*relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos*”. Note-se que esta regra geral da Constituição relaciona-se à regra transitória contida no *caput* e inciso I do art. 10, do ADCT do mesmo Texto Maior: “até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição”(…) “fica limitada a proteção nele prevista ao aumento, para quatro vezes, da porcentagem prevista no art. 6º, *caput* e § 1º, da Lei n. 5.107, de 13 de setembro de 1966”.⁽²⁶⁾

De outro lado, há outros preceitos que evidenciam a mencionada indução jurídica. Ilustrativamente, o inciso XXI do mesmo art. 7º, que se reporta à figura do “aviso-prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei”.

Finalmente, na leitura de todos esses dispositivos há que se considerar o estuário cultural e normativo característico de toda a Constituição, em que se demarcam o primado conferido ao trabalho e as inúmeras garantias deferidas a seu titular. Como bem apontado pelo constitucionalista José Afonso da Silva, o *direito ao trabalho* “...ressai do conjunto de normas da Constituição sobre o trabalho”⁽²⁷⁾. É que, para a Constituição, a República Federativa do Brasil tem como seus fundamentos, entre outros, os *valores*

(26) A regra constitucional do art. 10, I, do ADCT passou, portanto, para 40% o percentual rescisório sobre o FGTS, originalmente de 10% (caso de dispensa sem justa causa), passando para 20% o percentual originalmente fixado em 5% (casos de ruptura contratual por culpa recíproca ou por motivo de força maior).

(27) SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 261.

sociais do trabalho (art. 1º, IV); a ordem econômica também se funda na *valorização do trabalho* (art. 170), ao passo que a ordem social tem como base o *primado do trabalho* (art. 193). Tudo isso, inevitavelmente, conduziria ao necessário reconhecimento do “...*direito social ao trabalho*, como condição da efetividade da existência digna (fim da ordem econômica) e, pois, da dignidade da pessoa humana, fundamento, também, da República Federativa do Brasil (art. 1º, III)”⁽²⁸⁾.

É bem verdade que a doutrina e jurisprudência dominantes após 5.10.1988 tenderam a compreender que os dois preceitos acima (isto é, as regras dos incisos I e XXI do art. 7º constitucional) não teriam o condão de produzir efeitos imediatos, na qualidade de *normas programáticas* que seriam. Contudo, mesmo essa leitura inercial do texto de 1988 não compromete o reconhecimento de que a nova Constituição efetivamente buscou recolocar o princípio da continuidade da relação empregatícia em patamar de relevância jurídica, harmonizando, em parte, a ordem justralhista à diretriz desse princípio. Mais importante: o Texto Máximo repele a *dispensa arbitrária* (art. 7º, I), que seria aquela efetivada sem o suporte em uma fundamentação minimamente relevante.

Note-se, nesse contexto, a direção básica das alterações constitucionais. A Constituição de 1988, por um gesto, eliminou a incompatibilidade entre o FGTS e eventual sistema de garantias jurídicas de permanência do trabalhador no emprego, e o fez ao estender o instituto do Fundo a todo e qualquer empregado — excetuado o doméstico (art. 7º, III, CF/88). Por outro gesto, fixou a regra da “relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos” (art. 7º, I, CF/88). Adicionalmente lançou a ideia de “aviso-prévio proporcional ao tempo de serviço”, “nos termos da lei” (art. 7º, XXI, CF/88), indicando o reforço da noção de contingenciamento crescente à prática de ruptura meramente arbitrária do contrato empregatício. Embora, como se disse, as interpretações majoritariamente construídas a respeito de tais dispositivos tenham se firmado negando eficácia imediata a qualquer deles, é indubitável o redirecionamento que sua instigante existência provoca na própria cultura jurídica potestativa dominante nas décadas mais recentes.⁽²⁹⁾

Mesmo a leitura que defende a absoluta esterilidade da garantia de emprego mencionada no inciso I do art. 7º constitucional é, tecnicamente, passível de questionamento. Afinal, a teoria tradicional sobre eficácia/ineficácia jurídicas de regras constitucionais já é, hoje, iniludivelmente anacrônica, por supor

(28) SILVA, José Afonso da, loc. cit.

(29) Quanto ao aviso-prévio proporcional, como se sabe, apenas em 2011 é que surgiu diploma legal tipificando e regendo a matéria, quer dizer, Lei n. 12.506, publicada no Diário Oficial em 13.10.2011. Sobre o tema consultar, neste Curso, o Capítulo XXIX, item VII.4 — “A Proporcionalidade do Aviso-Prévio (Lei n. 12.506./2011)”.

que o pacto juspolítico básico de uma nação (a Constituição) possa quedar-se inerte de modo abrangente. A teoria constitucional moderna, mais bem ajustada à interpretação de novas constituições, tende a apreender, necessariamente, importante eficácia às normas constitucionais — ainda que diferenciada, em intensidade, a eficácia de uma e outra regra constitucional⁽³⁰⁾. Nessa linha, o preceito contido no inciso I do art. 7º em análise pode ser tido como regra de eficácia contida, produzindo, pelo menos, certo efeito jurídico básico, que seria o de invalidar dispensas baseadas no simples exercício potestativo da vontade empresarial, sem um mínimo de justificativa socioeconômica ou técnica ou até mesmo pessoal em face do trabalhador envolvido⁽³¹⁾.

De todo modo, independentemente da eficácia que se atribua à Constituição de 1988 neste tema, está claro que o novo Texto Máximo abriu uma fase de transição jurídica no que concerne ao tratamento deferido à ruptura contratual no Direito brasileiro. E, nesta transição, a perspectiva estritamente individualista e antissocial, que prega a viabilidade jurídica da dispensa sem um mínimo de motivação socialmente aceitável, defendendo a dispensa como direito potestativo empresarial, portanto, é que se coloca em franco questionamento e desgaste jurídicos.

4. *Dispensa Coletiva: novas leituras da Constituição*

Passados cerca de 20 anos da vigência da Constituição de 1988, a jurisprudência começou a inferir do Texto Magno diferenciação de tratamento jurídico entre as dispensas individuais e as dispensas coletivas.

Em julgamento de *dissídio coletivo*, em 2009, tratando de despedida maciça de empregados por grande empresa, em face de grave retração na atividade econômica (*lay off* de mais de 4 mil trabalhadores), fixou a Seção de Dissídios Coletivos do TST, por maioria de votos, a *premissa de que a negociação coletiva é imprescindível para a dispensa em massa de trabalhadores*.⁽³²⁾

Embora a premissa tenha sido fixada apenas para *situações fático-jurídicas futuras à data do julgamento — 10.8.2009* (não tendo sido acompanhada, conforme a decisão da maioria da SDC-TST, de outros consectários reflexos, como, ilustrativamente, ordem de reintegração, arbitramento de indenização compensatória, prorrogação temporal de prazos contratuais ou outras

(30) A respeito da eficácia das normas jurídicas constitucionais, inclusive no Direito do Trabalho, retornar ao Capítulo V, item IV.1.B deste Curso.

(31) O grande constitucionalista José Afonso da Silva, ao considerar o mencionado preceito constitucional como *norma de eficácia contida*, constrói reflexão acerca dos efeitos mínimos, desde 5.10.88, assegurados à garantia de emprego ali referida. In *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 261-263.

(32) TST-RODC 309/2009-000-15-00.4. Rel. Min. Mauricio Godinho Delgado. Sessão de 10.8.2009 (DEJT de 4.9.2009).

repercussões assemelhadas), teve o importante condão de estabelecer diferenciação jurídica efetiva entre dispensas meramente individuais e dispensas coletivas. Nesse quadro, enfatizou o contingenciamento constitucional dirigido às dispensas massivas, as quais deveriam se submeter à negociação coletiva trabalhista, apta a lhes atenuar os drásticos efeitos sociais e econômicos.

A decisão da Seção de Dissídios Coletivos do TST partiu da distinção fática entre os danos existentes na sociedade e na economia, que muitas vezes têm caráter e dimensão meramente atomísticos, individuais, podendo ter, entretanto, dimensão e caráter notavelmente abrangentes, coletivos, comunitários. E a ordem jurídica, inclusive constitucional, teria percebido, incorporado e expressado essa diferenciação.

Nessa linha, o voto de relatoria examinado dispõe que a ordem constitucional e infraconstitucional democrática brasileira, considerada a Constituição de 1988 e diversos diplomas internacionais ratificados (ilustrativamente, Convenções OIT n. 11, 98, 135 e 141), todo esse universo normativo não autorizaria o *“manejo meramente unilateral e potestativista das dispensas trabalhistas coletivas, por se tratar de ato/fato coletivo, inerente ao Direito Coletivo do Trabalho, e não Direito Individual, exigindo, por consequência, a participação do(s) respectivo(s) sindicato(s) profissional(is) obreiro(s).”*⁽³³⁾

Esse mesmo acórdão relatado afirma que existem *“regras e princípios constitucionais que determinam o respeito à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), a valorização do trabalho e especialmente do emprego (arts. 1º, IV, 6º e 170, VIII, CF), a subordinação da propriedade à sua função socioambiental (arts. 5º, XXIII e 170, III, CF) e a intervenção sindical nas questões coletivas trabalhistas (art. 8º, III e VI, CF)”*. Tal amplo conjunto de princípios e regras magnos impõem, segundo o acórdão, que *“se reconheça distinção normativa entre as dispensas meramente tópicas e individuais e as dispensas massivas, coletivas, as quais são social, econômica, familiar e comunitariamente impactantes”*. Conclui o Relator, nesta linha de reflexão, que *“seria inválida a dispensa coletiva enquanto não negociada com o sindicato de trabalhadores, espontaneamente ou no plano do processo judicial coletivo”*. Mas ressalva, logo a seguir, o mesmo Relator: a *“d. Maioria, contudo, decidiu apenas fixar a premissa, ‘para casos futuros’, de que ‘a negociação coletiva é imprescindível para a dispensa em massa de trabalhadores,’ observados os fundamentos supra”*.⁽³⁴⁾

Felizmente, a jurisprudência da Seção de Dissídios Coletivos do TST, no período subsequente ao julgamento de 18 de agosto de 2009, ao enfrentar

(33) TST-RODC 309/2009-000-15-00.4. Rel. Min. Mauricio Godinho Delgado. Sessão de 10.8.2009 (DEJT de 4.9.2009).

(34) TST-RODC 309/2009-000-15-00.4. Rel. Min. Mauricio Godinho Delgado. Sessão de 10.8.2009 (DEJT de 4.9.2009).

novos casos de dispensas coletivas, reiterou a validade do precedente judicial inferido, *ênfatizando ser a negociação coletiva sindical procedimento prévio imprescindível para os casos de dispensas massivas de trabalhadores*. Nesta linha estão os seguintes acórdãos e respectivas datas de julgamento: TST-RODC-2004700-91.2009.5.02.0000, julgado em 14.11.2001 – Relatora: Ministra Kátia Magalhães Arruda; RO-173-02.2011.5.15.0000, julgado em 13.08.2012 — Relator: Ministro Mauricio Godinho Delgado; RO-6-61.2011.5.05.0000, julgado em 13.11.2012 – Relator: Ministro Walmir Oliveira da Costa.

É bem verdade que a recente Lei da Reforma Trabalhista (n. 13.467, vigente desde 11.11.2017), em seu intento de impulsionar, desproporcionalmente, o poder unilateral do empregador no mundo do trabalho, inseriu novo art. 477-A na CLT, buscando eliminar a necessidade de autorização prévia da entidade sindical obreira ou de celebração de CCT ou ACT para a efetivação de dispensas massivas de trabalhadores, equiparando, para todos os fins, as dispensas imotivadas individuais, plúrimas ou coletivas.

A nova regra, contudo, entra em choque frontal com a Constituição da República. Inicialmente, pela circunstância de reger, mediante simples lei ordinária, tema a respeito do qual o art. 7º, I, da Constituição exige, expressamente, *lei complementar*, diploma a ser aprovado com quorum parlamentar especial e “que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos” (inciso I do art. 7º da CF/88). O art. 477-A, ao inverso, é lancinante: mantém a incidência da despedida totalmente arbitrária; afasta a negociação coletiva trabalhista da regência de assunto eminentemente coletivo; e não estipula qualquer indenização compensatória superior às verbas tradicionais da dispensa estritamente individual e sem justa causa.⁽³⁵⁾

A inconstitucionalidade emerge também pelo fato de a nova regra legal, ao equiparar as dispensas coletivas às dispensas meramente individuais, desprezitar diversos princípios constitucionais do trabalho, tais como: o da justiça social, o da subordinação da propriedade à sua função social, o da segurança (considerado o seu matiz humanístico e social, ao lado do tradicional matiz patrimonialístico); igualmente, o princípio da proporcionalidade, o da valorização do trabalho e emprego, o da centralidade da pessoa humana na ordem jurídica e na vida socioeconômica e, por fim, o princípio da dignidade da pessoa humana.

(35) Eis o texto do art. 7º, I, da Constituição: “I — *relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos*”. Eis a regra do novo art. 477-A da CLT: “*As dispensas imotivadas individuais, plúrimas ou coletivas equiparam-se, para todos os fins, não havendo necessidade de autorização prévia de entidade sindical ou de celebração de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho para sua efetivação*”.

Se não bastasse, a inconstitucionalidade emerge pelo menoscabo aos dispositivos da Constituição que tratam do Direito Coletivo do Trabalho, em especial o art. 8º, III (“*ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais e administrativas*”) e o art. 8º, VI (“*é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho*”). Assuntos fundamentais concernentes a direitos e interesses coletivos da categoria — e a dispensa em massa de empregados de qualquer empresa ostenta esse caráter — consistem em assuntos eminentemente próprios à atuação constitucional da respectiva entidade sindical, a qual tem de participar, sem dúvida, diretamente, da regência negocial coletiva do conflito (inciso III e VI do art. 8º, lidos em conjugação).⁽³⁶⁾

V. MODALIDADES DE EXTINÇÃO CONTRATUAL: TIPOLOGIAS

O contrato de trabalho pode encontrar seu término em decorrência de fatores extintivos diversificados. A diversidade desses fatores — ou causas extintivas — tende a produzir efeitos jurídicos diferenciados, os quais se expressam, regra geral, pela incidência de verbas rescisórias de tipo e importância também distintos.

A classificação das modalidades de extinção contratual é tarefa teórica de relevo, tendo importância prática também inquestionável. Afinal, ela surge como verdadeiro pressuposto para o exame, logo em seguida, das normas reguladoras de cada tipo legal extintivo, com as parcelas jurídicas que lhe são consequentes.

As três mais notáveis tipologias acerca dos modos extintivos dos contratos de emprego são: a que diferencia tais modalidades em normal e anormal; a que realiza tal classificação em conformidade com as causas de extinção desses contratos; finalmente, a tipologia que busca enquadrar as modalidades extintivas nos grupos de rescisão, resolução e rescisão contratuais, embora reconhecendo que alguns tipos extintivos escapam à classificação intentada.

(36) O Tribunal Pleno do TST, em julgamento ocorrido em 18.12.2017 (RO-10782-38.2015.5.03.000-Rel. Min. Maria Cristina I. Peduzzi), decidiu, por maioria, que a *ação de dissídio coletivo de natureza jurídica* não é adequada, *por razões processuais*, para brandir pleitos relacionados à dispensa em massa de trabalhadores. Enfatize-se, porém, ser essa decisão do TST Pleno estritamente processual, não entrando no mérito da jurisprudência firmada, em 2008, na SDC da Corte Superior Trabalhista. Mantém-se válida, desse modo, a tese jurídica interpretativa firmada na SDC, desde 2008, sobre a necessidade de negociação coletiva para a validade das dispensas massivas de trabalhadores. Contudo, do ponto de vista processual, fica claro que somente outras ações judiciais — tal como a ação civil pública e/ou a ação civil coletiva —, é que se mostram adequadas para tratar, na Justiça do Trabalho, desse complexo e importante assunto, que envolve aspectos processuais e, principalmente, diversificados aspectos materiais (por exemplo, pedidos de invalidação da dispensa, de reintegração, de indenização, etc.).

1. *Classificação Civilista: modos normal e anormal de extinção*

A doutrina trabalhista comumente busca no Direito Civil elementos teóricos para auxílio à compreensão de fenômenos correlatos ocorridos no Direito do Trabalho. Esse recurso explica-se pelo fato de lidar o ramo trabalhista, muitas vezes, com categorias capturadas do corpo teórico civilista original — como, por exemplo, as noções de contrato, sujeitos contratuais, capacidade, condição, termo, etc.

Contudo, nem sempre a utilização de tal recurso conduz a bons resultados, do ponto de vista técnico-jurídico. Isso ocorre em virtude de, eventualmente, ser tão profunda a especificidade trabalhista que se torna inconsistente a busca de comparações com institutos e métodos clássicos do Direito Civil.

É o que se passa com o tema relativo às modalidades de extinção do contrato de trabalho no Direito brasileiro. Nesse tema a doutrina, usualmente, tem se valido do mencionado recurso analítico — sem resultados cientificamente consistentes, entretanto. Note-se o ocorrido com a tipologia civilista que divide as modalidades de dissolução do contrato em *modos normal e anormal* de extinção, comumente incorporada pelos manuais de Direito do Trabalho⁽³⁷⁾.

A teor dessa tipologia civilista — ora adaptada ao ramo trabalhista —, existiriam dois grupos básicos de modalidades de extinção do contrato de trabalho: o *normal* e o *anormal*.

O chamado *modo normal de extinção do contrato trabalhista* configurar-se-ia pela execução plena do pacto contratual, através do alcance de seu termo final. Seria tida como *normal* essa modalidade de extinção — à luz do critério civilista importado — porque ela denotaria o esgotamento pleno dos efeitos contratuais, cessando a vigência do pacto empregatício essencialmente porque todos os seus efeitos preestabelecidos já teriam sido cumpridos. É o que se passaria com a extinção dos contratos a prazo em seu termo final prefixado.

O *modo anormal de extinção do contrato* configurar-se-ia pela frustração da execução plena do pacto contratual, que teria rompido seu fluxo regular de desenvolvimento em virtude de alguma causa ensejadora da cessação do pacto antes que pudesse produzir todos os efeitos que lhe seriam pertinentes. Seria tida como *anormal* essa modalidade de extinção — à luz do critério civilista importado — porque ela denotaria o rompimento do contrato antes do esgotamento pleno dos efeitos contratuais. É o que se passaria com a

(37) A respeito, MARANHÃO, Délio. Extinção do Contrato de Trabalho, in SÜSSEKIND, A. *et alii*. *Instituições de Direito do Trabalho*, V. I. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1981, p. 521. O autor busca a tipologia examinada no clássico autor de Direito Civil, Henri de Page.

extinção dos contratos a prazo, quando ocorrida anteriormente a seu termo final prefixado; é o que se verificaria também com qualquer das modalidades de extinção dos contratos por tempo indeterminado.

Caso acolhida no campo justrabalhista a tradicional tipologia civilista configuraria *modalidade normal* de extinção do contrato de trabalho a cessação do contrato a termo em virtude do cumprimento de seu prazo contratual preestabelecido. O modo normal, desse modo, abrangeria uma única modalidade de extinção do contrato de trabalho.

Aplicando-se a mesma tipologia civilista, configuraria *modalidade anormal* de extinção do contrato de trabalho um vastíssimo conjunto de tipos de extinção desse contrato. Seriam, desse modo, modo anormal de extinção do contrato *todas as formas de rescisão contratual*, como a rescisão por ato empresarial (dispensa sem justa causa), a rescisão por ato obreiro (pedido de demissão), a rescisão bilateral do contrato (distrato), inclusive a nova figura regulada pelo art. 484-A da CLT (inserido pela Lei n. 13.467, vigente desde 11.11.2017).

Também seriam modo anormal de extinção do contrato empregatício *todas as formas de resolução contratual*, como a resolução contratual por infração obreira (dispensa por justa causa), a resolução contratual por infração empresarial (dispensa indireta), a resolução contratual por culpa recíproca e, finalmente, a resolução contratual por implemento de condição resolutiva.

Seria, da mesma maneira, modo anormal de extinção do contrato trabalhista a *rescisão contratual* por nulidade.

No grupo vastíssimo do modo *anormal* de ruptura do contrato estariam ainda englobados os demais fatores extintivos do pacto empregatício, como, ilustrativamente, a força maior, a extinção da empresa ou do estabelecimento, a falência.

A tipologia civilista, como se percebe, não é adequada e funcional para classificar as modalidades de extinção do contrato de trabalho. Afinal, ela termina por classificar como modo *normal* de extinção do contrato uma das modalidades de ruptura que mais firmemente o Direito do Trabalho restringe e contingencia: a ruptura pertinente aos contratos a termo. Ora, tais contratos são excetivos no ramo justrabalhista, conspirando contra o objetivo central do Direito do Trabalho de aperfeiçoar o patamar de pactuação da força de trabalho no mercado, conspirando ainda contra o importante princípio justrabalhista da continuidade da relação de emprego. Sob a perspectiva estritamente científica, desse modo, não se pode tomar como padrão básico, genérico, como o *modo normal*, em suma, de extinção do contrato de trabalho um tipo contratual considerado excetivo no conjunto do ordenamento justrabalhista. De toda maneira, do ponto de vista estatístico, sabe-se que esta é uma modalidade também relativamente restrita de cessação do contrato empregatício, razão por que mais ainda se mostra desajustada a tipologia civilista em análise.

A inadequação e desajuste da tipologia civilista evidencia-se ainda mais claramente quando se percebe que a vasta maioria de situações de rompimento contratual existentes no Direito do Trabalho são classificadas, pelo critério tipológico em exame, como modo *anormal* de extinção do contrato empregatício. Ora, repugna à Ciência do Direito construir tipologia que chama *normal* aquilo que é juridicamente restringido e empiricamente incomum, chamando *anormal* aquilo que é juridicamente sedimentado e empiricamente dominante.

2. Classificação Segundo as Causas de Extinção

Expostas as críticas à tipologia oriunda do Direito Civil, pode-se classificar as modalidades de extinção do contrato de trabalho em, essencialmente, três grandes grupos, reunidos em função dos fatores (isto é, causas) que ensejam a ruptura do pacto empregatício: extinção contratual decorrente de fatores que envolvam a conduta do empregado, lícita ou ilícita; extinção contratual decorrente de fatores que envolvam a conduta lícita ou ilícita do empregador; extinção contratual decorrente de fatores tidos como excepcionais, situados fora da estrita conduta de qualquer das partes contratuais.

O tipo de *causa jurídica* que confere ensejo à extinção do contrato desponta como elemento propiciador da classificação aqui considerada: ora ela se liga à *conduta do sujeito-empregado*, lícita ou ilícita; ora ela se vincula à *conduta do sujeito-empregador*, também lícita ou ilícita; ora ela decorre de *fatores extralimitivos às partes*, não vinculados à sua conduta lícita ou culposa — fatores que tendem a ser, inclusive, relativamente incomuns no cotidiano justrabalista.

O primeiro grupo de modalidades de extinção do contrato, conforme esta classificação, diz respeito às *rupturas provocadas pela conduta do empregado*. A causa eficiente do término contratual é, desse modo, ou o exercício lícito da vontade obreira, em direção à dissolução do pacto empregatício (tipo legal que se conhece também pelo epíteto de *pedido de demissão*) ou a conduta ilícita do trabalhador, seu comportamento infrator e culposos, que confere ensejo à denominada *dispensa por justa causa*.

Registre-se que a aposentadoria voluntária do empregado, por tempo de serviço (desde a EC n. 20/1998: *tempo de contribuição*), usualmente era considerada fator extintivo do contrato de trabalho (art. 453, *caput*, CLT; ex-OJ 177, SDI-I/TST). Contudo, o STF decidiu, em fins de 2006, não ter ela este efeito jurídico, convivendo, pois, com a manutenção do antigo vínculo empregatício⁽³⁸⁾.

(38) STF, ADIN n. 1.721-3, julgada em 11.10.2006. A decisão não esclareceu como será cumprida, neste contexto interpretativo, a determinação constitucional expressa de, na área es-

Observe-se também que as rupturas por adesão do empregado a Planos de Demissão Voluntária ou Incentivada — PDVs ou PDIs — (figuras antigas e agora mencionadas pelo novo texto do art. 477-B da CLT) e as rupturas por acordo entre empregado e empregador (hipótese nova inserida no novo art. 484-A da CLT) também podem se enquadrar, com adequações, nesse primeiro grupo.

O segundo grupo de modalidades de extinção do contrato, segundo a tipologia em exame, abrange as *rupturas provocadas pela conduta do empregador*. Aqui também são de dois tipos as causas eficientes do término contratual: ou se trata do exercício lícito da vontade empresarial, em direção à dissolução do pacto empregatício (tipo legal que se conhece, no Brasil, também pelos epítetos de *dispensa desmotivada* ou *dispensa sem justa causa*), ou se trata de conduta ilícita do empregador, seu comportamento infrator e culposos, que dá possibilidade à chamada *rescisão indireta* (ou *extinção por infração empresarial*).

Registre-se que neste grupo poderia estar arrolada, em substituição à simples *dispensa desmotivada* (que corresponde à *denúncia vazia* do contrato por ato potestativo do empregador), a hipótese da *dispensa motivada mas sem justa causa*. Esta diz respeito àquele modo extintivo do contrato, por ato de vontade do empregador, porém calcado em alguma motivação relevante, juridicamente aceitável, ainda que não se trate de cometimento de infrações trabalhistas pelo empregado. Em ordens jurídicas mais avançadas do que a brasileira (Alemanha e França, por exemplo), essa modalidade de dispensa substitui o mero exercício da prerrogativa potestativa pelo empregador, a denúncia vazia do contrato de emprego. Isso ocorre porque se entende que a dispensa sem motivo razoavelmente consistente, que não seja razoavelmente justificada, frustra a determinação do Direito para que a propriedade e o poder sejam sempre exercidos em harmonia aos interesses sociais.

Esclareça-se, ainda, que também no presente grupo pode ser incluído o término do contrato em decorrência da extinção do estabelecimento empresarial, ou da própria empresa, se se tratar de decisão administrativa do empregador, sem concorrência de fatores de força maior ou de falência.

Registre-se, por fim, que também podem se enquadrar nesse segundo grupo — desde que com adequações - as rupturas por adesão do empregado a Planos de Demissão Voluntária ou Incentivada — PDVs ou PDIs — (figuras antigas e agora mencionadas pelo novo texto do art. 477-B da CLT) e as rupturas por acordo entre empregado e empregador (hipótese nova inserida

tatal, não se admitir, salvo restritas exceções (art. 37, XVI, “a” e “b”, CF/88), a “percepção simultânea de proventos de aposentadoria (...) com a remuneração de cargo, emprego ou função pública” (art. 37, § 10, CF/88; na mesma direção, art. 37, XVI, *caput*, e XVII, CF/88).

no novo art. 484-A da CLT). É que a vontade do empregador, de alguma maneira, mostra-se igualmente decisiva para a ocorrência dessas duas hipóteses de ruptura contratual.

O terceiro grupo de modalidades de extinção do contrato, conforme a classificação exposta, diz respeito às *rupturas provocadas por fatores extravolitivos às partes contratuais trabalhistas*. As causas eficientes do término contratual são, assim, fatos ou circunstâncias situados fora da estrita conduta de qualquer das partes contratuais, ou, pelo menos, por elas não desejados e nem decorrentes de seu comportamento culposos; ainda assim, despontam como fatores que têm o condão de afetar o pacto empregatício, extinguindo-o. Trata-se, regra geral, de fatores tidos como excepcionais, menos comuns no mercado laborativo do que os integrantes dos dois grupos precedentes.

Integram este terceiro grupo de causas extintivas do contrato de trabalho os seguintes fatores: nulidade contratual; aposentadoria compulsória do empregado; extinção da empresa ou estabelecimento, por motivo de força maior (art. 502, CLT) ou por morte do empregador, pessoa natural (art. 485, CLT); falência (art. 449, § 2º, CLT); morte do empregado.

3. Outra Classificação: resilição, resolução e rescisão do contrato

A doutrina constrói, ainda, outra interessante diferenciação entre as modalidades extintivas do contrato. *Délio Maranhão*, adequando ao ramo justrabalhista as formulações do jurista do Direito Civil, *Henri de Page*, indica a existência das hipóteses de *resilição contratual*, *resolução contratual* e de *rescisão contratual*, reservando para um quarto grupo inominado os demais tipos existentes de ruptura do pacto laborativo⁽³⁹⁾.

A *resilição contratual* corresponderia a todas as modalidades de ruptura do contrato de trabalho por exercício lícito da vontade das partes. Neste grupo englobar-se-iam três tipos de extinção contratual: em primeiro lugar, a resilição unilateral por ato obreiro (chamada de *pedido de demissão*). Em segundo lugar, a resilição unilateral por ato empresarial (denominada *dispensa* ou *despedida sem justa causa* ou, ainda, *dispensa desmotivada*). Em terceiro lugar, a figura da resilição bilateral do contrato, isto é, o distrato, no seio do qual se integra a nova hipótese extintiva prevista no art. 484-A da CLT (extinção por acordo entre empregador e empregado). Aqui também poderiam ser inseridas as rupturas por adesão do empregado a PDVs ou PDIs (novo art. 477-B da CLT).

(39) MARANHÃO, Délio. Extinção do Contrato de Trabalho, *in* Süsskind, A. *et alii*. *Instituições de Direito do Trabalho*, V. I. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1981, p. 521 e seguintes.

Note-se que o Direito brasileiro perdeu a oportunidade de substituir a simples dispensa sem justa causa (denúncia vazia do contrato) pela mais consistente, do ponto de vista sociojurídico, *dispensa motivada mas sem justa causa celetista*, caso houvesse incorporado em seu sistema jurídico as regras da Convenção 158 da OIT. O ato de despedida manter-se-ia como decisão empresarial, porém submetido ao atendimento a motivações razoáveis, mesmo que sem cometimento de infração pelo trabalhador (motivos tecnológicos ou econômicos efetivamente consistentes e comprovados, por exemplo). Não obstante, a decisão da Corte Suprema, em setembro de 1997, considerando inassimilável a referida Convenção ao disposto no art. 7º, I, da Constituição, além da própria denúncia do diploma internacional, feita pelo Presidente da República (Decreto declaratório 2.100, de 25.12.96), tudo inviabilizou semelhante avanço sociojurídico no Direito do País.⁽⁴⁰⁾

A *resolução contratual* corresponderia a todas as modalidades de ruptura do contrato de trabalho por descumprimento faltoso do pacto por qualquer das partes (infrações obreiras e empresariais); englobaria também a extinção do contrato em virtude da incidência de condição resolutiva.

Neste grupo estariam enquadrados quatro tipos de extinção contratual. Em primeiro lugar, a resolução contratual por infração obreira, que se chama dispensa por justa causa. Em segundo lugar, a resolução contratual por infração empresarial, que se denomina dispensa ou despedida indireta. Em terceiro lugar, a resolução contratual por culpa recíproca das partes contratuais. Em quarto lugar, finalmente, a resolução contratual por implemento de condição resolutiva.

Esclareça-se que este último tipo de término contratual, ao menos se referente ao implemento de condição resolutiva *expressa*, é raríssimo, senão inviável, no Direito brasileiro. A CLT, por exemplo, apresenta, em seu art. 475, § 2º, uma excepcional situação de ruptura do contrato em face de incidência de condição resolutiva expressa. Contudo, o dispositivo praticamente não é mais aplicável, uma vez que a indenização rescisória ali liberada é a antiga da CLT (art. 477, *caput*), que não foi recebida pelo art. 7º, I, da Constituição, e art. 10, II, de seu ADCT. Como não se pode fazer interpretação extensiva de regra desfavorável, no Direito do Trabalho, nenhuma outra verba rescisória pode ser afastada pelo implemento da condição referida no § 2º do art. 475 da Consolidação.

A *rescisão contratual*, segundo esta tipologia, corresponderia à ruptura do contrato de trabalho em face de *nulidade*. É o que ocorreria, hoje, com

(40) De toda maneira, relativamente ao âmbito estatal, tem crescido o entendimento de que a dispensa do servidor público celetista ou mesmo do empregado de empresa estatal, desde que admitido após prévia aprovação em concurso público, tem de ser *motivada*, em face da incidência nesses casos do *princípio da motivação dos atos estatais*, inerente às entidades da União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Caso se acolha essa linha hermenêutica, a *dispensa motivada mas sem justa causa celetista* já teria aberto espaço em importante segmento da realidade trabalhista brasileira.

contratos efetivados pelas entidades estatais, sem a observância de prévio concurso público (Súmula 363, TST). Ou, ainda, com contratos que concretizem atividade ilícita — objeto ilícito (ilustrativamente, OJ 199, SDI-1/TST).

É curioso perceber, entretanto, que a CLT — e a própria cultura cotidiana trabalhista — se utiliza da expressão *rescisão* para tratar, indistintamente, de *todas* as modalidades de ruptura contratual trabalhista (por exemplo, rescisão por justa causa, rescisão indireta, verbas rescisórias, etc.).

Finalmente, no *inominado quarto grupo de tipos extintivos do pacto empregatício*, que integra a presente classificação, encontram-se diversas modalidades de ruptura, todas escapando, em alguma medida, dos três grupos anteriores. Trata-se, por exemplo, do término contratual em virtude de aposentadoria compulsória do empregado; da extinção da empresa ou estabelecimento, por motivo de força maior (art. 502, CLT) ou em decorrência do falecimento do empregador, sendo este pessoa natural (art. 485, CLT); também da morte do próprio trabalhador; por fim, da falência (art. 449, § 2º, CLT).

VI. EFEITOS DA EXTINÇÃO CONTRATUAL

O estudo dos efeitos da extinção do contrato de trabalho, com as parcelas rescisórias decorrentes, envolve dois grupos principais de terminação contratual: a extinção dos contratos por tempo determinado, que envolve variadas situações jurídicas, e a extinção dos contratos de duração indeterminada, que também envolve inúmeras situações jurídicas diferenciadas.

1. Extinção dos Contratos por Tempo Determinado

A extinção dos contratos a termo, conforme já exposto, é que comporta, sem dúvida, diferenciação em duas modalidades: normal e anormal.

Na extinção normal, o contrato esgota-se pelo cumprimento de seu prazo prefixado, extinguindo-se em seu termo final regular. Na extinção anormal, o contrato é rompido antes de esgotar seu prazo preestabelecido, extinguindo-se, em consequência, previamente a seu termo final regular.

A) Extinção Normal — Verificando-se a extinção normal do contrato a prazo, por meio do advento de seu termo final prefixado, as verbas estritamente rescisórias devidas ao empregado são: levantamento de depósitos mensais de FGTS, pelo período contratual, sem incidência, contudo, do acréscimo rescisório de 40% (arts. 18 e 20, I e IX, Lei n. 8.036/90); 13º salário proporcional (art. 7º, Decreto n. 57.155/65; Lei n. 9.011/95); férias proporcionais com 1/3, independentemente do prazo contratual (art. 147, CLT; Súmula 328, TST).

É claro que a terminação do contrato antecipa o vencimento das demais parcelas contratuais, se for o caso. Assim, se houver férias simples ainda não

gozadas, deverão ser pagas no acerto rescisório (casos de contratos acima de um ano, até dois anos — prazo máximo de pactos a termo); igualmente, o saldo de salário deve ser pago no mesmo momento. Tais verbas não são, do ponto de vista técnico, estritamente rescisórias, uma vez que não dependem do tipo de rescisão para que sejam devidas. Entretanto, à medida que também se vencem, por antecipação, no instante do término do contrato (como as férias simples e o o saldo de salários), podem ser englobadas no grupo das verbas rescisórias *no sentido amplo*.

B) Extinção Anormal — A extinção anormal dos contratos a prazo ocorre quando se verifica a ruptura antecipada do pacto, anteriormente a seu termo final prefixado. Tal antecipação pode se dar por exercício da vontade do empregador ou por ato do próprio empregado.

a) *Dispensa Antecipada por Ato Empresarial* — A dispensa antecipada provoca efeitos rescisórios distintos, caso se trate de pacto sem *cláusula de antecipação de término contratual* (também chamada de *cláusula assecuratória de direito recíproco de rescisão antecipada*) ou pacto a prazo com a presença de semelhante cláusula.

Antecipando o empregador a dispensa do obreiro, *em contratos a prazo sem cláusula assecuratória do direito recíproco de rescisão antecipada*, serão devidas ao empregado as mesmas verbas acima especificadas: levantamento de depósitos mensais de FGTS, pelo período contratual; 13º salário proporcional; férias proporcionais com 1/3. Agrega-se a estas parcelas a indenização prevista no art. 479 da CLT, cujo valor corresponde ao da metade dos salários que seriam devidos pelo período restante do contrato. Seriam cabíveis, também, os 40% de acréscimo sobre o FGTS.

Entretanto, há entendimentos de que esses 40% se compensariam com a indenização do art. 479 da CLT, por atenderem as duas parcelas à mesma causa e objetivos jurídicos — a reparação pela dispensa imprevista. Esta interpretação entra em choque, porém, com texto expresso do Regulamento Normativo do Fundo de Garantia, que determina o pagamento, nos contratos a termo, dos 40% sobre o Fundo em situações de dispensa antecipada por ato empresarial, e dos 20% de acréscimo em situações de dispensa antecipada por culpa recíproca (arts. 14 e 9º, §§ 1º e 2º, Decreto n. 99.684, de 1990).

Ressalte-se, de todo modo, estar pacificada na jurisprudência, já desde antes da Constituição de 1988, a compreensão de que os depósitos mensais do Fundo de Garantia não poderiam ser compensados com a indenização do art. 479 da CLT, por atenderem a objetivos distintos (Súmula 125, TST)⁽⁴¹⁾.

(41) Esclareça-se que a Lei Complementar n. 110, de 29.6.2001, criou duas novas *contribuições sociais* a serem pagas pelo empregador, cuja base de cálculo assemelha-se à do FGTS: a primeira, no valor equivalente a 0,5% (cinco décimos) mensais da remuneração do empregado; a segunda, de 10% sobre o seu montante rescisório de FGTS. Em decorrência de decisões do

A segunda situação de antecipação de dispensa pelo empregador é aquela que ocorre em *contratos a prazo com cláusula assecuratória do direito recíproco de rescisão antecipada*. A presença dessa cláusula muda, substancialmente, os efeitos rescisórios do respectivo contrato a termo: se ela for acionada (isto é, se for antecipada a ruptura pelo empregador), os efeitos rescisórios passam a se reger segundo as regras dos contratos por tempo indeterminado (art. 481, CLT). Neste contexto, incidem todas as parcelas rescisórias típicas de contratos sem prazo: aviso-prévio, inclusive com projeção no contrato; 13º salário proporcional; férias proporcionais com 1/3; FGTS com 40%. Não há que se falar aqui, pois, em indenização à base da metade dos salários devidos pelo período restante, uma vez que o tratamento jurídico aplicável é aquele próprio aos contratos de duração indeterminada (arts. 481 e 479, CLT).⁽⁴²⁾

Conforme já foi esclarecido neste Curso, a aplicação a tais casos dos “princípios que regem a rescisão dos contratos por prazo indeterminado” (art. 481, CLT) não deve conduzir à conclusão que até mesmo as garantias de emprego e indenizações especiais por ruptura contratual desmotivada incidem em tais situações empregatícias, caso seja a ruptura provocada por ato empresarial. O contrato continua a ser a termo, como sempre foi desde seu início, com as regras e restrições que lhe são próprias; apenas o conjunto de *verbas rescisórias* é que se amplia, em face da cláusula autorizadora da rescisão antecipada.

Se considerados os contratos a termo de curta duração (como o de experiência, por exemplo), parece bastante irracional a referida cláusula assecuratória do direito recíproco de rescisão. Porém, se considerados lapsos contratuais mais extensos (superiores a um ano, ilustrativamente), semelhante cláusula (e seus efeitos especificados no art. 481, CLT) torna-se inquestionavelmente funcional, já que reduz os ônus de uma eventual ruptura contratual antecipada por interesse de qualquer das duas partes contratuais.

STF (ADINs ns. 2.556 e 2.568, de 2002, em decisões então liminares), a vigência de tais tributos somente se iniciou em janeiro de 2002 (princípio constitucional da anterioridade). A primeira contribuição social — de 0,5% sobre a remuneração mensal do mês anterior ao do recolhimento, com base de cálculo idêntica à do FGTS mensal — prevaleceu por 60 meses, segundo o art. 2º, *caput*, e § 2º da LC n. 110/2001 (ou seja, com término em janeiro de 2007: 60 meses desde janeiro de 2002). A segunda contribuição social (art. 1º, *caput*, LC n. 110/2001) possui alíquota à base de 10% sobre “o montante de todos os depósitos devidos”, referente ao FGTS, “durante a vigência do contrato de trabalho, acrescido das remunerações aplicáveis às contas vinculadas” (ou seja, o saldo rescisório do FGTS); essa contribuição social não teve data prefixada para seu término. Para mais informações sobre o FGTS, consultar o Capítulo XXXII do presente Curso.

(42) O aviso-prévio proporcional será devido, desde a data de publicação da Lei n. 12.506, ou seja, 13.10.2011, caso o trabalhador tenha doze ou mais meses de serviço, observada a proporcionalidade fixada no diploma legal. A respeito do tema, consultar, neste Curso, o tópico “A Proporcionalidade do Aviso-Prévio (Lei n. 12.506./2011)”, inserido no Capítulo XXIX, item VII.4.

Esclareça-se, por fim, que em se tratando de dispensa por justa causa, não terá o trabalhador direito a qualquer verba estritamente rescisória: apenas receberá, se for o caso, os valores já vencidos ao longo do contrato ou cujo vencimento foi antecipado pela rescisão (saldo de salários, por exemplo).

b) *Pedido de Demissão Antecipado pelo Obreiro* — Também aqui o pedido de demissão adiantado pelo trabalhador provoca efeitos rescisórios distintos, caso se trate de pacto sem *cláusula assecuratória de direito recíproco de rescisão antecipada*, ou de pacto a prazo com a presença de semelhante cláusula.

Precipitando o empregado o fim do pacto, em decorrência de seu pedido de demissão, *em contratos a prazo sem cláusula assecuratória do direito recíproco de rescisão antecipada*, as únicas parcelas rescisórias que sempre lhe serão devidas consistem no 13º salário proporcional e férias proporcionais com 1/3. No tocante a estas, esclareça-se que a jurisprudência dominante (antigo Enunciado 261) consideravam-nas pertinentes, à luz da CLT, em ruptura por pedido de demissão, apenas se o prazo contratual fosse igual ou superior a doze meses. Contudo, desde a nova redação da Súmula 261 (Res. 121, de 19.11.2003), passou-se a compreender que a Convenção 132 da OIT revogara, neste aspecto, o texto restritivo da Consolidação, favorecendo o empregado demissionário.

Em pedidos de demissão, não se prevê o saque do FGTS pelo empregado, como se sabe.⁽⁴³⁾

Dispõe a CLT, ainda, que a denúncia vazia do contrato (antecipação de ruptura sem justa causa) obrigará o obreiro a “indenizar o empregador dos prejuízos que desse fato lhe resultarem” (art. 480, *caput*). Tal indenização não poderá suplantar “àquela a que teria direito o empregado em idênticas condições” (parágrafo único do art. 480 combinado com art. 479, CLT).

Precipitando o empregado o fim do pacto, por seu pedido de demissão, *em contratos a prazo que tenham cláusula assecuratória do direito recíproco de rescisão antecipada*, os efeitos rescisórios passam a se reger pelas

(43) Tempos depois da ruptura contratual que não permita o saque imediato do Fundo de Garantia (caso do pedido de demissão e da dispensa por justa causa, por exemplo), é que o ex-empregado poderá realizar, *administrativamente*, perante a CEF, o levantamento de seu FGTS, *relativamente àquela específica conta vinculada*. De fato, o art. 20, VIII, da Lei n. 8.036/1990 prevê um lapso de “três anos ininterruptos, a partir de 1º de junho de 1990, fora do regime do FGTS, podendo o saque, neste caso, ser efetuado a partir do mês de aniversário do titular da conta”. Excepcionalmente, a MPr. n. 763, de 22.12.2016, autorizou saques de “contas vinculadas a contrato de trabalho extinto até 31 de dezembro de 2015”, sem a observância do lapso trienal fixado no inciso VIII do art. 20 da Lei n. 8.036/90, “podendo o saque, nesta hipótese, ser efetuado segundo cronograma de atendimento estabelecido pelo agente operador do FGTS” (novo § 22 do art. 20 da Lei n. 8.036/90, conforme feita pela MPr. n. 763/2016). A MPr. n. 763 foi convertida na Lei n. 13.466, de 25 de maio de 2017.

regras dos contratos de duração indeterminada (art. 481, CLT). É evidente que deixa de ser aplicável a indenização do art. 480 da CLT. Contudo, o empregado tem de ofertar seu *aviso-prévio* ao empregador (art. 487, *caput*, CLT), colocando-se à disposição para laborar por trinta dias, conforme cabível em pedidos demissionais nos contratos de duração indeterminada, sob pena de desconto dos “salários correspondentes ao prazo respectivo” (art. 487, § 2º, CLT). Terá o obreiro direito a receber o 13º salário proporcional e as férias proporcionais com 1/3 (estas, segundo nova redação da Súmula 261, que acolheu regra mais favorável da Convenção 132 da OIT, em contraponto ao tradicional texto da CLT).⁽⁴⁴⁾

Esclareça-se, por fim, que em se tratando de rescisão indireta antecipada do contrato a termo (ou seja, ruptura em decorrência de infração empresarial), caberão ao obreiro as mesmas parcelas da dispensa antecipada por ato do empregador, referidas nas alíneas B.a, *supra*: saque do FGTS, pelo período contratual; 13º salário proporcional; férias proporcionais com 1/3; indenização prevista no art. 479 da CLT, cujo valor corresponde à da metade dos salários que seriam devidos pelo período restante do contrato. Somem-se a isso os 40% de acréscimo sobre o FGTS, embora, neste aspecto, haja divergência sobre a compensação desta verba com a indenizatória do art. 479 (ver debate nas alíneas B.a, *supra*).

2. Extinção dos Contratos por Tempo Indeterminado

A maioria dos contratos empregatícios, contudo, é pactuada sem termo final preestabelecido, caracterizando-se, em consequência, como contratos de duração temporal indeterminada. Sua ruptura faz-se em virtude da verificação de ampla gama de fatores rescisórios, os quais provocam efeitos jurídicos também diferenciados no tocante às verbas devidas em face da terminação do pacto.

Conforme já exposto neste Curso (Capítulo XVI, item IV, alínea “C”), a indeterminação do tempo contratual importa em verbas rescisórias *específicas*, cujo conjunto é claramente mais favorável do que o elenco de verbas devidas em casos de ruptura de contrato a prazo. Citem-se, ilustrativamente, o aviso-prévio de 30 dias — que se projeta no pacto, ampliando correspondentemente o tempo de serviço, para todos os fins, inclusive quanto a parcelas da própria rescisão (art. 487, § 1º, *in fine*, da CLT; art. 7º, XXI, da CF/88); os 40% suplementares sobre o FGTS (art. 18, *caput*

(44) Pela interpretação lógico-sistemática e teleológica da Lei n. 12.506, de 2011, que tipificou e regeu o aviso-prévio proporcional, não parece pertinente a incidência da proporcionalidade do pré-aviso nos pedidos de demissão pelo trabalhador, *porém somente nas dispensas, seja a direta, seja a indireta, além de outras situações a estas equiparadas*. A respeito do debate, consultar o item VII.4 do Capítulo XXIX deste Curso.

e § 1º, Lei n. 8.036/90); a indenização adicional da Lei n. 7.238/84, se for o caso (Súmulas 182, 242, 306 e 314, do TST); a indenização adicional devida em rupturas contratuais verificadas no período de vigência da antiga URV (de fevereiro a junho de 1994, hoje já desaparecida, é claro), que fora instituída pela Medida Provisória n. 434/94 (art. 29), com reedições posteriores e conversão na Lei n. 8.880/94 (art. 31).⁽⁴⁵⁾

A proporcionalidade do aviso-prévio, parcela típica dos contratos por tempo indeterminado, merece observação destacada. A parcela é devida somente desde o advento da Lei n. 12.506 (publicada em 13.10.11).⁽⁴⁶⁾ O pré-aviso, como se sabe, é concedido “... *na proporção de 30 (trinta) dias aos empregados que contem até 1 (um) ano de serviço na mesma empresa*” (art. 1º da Lei n. 12.506). Já a proporcionalidade da parcela corresponde a um acréscimo de “... *3 (três) dias por ano de serviço prestado na mesma empresa, até o máximo de 60 (sessenta) dias, perfazendo um total de até 90 (noventa) dias*”. Abrange todo e qualquer empregado, seja urbano, rural ou doméstico.

Conforme já esclarecido, todas essas parcelas rescisórias específicas dos contratos de duração indeterminada somam-se à ampla maioria das parcelas devidas em rescisões de contratos a termo (férias proporcionais, com 1/3; 13º salário proporcional; liberação de depósitos de FGTS), acrescidas, ainda, dos efeitos da projeção do aviso-prévio (30 dias, no mínimo, segundo a Constituição).

Reitere-se esclarecimento já feito quanto ao acréscimo rescisório do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço: a Lei Complementar n. 110, de 29.6.2001, criou uma *contribuição social* de 10% sobre o total do FGTS, “devida pelos empregadores em caso de despedida de empregado sem justa causa” (art. 1º). Trata-se de contribuição social cujo credor não é, obviamente, o obreiro, mas o Estado (União), por meio da Caixa Econômica Federal. Do ponto de vista econômico, o empregador acaba por pagar, de fato, 50% sobre o Fundo de Garantia; do ponto de vista jurídico, contudo, as verbas não se confundem: 40% são parcela trabalhista, dirigida para o empregado, depositando-se em

(45) O Programa de Proteção ao Emprego (PPE), instituído pela MPr. n. 680, de 6.7.2015 (Diário Oficial de 7.7.15), convertida na Lei n. 13.189/2015, com modificações implementadas pela MPr. n. 761, de 22.12.2016 (esta, inclusive, alterando a denominação para *Programa Seguro-Emprego — PSE*), fixou garantia de emprego para o empregado submetido, nos termos do PPE e/ou do PSE, à redução de jornada e de salário (art. 6º, I, da Lei n. 13.189/2015, antes e depois da MPr. n. 761/2016). Sendo desrespeitada essa garantia de emprego, também caberá a indenização pertinente. Pontue-se que a MPr. n. 761/2016 foi convertida na Lei n. 13.456, de 26.6.2017.

(46) Nesta linha, a interpretação da antiga OJ n. 84 da SDI-I/TST, conjugada com a subsequente Súmula n. 441 do TST, esta construída a partir do disposto no art. 5º, XXXVI, da Constituição (efeitos meramente imediatos das normas jurídicas), tudo conduz à conclusão denegatória do efeito retroativo da nova regra jurídica.

sua conta vinculada (art. 18, § 1º, Lei n. 8.036/90); os 10% adicionais são contribuição social, que se dirige ao fundo social denominado FGTS (ou ao Estado, isto é, União), via CEF (art. 3º, *caput* e § 1º, LC n. 110/2001)⁽⁴⁷⁾.

À luz do que também já foi exposto neste Curso, as repercussões rescisórias do contrato de duração indeterminada podem alterar-se em decorrência do tipo de *causa ensejadora da ruptura contratual*. Cada uma das causas de ruptura do vínculo empregatício implica correspondente modalidade de extinção contratual, comportando efeitos rescisórios distintos. Tais efeitos estendem-se desde o leque mais largo de parcelas rescisórias devidas ao empregado (parcelas decorrentes da dispensa injusta, por exemplo) até o leque mais exíguo possível, em que o empregador apenas tem obrigação de quitar as parcelas contratuais já vencidas, comunicar a ruptura do contrato e conferir a “baixa” na CPTS obreira (caso de dispensa por justa causa operária).

A) Modalidades Extintivas e Parcelas Rescisórias — Retomando-se o explicitado no Capítulo XVI, item IV, alínea “C” do presente Curso de Direito do Trabalho, seguem abaixo as modalidades mais comuns de extinção contratual em contratos de duração indeterminada, com suas correspondentes repercussões rescisórias. É claro que verbas contratuais cujo fato aquisitivo já tenha se consumado (por exemplo, saldo salarial, férias vencidas ou simples, ambas com 1/3) *também deverão ser pagas*, independentemente do tipo de ruptura contratual.

a) Dispensa arbitrária (ou despedida sem justa causa ou, ainda, dispensa desmotivada) — Tal modalidade de ruptura incorpora o maior número de verbas rescisórias trabalhistas (ao lado da ruptura contratual por justa causa empresarial, a rescisão indireta). Importa, assim, o pagamento de: aviso-prévio (inclusive a proporcionalidade da Lei n. 12.506/2011, se for o caso); 13º salário proporcional; férias proporcionais, com 1/3; liberação do FGTS, período contratual, com acréscimo de 40% (ressalvados os 10% de contribuição social que o empregador também tem de recolher, em favor do *fundo social* do FGTS, em vista do disposto no art. 1º, *caput*, da Lei Complementar n. 110, de 2001).

Insista-se que o prazo do aviso (30 dias, no mínimo) integra-se ao contrato, para todos os fins, inclusive reajustamentos salariais coletivos ocorridos

(47) A contribuição social criada não se esgotava aí: ao longo dos meses contratuais, o empregador deveria também depositar, em separado, na CEF, junto com o FGTS, além dos 8% devidos a seu empregado, mais “cinco décimos por cento sobre a remuneração devida” (art. 2º, LC n. 110/2001). Ou seja, o recolhimento mensal feito pelo empregador passava a 8,5%, embora esse ½ por cento adicional fosse recolhido a título de contribuição social e não direito trabalhista. Essa contribuição social de caráter mensal extinguiu-se, entretanto, em janeiro de 2007 (vigência por 60 meses: art. 2º, § 2º, LC n. 101/2001).

em sua fluência. A parcela, como direito rescisório, não pode ser objeto de renúncia; nesta linha, o pedido obreiro de liberação de cumprimento do aviso-prévio, em caso de despedida injusta, “não exime o empregador de pagar o respectivo valor” (Súmula 276, TST): o aviso simplesmente torna-se indenizado, e não trabalhado. Somente a prova de “haver o prestador de serviços obtido novo emprego” é que propiciará a isenção empresarial de pagamento da parcela (Súmula 276), uma vez que esse fato comprovado evidenciará que o pedido de liberação fora efetivamente veraz e favorável ao trabalhador.

Além da “baixa” na Carteira de Trabalho do empregado, da emissão de Termo de Rescisão Contratual, com o código de saque do FGTS e depósito dos 40% adicionais do Fundo, o empregador tem de emitir também, no presente caso, as guias CD/SD (comunicação de dispensa e seguro desemprego), para que o obreiro possa se habilitar, administrativamente, ao recebimento da verba de seguridade social. A falta administrativa empresarial quanto a tais procedimentos pode gerar obrigação indenizatória relativamente aos valores do seguro-desemprego (art. 159, CCB/1916; art. 186, CCB/2002; art. 8º, CLT; ex-OJ 211, SDI-I/TST; Súmula 389, TST).⁽⁴⁸⁾

O presente caso de ruptura contratual pode induzir ao pagamento também da chamada *indenização adicional*, regulada pela Lei n. 7.238/84 (Súmula 314), se a dispensa ocorrer no *trintídio* anterior à data-base, computada, neste cálculo, a projeção do aviso-prévio (Súmula 182, TST). Tal verba indenizatória equivale ao salário mensal obreiro, na data da comunicação da dispensa, com a integração dos adicionais mensais, se existentes (Súmula 242, TST).

Acresça-se, por fim, que tal tipo de ruptura é inábil a afrontar certas garantias jurídicas em favor da manutenção do emprego, como, ilustrativamente, as figuras da interrupção e suspensão do contrato de trabalho, da estabilidade no emprego, assim como das chamadas *estabilidades provisórias*. O desrespeito a tais garantias jurídicas tende a tornar nula a dispensa sem justa causa, com a consequente reintegração ao emprego ou, conforme o caso, o pagamento da indenização correlata⁽⁴⁹⁾.

Ressalte-se que, a partir de 11.11.2017 (data de vigência da Lei n. 13.467/2017), o procedimento rescisório se tornou distinto, inclusive sem a

(48) A Medida Provisória n. 665/2014, alterando regras da Lei n. 7.998/90, tornou mais restritivos, para o empregado dispensado, os requisitos para o acesso ao seguro-desemprego. Estipulou, entretanto, a MPr. n. 665 o início de vigência desses novos dispositivos no prazo de 60 dias após a sua própria publicação (30.12.2014) – o que significa vigência em março de 2015. Essas novas restrições legais deverão ser examinadas pela autoridade administrativa (art. 3º, *caput*, Lei n. 7.998/90), não desonerando o empregador de emitir as guias CD/SD nos casos de despedida sem justa causa do trabalhador. Registre-se que a MPr. n. 665/2014 foi convertida na Lei n. 13.134, de 16.6.2015.

(49) Para exame circunstanciado a respeito deste último tema, consultar o Capítulo XXXII deste Curso, sob o título “Estabilidade e Garantias de Emprego. Indenizações Rescisórias — FGTS”.

homologação administrativa para contratos com mais de um ano de tempo de serviço (revogação do § 1º do art. 477 da CLT pela Lei n. 13.467). Segundo o novo texto do art. 477, o empregador procede à anotação da CTPS obreira com a “baixa”, comunica a dispensa aos órgãos competentes e realiza o pagamento das verbas rescisórias. Nessa nova linha procedimental, tal anotação da extinção do contrato na CTPS se mostra como o “documento hábil” para requerer o benefício do seguro-desemprego e a movimentação da conta vinculada do FGTS, nas hipóteses legais, desde que a comunicação supra referida tenha sido feita pela empregador (novo texto do art. 477, *caput* e §§ 4º, 6º e 10, da CLT, segundo a Lei n. 13.467/2017).

b) Pedido de demissão pelo obreiro — Esta modalidade implica o pagamento de apenas duas verbas estritamente rescisórias: 13º salário proporcional e férias proporcionais com 1/3 (recorde-se que antes da alteração do texto do En. 261, feito com suporte na Convenção 132 da OIT, a súmula compreendia, com base na CLT, que tais férias somente seriam devidas caso o contrato tivesse doze ou mais meses). O demissionário não receberá aviso-prévio, caso não o tenha trabalhado efetivamente; não terá liberado FGTS, na rescisão, nem receberá os 40% de acréscimo sobre o Fundo; perde a proteção das garantias de emprego, se existentes; não recebe guias para saque de seguro-desemprego (art. 7º, II, CF/88; art. 3º, *caput*, Lei n. 7.998/90).

Relembre-se que, em caso de pedido de demissão, o empregado é que deverá conceder o aviso-prévio de 30 dias ao empregador (art. 7º, XXI, CF/88; art. 487, *caput*, CLT); omitindo-se quanto à dação e cumprimento do aviso, confere a seu empregador o “direito de descontar os salários correspondentes ao prazo respectivo” (art. 487, § 2º, CLT). Evidentemente que é válida, por mais favorável, a liberação empresarial do cumprimento do aviso-prévio pelo obreiro, caso em que inexistirá qualquer projeção contratual e respectivo desconto. A restrição aventada pela Súmula 276 do TST refere-se, evidentemente, somente aos casos em que o aviso é *direito* do empregado (como se passa na dispensa sem justa causa), e não quando é seu ônus e obrigação.

Esclareça-se ainda que não se considera obrigação do empregado conceder a proporcionalidade do pré-aviso (além dos 30 dias): a Lei n. 12.506/2011 é clara em considerar a proporcionalidade uma vantagem estendida *aos empregados* (*caput* do art. 1º do diploma legal), sem a bilateralidade que caracteriza o instituto original, fixado em 30 dias desde 5.10.1988. *A bilateralidade restringe-se ao aviso-prévio de 30 dias*, que tem de ser concedido também pelo empregado a seu empregador, caso queira pedir demissão (*caput* do art. 487 da CLT), sob pena de poder sofrer o desconto correspondente ao prazo descumprido (art. 487, § 2º, CLT). Esse prazo de 30 dias, como já visto, também modula a forma de cumprimento físico do aviso-prévio (*aviso trabalhado*): redução

de duas horas de trabalho ao dia, durante 30 dias (*caput* do art. 488, CLT) ou cumprimento do horário normal de trabalho durante o pré-aviso, salvo os últimos sete dias (parágrafo único do art. 488 da CLT).

Ora, a escolha jurídica feita pela Lei n. 12.506/2011, mantendo os trinta dias como módulo que abrange todos os aspectos do instituto, inclusive os desfavoráveis ao empregado, ao passo que a proporcionalidade favorece apenas o trabalhador, é sensata, proporcional e razoável, caso considerados a lógica e o direcionamento jurídicos da Constituição e de todo o Direito do Trabalho. Trata-se da única maneira de se evitar que o avanço normativo da proporcionalidade converta-se em uma contrafação, como seria impor-se ao trabalhador com vários anos de serviço gravíssima restrição a seu direito de se desvincular do contrato de emprego. Essa restrição nunca existiu no Direito do Trabalho e nem na Constituição, que jamais exigiram até mesmo do trabalhador estável ou com garantia de emprego (que tem — ou tinha — vantagem enorme em seu benefício) qualquer óbice ao exercício de seu pedido de demissão. Ora, o cumprimento de um aviso de 60, 80 ou 90 dias ou o desconto salarial nessa mesma proporção fariam a ordem jurídica retornar a períodos selvagens da civilização ocidental, antes do advento do próprio Direito do Trabalho – situação normativa incompatível com o espírito da Constituição da República e do Direito do Trabalho brasileiros.

c) Distrato trabalhista — extinção por acordo e extinção por adesão a PDV e/ou PDI — A figura do distrato, que corresponde à rescisão bilateral do contrato, tem ostentado uma posição curiosa no Direito do Trabalho. Do ponto de vista meramente teórico, sua existência seria juridicamente possível, uma vez que repugna à ordem jurídica a ideia de que sujeitos de direito não possam, por vontade consensual, dar fim a certo relacionamento.

Entretanto, do ponto de vista técnico-jurídico, tem se mostrado praticamente inviável a realização do distrato trabalhista: é que, em harmonia aos princípios basilares do Direito do Trabalho, não pode o empregado fazer transação supressiva de parcelas juslaborativas, muito menos podendo efetivar renúncia no contexto da extinção do pacto empregatício. Por essa razão, no *acordo informal* para rompimento do contrato de trabalho, *todas as verbas rescisórias próprias à dispensa sem justa causa mantêm-se, em princípio, devidas ao trabalhador*, cumprindo-se a rescisão bilateral como se fosse, na realidade, mera despedida injusta. Essa inarredável circunstância jurídica tem tornado o distrato, evidentemente, desinteressante para o empregador, sob a perspectiva econômica.

A Lei da Reforma Trabalhista, porém (vigência desde 11.11.2018), instituiu, como hipótese nova de ruptura contratual, a *extinção contratual por acordo entre empregado e empregador* (novo art. 484-A da CLT). Nesta hipótese recém instituída, serão devidas, pela metade, as parcelas do aviso-prévio, se indenizado, e do acréscimo rescisório sobre o FGTS (de 40% para 20%, em

consequência) e, na integralidade, as demais parcelas rescisórias (13^o salário proporcional e férias proporcionais com 1/3, por exemplo). Quanto ao saldo depositado do FGTS, poderá ser movimentado pelo empregado no limite até 80% do valor dos depósitos (art. 484-A, *caput*, incisos I e II e §§ 1^o e 2^o, CLT, conforme inserção feita pela Lei n. 13.467, vigente desde 11.11.2017).

Por outro lado, a experiência concreta nas relações laborativas tem criado *figura muito próxima ao distrato*, embora também se convole, *formalmente*, em dispensa por ato do empregador. Trata-se dos planos de incentivo ao desligamento voluntário do empregado de seu emprego (chamados PDVs — Planos de Desligamento Voluntário —, PDIs — Planos de Desligamento Incentivado —, a par de epítetos semelhantes). Em tais casos, regra geral, com a sua adesão ao plano de desligamento, o trabalhador recebe as parcelas inerentes à dispensa injusta, acrescidas de um *montante pecuniário significativo*, de natureza indenizatória, reparando o prejuízo com a perda do emprego⁽⁵⁰⁾.

Há, desse modo, um ato voluntário real de adesão do empregado ao plano de ruptura contratual incentivada, que lança um matiz de distrato à presente figura jurídica. É bem verdade que esse caráter bilateral dos PDVs e congêneres não poderia tornar válida cláusula de supressão de direitos trabalhistas que não tenham qualquer relação com o término do contrato (horas extras, por exemplo, ao longo do pacto empregatício - nesta linha, o texto da OJ 270 da SDI-1 do TST). Mas, sem dúvida, tal adesão compromete, de modo significativo, futuros pleitos obreiros que sejam antitéticos à sua anterior voluntária adesão ao fim do contrato: ilustrativamente, é o que se passaria com pretensões dirigidas à reintegração ou nulidade da dispensa (a não ser que se comprove verdadeira coação, é claro).

A jurisprudência do STF, entretanto, ao analisar, em abril de 2015, caso de PDV celebrado por negociação coletiva trabalhista entre sindicato profissional e a empresa empregadora (acordo coletivo de trabalho), firmou jurisprudência no sentido de que tal instituto pode, sim, ajustar quitação ampla sobre as parcelas contratuais trabalhistas, desde que se trate de PDV ou PDI criado (ou aprovado) pela negociação coletiva trabalhista, com a participação do sindicato dos trabalhadores, caracterizado por cláusulas com substantivas concessões supralegais, tendo o plano sido objeto de ampla divulgação no respectivo segmento trabalhista e merecido a real livre adesão do empregado (é o que se extrai da decisão do STF no RE n. 590.415, julgado em 30.4.2015, tendo como Relator o Ministro Luis Roberto Barroso).

Pouco mais de dois anos após essa decisão, a Lei n. 13.467, de 13.7.2017, inseriu o art. 477-B na CLT, também fazendo referência aos PDVs

(50) O caráter indenizatório dessa verba especial, que afasta a incidência sobre ela do imposto de renda, está pacificado (OJ 207, SDI-I/TST). Nesta mesma direção, a Instrução Normativa SRF n. 165/98, de 6.1.1999, da própria Secretaria da Receita Federal do Brasil.

e PDIs celebrados em convenção coletiva de trabalho e/ou acordo coletivo de trabalho (naturalmente com a ampla participação do sindicato profissional — art. 8º, VI, CF/88), sendo, em consequência, dotados de amplos poderes rescisórios. A interpretação lógico-racional, sistemática e teleológica do novo dispositivo celetista evidencia que os mesmos requisitos brandidos na decisão do STF no RE n. 590.415 devem ser considerados na leitura do novo art. 477-B da Consolidação.⁽⁵¹⁾

d) Dispensa por justa causa operária — Esta modalidade suprime ao trabalhador o direito ao recebimento de qualquer das parcelas rescisórias acima mencionadas. Cabe, exclusivamente, o procedimento rescisório de “baixa” na CTPS (sem qualquer anotação desabonadora, é claro: art. 29, § 4º, CLT) e entrega do Termo de Rescisão do Contrato de Trabalho, com referência ao tipo de dispensa.

Se houver verbas vencidas, que não se afetam pelo modo de rescisão do pacto (férias simples, saldo salarial, etc.), deverão ser pagas na mesma oportunidade.

e) Ruptura por infração empresarial (rescisão indireta) — Tal modalidade confere o direito às verbas rescisórias amplas da chamada *dispensa injusta*.

Em síntese, são pertinentes: aviso-prévio, com sua projeção contratual (inclusive quanto à proporcionalidade, se for o caso); 13º salário proporcional; férias proporcionais, com 1/3; liberação do FGTS, período contratual, com acréscimo de 40%; indenização adicional prevista pela Lei n. 7.238/84, se for o caso; outras indenizações rescisórias eventualmente existentes no caso concreto (indenização por garantias de emprego frustradas, etc.).

Os documentos rescisórios da dispensa sem justa causa também aqui comparecem: “baixa” na Carteira de Trabalho, emissão do Termo de

(51) Sobre a circunstância de os PDVs, PDIs e similares não quitarem verbas sem efetiva relação com a ruptura do contrato, consultar a OJ 270 da SDI-I do TST (aprovada em 2002), que esclarece: “PROGRAMA DE INCENTIVO À DEMISSÃO VOLUNTÁRIA. TRANSAÇÃO EXTRAJUDICIAL. PARCELAS ORIUNDAS DO EXTINTO CONTRATO DE TRABALHO. EFEITOS (inserida em 27.9.2002). A transação extrajudicial que importa rescisão do contrato de trabalho ante a adesão do empregado a plano de demissão voluntária implica quitação exclusivamente das parcelas e valores constantes do recibo”. Conforme já explicitado, o Supremo Tribunal Federal, em julgamento ocorrido em 30.4.2015, considerou que, *em se tratando de PDI ou PDV previsto em instrumento negocial coletivo, com participação do respectivo sindicato profissional, que contenha cláusula explícita com previsão de quitação ampla e irrestrita de todas as parcelas decorrentes do contrato de trabalho, com expressa subscrição, pelo empregado, de todos os documentos próprios do Plano, referindo-se à explícita cláusula extintiva*, nestes casos tal cláusula extintiva ampla há de prevalecer (RE 590.415. Relator: Ministro Luis Roberto Barroso. Julgamento concluído em 30.4.2015). A OJ 270, conforme se nota, não menciona, em seu texto, o decisivo fato de se tratar de PDV ou PDI celebrado por negociação coletiva trabalhista e do qual conste explícita cláusula de quitação geral de parcelas do contrato de trabalho, fato enfatizado na decisão da Corte Suprema.

Rescisão Contratual, com o código de saque do FGTS, além do depósito dos 40% adicionais do Fundo (cujo cálculo pode ser feito, alternativamente, em liquidação). O empregador terá de emitir também as guias CD/SD (comunicação de dispensa e seguro-desemprego), respondendo pela frustração obreira quanto ao recebimento dos valores dessa verba de seguridade social, se for o caso (art. 159, CCB/1916; art. 186, CCB/2002; art. 8º, CLT; ex-OJ 211, SDI-I/TST; Súmula n. 389, TST). Como a rescisão indireta é usualmente reconhecida em processo judicial, a decisão judicial transitada em julgado (caso não haja antecipação de tutela ou tutela provisória, é claro) é que será o documento apto à liberação do FGTS e do seguro-desemprego, caso o empregador não emita, de imediato, as respectivas guias).⁽⁵²⁾

Evidentemente que, desde 11.11.2017, cabe se adequarem os procedimentos rescisórios ao disposto na nova redação do art. 477, *caput* e §§ 2º, 4º, 5º, 6º e 8º, da CLT.

f) *Ruptura por culpa recíproca* — Este tipo de término contratual, bastante raro, supõe decisão judicial a respeito, no quadro de um processo trabalhista. A concorrência de culpa das partes nos fatos envolventes à extinção do contrato não pode ser desprezada pelo Direito, conduzindo a uma resposta normativa equânime e equilibrada, com justa distribuição de vantagens e desvantagens rescisórias.

A ordem jurídica indicou esse caminho de equanimidade e equilíbrio: tratando da antiga indenização por tempo de serviço, a CLT estabeleceu que seria ela devida *pela metade*, em casos de terminação contratual por culpa recíproca (art. 484). Na mesma direção dispôs a Lei do FGTS: reconhecida em Juízo a culpa recíproca quanto ao término contratual, o acréscimo rescisório sobre o Fundo de Garantia, de 40%, será devido apenas pela metade (art. 18, § 2º, Lei n. 8.036/90). Nesta esteira já fixada, coerentemente, pela ordem jurídica, deve-se reduzir pela metade as demais verbas rescisórias, em caso de culpa recíproca: aviso-prévio indenizado, 13º salário proporcional e férias proporcionais e seu terço.

Registre-se que havia antiga súmula perfilando-se por solução distinta desta examinada, atribuindo exclusivamente a uma das partes todos os ônus da ruptura do pacto empregatício. De fato, especificava o texto primitivo do Enunciado 14, do TST, que, reconhecida “a culpa recíproca na rescisão

(52) Equiparadas as verbas rescisórias da dispensa injusta e da rescisão indireta — como cabe se fazer, inclusive quanto ao seguro-desemprego —, é preciso notar que a indenização pela frustração do seguro-desemprego será pertinente apenas se o empregado atender os requisitos legais para a percepção da parcela de seguridade social. Nesse contexto, é preciso apontar que a Medida Provisória n. 665/2014 alterou as regras da Lei n. 7.998/90, tornando mais restritivos, para o empregado, os requisitos de acesso ao seguro-desemprego. Tais restrições passaram a prevalecer a partir de março de 2015, em face de a Medida Provisória ter previsto, neste aspecto, sua vigência para 60 dias após sua publicação, ocorrida em 30.12.2015. A MPr. n. 665 foi convertida na Lei n. 13.134, de 16.6.2015.

do contrato de trabalho (art. 484, da CLT), o empregado não fará jus ao aviso-prévio, às férias proporcionais e à gratificação natalina do ano respectivo”. Felizmente, o equívoco foi corrigido pela Res. n.121 do TST, de 2003, que conferiu nova redação à Súmula 14, de modo a fixar pela metade as respectivas verbas rescisórias.

g) Extinção da empresa ou do estabelecimento — Trata-se de modalidade de ruptura contratual que tem merecido do Direito do Trabalho, regra geral, tratamento semelhante ao da dispensa injusta. Considera-se que a extinção da empresa no País, por exemplo, ou do estabelecimento, em certo local ou município, é decisão que se coloca dentro do âmbito do poder diretivo do empregador, sendo, em consequência, inerente ao risco do empresarial por ele assumido (princípio da alteridade; art. 2º, *caput*, CLT; arts. 497 e 498, CLT; Súmula 44, TST). Nesse quadro, de maneira geral, o término do contrato em virtude do fechamento da empresa ou do estabelecimento provoca o pagamento das verbas rescisórias próprias à rescisão unilateral por ato do empregador, ou seja, próprias à dispensa sem justa causa. Trata-se, em síntese, das verbas especificadas na alínea “a” do presente item 2, *supra*.

Evidentemente que há situações especiais de extinção da empresa ou do estabelecimento que, embora também conduzindo ao término do contrato de trabalho, atenuam o encargo empresarial no tocante às verbas rescisórias.

A CLT estipula que o *fator de força maior* que determine a extinção da empresa ou do estabelecimento, provocando a terminação do contrato, *reduz pela metade* as indenizações rescisórias nela previstas (art. 502). Trata-se do estável decenal, cujas indenizações se calculam conforme arts. 477, *caput*, e 478, da CLT (figura hoje rara no Brasil, em face da não-recepção da estabilidade celetista, desde 5.10.1988, pela Constituição); do empregado não estável, mas sob o antigo regime de proteção ao tempo de serviço do *caput* do art. 477 da Consolidação Trabalhista (dispositivo também não recepcionado pela Constituição); por fim, trata-se do empregado submetido a contrato a termo, cuja indenização do art. 479 da CLT fica também reduzida à metade.

O fator de força maior também provoca a redução pela metade do percentual rescisório pago sobre os depósitos contratuais de FGTS: de 40%, tal acréscimo decai para somente 20% (art. 18, § 2º, Lei n. 8.036, de 1990).

Não há previsão legal para redução de outras verbas rescisórias, no presente caso — nesta linha, a Súmula 44 do TST.

Ocorrendo, ainda, extinção contratual em virtude de paralisação temporária ou definitiva do trabalho, por causa de *factum principis*, prevalecerá o pagamento da *indenização*, mas a cargo da respectiva pessoa jurídica de direito público e não do empregador (art. 486, *caput*, e seus parágrafos, CLT). A indenização referida corresponde àquelas antigas da CLT, por tempo de serviço (*caput* dos arts. 477 e 478) ou por tempo de serviço e estabilidade (arts. 492, 497 e 498, CLT). A este grupo, pode-se acrescentar a indenização pela ruptura

antecipada dos contratos a termo (art. 479, CLT). Esclareça-se que a leitura da regra jurídica desfavorável aqui examinada tem de ser estrita, jamais ampliati-va, como pertinente à interpretação em todo o Direito do Trabalho⁽⁵³⁾.

De todo modo, a prática jurisprudencial raramente tem acolhido essa modalidade de ruptura do contrato, uma vez que considera as modificações e medidas legais e administrativas do Estado, que possam afetar a empresa, mesmo gravemente, como *parte inerente do risco empresarial*. Em conse-quência, não configuram *factum principis* ocorrências como, maxidesvalori-zações cambiais, implementação de planos econômicos oficiais, mudanças governamentais nas regras relativas a preços, tarifas, mercado, etc. Também não seria *factum principis*, de maneira geral, em princípio, o fechamento do estabelecimento por ato da autoridade administrativa sanitária, no exercício de sua atribuição fiscalizadora; menos ainda, o fechamento por decisão judi-cial (despejo, por exemplo).

A jurisprudência tem considerado que a extinção do contrato em de-corrência de *falência* da empresa isenta a massa falida do pagamento da multa por atraso rescisório estipulada no art. 477, §§ 6º e 8º da CLT (ex-OJ 201, SDI-I/TST; Súmula 388, TST). Não há razão consistente, entretanto, para considerar-se que a falência não se enquadre nos riscos inevitáveis do empreendimento, necessariamente suportados pelo empregador (princípio da al-teridade; art. 2º, *caput*, CLT). Em consequência, as parcelas rescisórias clássicas da dispensa sem justa causa também incidem na presente situação extintiva.

h) Morte do empregado ou do empregador-pessoa natural — Trata-se de duas modalidades distintas de dissolução do contrato.

A primeira causa (*morte do empregado*) provoca, necessariamente, o fim do contrato de trabalho. Isso ocorre em virtude da personalidade inerente a esse contrato: sendo infungível a pessoa do trabalhador, extingue-se, automaticamente, a relação de emprego com seu falecimento.

Este tipo de término contratual exclui, é claro, as verbas rescisórias inerentes à dispensa injusta, que não houve. Desse modo, o empregador deverá ao espólio apenas o 13º salário proporcional e as férias proporcionais e seu terço. Caberá, ainda, o pagamento do saldo salarial, se existente, e demais parcelas vencidas com o fim do contrato (por exemplo, férias simples), ou parcelas já em mora (férias vencidas, em dobro, por exemplo). Os depósitos de FGTS serão liberados para os dependentes previdenciários do obreiro e, em sua falta, os herdeiros existentes, indicados em alvará judicial (art. 20, IV, Lei n. 8.036/90).

(53) Nesta direção, CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*, 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 396: “Pagamento de indenização, apenas: as demais verbas devidas não foram transferidas à responsabilidade estatal” (grifos no original).

O presente fator não enseja, é claro, indenizações rescisórias, de parte a parte: não cabe a parcela dos artigos 479 ou 480, da CLT, nem os 40% sobre o Fundo de Garantia; não há que se falar também em aviso-prévio.

Porém, se a morte tiver sido provocada culposamente pelo empregador (em virtude de acidente de trabalho, por exemplo), a solução jurídica tende a ser distinta, evidentemente. Afinal, o art. 483, “c”, da CLT, considera falta empresarial colocar o trabalhador em *perigo manifesto de mal considerável*: se este perigo se consuma com a morte do obreiro, torna-se ainda mais clara a gravíssima infração cometida, ensejando a incidência das compatíveis verbas rescisórias do referido preceito celetista.

A segunda causa de dissolução do contrato (*morte do empregador, se pessoa física ou empresa individual*) já envolve situações relativamente diferenciadas.

Em primeiro lugar, a morte do empregador, que seja pessoa física ou empresa individual (*firma individual*), nem sempre provoca o fim do empreendimento socioeconômico, o qual pode ser mantido em funcionamento pelos respectivos herdeiros. Sendo este o caso, e não havendo interesse do empregado no término do contrato, nenhum efeito rescisório se produz. Dá-se, pois, a sucessão trabalhista, em seu padrão regular (arts. 10 e 448, CLT).

Em segundo lugar, a morte desse tipo de empregador, *caso implique a efetiva terminação do empreendimento*, há de provocar, automaticamente, a extinção do contrato de trabalho. Trata-se de situação enquadrável no grupo de fatores extintivos da empresa, provocando a incidência de amplo número de verbas rescisórias, na esteira do art. 485 da CLT, que se referia até mesmo à antiga indenização dobrada do empregado estável. Nesta linha, seriam devidas as seguintes parcelas: aviso-prévio, inclusive proporcional, se for o caso (Súmula 44, TST); 13^o salário proporcional; férias proporcionais com seu terço; liberação de FGTS (art. 20, IV, Lei n. 8.036/90). No tocante aos 40% sobre o Fundo de Garantia, embora a Lei n. 8.036/90 somente mencione a verba quando fala em despedida sem justa causa (art. 18, § 1^o), não se referindo a ela quando trata da extinção de empresa (art. 20, II), tem-se compreendido ser pertinente a todas as situações de extinção empresarial sem força maior (art. 18, § 2^o). *Valentin Carrion e Eduardo Gabriel Saad*, por exemplo, entendem aplicáveis os 40% à presente situação extintiva⁽⁵⁴⁾. Caso se considere que a extinção do empreendimento se deu por força maior, o percentual será de apenas 20% (art. 18, § 2^o, Lei n. 8.036/90).

Em terceiro lugar, finalmente, a morte do empregador, pessoa física constituída em empresa individual, faculta ao trabalhador dar por terminado

(54) Valentin Carrion considera pertinentes não só os 40%, como também o aviso-prévio. In *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*, 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 394-395. Igualmente, Eduardo Gabriel Saad, *Consolidação das Leis do Trabalho — comentada*, 30. ed. São Paulo: LTr, 1997, p. 363. Na mesma direção (também aviso-prévio e 40% do FGTS), MARTINS, Sérgio Pinto. *Comentários à CLT*, 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 504.

o respectivo contrato, ainda que o empreendimento continue por meio dos sucessores (art. 483, § 2º, CLT). Sendo a dissolução contratual do interesse do obreiro, ela far-se-á sem os ônus do pedido de demissão, embora também sem as vantagens rescisórias da dispensa injusta ou rescisão indireta. Ou seja, o trabalhador saca o FGTS, mas sem os 40% (art. 20, II, *in fine*, Lei n. 8.036/90), recebendo 13º proporcional e férias proporcionais com seu terço. Contudo, não tem de conceder aviso-prévio (sendo contrato de duração indeterminada), nem pagar a indenização do art. 480, da CLT (sendo contrato a termo). Trata-se de faculdade que retira os encargos do pedido de demissão, mas sem convolar a iniciativa obreira em ruptura por responsabilidade do empregador (cujo empreendimento continuou); o exercício da prerrogativa extintiva não estende, portanto, as vantagens rescisórias do aviso-prévio e dos 40% sobre FGTS, ou das demais indenizações de rescisão do contrato (art. 479, CLT, por exemplo)⁽⁵⁵⁾.

B) Outros Pagamentos Rescisórios — A terminação do contrato antecipa o vencimento de suas demais parcelas, caso existentes, respeitado seu respectivo período de aquisição, seja ele fracionado ou não pela data do término contratual. Assim, se houver férias simples ainda não gozadas, deverão ser pagas no acerto rescisório. Igualmente, o saldo de salário que existir deve ser pago no mesmo momento.

Por muito maior razão, as parcelas anteriormente vencidas, já estando em mora, deverão ser pagas no instante rescisório. É o caso das férias vencidas, que são devidas em dobro, na qualidade de parcela indenizatória.

Todas estas verbas não são, do ponto de vista técnico, *estritamente* rescisórias: é que elas não dependem do tipo de ruptura contratual para que sejam devidas, uma vez que consistem em direito adquirido pelo obreiro ao longo do desenvolvimento do contrato. Entretanto, à medida que também se vencem, por antecipação, no instante do término do contrato (como as férias simples e o saldo de salários), ou já se encontram em mora, devendo ser adimplidas na rescisão (caso das férias vencidas), podem ser englobadas no grupo das verbas rescisórias, *em sentido amplo*.

3. Penalidades Relativas ao Pagamento Rescisório

A ordem jurídica fixa duas penalidades relativas ao pagamento rescisório, cujo montante favorece o credor-empregado: a primeira, regulada pelo art. 477, §§ 6º e 8º, da CLT (lidos em conjugação); regulada pelo art. 467 da CLT.

(55) Nesta mesma direção RUSSOMANO, Mozart Victor. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho* — edição universitária, V. I, 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 571-572 e 577. Russomano cita, também na mesma linha, obra de Nélío Reis (in ob. cit., p. 572). É o que também expõe Valentin Carrion, ob. cit., p. 394: “Se a atividade continuar com os sucessores, o empregado terá a faculdade de, sem ônus para ele (nem para a empresa), rescindir o contrato (CLT, art. 483, § 2º)”.

As duas penas, na verdade, objetivam instigar o rápido pagamento das verbas rescisórias pelo empregador. À medida que a *massa falida* não pode, regra geral, responder positivamente a esta instigação à celeridade, em face de seu rito formal e complexo de pagamento, concretizável apenas no Juízo Universal Falimentar, tem-se compreendido que não se submete, em princípio, a qualquer destas duas penalidades rescisórias (ex-OJs 201 e 314, SDI-I/TST; Súmula 388, TST).

A) Pena do Art. 477, da CLT — Dispõe o art. 477, § 6º, da CLT — considerada a sua redação anterior à Lei n. 13.467 (esta vigente desde 11.11.2017) —, dois prazos para o “pagamento das *parcelas constantes do instrumento de rescisão ou recibo de quitação*”: o primeiro estende-se “até o primeiro *dia útil imediato* ao término do contrato”; o segundo segue “até o *décimo dia*, contado da data da *notificação* da demissão, quando da ausência do aviso-prévio, indenização do mesmo ou dispensa de seu cumprimento” (grifos acrescentados).

O primeiro prazo atinge, por exemplo, contratos por tempo determinado que se extingam em seu termo final preestabelecido. O curto lapso temporal para pagamento das parcelas referidas no instrumento rescisório (primeiro dia útil imediato) justifica-se, uma vez que as partes já sabem, desde o início do pacto, o dia certo de sua terminação.

Sendo trabalhado o aviso-prévio, em contratos de duração indeterminada, também prevalecerá este curto lapso temporal (primeiro dia útil imediato).

O segundo prazo é mais amplo: dez dias corridos, contados da data da comunicação da ruptura contratual. Abrange situações em que não há dação de aviso-prévio (por exemplo, dispensa por justa causa ou extinção contratual em virtude de morte do empregado); também situações de indenização do pré-aviso de término do pacto (dispensa sem justa causa e extinção da empresa, por exemplo); ou, por fim, situações de liberação de cumprimento do aviso-prévio (ilustrativamente, pedido de demissão do obreiro, com pleito de não cumprimento do aviso; ou dispensa sem justa causa, com liberação do cumprimento do aviso, comprovada a efetiva nova contratação do trabalhador no período).

O desrespeito a tais prazos de pagamento rescisório resulta no pagamento pelo empregador de duas multas: uma administrativa, aplicável pela fiscalização trabalhista, no montante de 160 UFIR, em conformidade com cada empregado envolvido; outra, em favor do próprio empregado, no valor de seu salário, devidamente corrigido pelo índice de variação da UFIR (art. 477, § 8º, CLT)⁽⁵⁶⁾.

(56) A respeito, ver OLIVEIRA, Aristeu de. *Rescisão do Contrato de Trabalho*. São Paulo: Atlas, 2001, p. 26-27.

As multas não serão devidas quando, “comprovadamente, o trabalhador der causa à mora” (§ 8º do art. 477 da CLT)⁽⁵⁷⁾.

Esclareça-se que o critério de contagem do prazo de dez dias, fixado no § 6º do art. 477, foi alterado pela Lei da Reforma Trabalhista. De fato, a Lei n. 13.467 — vigorante desde 11.11.2017 — modificou a redação do § 6º do art. 477 da CLT, embora tenha mantido a redação do § 8º do mesmo art. 477. Diz o novo preceito legal que a “entrega ao empregado de documentos que comprovem a comunicação da extinção contratual aos órgãos competentes bem como o pagamento dos valores constantes do instrumento de rescisão ou recibo de quitação *deverão ser efetuados até dez dias contados a partir do término do contrato*” (grifos acrescidos). Desrespeitado esse prazo, incide a multa do § 8º do art. 477 da CLT.

Relativamente ao presente tema (multa rescisória da CLT), é importante lembrar que já houve linha jurisprudencial que alargou a exceção excludente da multa rescisória para situações em que *houver fundada controvérsia quanto à existência da obrigação cujo inadimplemento gerou a multa* (antiga OJ 351, SDI-I/TST). Tamanho alargamento da exceção (inteiramente fora dos limites da lei, note-se) não se justificava, porém: afinal, a sentença judicial que *reconhece* o vínculo de emprego é meramente *declaratória* de prévia situação socioeconômica e jurídica, e não constitutiva dessa situação — o Poder Judiciário não criou a relação empregatícia examinada; ao contrário, esta relação teve de ser reconhecida judicialmente, após solene processo público, exatamente em face da recusa do devedor de cumprir espontaneamente a ordem jurídica. De toda maneira, caso se tratasse de juízo de equidade, este jamais poderia se transmutar em regra geral, uma vez que deve ser manejado sempre, necessariamente, na estrita dependência das singulares peculiaridades do caso concreto. Ademais, o subjetivismo inerente à ressalva examinada já colocaria em questão sua pertinência. Não bastasse, a diretriz estimulava a maior chaga da ordem social e econômica do país — a informalidade —, favorecendo o aberto não cumprimento do Direito do Trabalho. Mais do que isso, lançava dúvida contraditória aos milhares de bons empregadores da sociedade brasileira, que buscam cumprir com exatidão suas obrigações. Finalmente, estimulava a recorribilidade sem peias, acentuando manifesto defeito do sistema judicial do Brasil. Era, em suma, interpretação que comprometia um dos mais relevantes objetivos de todo o Direito e do próprio Poder Judiciário, a busca da mais pronta efetividade de seus ramos jurídicos materiais e processuais.

Felizmente o TST, em sessão plenária de 16.11.2009, cancelou a OJ n. 351, recolocando sua jurisprudência na melhor trilha interpretativa.

(57) Não há dúvida quanto à aplicação da multa do art. 477 da CLT às pessoas jurídicas de direito público (OJ 238, SDI-I/TST).

Solidificada essa trilha, aprovou, por fim, em 2016, a Súmula n. 462, no sentido de que a circunstância de a relação de emprego ter sido reconhecida apenas em juízo não tem o condão de afastar a incidência da multa prevista no art. 477, § 8º, da CLT.

B) Pena do Art. 467, da CLT — O art. 467 da CLT tradicionalmente fixava penalidade ao empregador, no contexto de ação judicial movida por seu empregado, equivalente à *dobra* sobre a *parte incontroversa dos salários* que não fosse paga à data do comparecimento empresarial à Justiça do Trabalho (em regra, na *audiência inaugural*).

A penalidade, embora elevada (100%), não se estendia a todas as *verbas rescisórias*, mas apenas sobre o *saldo de salários* incontroversamente devido à data do término contratual; no máximo, poder-se-ia considerar que abrangia também o *13º salário proporcional*, por se tratar de parcela salarial incontroversa em casos de *dispensas injustas*. Sendo também incontroversa a dispensa injusta, e tendo sido laborado o aviso-prévio (não se tratando, pois, de aviso indenizado), sobre ele também poderia incidir, obviamente, a dobra fixada no dispositivo da CLT.

Contudo, tratando-se de *verbas rescisórias sem caráter salarial* (ilustrativamente, aviso-prévio indenizado e férias indenizadas com seu terço), não caberia a incidência da penalidade mencionada, ainda que não houvesse qualquer controvérsia sobre a pertinência do imediato pagamento de tais verbas rescisórias. É que a tradicional pena se restringia somente aos *salários* incontroversos.

A nova redação conferida ao art. 467 da CLT pela Lei n. 10.272 (Diário Oficial de 6.9.2001) modificou, significativamente, a penalidade legal. Assim dispõe o novo art. 467, *caput* da CLT:

“Art. 467. Em caso de *rescisão de contrato de trabalho*, havendo *controvérsia sobre o montante das verbas rescisórias*, o empregador é obrigado a pagar ao trabalhador, à data do comparecimento à Justiça do Trabalho, a *parte incontroversa dessas verbas*, sob pena de pagá-las *acrescidas de cinquenta por cento*” (grifos acrescidos).

Houve, conforme visto, *redução* do montante da pena (de 100% para 50%); em contraponto a isso, verificou-se nítida *ampliação* de seu âmbito de abrangência: não mais apenas salários incontroversos, mas, sim, verbas rescisórias incontroversas.

Entidades Estatais: não exclusão da pena — O legislador presidencial, curiosamente, em certa época, buscou excluir da incidência da penalidade do art. 467 da CLT os entes estatais, antes da modificação trazida pela Lei n. 10.272, de setembro de 2001. De fato, por meio de repetidas medidas provisórias, desde a de n. 2.102-26, de 27.12.2000, procurou inserir parágrafo único no art. 467, estabelecendo que a pena rescisória estipulada no *caput* do respectivo artigo celetista “... não se aplica à União, aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios, e às suas autarquias e fundações públicas”.

A regra, contudo, era flagrantemente inválida, ineficaz, por, a um só tempo, instituir injustificável privilégio para as entidades públicas e grosseira discriminação em desfavor de seus empregados. Tudo isso sem qualquer respaldo em texto constitucional; ao contrário, em direta afronta a princípios e regras inerentes à Constituição.

A fixação de privilégios para entidades estatais é possível na ordem jurídica, como se sabe: o Decreto-Lei n. 779, de 1969, é um exemplo disso, criando presunções e prazos mais favoráveis a essas entidades. Mas é fundamental que tais privilégios respeitem o *princípio da proporcionalidade*, de matriz constitucional: nesta linha, é preciso que cada privilégio apenas ajuste a ordem jurídica a peculiaridades relevantes desses entes, mas não a ponto de caracterizar abuso de poder, de prerrogativas ou de vantagens. É preciso que haja justa adequação entre meios e fins cotejados, conforme ordena o princípio constitucional da proporcionalidade.

Nesse quadro, instigar as entidades públicas (como fazia o parágrafo único mencionado) a que não paguem, regularmente, nos prazos genericamente estabelecidos pelo Direito do Trabalho, as verbas rescisórias devidas a seus ex-empregados, é simplesmente um abuso, uma exorbitância na construção de privilégios. O preceito legal não alargou, com razoabilidade, o prazo para pagamento; simplesmente excluiu a multa, induzindo à ideia de que até mesmo as simples verbas rescisórias deveriam, a partir de então, ser pagas meses ou anos depois, mediante precatório.

A par de ser extremado e desproporcional o privilégio instituído, o preceito é francamente discriminatório dos empregados públicos, em comparação com os empregados privados. Não há prazos especiais para cumprimento do contrato de trabalho em favor dos empregadores públicos; há somente prazos *processuais* especiais em seu favor, que não se confundem com prazos de cumprimento contratual. A Constituição de 1988 não criou um regime empregatício especial para o Poder Público; o regime regulado pela CLT é o mesmo, qualquer que seja a natureza jurídica do sujeito de direito que assume o polo passivo do contrato de trabalho. Se o chamado regime celetista é *inadequado* para o segmento público (como, sabiamente, percebeu a Constituição de 1988, em seu texto original — art. 39), que este não o adote, fazendo as mudanças que considerar convenientes no regime administrativo próprio a esse segmento (respeitados os parâmetros da jurisdição, é claro). Contudo, se a EC 19, de 1998, cometeu o equívoco de permitir o retorno do regime privatístico da CLT à área pública, não há como escapar-se de sua correta aplicação.

Felizmente, de modo sábio, a jurisprudência pacificou submeter-se, sim, “... à multa do art. 477 da CLT a pessoa jurídica de direito público que não observa o prazo para pagamento das verbas rescisórias, pois nivela-se a qualquer particular, em direitos e obrigações, despojando-se do *jus imperii*

ao celebrar um contrato de emprego” (OJ 238, SDI-I/TST). Note-se que o fundamento da jurisprudência ajusta-se, plenamente, à multa do art. 467 da CLT, que se refere ao não pagamento até a data da audiência inaugural no processo do trabalho das verbas rescisórias *incontroversas*.

De todo modo, não poderia haver dúvida quanto à *não* aplicação do inusitado privilégio nas situações de responsabilidade subsidiária das entidades estatais em face de verbas condenatórias da empresa prestadora de serviços na terceirização; a responsabilidade aqui, como se sabe, é plena (Súmula 331, V e VI, TST).

VII. FORMALIDADES RESCISÓRIAS

A ordem jurídica tem estabelecido, regra geral, a observância de certas formalidades para a prática do ato de terminação do contrato de emprego, com o pagamento das respectivas parcelas rescisórias. Tais formalidades visam, essencialmente, assegurar isenção e transparência à manifestação de vontade das partes no instante de ruptura do pacto, em especial do empregado, possibilitando a este clareza quanto às circunstâncias e fatores envolventes à terminação contratual, além de maior segurança quanto ao significado do ato extintivo e pagamento das correspondentes parcelas trabalhistas.

Trata-se, pois, de um rito especial previsto para a homologação da rescisão, com a participação de entidades especificadas em lei, como, ilustrativamente, o respectivo sindicato profissional ou o órgão local do Ministério do Trabalho (art. 477, §§ 1º a 3º, e art. 500, CLT). Tal rito formal para a homologação rescisória somente não se considera obrigatório nos casos de extinção de contratos com um ano ou menos de serviço (art. 477, § 1º, CLT).

Contudo, tratando-se de trabalhador menor de 18 anos, portanto incapaz, ainda que relativamente, para a prática isolada de certos atos jurídicos, sua especial assistência mantém-se obrigatória, independentemente da duração contratual. De fato, dispõe a CLT ser vedado a esse trabalhador, em caso de extinção do contrato, “dar, sem assistência dos seus responsáveis legais, quitação ao empregador pelo recebimento de indenização que lhe for devida” (art. 439, CLT: assistência parental ou equivalente). Tendo o seu contrato mais de uma ano, incide também, em seu benefício, a assistência sindical ou administrativa, além da parental (§ 1º do art. 477 da CLT).⁽⁵⁸⁾

(58) Às rescisões envolvendo a categoria doméstica não se aplicam as regras formais de homologação administrativa ou sindical do art. 477, §§ 1º a 3º, e art. 500 da CLT — ainda que tenha o empregador, por ato voluntário, estendido a seu empregado doméstico o FGTS, propiciando-lhe, em consequência, a percepção do seguro-desemprego (arts. 3º-A, 6º-A e 6º-B da Lei n. 5.859/72, com redação da Lei n. 10.208/2001). É que à categoria doméstica não se aplicavam, como se sabe, as regras e os ritos formalísticos mais rigorosos da Consolidação

A par disso, o art. 500 da CLT estipula que o “pedido de demissão do empregado estável só será válido quando feito com a assistência do respectivo Sindicato e, se não o houver, perante autoridade local competente do Ministério do Trabalho e Previdência Social ou da Justiça do Trabalho” (grifos acrescidos).

A Lei da Reforma Trabalhista, contudo, eliminou o importante rito sindical ou administrativo concernente à homologação das rescisões contratuais e seu acerto documental e monetário no âmbito do respectivo sindicato profissional ou perante a autoridade do órgão local do Ministério do Trabalho, *relativamente aos empregados com contratos superiores a um ano de serviço* (rito previsto na antiga redação do § 1º do art. 477 da CLT — preceito que foi revogado pela Lei n. 13.467/2017). Ao revés, desde 11.11.2017 — data de vigência da Lei n. 13.467/2017 —, o procedimento rescisório passou a ser efetuado estritamente diante do próprio empregador, que procede à “baixa” e demais anotações na CTPS obreira (se necessária a atualização da Carteira de Trabalho, é claro), comunica “aos órgãos competentes” a extinção do contrato de trabalho e realiza “o pagamento das verbas rescisórias no prazo e na forma estabelecidos neste artigo” (nova redação do *caput* do art. 477 da CLT).

Não foi alterada a assistência parental do art. 439 da CLT; e nem a assistência relativa ao empregado estável, referida pelo art. 500 da CLT. Mas a regra geral assistencial foi eliminada (§ 1º do art. 477 da CLT), ou seja, a assistência rescisória para contratos com tempo de serviço superior a um ano (Lei n. 13.467/2017).

1. Capacidade do Empregado

A CLT, antes do advento da Constituição de 1988, conferia certa dubiedade ao termo inicial da plena capacidade obreira para o trabalho. É que seu art. 446 *presumia* autorizado para o labor o obreiro menor de 21 anos e maior de 18, embora seu próprio art. 402 já estabelecesse que a menoridade se esgotava aos 18 anos.

Essa dubiedade desapareceu com a Constituição, que fixou nos 18 anos a fronteira clara entre a capacidade plena e a incapacidade, absoluta ou relativa, uma vez que criava restrições apenas aos trabalhadores situados

(art. 7º, “a”, CLT). Com o advento da LC n. 150/2015, a CLT passou a se aplicar de forma *subsidiária* às relações empregatícias domésticas — o que significa a existência de um juízo de *compatibilidade/incompatibilidade* de regras e institutos (art 19, *caput*, LC n. 150). Ora, esse juízo avaliador afasta a incidência do rigoroso rito formalístico rescisório previsto no art. 477, §§ 1º a 3º, e art. 500 da CLT, embora, em contrapartida, determine a aplicação, sim, dos prazos e multa rescisórios previstos no art. 477, §§ 6º e 8º, e art. 467 da mesma CLT, em decorrência da singeleza e simplicidade das regras concernentes a esses prazos e multas. A respeito, consultar, neste Curso, o Capítulo XI, item IV.6 — “*Peculiaridades Rescisórias — rito e multa*”.

abaixo dessa fronteira (art. 7º, XXXIII). Logo a seguir, a Lei n. 7.855, de 1989, viria produzir a revogação expressa do já não recepcionado art. 446 da CLT.

Hoje, portanto, não há qualquer possibilidade de dúvida de que o trabalhador, a contar de seus 18 anos, é absolutamente capaz para praticar os atos da vida trabalhista.

A Constituição diferenciava a possibilidade jurídica de labor pelo jovem, segundo sua idade. Em seu texto original de 5.10.1988, fixava a proibição de qualquer trabalho a menores de 14 anos, salvo na condição de aprendiz (art. 7º, XXXIII); desde a Emenda Constitucional 20, de 15.12.1998, esses limites foram elevados, com a proibição de qualquer trabalho a obreiros menores de 16 anos, salvo na condição de aprendiz, desde os 14 anos (novo art. 7º, XXXIII, CF/88).

Relativamente ao procedimento rescisório, contudo, o trabalhador menor de 18 anos, seja aprendiz ou não, tem de agir com a assistência de seu responsável legal. Embora esteja autorizado a firmar recibos de pagamentos salariais, além das demais verbas que se vencem ao longo do contrato, conforme interpretação lógico-sistemática do art. 439, *ab initio*, da CLT, tem limitação de capacidade quanto à rescisão. Conforme estipula a CLT, em se tratando de “rescisão do contrato de trabalho, é vedado ao menor de 18 anos dar, sem assistência dos seus responsáveis legais, quitação ao empregador pelo recebimento de indenização que lhe for devida” (art. 439). Tem-se compreendido que tal assistência abrange todas as verbas da rescisão.

Caso o jovem trabalhador tenha tido contrato superior a um ano, enquadra-se também no rito especial do art. 477, § 1º, da CLT. Ou seja, a homologação de sua rescisão deve passar pelo rito formal homologatório em seu respectivo sindicato ou no órgão local do Ministério do Trabalho, respeitada a presença e participação de seu responsável legal. Eliminada, entretanto, essa formalidade pela Lei da Reforma Trabalhista, a contar de 11.11.2017 (revogação do § 1º do art. 477 e nova redação para o *caput* do mesmo artigo pela Lei n. 13.467/2017) — conforme visto no item VII deste Capítulo (“VII — Formalidades Rescisórias”) —, preserva-se, porém, a assistência parental ou equivalente expressamente enfatizada no art. 439 da Consolidação.

Estabelece a ordem jurídica, ainda, ser “*dever dos responsáveis legais de menores, pais, mães, ou tutores, afastá-los de empregos que diminuam consideravelmente o seu tempo de estudo, reduzam o tempo de repouso necessário à sua saúde e constituição física, ou prejudiquem a sua educação*” (art. 424, CLT; grifos acrescidos). Na mesma direção, o art. 408 da CLT, que se refere a serviço que possa acarretar para o trabalhador “prejuízos de ordem física e moral”.

Faculdade semelhante é atribuída à *autoridade competente*, ao verificar “que o trabalho executado pelo menor é *prejudicial à sua saúde*, ao seu

desenvolvimento físico ou *à sua moralidade*” (art. 407, *caput*, CLT; grifos acrescidos). Neste caso, sendo viável a eficaz mudança de funções, esta deve ser efetivada (art. 407, *caput*, *in fine*; art. 426, CLT).

Em tais casos de terminação contratual provocada em face do desrespeito às condições básicas necessárias ao exercício regular do trabalho pelo adolescente, sem que seja possível a eficaz mudança do local ou função (art. 426, CLT), o rompimento pode ser enquadrado como resolução contratual culposa pelo empregador (rescisão indireta), conforme referido pelo parágrafo único do art. 407 da CLT.

Registre-se que a cessação da incapacidade *civil* pela existência de relação de emprego que assegure economia própria ao trabalhador com 16 anos completos, mas abaixo de 18 anos (art. 5º, parágrafo único, V, CCB/2002), não repercute no plano das regras justralhistas examinadas. A diretriz civilista não invade o Direito do Trabalho no campo em que este firme regras imperativas específicas, por fundamentos e objetivos próprios.

2. Homologação Rescisória: formalidades e assistência

O tema da assistência sindical e administrativa no importante momento rescisório vivido pelo empregado apresenta, contemporaneamente, um claro marco legal divisório: antes e depois da Lei da Reforma Trabalhista. No período anterior, com a presença da relevante assistência sindical ou administrativa; depois, sem tal rito e formalidade relevantes, de maneira a acentuar o poder empregatício também no instante de encerramento do contrato.

Considerado o período anterior à data de vigência da Lei n. 13.467/2017 (11.11.2017), o empregado com um ano ou *menos* de serviço, podia firmar pedido de demissão e o correspondente recibo rescisório, assim como os demais documentos relativos a qualquer tipo de término contratual, sem a observância do rito especial e assistência sindical ou administrativa estipulados pela ordem jurídica (art. 477, § 1º, CLT).

Existem duas exceções a essa regra: a primeira, relativa à assistência especial do trabalhador *menor* de 18 anos, conforme já estudado (assistência parental ou equivalente, exigida pelo art. 439 da CLT). A segunda exceção diz respeito ao dirigente sindical (art. 500 da CLT).

O dirigente sindical, como se sabe, tem garantia de emprego (art. 8º, VIII, CF/88), a qual pode, eventualmente, ser alcançada antes de ele suplantarem um ano de serviço na empresa. Em face dessa importante garantia, seu pedido de demissão, implicando renúncia ao mandato sindical e respectiva proteção jurídica, tem de seguir o especificado rito rescisório, com a participação do sindicato e, “se não houver, perante a autoridade local competente do Ministério do Trabalho ou da Justiça do Trabalho” (art. 500,

CLT). Embora o dispositivo celetista não se refira, é claro, expressamente, ao dirigente sindical, considera-se que o abrange, por aplicação analógica: é que a dispensa desse representante obreiro somente pode verificar mediante o rito formal da ação de inquérito para apuração de falta grave, que é pertinente ao empregado estável (Súmula 197, STF; ex-OJ, 114, SDI/TST; Súmula 379, TST); por decorrência lógica, conclui-se que seu pedido de demissão também tenha de passar pela mesma solenidade prevista para o empregado estável (art. 500, CLT).

Tendo o contrato mais de um ano de duração (esta era a expressão da lei: mais de um ano), o pedido de demissão ou recibo de quitação de rescisão somente teria validade quando feito com *assistência administrativa*, a ser prestada pelo respectivo sindicato obreiro ou órgão local do Ministério do Trabalho (§ 1º do art. 477, CLT — posteriormente revogado pela Lei n. 13.467/2017). Inexistindo na localidade tais entes, a *assistência administrativa* seria prestada pelo Ministério Público do Trabalho ou, “onde houver, pelo Defensor Público e, na falta ou impedimento destes, pelo Juiz de Paz” (art. 477, § 3º, CLT — posteriormente revogado pela Lei n. 13.467/2017). Note-se que a *assistência administrativa* padrão mencionada pelo art. 477 da CLT não se reporta ao Juiz do Trabalho, ao qual se reserva atuação administrativa (jurisdição voluntária) apenas nos citados casos do dirigente sindical ou empregado estável (art. 500, CLT).

Não sendo observada a assistência administrativa, nos casos em que é obrigatória (ou faltando a assistência parental própria, inerente ao trabalhador menor de 18 anos), desponta presunção trabalhista favorável ao obreiro, de que a ruptura do pacto se deu nos moldes da rescisão unilateral por ato empresarial (dispensa injusta), com as parcelas que lhe são consequentes. Não se trata, evidentemente, de presunção absoluta, porém relativa, admitindo prova convincente no sentido contrário.

Dispõe a ordem jurídica que o instrumento rescisório ou recibo de quitação “deve ter *especificada a natureza de cada parcela* paga ao empregado e *discriminado seu valor*, sendo válida a quitação, apenas, relativamente às mesmas parcelas” (art. 477, § 2º, CLT; grifos acrescidos — preceito mantido pela Lei n. 13.467/2017). Isso significa que os pagamentos devem ser específicos, claramente vinculados à respectiva parcela; ou seja, não se considera próprio recibo trabalhista genérico, sem referência clara a parcelas e valores abrangidos. A propósito, mesmo ao longo do contrato, a jurisprudência tem considerado impróprios recibos genéricos, que englobem em um único pagamento, diversas parcelas salariais: trata-se do *salário complessivo*, vedado pela ordem jurídica (Súmula 91, TST).

Por outro lado, a própria assistência administrativa não confere aos documentos rescisórios valor de prova absoluta a respeito dos fatos neles narrados. Apesar de a lei referir-se à validade da quitação *relativamente às mesmas parcelas* (art. 477, § 2º, CLT), a prática jurisprudencial tem

demonstrado que essa validade atinge, regra geral, somente os *valores especificados, pelo menos no tocante a parcelas que também se vencem ao longo do contrato*.

Relativamente à quitação rescisória obtida por meio de assistência administrativa prestada pelo sindicato obreiro, com observância do disposto no art. 477 da CLT, a Súmula 330 tem considerado produzir “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”. É claro que parcelas não especificadas no recibo rescisório não se encontram abrangidas por ele, em face de não se considerar válida quitação genérica no Direito do Trabalho; em consequência, a eficácia liberatória referida pela súmula não atinge tais parcelas.⁽⁵⁹⁾

Conforme já esclarecido neste próprio item VII, a Lei da Reforma Trabalhista, a partir de sua data de vigência (11.11.2017), extinguiu o rito e a formalidade assistenciais previstos nos §§ 1º e 3º do art. 477 da CLT, independentemente de o contrato ter (ou não) mais de um ano de duração. A rescisão contratual passa a se fazer perante o próprio empregador, sem qualquer assistência sindical ou administrativa para o empregado. O procedimento rescisório é consumado pelo empregador, que concretiza à “baixa” na CTPS obreira (lançando, se for o caso, a atualização de anotações), faz a comunicação “aos órgãos competentes” acerca da extinção do contrato de trabalho e realiza o pagamento das verbas rescisórias no prazo e na forma estabelecidos no próprio art. 477 da CLT (ver novo texto do *caput* do art. 477).

A Lei n. 13.467/2017 não modificou a assistência parental (ou equivalente) prevista no art. 439 da CLT. Também não extinguiu a assistência relativa ao empregado estável, referida pelo art. 500 da CLT. Contudo, a prática mais comum ao conjunto do mercado de trabalho, nesses casos rescisórios, isto é,

(59) O empregado doméstico, conforme já visto, independentemente de seu tempo contratual e de estar (ou não) inscrito no FGTS, não tem sua rescisão submetida ao rito procedimental formalístico do § 1º do art. 477 e do art. 500 da CLT. Regendo-se, por décadas, por lei especialíssima que não previa semelhante formalidade (vide silêncio relevante da Lei n. 5.859/72, mesmo após mudanças inseridas pelas Leis n. 10.208/2001, n. 11.324/2006 e 12.964/2014) e estando expressamente excluído das regras procedimentais e formais mais rigorosas da Consolidação das Leis do Trabalho (art. 7º, “a”, CLT), a categoria não se submetia ao rito administrativo ou sindical previsto para os demais empregados. A EC n. 72/2013 não trouxe mudanças, nesse aspecto, na regência normativa da categoria (vide novo parágrafo único do art. 7º da CF). A contar da LC n. 150/2015, que revogou a Lei n. 5.859/72 (art. 46, LC n. 150), a CLT passou a se aplicar *subsidiariamente* às relações empregatícias domésticas (art. 19, *caput*, LC n. 150) — o que significa aplicação *desde que haja compatibilidade de regras e institutos jurídicos*. Esse juízo de compatibilidade/incompatibilidade, como exposto, afasta o procedimento formal, solene, rigoroso e de difícil acesso constante do art. 477, §§ 1º a 3º, e art. 500 da CLT, embora, em contrapartida, determine, sem dúvida, a aplicação dos prazos de pagamento rescisório e multas previstos no art. 477, §§ 6º e 8º, e art. 467 da mesma CLT, por sua singeleza, objetividade e fácil absorção. A respeito deste tema, consultar o item IV.6 (“*Peculiaridades Rescisórias – rito e multa*”) constante do Capítulo XI deste Curso.

a assistência sindical ou administrativa para contratos com tempo de serviço superior a um ano, esta foi cirurgicamente eliminada do cotidiano trabalhista.

3. Rescisão via Comissões de Conciliação Prévia

A Lei n. 9.958, de 12.01.2000⁽⁶⁰⁾, inserindo dispositivos na CLT (arts. 625-A até 625-H), autorizou a instituição de Comissões de Conciliação Prévia, de composição paritária, em empresas ou grupos de empresas (*comissões de empresas* ou *interempresariais*), ou em sindicatos ou grupos destes (*comissões sindicais* ou *intersindicais*). Determinou, ainda, a aplicação de seus dispositivos, no que couber, aos Núcleos Intersindicais de Conciliação Trabalhista, em funcionamento ou a serem criados, respeitada sua composição paritária e a regulação negocial coletiva quanto à sua constituição.

Para o diploma legal, as comissões de caráter sindical teriam sua constituição e normas de funcionamento *definidas em negociação coletiva* (art. 625-C, CLT). Os núcleos intersindicais, por sua vez, teriam apenas sua *constituição* regulada por negociação coletiva (art. 625-H, CLT). Em contraponto a isso, as comissões empresariais estariam simplesmente dispensadas de tais requisitos (art. 625-A e B, CLT).

Todos esses entes teriam a *atribuição de tentar conciliar os conflitos individuais de trabalho* (art. 625-A, *in fine*, CLT).

As demandas juslaborativas teriam de se submeter à passagem prévia por tais comissões ou núcleos — desde que existentes na localidade de prestação de serviços. Esta passagem despontaria, assim, como *condição* para futura ação trabalhista (art. 625-D, CLT). Em face desse caráter condicionador do acesso ao Judiciário, o *informe escrito* sobre a frustração da tentativa conciliatória extrajudicial ou o *motivo relevante* que impossibilitou a observância do rito comissional deveriam ser anexados ou relatados na eventual ação trabalhista (art. 625-D, CLT).

Celebrada a conciliação, seu termo, em conformidade com a Lei n. 9.958, será *título executivo extrajudicial e terá eficácia liberatória geral, exceto quanto às parcelas expressamente ressalvadas* (art. 625-E, parágrafo único, CLT).

Note-se, porém, quanto à essa quitação, que o Plenário do STF “conferiu interpretação sistemática ao art. 625-E, parágrafo único,” da CLT, em 2018, no sentido de que a ‘eficácia liberatória geral’ do termo neles contido está relacionada ao que foi objeto da conciliação. “Diz respeito aos valores

(60) A Lei n. 9.958, publicada no Diário Oficial da União em 13.1.2000, fixou sua entrada em vigor após 90 dias da data de sua publicação.

discutidos e não se transmuta em quitação geral e indiscriminada de verbas trabalhistas” (Informativo STF n. 909, Plenário, agosto/2018).⁽⁶¹⁾

A) Problemas no Enquadramento Jurídico da Nova Figura — A nova figura trabalhista não é, contudo, inteiramente imune a problemas jurídicos, em especial no tocante à sua harmonização ao conjunto da ordem juslaborativa, inclusive seu núcleo constitucional e de princípios jurídicos.

Note-se que a descentralização de poder tentada pela Lei n. 9.958, de 2000, conferindo ao documento conciliatório extrajudicial *eficácia liberatória geral*, passa, necessariamente, no Direito brasileiro, *pela negociação coletiva trabalhista* (art. 8º, VI, CF/88). É que a Constituição, sensatamente, não conferiu, no plano juslaborativo, a qualquer entidade ou processo inerentes à sociedade civil, *excetuada a negociação coletiva*, poderes superiores aos restritos conferidos à transação meramente bilateral trabalhista.

O Direito Individual do Trabalho, ao menos em sua regulação constitucional brasileira, não fornece mecanismos com poderes tão extensos quanto os imaginados pela Lei n. 9.958 em favor dessas entidades da sociedade civil; seria, portanto, necessário que elas se situassem no plano do Direito Coletivo, encouraçadas pelas proteções coletivas sindicais⁽⁶²⁾.

B) Formalidades e Poderes Rescisórios — O rito estipulado para o procedimento em tais comissões e núcleos prevê a formulação por escrito da demanda, ou sua redução a termo por qualquer dos membros de tais entidades, “sendo entregue cópia datada e assinada pelo membro aos interessados” (art. 625-D, § 1º, CLT). Existindo na localidade mais de uma entidade potencialmente competente, o interessado optará por qualquer delas, tornando-se competente “aquela que primeiro conhecer do pedido” (§ 4º do art. 625-D, CLT).

As entidades conciliatórias têm o prazo de 10 dias para “realização da sessão de tentativa de conciliação a partir da provocação do interessado” (*caput* do art. 625-F, CLT).

Não ocorrendo conciliação, ou esgotado o prazo para a realização da correspondente sessão conciliatória, as partes contratuais trabalhistas receberão “declaração da tentativa conciliatória frustrada com a descrição de seu objeto”, subscrita pelos membros da respectiva entidade (arts. 625-D, § 2º, e 625-F, parágrafo único, CLT).

(61) Três ações envolveram temas relativos à Lei n. 9.958/2000, que inseriu na CLT as CCPs e o procedimento sumaríssimo: trata-se das ADIs 2139/DF, 2160/DF e 2237/DF, todas relatadas pela Min. Cármen Lúcia e tendo o seu julgamento concluído, pelo Plenário, em 01.08.2018.

(62) A respeito dos limites jurídicos das comissões de conciliação prévia, consultar também a excelente análise de Lutiana Nacur Lorentz, em sua obra *Métodos Extrajudiciais de Solução de Conflitos Trabalhistas* — comissões de conciliação prévia, termos de ajuste de conduta, mediação e arbitragem. São Paulo: LTr, 2002.

O documento supramencionado deverá ser juntado à eventual ação trabalhista proposta (art. 625-D, § 2º, CLT). Verificando-se motivo relevante que impossibilite a observância do percurso pelas comissões ou núcleos referidos pela CLT, tal fato deverá ser declarado na petição inicial da respectiva ação trabalhista (§ 3º do art. 625-D, CLT).

A provocação, pelo interessado, das entidades conciliatórias acima especificadas suspende o curso da *prescrição trabalhista*, que recomeça a fluir, “pelo que lhe resta, a partir da tentativa frustrada de conciliação ou do esgotamento do prazo” de 10 dias para a realização da respectiva sessão (art. 625-G, CLT). Evidentemente que, havendo conciliação, a contar de sua data também recomeça o fluxo do lapso restante de prescrição.

Independentemente do debate acerca da plena validade dos extensos poderes conferidos às duas figuras tratadas pela Lei n. 9.958 (Comissões de Conciliação Prévia e Núcleos Intersindicais de Negociação Trabalhista), é inquestionável que, efetivamente, o *termo de conciliação* alcançado nas referidas entidades terá caráter de *título executivo extrajudicial* (art. 625-E, CLT). Isso significa que, verificando-se seu inadimplemento, poderá ele ser executado na Justiça do Trabalho, independentemente da formação de prévio processo de conhecimento (art. 876, *caput*, CLT). O Juiz competente será aquele “que teria competência para o processo de conhecimento relativo à matéria” (art. 877-A, CLT).

O mencionado *termo de conciliação* teria, segundo o mesmo diploma legal (art. 625-E, CLT), *eficácia liberatória geral, exceto quanto às parcelas expressamente ressalvadas*. Aqui, entretanto, não há como escapar-se do debate acerca da plena validade dos extensos poderes conferidos aos entes trabalhistas especificados pela Lei n. 9.958, de 2000.

É que, como se sabe e já exposto, a Constituição não conferiu, no plano juslaborativo, a qualquer entidade ou processo inerentes à sociedade civil, *excetuada a negociação coletiva trabalhista*, poderes superiores aos restritos conferidos à transação meramente bilateral trabalhista. Afinal, não se ajusta à Constituição fórmula de solução de conflito empregatício que dispense a observância e respeito aos princípios nucleares do Direito do Trabalho; tal fórmula, no Direito brasileiro, somente tende a ser válida no plano do Direito Coletivo do Trabalho, porque somente nesse plano é que podem existir garantias grupais necessárias para uma equânime distribuição de poder no âmbito dos sujeitos em conflito.

Em conformidade com o que se expôs anteriormente, o Direito Individual do Trabalho, ao menos em sua regulação constitucional brasileira, não fornece mecanismos com poderes tão extensos quanto os imaginados pela Lei n. 9.958 em favor dessas entidades da sociedade civil; seria, portanto, necessário que elas se situassem no plano do Direito Coletivo, com a efetiva couraça propiciada pelas proteções coletivas sindicais.

De qualquer maneira, o avanço jurisprudencial dos últimos anos, calejado pelos duvidosos exemplos práticos aferidos e pela reverência aos princípios processuais trabalhistas, tem, cada vez mais, conduzido à relativização dos rigores da Lei n. 9.958/2000. Nesta linha, passou-se a considerar, de modo crescente, mero *pressuposto processual* (e não condição da ação) a passagem prévia pela entidade conciliatória extrajudicial respectiva, sanando-se o eventual vício da omissão caso se constate a inviabilidade de conciliação no próprio cenário do processo trabalhista. É que, como se sabe, o Juiz do Trabalho tem o *dever de instigar as partes à conciliação*, antes da própria apresentação da defesa, no âmbito do processo (art. 846, *caput*, CLT). Com isso, a eventual irregularidade pela não observância do rito extrajudicial é imediatamente sanada, no primeiro ato judicial perante as partes na audiência na Justiça Especializada.

Observe-se que o próprio Supremo Tribunal Federal corroborou esta última linha interpretativa ao considerar *não obrigatório* o rito de passagem pelas Comissões de Conciliação Prévia ou Núcleos Intersindicais de Conciliação Trabalhista fixado pelo art. 625-D da CLT (Lei n. 9.958/2000), por ofensa à regra e ao princípio da Constituição de amplo acesso ao Judiciário (art. 5º, XXXV, CF/88: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”). A respeito, decisão plenária, por maioria de votos, na Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.139-7, com julgamento concluído em 13.5.2009, segundo voto divergente do Relator para o Acórdão, Ministro Marco Aurélio. Para a Corte Máxima, ostenta natureza de mera *faculdade* a passagem pelo rito extrajudicial inserido na CLT pela Lei n. 9.958/2000 (art. 625-D, CLT).

Tempos depois, o STF, em três ADIs (n. 2139/DF; n. 2160/DF; n. 2237/DF), voltou a tratar de temas relacionados às CCPs. De um lado, confirmou a jurisprudência oriunda de 2009 no sentido de não ser obrigatório, porém meramente voluntário, o rito de passagem pela CCP.

De outro lado, esclareceu que a quitação estabelecida no art. 625-E e seu parágrafo único está relacionada apenas ao que foi objeto da conciliação, não dizendo respeito aos valores discutidos, além de não se transmutar em quitação geral e indiscriminada de verbas trabalhistas (a respeito, Informativo STF n. 909, Plenário, agosto/2018).⁽⁶³⁾

(63) Eis as respectivas ações: ADI 2139/DF, da ADI 2160/DF e da ADI 2237/DF. Todas foram relatadas pela Min. Cármen Lúcia, tendo o seu julgamento concluído, pelo Plenário, em 01.08.2018. O terceiro ponto decidido nas ADINs diz respeito ao procedimento sumaríssimo, e não às CCPs.

**TÉRMINO DO CONTRATO POR ATO LÍCITO
DAS PARTES: DISPENSA SEM JUSTA CAUSA E
DISPENSA MOTIVADA, MAS SEM CULPA OBREIRA.
PEDIDO DE DEMISSÃO PELO EMPREGADO.
RESILIÇÃO BILATERAL: EXTINÇÃO POR
ACORDO E EXTINÇÃO POR ADESÃO A PDV/PDI.
O INSTITUTO DO AVISO-PRÉVIO**

I. INTRODUÇÃO

Uma das tipologias importantes acerca das modalidades de término do contrato de trabalho, referida no capítulo anterior deste Curso, é aquela que faz distinção entre *resilição contratual*, *resolução contratual* e *rescisão contratual*, reservando para um quarto grupo inominado os demais tipos existentes de ruptura do pacto laborativo⁽¹⁾.

No presente capítulo, serão estudados os tipos rescisórios considerados *resilição do contrato de trabalho*. Esta corresponderia, conforme já visto, a todas as modalidades de ruptura contratual por exercício lícito da vontade das partes.

Neste campo, englobar-se-iam três tipos de extinção contratual: em primeiro lugar, a resilição unilateral por ato do empregador. Esta envolve a *dispensa* ou *despedida sem justa causa*, também chamada *dispensa desmotivada* ou *dispensa arbitrária*. Ao seu lado existe — embora seja incomum no Direito brasileiro — a *dispensa motivada mas sem justa causa obreira*. Trata-se de modalidade de ruptura contratual decidida pelo empregador, porém com motivação tipificada e socialmente consistente, que não se esgota na simples denúncia vazia do contrato, ou seja, na *dispensa arbitrária*: seria seu exemplo a dispensa motivada por fatores técnicos, econômicos ou financeiros.

O Brasil, conforme já exposto no precedente capítulo, perdeu a oportunidade de substituir a simples dispensa sem justa causa (denúncia vazia do contrato) pela mais consistente, do ponto de vista sociojurídico, *dispensa motivada mas sem justa causa celetista*, caso houvesse incorporado em seu sistema jurídico as regras da Convenção 158 da OIT. O ato de despedida manter-se-ia como decisão empresarial, porém submetido ao atendimento a motivações razoáveis, mesmo que sem cometimento de infração pelo

(1) Tipologia retirada de MARANHÃO, Délio. Extinção do Contrato de Trabalho, in: SÜSSEKIND, A. *et al. Instituições de Direito do Trabalho*, V. I. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1981, p. 521 e seguintes.

trabalhador (motivos tecnológicos ou econômicos efetivamente consistentes e comprovados, por exemplo). Não obstante, a decisão da Corte Suprema, em setembro de 1997, considerando inassimilável a referida Convenção ao disposto no art. 7º, I, da Constituição, além da própria denúncia do diploma internacional, feita pelo Presidente da República (Decreto declaratório 2.100, de 25.12.1996), tudo inviabilizou semelhante avanço sociojurídico no Direito do País.⁽²⁾

O segundo tipo de término contratual a ser estudado no presente capítulo é a rescisão unilateral por ato do empregado, usualmente denominada *pedido de demissão*.

O terceiro tipo de término do contrato a ser aqui examinado corresponde à rescisão bilateral do pacto empregatício, isto é, o *distrato*. Neste tipo, enquadram-se, de certo modo, a extinção contratual por mútuo acordo entre as partes (introduzida pela Lei n. 13.467/2017, por meio do novo art. 484-A da CLT), ao lado da extinção por adesão do trabalhador ao PDI/PDV ocasionalmente existente na empresa.

O capítulo encerra-se com o estudo do aviso-prévio, instituto *originalmente* (hoje, nem sempre) vinculado à rescisão contratual por ato de qualquer das partes contratuais.

II. TÉRMINO CONTRATUAL POR ATO LÍCITO DAS PARTES — RESCISÃO UNILATERAL: NATUREZA JURÍDICA

A rescisão unilateral do contrato de trabalho resulta de uma declaração de vontade da respectiva parte, com poderes para colocar fim ao pacto empregatício.

De maneira geral, em ordens jurídicas mais desenvolvidas (como grande parte das integrantes do continente europeu ocidental), a rescisão unilateral do contrato empregatício por ato do empregador deve ser lastreada em motivo considerado consistente⁽³⁾. Ainda que esse motivo não consubstancie infração cometida pelo trabalhador (a qual ensejaria a resolução contratual por justa causa obreira), ele deveria ser razoável, sério e socialmente aceitável. Ilustrativamente, a rescisão contratual por ato do empregador deveria ser fundada em comprovados fatores econômico-financeiros, tecnológicos ou resultantes de objetiva mutação do mercado capitalista, os quais afetassem,

(2) É bem verdade que a concepção que compreende ser imperativa, no âmbito das entidades estatais, a *motivação* do ato de despedida do empregado admitido mediante concurso público está reabrindo espaços, nesse segmento empregatício, à *dispensa motivada mas sem justa causa celetista*.

(3) Os países nórdicos, a Alemanha, França e a Itália são exemplos de países que tradicionalmente têm contingenciado o poder de dispensa do empregador, submetendo-o à real existência de fatores relevantes. A respeito, consultar MANNRICH, Nelson. *Dispensa Coletiva: da liberdade contratual à responsabilidade social*. São Paulo: LTr, 2000, p. 23-110.

de modo relevante, o empreendimento. Nesse quadro, não se poderia falar na mera *denúncia vazia* do contrato, ou seja, na *dispensa meramente arbitrária*.

Entretanto, no Brasil, conforme já reiteradamente exposto, tem prevalecido, há décadas, a ampla possibilidade jurídica da simples ruptura do contrato por ato estritamente arbitrário do empregador; em síntese, a denúncia vazia do contrato de emprego, a dispensa sem justa causa e sem qualquer outro fator que seja tido como relevante, do ponto de vista socioeconômico.

Qual a *natureza jurídica* dessa declaração de vontade empresarial que, por si somente, tem a aptidão de colocar término ao contrato de emprego?

Nos moldes prevalecentes no Direito do País, *tal declaração de vontade tem natureza potestativa, receptícia e constitutiva, com efeitos imediatos, tão logo recebida pela parte adversa* (efeitos *ex nunc*). Como aponta Délio Maranhão, referindo-se também a Orlando Gomes, “trata-se de direito potestativo”, o qual corresponde àquele cujo exercício visa à “modificação ou extinção” de certa relação jurídica, limitando-se a contraparte “a sofrer as consequências do exercício do direito pelo seu titular”⁽⁴⁾.

Orlando Gomes, analisando a teoria geral dos contratos, no Direito Civil, expõe que o “*poder de resilir* é exercido mediante *declaração de vontade* da parte a quem o contrato não mais interessa. Para valer, a declaração deve ser notificada à outra parte, produzindo efeitos a partir do momento em que chega a seu conhecimento. É, portanto, *declaração receptícia de vontade*”⁽⁵⁾.

Direito potestativo é o ponto máximo de afirmação *da centralidade do indivíduo* na ordem jurídica. Efetivamente, ele constitui aquela prerrogativa ou vantagem que se exerce e se afirma independentemente da vontade dos que hão de suportar suas consequências jurídicas.

É claro que a *denúncia* do contrato, conforme lembra Orlando Gomes, “deve ser acompanhada de aviso expedido com certa antecedência, a que se dá o nome de *aviso-prévio* ou *pré-aviso*. O fim da exigência é prevenir as consequências da ruptura brusca do contrato, mas o *aviso-prévio* não é requisito necessário à validade da *resilição* que será eficaz ainda que não tenha sido dado”⁽⁶⁾. A falta do aviso formalizado gera, evidentemente, a obrigação de indenizá-lo⁽⁷⁾.

Embora a resilição unilateral seja inerente, regra geral, aos contratos de duração indeterminada, no plano do Direito Civil⁽⁸⁾, *há peculiaridades a esses pactos, no plano do Direito do Trabalho*. Afinal, a ordem constitucional

(4) MARANHÃO, Délio. *Direito do Trabalho*. 14. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1987, p. 208.

(5) GOMES, Orlando. *Contratos*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1973, p. 206; grifos no original.

(6) GOMES, Orlando. *Contratos*, cit., p. 206; grifos no original.

(7) GOMES, Orlando. *Contratos*, cit., p. 206-207.

(8) Nesta linha, GOMES, Orlando. *Contratos*, cit., p. 206.

valoriza, acentuadamente, o *trabalho*, o *bem-estar*, a *segurança* e a *justiça social* na vida socioeconômica (Preâmbulo; art. 1º, IV; art. 3º, I, III e IV; art. 7º, I; art. 170, *caput* e incisos VII e VIII; art. 193, todos da Constituição de 1988). É claro que a mesma Constituição reconhece, como notável, a importância da *livre-iniciativa* (Preâmbulo; art. 1º, IV; art. 3º, I; art. 5º, XXII; art. 170, *caput* e incisos II, IV e IX, também todos da Lei Magna). Porém, a todo instante, o Texto Máximo compatibiliza as duas dimensões, exigindo que o *exercício da propriedade privada* e, portanto, da *livre-iniciativa*, seja sempre realizado *em harmonia à sua função social* (art. 5º, XXIII; art. 170, *caput* e inciso III, VII e VIII; art. 193, também todos da Constituição).

Ora, como efetivar tais compatibilização e respeito determinados pela Constituição, se se mantém, na ordem infraconstitucional, a resilição unilateral do contrato como mero direito potestativo do empregador? Ou seja, se se preserva, em tema de tamanhas dimensão e projeção sociais, a prerrogativa meramente potestativa de extinção do contrato, como ponto máximo de afirmação *da centralidade do indivíduo* no Direito e na sociedade? Há, sem dúvida, neste aspecto examinado, um claro desajuste da ordem justralhista infraconstitucional com princípios e regras inseridos, de modo reiterado e enfático, na Constituição da República.

1. O Contraponto da Convenção 158 da OIT

O contraponto à dispensa meramente arbitrária (*denúncia vazia do contrato*) reside na dispensa motivada, na denúncia cheia do contrato empregatício. Isto é, *denúncia lastreada em motivo consistente e relevante*.

A Convenção 158 da OIT oferta sistemática de ruptura contratual com suporte na denúncia cheia do contrato de trabalho, fundada em motivo relevante e consistente; algo que no Brasil — se prevalecente a Convenção 158 — corresponderia à *despedida motivada mas sem justa causa celetista*.

Dispõe o diploma normativo internacional que não poderá ocorrer, por iniciativa do empregador, “*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*” (art. 4º da Convenção 158). O mesmo diploma jurídico também menciona, como causas justificadoras da dispensa motivada mas sem justa causa, o seguinte rol identificador das *necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou do serviço*: trata-se dos “*motivos econômicos, tecnológicos, estruturais ou análogos*” (art. 13, Convenção 158 da OIT).

Ratificada pelo Brasil, por meio do Decreto Legislativo n. 68, publicado em 29.8.1992, com depósito do instrumento ratificado perante a Repartição Internacional do Trabalho da OIT em 5.5.1995, iniciou vigência no Brasil

em 5 de janeiro de 1996 (art. 16, item III, Convenção 158). Entretanto, lamentavelmente, foi denunciada pelo Presidente da República, por ato unilateral, em fins do mesmo ano de 1996, com depósito da denúncia na OIT em 20.11.1996, com efeitos a contar de 20.11.1997, sendo declarada a denúncia pelo Decreto n. 2.100, de 25.12.1996, expedido pelo então Presidente da República. Ademais, em setembro de 1997 (cerca de apenas 20 meses depois do início de sua vigência no Brasil), o Supremo Tribunal Federal acolheu arguição de inconstitucionalidade da Convenção 158 da OIT, por considerar *não auto-executável*, dependendo de lei complementar, a regra do art. 7º, I, da Constituição da República.

Nesse quadro, o contraponto ou, pelo menos, a atenuação dos poderes da despedida meramente arbitrária no Direito brasileiro ainda não se afirmou na ordem jurídica — ao menos no campo privado da economia e da sociedade.⁽⁹⁾

2. Entidades Estatais: o contraponto da motivação da dispensa

Conforme já exposto, o contraponto à dispensa meramente arbitrária (denúncia vazia do contrato) reside na *dispensa motivada*, na denúncia cheia do contrato empregatício, ou seja, a *denúncia contratual latreada em motivo consistente e relevante*.

O *princípio da motivação*, inerente às entidades estatais, aplicando-se também ao importante ato de rescisão unilateral do contrato empregatício pelo empregador estatal, lança notável refreamento à dispensa arbitrária no segmento empregatício capitaneado pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios na realidade brasileira.

O princípio da motivação, como se sabe, embora não tenha sido expressamente mencionado pelo *caput* do art. 37 da Constituição, encontra-se implícito mediante a conjugação dos princípios constitucionais relevantes ali brandidos: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

A aplicação do princípio da motivação nas dispensas de servidores públicos celetistas concursados já pode ser tida como hegemônica na jurisprudência, uma vez que o STF assim interpreta a ordem jurídica, ao passo que a maioria do TST lhes confere proteção jurídica ainda maior, a estabilidade no emprego (Súmula n. 390, I, TST).⁽¹⁰⁾

(9) Existe Ação Direta de Inconstitucionalidade no STF contra o ato unilateral do Presidente da República de denúncia da Convenção n. 158 da OIT. Trata-se da ADI n. 1625, em que se questiona a constitucionalidade do Decreto n. 2.100/1996, pelo qual o Presidente da República deu publicidade à denúncia unilateral que realizou quanto à Convenção n. 158 perante a OIT. O julgamento da ADI já se estende por vários anos, com sucessivos pedidos de vista regimental por distintos Ministros.

(10) Mesmo no tocante a servidores celetistas em período de estágio probatório (primeiros três anos, segundo o art. 41 da Constituição, desde a EC n. 19, de 1998), a jurisprudência do

A dissensão que ainda persiste diz respeito à aplicação (ou não) do princípio da motivação quanto aos atos de despedida dos empregados concursados de empresas estatais (sociedades de economia mista, empresas públicas e congêneres), em vista da regra especial contida no art. 173, § 1º, II, da mesma Constituição Federal (“sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários”). Não obstante, agiganta-se a vertente hermenêutica que sustenta que a ressalva do art. 173, § 1º, II, da Lei Magna não afasta a incidência do *princípio da motivação*, que preside o ato de entrada do trabalhador nos quadros da empresa estatal (via concurso público), devendo também presidir o ato de sua exclusão do emprego na entidade do Estado.⁽¹¹⁾

III. RESILIÇÃO POR ATO EMPRESARIAL — DISPENSA INJUSTA

O estudo da resilição unilateral por ato do empregador — despedida arbitrária ou sem justa causa — passa pelo exame prévio das modalidades de despedidas existentes no Direito do Trabalho, isto é, modos de término contratual por iniciativa do empregador.

STF tem considerado necessária a presença de *motivação* para a validade do ato resilitório do respectivo contrato de trabalho. Esclareça-se: o STF não considera incidir a estabilidade no emprego ao servidor celetista, mesmo concursado, pelo menos desde a EC n. 19/1998; porém, considera incidir o princípio constitucional da motivação com respeito ao ato de ruptura do contrato firmado.

(11) Por lealdade ao leitor, é bom registrar que o TST ainda não decidiu cancelar o item I da OJ 247 de sua SDI-I, que tem sido ainda observado por algumas de suas turmas. Nesse item I afirma-se que a dispensa de empregados concursados das empresas estatais pode se realizar mediante a simples denúncia vazia do contrato de trabalho, ou seja, a dispensa “independe de ato motivado para sua validade”. Quanto ao STF, mantém-se certa dúvida relativamente a esse aspecto da matéria, podendo-se vislumbrar a aparente presença ainda de três interpretações no tocante ao tema: a) extensão do princípio da motivação a todas as empresas estatais (posição que consideramos mais harmônica ao conjunto de princípios e regras constitucionais); b) extensão do referido princípio apenas às empresas estatais efetivamente prestadoras de serviço público; c) extensão desse princípio somente à própria ECT, já mencionada no inciso II da OJ 247 da SDI-I do TST. A respeito, consultar a decisão liminar prolatada pelo Ministro Luis Roberto Barroso, do STF, na Ação Cautelar n. AC/3669, conexa ao RE n. 589.998/PI, em que a ECT objetivava alcançar efeito suspensivo aos embargos de declaração apresentados no processo principal. O Ministro Relator deferiu, em 29 de abril de 2015, a liminar requerida pela ECT, “concedendo efeito suspensivo aos embargos de declaração por ela opostos nos autos do RE N. 589998”. Nos fundamentos de sua decisão, o Ministro Barroso discorre sobre as distintas vertentes de interpretação sobre o assunto. Por fim, ao julgar os mencionados EDs, em 10.10.2018, o Plenário do STF, por maioria, acolheu parcialmente o apelo para fixar a seguinte tese: “A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) tem o dever jurídico de motivar, em ato formal, a demissão de seus empregados”. Ficou esclarecido que a presente tese substitui aquela fixada em sessão administrativa realizada em 9.12.2015. Em síntese, nesse acórdão prolatado em 10.10.2018, a tese ficou circunscrita aos Correios, parte empregadora na ação principal RE-589998. (Fonte: Informativo STF 919, Repercussão Geral, outubro/2018).

Em seguida a esse estudo, cabe examinarem-se aspectos próprios à dispensa arbitrária, inerentes ao Direito brasileiro.

Finalmente, cabe o relevante estudo acerca das *limitações* à dispensa injusta no Brasil, com as repercussões jurídicas resultantes de seu desrespeito.

1. Modalidades de Despedidas

A *despedida do trabalhador por decisão empresarial* pode ser classificada de duas maneiras principais: segundo a motivação da dispensa e segundo sua amplitude ou abrangência no contexto empresarial.

A) Classificação Conforme a Motivação da Dispensa — Em conformidade com a motivação da dispensa obreira, existem diversos tipos de ruptura contratual por iniciativa do empregador.

Em primeiro lugar, há a *despedida desmotivada*, também conhecida como *dispensa arbitrária* ou *despedida sem justa causa*. Aqui, reitera-se, a expressão *dispensa desmotivada* traduz a ideia de falta de um motivo legalmente tipificado. Não se refere, é claro, à ausência de uma motivação interna à empresa (que sempre há de existir); apenas significa ser irrelevante para o Direito essa motivação, não necessitando ser explicitada: trata-se, pois da *denúncia vazia* do contrato.

Em segundo lugar, existe a *despedida motivada mas sem justa causa obreira*. Também denomina-se *dispensa não arbitrária*, embora sem culpa obreira. Não é muito relevante, hoje, na prática justabalhista do País, uma vez que o Brasil não reconheceu validade ao critério de motivação de dispensa inculcado na Convenção 158 da OIT — conforme já estudado. Entretanto, se considerada imperante na área estatal a necessidade de motivação do ato de despedida do empregado admitido por concurso público surge, nesse segmento empregatício, importante espaço à *despedida motivada mas sem justa causa do trabalhador*.

Em terceiro plano, há também a *despedida motivada por justa causa obreira*, conhecida, simplesmente, pela expressão *dispensa por justa causa*. Trata-se, como já visto, de resolução culposa do contrato de trabalho, e não simples resilição contratual.

Por fim, em quarto lugar, existe a chamada *despedida obstativa*, que corresponde àquela realizada pelo empregador com o fito de impedir ou fraudar a aquisição de um direito pelo empregado. No antigo sistema estabilitário da CLT, a jurisprudência referia-se à dispensa obstativa de aquisição da estabilidade, ocorrida durante o nono ano de serviço (a vantagem estabilitária começava no 10º ano, como se sabe). Nesse caso, tal dispensa irregular propiciava, regra geral, o pagamento dobrado da indenização por tempo de serviço prevista na CLT (§ 3º do art. 499, CLT; antigo Enunciado 26, TST).

Hoje, a jurisprudência considera obstativa, por exemplo, a dispensa ocorrida no trintídio anterior à data-base da respectiva categoria profissional, uma vez que frustra a aquisição das potenciais vantagens alcançadas na negociação coletiva trabalhista. Tal despedida obstativa gera o direito à indenização do art. 9º das Leis n. 6.708/79 e n. 7.238/84 (Súmulas 182, 242 e 314, TST)⁽¹²⁾.

B) Despedidas Individuais e Coletivas — *A despedida do trabalhador por decisão empresarial* pode ser classificada, finalmente, em conformidade com sua amplitude ou abrangência no contexto da empresa ou estabelecimento. Aqui, têm-se a *despedida individual* e a *despedida coletiva*.

Note-se, porém, que a presente tipologia (ao contrário da anterior) envolve, essencialmente, as situações de *resilição unilateral do contrato por ato do empregador*, não abrangendo, regra geral, os casos de resolução contratual culposa (despedida obreira por justa causa, por exemplo).

A *despedida individual* é a que envolve um único trabalhador, ou que, mesmo atingindo diferentes empregados, não configura ato demissional grupal, ou uma prática maciça de rupturas contratuais (o chamado *lay-off*). A ocorrência de mais de uma dispensa em determinada empresa ou estabelecimento não configura, desse modo, *por si somente*, despedida coletiva: pode-se tratar de um número disperso de dispensas individuais. Nessa medida, pode-se falar em dispensa individual como aquela que atinge um único empregado, e dispensa plúrima, aquela que atinge um número diversificado de empregados, porém não alcança o sentido e o impacto de uma dispensa coletiva, de caráter massivo.

Já a *despedida coletiva* atinge um grupo significativo de trabalhadores vinculados ao respectivo estabelecimento ou empresa, configurando uma prática maciça (ou massiva) de rupturas contratuais (*lay-off*).

Observe-se, no tocante à presente tipologia, que a amplitude ou abrangência que separam as duas modalidades de terminação do contrato de trabalho não se circunscrevem, em rigor, somente ao estabelecimento ou empresa. É que, enquanto a dispensa meramente individual tem parca possibilidade de provocar repercussões no âmbito externo à relação de emprego (e, em certa medida, também a dispensa plúrima), a dispensa coletiva certamente deflagra efeitos no campo da comunidade mais ampla em que se situa a empresa ou o estabelecimento, provocando, em decorrência disso, forte impacto social.

(12) Às vezes arrola-se no grupo das despedidas ou dispensas, embora impropriamente, a figura da despedida indireta ou dispensa indireta. Trata-se, contudo, de modalidade de terminação do contrato provocada *por iniciativa do empregado*, que se funda em motivação tipificada pela ordem jurídica, consistente em ato infrator trabalhista cometido por seu empregador. Ou seja, está-se diante da rescisão indireta, regulada pelo art. 483 da CLT. Ora, este modo de extinção contratual corresponde à resolução culposa do pacto empregatício, por infração empresarial: rigorosamente, não deve ser enquadrada no grupo das despedidas, por não ser de iniciativa do empregador.

A dispensa coletiva configura, sem dúvida, frontal agressão aos princípios e regras constitucionais valorizadores do *trabalho*, do *bem-estar*, da *segurança* e da *justiça social* na vida socioeconômica, além dos princípios e regras constitucionais que *subordinam o exercício da livre-iniciativa e da propriedade privada à sua função social* (por exemplo, Preâmbulo Constitucional e diversos artigos da Constituição: art. 1º, IV; art. 3º, I, III e IV; art. 5º, XXII e XXIII; art. 7º, I; art. 170, *caput* e incisos II, III, IV, VII, VIII e IX; art. 193).

Apesar de tudo isso, as dispensas coletivas não têm contado, na tradição infraconstitucional brasileira, com dispositivos legais regulamentadores. No Brasil, curiosamente, a lei não se contenta em considerar como ato afirmativo da individualidade do empregador a ruptura unilateral dos contratos de trabalho; até mesmo a dispensa massiva, coletiva, causadora de graves lesões sociais, é descurada pelo Direito do Trabalho do País. Como aponta *Nelson Mannrich*, não existe “intervenção do Estado no âmbito do exercício desse poder, nem o empregado pode reaver o emprego, seja na instância judicial, seja na administrativa, exceto se portador de estabilidade decenal ou especial, podendo, ainda assim, a reintegração ser convertida em indenização”⁽¹³⁾.

Lamentavelmente, no instante em que a lei decidiu se manifestar explicitamente sobre as dispensas massivas, de caráter coletivo, foi no sentido de as equiparar às meras dispensas individuais — como recentemente fez a Lei da Reforma Trabalhista, ao inserir o art. 477-A na CLT, com vigência a partir de 11.11.2017.

a) Despedidas Coletivas: inferências constitucionais — Duas décadas após a Constituição de 1988, finalmente a jurisprudência começou a inferir do Texto Magno diferenciação de tratamento jurídico entre as dispensas individuais e as dispensas coletivas.

Em julgamento de *dissídio coletivo* tratando de despedida maciça de empregados por grande empresa, em face de grave retração na atividade econômica (*lay off* de mais de 4 mil trabalhadores), ocorrido em agosto de 2009, fixou a Seção de Dissídios Coletivos do TST, por maioria de votos, a *premissa de que a negociação coletiva é imprescindível para a dispensa em massa de trabalhadores*.⁽¹⁴⁾

Embora a premissa tenha sido fixada apenas para *situações fático-jurídicas futuras à data do julgamento* — 10.8.2009 (não tendo sido acompanhada, conforme a decisão da maioria da SDC-TST, de outros consectários reflexos, como, ilustrativamente, ordem de reintegração, arbitramento de indenização compensatória, prorrogação temporal de prazos contratuais ou outras repercussões assemelhadas), teve o importante condão de fixar diferenciação jurídica efetiva entre dispensas meramente individuais e dispensas coletivas. Nesse quadro, enfatizou o contingenciamento constitucional

(13) MANNRICH, Nelson. *Dispensa Coletiva: da liberdade contratual à responsabilidade social*. São Paulo: LTr, 2000, p. 469.

(14) TST-RODC 309/2009-000-15-00.4. Rel. Min. Mauricio Godinho Delgado. Sessão de 10.8.2009 (DEJT de 4.9.2009).

dirigido às dispensas massivas, as quais deveriam se submeter à negociação coletiva trabalhista, apta a lhes atenuar os drásticos efeitos sociais e econômicos.

A decisão da Seção de Dissídios Coletivos do TST partiu da distinção fática entre os danos existentes na sociedade e na economia, que muitas vezes têm caráter e dimensão meramente atomísticos, individuais, podendo ter, entretanto, dimensão e caráter notavelmente abrangentes, coletivos, comunitários. E a ordem jurídica, inclusive constitucional, teria percebido, incorporado e expressado essa diferenciação.

Nessa linha, o voto de relatoria examinado dispõe que a ordem constitucional e infraconstitucional democrática brasileira, considerada a Constituição de 1988 e diversos diplomas internacionais ratificados (ilustrativamente, Convenções OIT n. 11, 98, 135 e 141), todo esse conjunto normativo não autorizaria o *“manejo meramente unilateral e potestativista das dispensas trabalhistas coletivas, por se tratar de ato/fato coletivo, inerente ao Direito Coletivo do Trabalho, e não Direito Individual, exigindo, por consequência, a participação do(s) respectivo(s) sindicato(s) profissional(is) obreiro(s).”*⁽¹⁵⁾

Esse mesmo acórdão relatado afirma que existem *“regras e princípios constitucionais que determinam o respeito à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), a valorização do trabalho e especialmente do emprego (arts. 1º, IV, 6º e 170, VIII, CF), a subordinação da propriedade à sua função socioambiental (arts. 5º, XXIII e 170, III, CF) e a intervenção sindical nas questões coletivas trabalhistas (art. 8º, III e VI, CF)”*. Tal amplo conjunto de princípios e regras magnos impõem, segundo o acórdão, que *“se reconheça distinção normativa entre as dispensas meramente tópicas e individuais e as dispensas massivas, coletivas, as quais são social, econômica, familiar e comunitariamente impactantes”*. Conclui o Relator, nesta linha de reflexão, que *“seria inválida a dispensa coletiva enquanto não negociada com o sindicato de trabalhadores, espontaneamente ou no plano do processo judicial coletivo”*. Mas ressalva, logo a seguir, o mesmo Relator: a *“d. Maioria, contudo, decidiu apenas fixar a premissa, ‘para casos futuros’, de que ‘a negociação coletiva é imprescindível para a dispensa em massa de trabalhadores,’ observados os fundamentos supra”*.⁽¹⁶⁾

No período seguinte ao julgamento de 18.8.2009, a jurisprudência da SDC do TST, ao enfrentar novos casos de dispensas coletivas, confirmou a importância do precedente judicial inferido, enfatizando ser a negociação coletiva sindical procedimento prévio imprescindível para os casos de dispensas massivas de trabalhadores. Nesta linha estão os seguintes acórdãos e respectivas datas de julgamento: TST-RODC-2004700-91.2009.5.02.0000, julgado em 14.11.2011 — Relatora: Ministra Kátia Magalhães Arruda; RO-173-02.2011.5.15.0000, julgado em 13.08.2012 — Relator: Ministro Mauricio Godinho Delgado; RO-6-

(15) TST-RODC 309/2009-000-15-00.4. Rel. Min. Mauricio Godinho Delgado. Sessão de 10.8.2009 (DEJT de 4.9.2009).

(16) TST-RODC 309/2009-000-15-00.4. Rel. Min. Mauricio Godinho Delgado. Sessão de 10.8.2009 (DEJT de 4.9.2009).

61.2011.5.05.0000, julgado em 13.11.2012 — Relator: Ministro Walmir Oliveira da Costa.

Esclareça-se, a esse respeito, que o Tribunal Pleno do TST, em julgamento ocorrido em 18.12.2017 (RO-10782-38.2015.5.03.000-Rel. Min. Maria Cristina I. Peduzzi), decidiu, por maioria, que a ação *de dissídio coletivo de natureza jurídica* não é adequada, por *razões processuais*, para brandir pleitos relacionados à dispensa em massa de trabalhadores. Tal decisão do TST Pleno, porém, ostenta efeitos e objetivos estritamente processuais, não entrando no mérito da jurisprudência firmada, em 2008, na SDC da Corte Superior Trabalhista. Mantém-se válida, desse modo, a tese jurídica interpretativa firmada na SDC, desde 2008, sobre a necessidade de negociação coletiva para a validade das dispensas massivas de trabalhadores. Contudo, do ponto de vista processual, fica claro que somente por intermédio de outras ações judiciais — tal como a ação civil pública e/ou a ação civil coletiva —, é que se mostra adequado tratar, na Justiça do Trabalho, desse complexo e importante assunto, que envolve aspectos processuais e, principalmente, diversificados aspectos materiais (por exemplo, pedidos de invalidação da dispensa, de reintegração, de indenização, etc.).

b) *Reforma trabalhista e dispensas coletivas (novo art. 477-A, CLT)* — A Lei da Reforma Trabalhista (vigente desde 11.11.2017) inseriu preceito na Consolidação das Leis do Trabalho sobre o assunto em exame, mas o fez com o intuito de desregular, ao máximo, as dispensas coletivas: “Art. 477-A. As dispensas imotivadas individuais, plúrimas ou coletivas equiparam-se, para todos os fins, não havendo necessidade de autorização prévia de entidade sindical ou de celebração de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho para sua efetivação”.

Distintos aspectos colocam em questão a compatibilidade da nova regra legal com a Constituição da República, entretanto.

Em primeiro lugar, pela circunstância de reger, por intermédio de simples lei ordinária, tema sobre o qual o art. 7º, I, da Constituição exige, expressamente, *lei complementar* — diploma legal, conforme se sabe, que tem de ser aprovado com quorum parlamentar especial. De fato, eis o que determina o art. 7º, *caput* e inciso I da Constituição: “Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social (...) I — relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos” (grifos acrescentados).

Ora, a regulação do inciso I do art. 7º da Constituição da República somente pode ser feita por meio de *lei complementar* (jamais mediante simples lei ordinária). A essencialidade dessa lei complementar, inclusive, já foi assim decidida pelo Supremo Tribunal Federal, na ADI n. 1625, ao julgar, em 2007, inconstitucional a Convenção 158 da OIT em decorrência de o art. 7º, I, da CF determinar que a sua regulamentação se faça por lei complementar.

Se não bastasse, essa lei complementar — segundo o texto explícito do art. 7º, I, da CF — deve prever, “dentre outros direitos”, uma “indenização

compensatória”. Nesse quadro, a mera lei ordinária não é apta a reger a respectiva matéria, ainda mais para não cumprir nenhuma determinação expressa contida no art. 7º, I, da CF/88, como terminou por fazer o novo art. 477-A da CLT. Aliás, essa nova regra introduzida pela Lei da Reforma Trabalhista — apesar do texto claro do art. 7º, I, da Constituição — é enfática em dispor que a dispensa massiva não deve receber qualquer mínimo tratamento diferencial pela ordem jurídica, sem rito especial, sem indenização compensatória, sem quaisquer outros direitos.

Em segundo lugar, a regra inserida no art. 477-A da CLT é, literal e diretamente, contrária ao disposto no inciso I do art. 7º da Constituição: ela mantém a incidência da despedida totalmente arbitrária; ela afasta a negociação coletiva trabalhista da regência de assunto eminentemente coletivo; e ela não estipula qualquer indenização compensatória superior às verbas tradicionais da dispensa estritamente individual e sem justa causa.

Em terceiro lugar, a inconstitucionalidade emerge também pelo fato de a nova regra legal, ao equiparar as dispensas coletivas às dispensas meramente individuais, desrespeitar diversos princípios constitucionais do trabalho, tais como, o da justiça social, o da subordinação da propriedade à sua função social, o da segurança (em seu sentido social, ao invés do simples sentido tradicional desse princípio), o da valorização do trabalho e emprego, o da centralidade da pessoa humana na ordem jurídica e na vida socioeconômica e, por fim, o princípio da dignidade da pessoa humana.

Em quarto lugar, o novo preceito legal desrespeita, de maneira aberta, frontal, o princípio constitucional da proporcionalidade, ao conferir tratamento idêntico, e bastante lesivo, às dispensas massivas, coletivas, de trabalhadores pelo empregador, estendendo-lhes, em todos os aspectos, exatamente o mesmo tratamento jurídico conferido às dispensas estritamente individuais. E, conforme se sabe, esse tratamento jurídico já é bastante severo, pois o ordenamento infraconstitucional tem acolhido a dispensa individual meramente arbitrária de trabalhadores no universo do trabalho empregatício no País.

Em quinto lugar, a inconstitucionalidade emerge pelo menoscabo às normas da Constituição que tratam do Direito Coletivo do Trabalho, em especial o art. 8º, III (“*ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais e administrativas*”) e o art. 8º, VI (“*é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho*”). É que os assuntos fundamentais concernentes a direitos e interesses coletivos da categoria — e a dispensa em massa de empregados de qualquer empresa ostenta esse caráter — enquadram-se como assuntos eminentemente inseridos nas atribuições constitucionais essenciais da respectiva entidade sindical, a qual tem de participar, inequivocamente e de modo direto, da regência negocial coletiva do conflito (inciso III e VI do art. 8º, lidos em conjugação).

Em sexto lugar, o próprio conceito constitucional de *Estado Democrático de Direito* se mostra afrontado pela regra inserta no art. 477-A da CLT. É que esse paradigma do constitucionalismo humanístico e social supõe a presença de uma sociedade civil — e, inclusive, o âmbito das empresas e instituições, com as suas relações trabalhistas — com *caráter democrático e inclusivo*, ao invés do contrário (Preâmbulo da Constituição da República; art. 1º, *caput* e incisos II, III e IV; art. 3º, *caput* e incisos I, II, III e IV; art. 5º, *caput* e inciso III; art. 6º; art. 7º, *caput* e inciso I; art. 170, *caput* e incisos III, VII e VIII; art. 193, todos da CF/88).

2. Aspectos Próprios à Despedida Injusta

A denúncia vazia do contrato de trabalho por ato empresarial constitui, como visto, na ordem jurídica brasileira, um direito meramente potestativo. Ela realiza-se por meio de uma declaração volitiva de caráter receptício e constitutivo, com efeitos imediatos quanto à extinção contratual, tão logo recebida pela parte adversa.

O Direito do Trabalho estabelece, contudo, a necessidade de um pré-aviso para a denúncia vazia do contrato, cujo prazo mínimo, hoje, é de 30 dias (art. 7º, XXI, CF/88). *Este pré-aviso embute a própria declaração de vontade em favor do término contratual*, demarcando, ao mesmo tempo, o início da contagem do prazo de 30 dias⁽¹⁷⁾. Tal prazo integra-se ao pacto empregatício para todos os fins (art. 487, § 1º, *in fine*, CLT; OJs 82 e 83, SDI-1/TST).

A partir da Lei n. 12.506 (Diário Oficial de 13.10.2011), despontou a parcela proporcional do pré-aviso. Sem afetar o prazo padrão de 30 dias, válido para os “...*empregados que contem até 1 (um) ano de serviço na mesma empresa*” (art. 1º da Lei n. 12.506), a proporcionalidade inovadora corresponde a um acréscimo de “... *3 (três) dias por ano de serviço prestado na mesma empresa, até o máximo de 60 (sessenta) dias, perfazendo um total de até 90 (noventa) dias*” (parágrafo único do art. 1º da Lei n. 12.506). A vantagem recente favorece todo e qualquer empregado, seja urbano, rural ou doméstico.

A dispensa injusta consiste, ao lado da resolução contratual por justa causa do próprio empregador (rescisão indireta), na modalidade mais onerosa de ruptura contratual existente no Direito do País. Em síntese, ela propicia o pagamento do maior número de parcelas rescisórias entre os diversos tipos de término contratual regulados pelo Direito do Trabalho. Conforme já examinado, são parcelas inerentes à dispensa injusta: aviso-prévio de 30 dias, projetando-se no contrato (além da proporcionalidade da parcela, desde 13.10.2011, se aplicável ao contrato em análise); férias proporcionais, com

(17) A contagem do prazo do aviso-prévio faz-se conforme o critério civilista clássico, ou seja, exclui-se o dia do começo (data de recebimento do aviso), e computa-se o dia de seu término (ex-OJ 122, SDI-1/TST; Súmula 380, TST; art. 125, *caput*, CCB/1916; art. 132, *caput*, CCB/2002).

1/3; 13º salário proporcional; liberação de depósitos de FGTS, com acréscimo de 40% sobre o total do Fundo de Garantia; a indenização adicional por dispensa no trintídio anterior à data-base, se for o caso; outras indenizações por frustração de estabilidade ou garantias provisórias de emprego, se for o caso, e desde que não caiba a efetiva reintegração do trabalhador ao emprego⁽¹⁸⁾.

Relembre-se, ainda, que além da “baixa” na CTPS do empregado (com data do final do aviso), da emissão de Termo de Rescisão Contratual (TRCT), com o código de saque do FGTS e referência ao depósito dos 40% adicionais do Fundo e também às verbas rescisórias pertinentes, o empregador tem de emitir, neste caso, os documentos tipificados para que o obreiro possa se habilitar, administrativamente, ao recebimento do seguro-desemprego (guias CD/SD). A falta administrativa empresarial quanto a tais procedimentos pode gerar obrigação indenizatória relativamente aos valores do seguro-desemprego, como já examinado (Capítulo XXVIII, item VI.2.A).

Pontue-se, contudo, que, desde 11.11.2017 — data de vigência da Lei n. 13.467 (Lei da Reforma Trabalhista) — o procedimento rescisório alterou-se, com menores garantias para o empregado despedido. Nesse novo quadro, o empregador procede à anotação na CTPS obreira (“baixa”, essencialmente), comunica a dispensa aos órgãos competentes e realiza o pagamento das verbas rescisórias no prazo de 10 dias a partir do término do contrato, preenchendo o recibo especificado quanto às verbas constantes e respectivos valores, a ser assinado pelo empregado despedido. É o que consta do art. 477, *caput* e §§ 2º, 4º, I e II, 5º e 6º da CLT. O rito homologatório rescisório sindical ou administrativo foi extinto (revogação dos §§ 1º e 3º do art. 477 da CLT). O desrespeito ao prazo fixado no § 6º do art. 477 da CLT, porém, continua a deflagrar a incidência da multa do § 8º do mesmo art. 477.

O presente modo de extinção do contrato de trabalho consiste no padrão geral presumido de termos contratuais no Direito brasileiro. Tal presunção deriva de dois fatores principais, conforme estudado: a dispensa meramente arbitrária afronta o princípio da continuidade da relação empregatícia; ao mesmo tempo, seu mais elevado número de parcelas rescisórias faz incidir o princípio da norma mais favorável ao trabalhador desligado do emprego.

(18) Segundo já esclarecido no capítulo anterior, em seu item VI.2.A, a Lei Complementar n. 110, de 29.6.2001, criou uma contribuição social de 10% sobre o total do FGTS, “devida pelos empregadores em caso de despedida de empregado sem justa causa” (art. 1º). O credor desta contribuição social, vigorante desde janeiro de 2002, segundo o STF (decisão liminar em ADINs ns. 2.556 e 2.568, de 2002), não é, obviamente, o obreiro, mas o Estado (União), por meio da Caixa Econômica Federal (embora, sob o ponto de vista econômico, o empregador acabe por pagar, de fato, 50% sobre o Fundo de Garantia, nas dispensas sem justa causa). Além dessa contribuição social de 10% sobre o saldo rescisório do FGTS (art. 1º, *caput*, LC n. 110/2001), prevaleceu também, por 60 meses, desde janeiro de 2002 (extinção em janeiro de 2007), outra contribuição social, com alíquota de 05% (cinco décimos), calculada sobre a remuneração mensal do empregado, tal como o recolhimento do FGTS, depositada mensalmente pelo empregador na CEF em favor da União (art. 2º, *caput* e § 2º, LC n. 110/2001).

3. Limitações à Dispensa Injusta

O respeito ao valor trabalho, o interesse da sociedade na busca do pleno emprego e a subordinação da livre-iniciativa à sua função social têm conduzido, regra geral, parte significativa dos países democráticos mais avançados, em especial no continente europeu ocidental, a suprimir a viabilidade jurídica da dispensa meramente arbitrária, que não se fundamente em causa tida como socialmente relevante.

O Brasil, como se viu neste capítulo e no anterior, não participa, há décadas, dessa orientação justralhista, uma vez que preserva a prerrogativa potestativa empresarial de extinguir o contrato de emprego por meio de simples denúncia vazia.⁽¹⁹⁾

Entretanto, ainda assim, existem situações juridicamente tipificadas no Direito brasileiro que restringem ou, até mesmo, inviabilizam, enquanto durar o fator impeditivo, o livre exercício do poder resilitório pelo empregador, isto é, a despedida desmotivada ou sem justa causa.

Ressalte-se que tais situações jurídicas, regra geral, não impedem a resolução do contrato em face de conduta infratora culposa do trabalhador (dispensa por justa causa); elas apenas atingem o poder de despedimento arbitrário ou sem justa causa do respectivo empregado.

A) Causas Restritivas — De maneira geral, as causas restritivas da rescisão unilateral por ato do empregador podem ser classificadas em três grupos principais: as situações de *estabilidade no emprego* e as de *garantias provisórias de emprego*, estas também chamadas de estabilidades temporárias ou estabilidades provisórias. A seu lado, as situações de interrupção e suspensão contratuais.

Tais causas restritivas de rescisão contratual por ato meramente potestativo do empregador serão arroladas na presente alínea “A”, embora seu estudo mais circunstanciado seja feito em capítulos específicos deste Curso⁽²⁰⁾.

As *situações estabilitárias* previstas em regra jurídica heterônoma estatal são, conforme visto, relativamente restritas no Direito do Trabalho do País; em contraponto a isso, têm se ampliado, paulatinamente, na legislação as situações de garantias provisórias de emprego.

São, basicamente, três essas situações estabilitárias: a antiga estabilidade celetista, ao lado de duas situações distintas reguladas pela Constituição de 1988.

(19) Se considerada prevacente na área estatal, relativamente aos servidores admitidos por concurso público, a necessidade da motivação da dispensa, desponta, nesse segmento empregatício, importante limitação à dispensa meramente arbitrária.

(20) Os institutos da estabilidade e garantias de emprego serão mais analiticamente examinados no Capítulo XXXII deste Curso, enquanto a interrupção e suspensão contratuais foram estudadas com maior minúcia no Capítulo XXVII.

O trabalhador protegido pela estabilidade no emprego, prevista pela CLT, alcançada aos dez anos e um dia de tempo de serviço para o respectivo empregador, não poderia ser dispensado “senão por motivo de falta grave ou circunstância de força maior, devidamente comprovada” (art. 492, CLT).

A resolução contratual culposa teria de ser apurada por meio de ação de inquérito judicial, proposta pelo empregador, cuja sentença é que determinaria ou não o término do contrato de trabalho (art. 494, *in fine*, CLT).

Esta significativa proteção jurídica eclipsou-se no Direito brasileiro, a contar do advento da Lei do FGTS (n. 5.107, de 1966), que criou regime jurídico alternativo ao da CLT, e que com este iria concorrer até 1988. A Constituição de 5.10.1988 colocou fim à dualidade de regimes jurídicos, ao generalizar o Fundo de Garantia para o conjunto dos empregados do País (art. 7º, IV, CF/88), exceto o doméstico, além de revogar, concomitantemente, o antigo sistema indenizatório e estabilitário da CLT (art. 7º, I, CF/88, e 10, I, ADCT/CF-88).

Hoje, portanto, a limitação estabilitária do art. 492 da CLT somente favorece antigos empregados, cujo direito adquirido remonta ao período pré-Lei Magna de 1988⁽²¹⁾.

A nova Constituição, embora tenha extinguido a tradicional estabilidade da CLT, criou regras específicas de estabilidade, favorecendo os servidores públicos. Duas delas interessam ao Direito do Trabalho: a do art. 19, do ADCT/CF-88, e a do art. 41, do texto principal da Constituição.

A estabilidade do art. 19 do ADCT atingiu os servidores públicos civis “em exercício na data da promulgação da Constituição, há pelo menos cinco anos continuados”, que não tenham sido admitidos por meio de concurso público (os concursados, obviamente, já seriam estáveis, em menor prazo, por força do art. 41 da Constituição de 1988 e das próprias Cartas precedentes).

A regra genérica e indiferenciada insculpida nesse dispositivo da Constituição de 1988 (*servidores públicos civis*) não permite, para os fins de sua incidência, vislumbrar-se distinção entre servidores sob regime administrativo e sob regime celetista. Neste quadro, os *empregados públicos* vinculados, *nos moldes supra*, à União, Estados, Distrito Federal e Municípios, com suas respectivas administrações diretas, autárquicas e fundacionais, são, inquestionavelmente, “considerados estáveis no serviço público” (art. 19, ADCT/CF-88).

A outra situação estabilitária de servidor público civil é regulada pelo art. 41 da Constituição. O texto original da Constituição referia-se à estabilidade, “após dois anos de efetivo exercício”, dos “servidores nomeados em virtude de concurso público”. A Emenda Constitucional n. 19, de 4.6.1998, por sua vez, determinou serem “estáveis após 3 (três) anos de

(21) A evolução do antigo sistema da CLT e seu ofuscamento pelo regime do FGTS, nas décadas de 1960/80, foi analisada no Capítulo XXVIII, item IV, deste Curso.

efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público” (novo art. 41, *caput*, CF/88, desde EC 19/1998). Esta vantagem jurídica aplica-se também aos servidores celetistas (“empregados públicos”) da administração direta, autárquica e fundacional, *segundo a jurisprudência trabalhista*, desde que admitidos mediante concurso público (ex-OJ 265, SDI-I/TST; ex-OJ 22, SDI-II/TST; Súmula 390, I, TST).⁽²²⁾

São várias as situações de *garantias provisórias de emprego* asseguradas por regra jurídica heterônoma estatal no Direito brasileiro. Algumas delas estão referidas no próprio corpo da Constituição; outras derivam da legislação ordinária. Percebe-se, porém, certa tendência de diversificação nas situações de estabilidade temporária, em especial a contar do advento da nova Constituição Republicana.

A Constituição refere-se às seguintes estabilidades provisórias: do dirigente sindical, mesmo suplente, desde o registro de sua candidatura a cargo de direção ou representação sindical até um ano após o final do mandato (art. 8º, VIII, CF/88; ver ainda art. 543, CLT). Trata-se, a propósito, do único caso em que existe jurisprudência pacificada quanto à necessidade de propositura de inquérito judicial, pelo empregador, para obtenção da dispensa por justa causa de empregado favorecido por garantia temporária de emprego (ex-OJ 114, SDI-I/TST; Súmula 379, TST).

O art. 10, II, “a”, do ADCT da Constituição confere também estabilidade temporária ao “empregado eleito para cargo de direção de comissões internas de prevenção de acidentes, desde o registro de sua candidatura até um ano após o final de seu mandato”. Tal garantia estende-se ainda ao respectivo suplente (Súmula 339, TST; ex-OJ 25, SDI-I/TST). O Texto Máximo fala em vedação à “*dispensa arbitrária ou sem justa causa*”.

O mesmo art. 10, II, do ADCT da Constituição, em sua alínea “b”, estabelece estabilidade provisória à “empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto”. Aqui também se fala em vedação à “*dispensa arbitrária ou sem justa causa*”.

A legislação trata, ainda, de diversas regras de garantias provisórias de emprego. Oriundas das leis previdenciárias, há as seguintes situações, ilustrativamente: a do *empregado acidentado*, pelo “prazo mínimo” de 12 meses, “após a cessação do auxílio-doença acidentário, independentemente

(22) Há decisões do STF, contudo, no sentido de negar a estabilidade do art. 41, *caput*, aos servidores celetistas (empregados públicos) concursados e admitidos depois da nova redação conferida pela EC n. 19/1998, ao fundamento de que o novo texto reformado refere-se somente a “cargo” (art. 41, *caput* e §§ 1º, 2º e 3º), não abrangendo “emprego”, em contraponto ao caráter genérico do texto constitucional primitivo. De todo modo, a dispensa desse servidor admitido, por concurso, depois da EC n. 19/98 não poderia ser meramente arbitrária, porém necessariamente *motivada*, uma vez que vigora, no plano constitucional, relativamente às entidades estatais — especialmente as de Direito Público —, o *princípio da motivação*, implícito ao rol de princípios expressamente lançados no *caput* do art. 37 da Constituição.

de percepção de auxílio-acidente” (art. 118, Lei n. 8.213/91). A seu lado, a garantia do “trabalhador reabilitado ou de deficiente habilitado”, cuja dispensa imotivada, ao final de contrato a termo de mais de 90 dias ou em contrato de duração indeterminada, “só poderá ocorrer após a contratação de substituto de condição semelhante” (art. 93, § 1º, Lei n. 8.213/91). Relembre-se, ademais, de que empresas com 100 ou mais empregados estão obrigadas a preencher certo percentual de suas vagas (a contar de 2%, conforme o tamanho da empresa) com “beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência, habilitadas” (*caput* do art. 93, Lei n. 8.213/91).⁽²³⁾ Ainda nessa toada, existe a garantia provisória dos três empregados, e seus suplentes, que representam os trabalhadores em atividade no Conselho Nacional de Previdência Social (art. 295, II, “b”, Decreto n. 3.048, de 6.5.1999). Tal proteção estende-se desde a “nomeação até um ano após o término do mandato de representação” (art. 301, Decreto n. 3.048/99 — Regulamento da Previdência Social). Esclareça-se que o mandato é de dois anos, autorizada uma única imediata recondução (§ 1º do art. 295 do Decreto n. 3.048/99).

Ressalte-se, ainda, a recente garantia de emprego dos integrantes da comissão de representação de empregados em empresas com mais de 200 empregados (art. 510-D, § 3º, CLT). Tal comissão representativa foi regulada pelos arts. 510-A a 510-E da CLT, conforme inserção feita pela Lei n. 13.467, vigorante desde 11.11.2017.

A jurisprudência estendia a garantia de emprego do dirigente sindical ao líder congênere de associações profissionais legalmente registradas (antigo Enunciado 222, TST). A interpretação favorecia as direções de entidades representativas dos servidores públicos celetistas, no quadro constitucional anterior a 1988. Entretanto, com a viabilização da sindicalização na área pública civil, pela Constituição de 1988 (art. 37, VI, CF/88), tornou-se prejudicada tal extensão. Tempos depois, foi cancelada a Súmula 222 (Res. n. 84, de 13.8.98, do TST).

A Lei de Cooperativas, por sua vez, estendeu a mesma garantia do dirigente sindical aos “empregados de empresas que sejam eleitos diretores de sociedades cooperativas pelos mesmos criadas” (art. 55, Lei n. 5.764, de 1971; OJ n. 253, SDI-I/TST).

Igualmente, a Lei das Comissões de Conciliação Prévia (n. 9.958, de 2000) estipulou ser “vedada a dispensa dos representantes dos empregados”,

(23) O Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei n. 13.146, de 6.7.2015) promoveu nova redação aos §§ 1º e 2º do art. 93 da Lei n. 8.213/1991, inserindo ainda novo § 3º no mesmo artigo (preceitos novos com vigência somente desde 4.1.2016). Eis o texto do novo art. 93, § 1º, da Lei n. 8.213/91: “A dispensa de pessoa com deficiência ou de beneficiário reabilitado da Previdência Social ao final de contrato por prazo determinado de mais de 90 (noventa) dias e a dispensa imotivada em contrato por prazo indeterminado somente poderão ocorrer após a contratação de outro trabalhador com deficiência ou beneficiário reabilitado da Previdência Social”.

membros dessas entidades, sejam titulares ou suplentes, “até um ano após o final do mandato” (art. 625-B, § 2º, CLT, conforme redação da Lei n. 9.958/00).

Some-se a esses exemplos a recente garantia de emprego instituída para o empregado que tenha jornada e salário reduzidos no contexto do Programa de Proteção ao Emprego (PPE), criado pela MPr. n. 680, de 6.7.2015 (convertida, posteriormente, com modificações, na Lei n. 13.189/2015) e/ou do Programa Seguro-Emprego (PSE), em conformidade com alterações efetivadas pela MPr. n. 761, de 22.12.2016, no texto da Lei n. 13.189/2015.

Situação peculiar foi inferida pela jurisprudência da Constituição da República (Preâmbulo; art. 1º, III; art. 3º, IV, *in fine*, todos da CF/88): a presunção de dispensa discriminatória de empregado portador de doença grave “que suscite estigma ou preconceito” (Súmula 443, TST). Embora não se trate de efetiva garantia de emprego, o fato é que sua dispensa meramente arbitrária presume-se discriminatória, ensejando a reintegração ou indenização equivalente (Súmula 443, TST).

Os fatores que conduzem à *interrupção ou suspensão do contrato de trabalho* são também muito diversificados, segundo o Direito brasileiro. Foram exaustivamente examinados no Capítulo XXVII do presente Curso (para onde remetemos o leitor). O fundamental a ser aqui lembrado é que esses fatores sustam a validade jurídica do exercício meramente potestativo da faculdade resilitória do contrato pelo empregador: a dispensa injusta, em contratos submetidos a causas interruptivas ou suspensivas, é, portanto, visceralmente nula, inválida.

B) Efeitos da Dispensa Irregular — A concretização da dispensa sem justa causa pelo empregador, em quadro de vedação decorrente de qualquer das três proteções acima examinadas, compromete a validade do ato empresarial. Nulo o ato, determina o Direito que as partes retornem ao *status quo ante*, sem reconhecimento de repercussões ao ato jurídico viciado.

A jurisprudência, contudo, nem sempre tem considerado aplicável o remédio jurídico pleno da reintegração ao emprego do trabalhador irregularmente dispensado. Há que ser diferenciados, assim, os efeitos da dispensa irregular.

Existem algumas situações tuteladas pela ordem jurídica a respeito das quais é pacífica, na jurisprudência, a pertinência da reintegração ao emprego do trabalhador dispensado. Trata-se das situações contratuais protegidas por *estabilidade*. Seja a antiga proteção oriunda do art. 492 da CLT (hoje, rara, na prática, conforme visto), sejam as situações de estabilidade asseguradas pela Constituição de 1988, a todas aplica-se a regra do art. 495 da CLT, que se refere à reintegração, seguida do pagamento das verbas contratuais relativas ao período de irregular afastamento (por analogia, nos casos tutelados pela Constituição).

Está também pacificado que a dispensa irregular do dirigente sindical, sem comprovação judicial da falta grave autorizadora da resolução do contrato (e não a mera rescisão), enseja a reintegração ao emprego, nos mesmos moldes acima (Súmula 197, STF; ex-OJ 114, SDI-I/TST; Súmula 379, TST).

Note-se que, em todos esses casos, o procedimento de ruptura contratual por ato do empregador é formal, submetendo-se à ação de inquérito para apuração da falta grave⁽²⁴⁾.

Registre-se que a Lei n. 5.764/71 estende as mesmas “*garantias asseguradas aos dirigentes sindicais*” aos empregados eleitos diretores de sociedades cooperativas por eles criadas (art. 55). Embora a situação fática não seja comum na jurisprudência, deve-se inferir que o critério pacificado quanto aos sindicalistas (reintegração) também se aplica ao presente caso (ex-OJ 114 e OJ 253, SDI-I/TST; Súmula 197, STF; art. 543, CLT).

As garantias de emprego que tutelam também a noção e prática da *representação comunitária* (como as dos dirigentes, titulares e suplentes, da representação obreira nas CIPAs, a par dos representantes dos empregados, titulares e suplentes, no Conselho Nacional de Previdência Social, além dos novos representantes mencionados pelo recente art. 510-D, § 3º, da CLT) também deveriam resultar na reintegração, inegavelmente, caso desrespeitadas pelo empregador. É que solução jurídica distinta (indenização pelo período restante, por exemplo) frustraria não só a tutela dirigida ao empregado, individualmente, como aquela que favorece a própria representação comunitária, que ficaria absolutamente comprometida.

Do mesmo modo, as garantias de emprego vinculadas, direta ou indiretamente, à saúde do trabalhador ou da obreira deveriam ensejar a solução jurídica da *reintegração* (citem-se, ilustrativamente, a estabilidade provisória do art. 118 da Lei n. 8.213/91, as demais garantias da Lei n. 8.213, acima especificadas, além da garantia-gestante). É que tais proteções jurídicas associam-se a uma política de saúde pública e de previdência social, sendo que a eventual desvinculação do indivíduo do emprego pode comprometer sua inserção no sistema previdenciário, afetando os objetivos amplos perseguidos por tais garantias jurídicas criadas pelo Direito.

Não obstante tais argumentos, parte da jurisprudência vinha rejeitando o critério da reintegração, pelo menos com respeito à empregada gestante.

(24) No caso do servidor público estável a Constituição prevê também, alternativamente, procedimento administrativo para a ruptura contratual (art. 41, § 1º, antes da EC n. 19/98; art. 41, § 1º, II e III, CF/88, desde EC n. 19, de 1998). Já o ato de motivação da dispensa, embora seja formalístico, não supõe ação de inquérito judicial ou até mesmo o inquérito administrativo referido pelo art. 41 do Texto Magno. Mas se trata de ato formal, com indicação de motivo(s) demissional(ais) consistente(s), sendo passível do ônus de comprovação em processo judicial, caso objeto de insurgência pelo empregado despedido.

Com suporte no antigo Enunciado 244 do TST, entendia cabível somente o pagamento do respectivo período de frustração estabilitária. Tal interpretação, construída no início da década de 1980, não se ajustava ao exato sentido do art. 10, II, “b”, do ADCT da Constituição de 5.10.1988. Finalmente, foi corrigida pelo novo item II da Súmula n. 244 do TST.

Note-se ainda que enseja a reintegração a dispensa presumida como *discriminatória* no tocante a “... empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito” (Súmula 443, TST). A mencionada súmula esclarece que, sendo inválido “... o ato, o empregado tem direito à reintegração no emprego”.

É evidente que existem situações em que a reintegração não prevalece. A CLT já previa uma delas, tratando do antigo estável: se a reintegração fosse *desaconselhável*, em virtude da incompatibilidade formada entre as partes, caberia sua conversão na respectiva indenização compensatória (art. 496, CLT). Não existe óbice à interpretação analógica desse preceito para casos similares, que envolvam as estabilidades temporárias.

Uma segunda situação ocorre quando o período de *estabilidade provisória* já estiver exaurido à data da sentença: neste caso, a reintegração deixaria de prevalecer, cabendo apenas o pagamento das verbas contratuais, a título indenizatório, desde a irregular dispensa até o termo final do “período estabilitário” (nesta linha, ver ex-OJ 116, SDI-I/TST e Súmula 396, TST; na mesma direção, novo texto da Súmula 244, II, do TST).

Outra situação que torna inviável, do ponto de vista fático, a reintegração, é a derivada da extinção do estabelecimento ou da empresa. A CLT, tratando do estável decenal, determinava, em tais casos, o pagamento dobrado da indenização (art. 498, CLT). A Constituição, regulando a estabilidade do art. 41, assegura, em casos semelhantes, a disponibilidade remunerada do servidor atingido (§§ 2º e 3º do art. 41, CF/88). Parece claro, portanto, caber também, regra geral, a correspondente indenização no tocante aos empregados protegidos por estabilidades provisórias, embora se possa afirmar que, sem dúvida, fica prejudicada, no restante, a referida proteção e seu resultado jurídico máximo, a reintegração⁽²⁵⁾.

Qual o valor da presente indenização reparatória, quanto ao dirigente sindical, ao dirigente de CIPA⁽²⁶⁾, ao empregado eleito diretor de cooperativas de empregados e ao representante obreiro no Conselho Nacional de Previdência Social, cujos períodos de garantias provisórias são semelhantes?

A respeito desses empregados especialmente protegidos, três posições podem ser ressaltadas. Uma, apontando o pagamento, a título indenizatório,

(25) A respeito, ver ex-OJ 86, SDI-I/TST, e Súmula 369, IV, TST.

(26) No tocante ao dirigente obreiro de CIPA, consultar item IV, à frente, em vista da existência de outra possibilidade interpretativa importante.

das verbas contratuais devidas até *final de garantia de emprego*, isto é, um ano após o término previsto para o mandato, por aplicação analógica dos arts. 497 e 498 da CLT (preceitos referentes ao estável celetista). Tais valores seriam pagos sem a dobra prevista nos dispositivos da CLT, uma vez que regra punitiva (dobra) não se estende no Direito, nem é passível de aplicação analógica. Trata-se, pois, da *indenização simples* pelo restante do período de garantia de emprego.

Uma segunda interpretação reduz a verba indenizatória somente ao *período remanescente do mandato obreiro*. Para ela, a frustração do papel social e profissional do dirigente (seu papel representativo, pois) abrangeria, na prática, apenas o período real de seu mandato, descabendo estender-se a indenização até o ano seguinte de garantia.

A terceira linha de interpretação elimina qualquer repercussão indenizatória quanto à situação em exame, vislumbrando a incidência apenas das verbas da dispensa injusta (aviso-prévio, etc.). Esta vertente, entretanto, conforme já exposto, anteriormente, neste Curso, não parece consistente com o conjunto da ordem jurídica: ora, se a extinção da atividade resulta do exercício do poder diretivo empresarial (e isto é reconhecido pela jurisprudência: ver, a propósito, a Súmula 44 do TST), o ato potestativo do empregador deveria responder pela frustração de garantias trabalhistas em curso, como ocorre, afinal, em qualquer situação de afronta a direitos e garantias na sociedade contemporânea (art. 159, CCB/1916; art. 186, CCB/2002). Ou seja, deveria provocar, pelo menos, a *indenização simples pelo período remanescente do mandato obreiro*, isto é, o período em que, em virtude do ato unilateral do empregador, se frustrou o papel social e representativo do dirigente.

No que tange aos *demais empregados revestidos de garantia de emprego* (gestante e acidentado, por exemplo), não pode haver dúvida razoável de que também fazem jus à indenização pelo período de frustração de sua estabilidade provisória. A propósito, conforme já foi enfatizado neste Curso, no que diz respeito aos trabalhadores cujas garantias de emprego tenham *causa* essencialmente *personalíssima*, e não comunitária (casos da gestante e do acidentado do trabalho, por exemplo, em contraponto ao cipeiro, ao diretor de cooperativa e ao dirigente sindical), não pode subsistir qualquer mínima dúvida de que a extinção do estabelecimento ou da empresa deverá provocar, sim, a incidência da *indenização simples pelo período remanescente da garantia de emprego* (um ano desde o retorno ao labor, no caso do acidentado, e cinco meses após o parto, no caso da gestante), isto é, o exato período correspondente à frustração da vantagem trabalhista obreira pelo ato unilateral do empregador.⁽²⁷⁾

(27) A garantia de emprego resultante do *Programa de Proteção ao Emprego ou Programa Seguro-Emprego* (Lei n. 13.189/2015) dura enquanto vigorar a adesão empresarial ao PPE/PSE e, após o término deste programa, “durante o prazo equivalente a um terço do período de

Por fim, a dispensa sem justa causa em vigência de causa de *interrupção ou suspensão do contrato de trabalho* não produz os efeitos rescisórios pretendidos (art. 471, CLT). Nula a dispensa, cabe a correspondente reintegração ao emprego. Se for inviável o procedimento reintegratório, incide indenização compatível, em face da ilicitude perpetrada (art. 159, CCB/1916; art. 186, CCB/2002).

IV. DISPENSA MOTIVADA POR FATORES TÉCNICOS, ECONÔMICOS OU FINANCEIROS

O Direito do Trabalho pátrio ainda não incorporou, *como regra geral*, a necessidade de *motivação consistente* para a rescisão unilateral por ato do empregador, exigindo *causas jurídicas relevantes* para seu exercício. Tal incorporação levaria ao fim da *dispensa meramente arbitrária* no mercado laborativo do País, que se realiza por meio de simples ato potestativo empresarial.

Conforme já exposto neste Curso, o critério da motivação jurídica tipificada da dispensa (isto é, motivação jurídica do ato empresarial de ruptura do contrato) há décadas não tem sido prevalente no Direito nacional. Desde o estabelecimento do sistema do FGTS, em 1966/67 — sistema que se tornou rapidamente dominante no mercado de trabalho —, o critério da motivação da dispensa somente comparecia em situações fático-jurídicas pouco comuns, já mencionadas: a saber, os contratos dos antigos estáveis celetistas (art. 492 e seguintes, CLT), os contratos dos novos estáveis constitucionais (art. 19, ADCT, e art. 41, CF/88 — se for o caso), ou, ainda, os contratos de empregados conjunturalmente favorecidos por alguma das garantias provisórias de emprego existentes no Direito brasileiro (dirigente sindical, dirigente eleito de CIPAs, representante eleito da comissão de empregados instituída pelos arts. 510-A a 510-E da CLT, etc.). A regra geral das últimas décadas tem sido o critério da *dispensa desmotivada* (isto é, sem motivo jurídico relevante, embora, é claro, haja uma *causa* para a ruptura, que reside na só-vontade do empregador): trata-se, pois, da *denúncia vazia* do contrato empregatício, através da chamada *despedida injusta* do empregado.

1. Convenção 158 da OIT

Conforme já explicitado, por curtíssimo período, com a incorporação pelo Direito pátrio das regras da Convenção Internacional 158, da OIT,

adesão” (art. 6º, I, Lei n. 13.189/2015, inclusive com mudanças promovidas pela MPr. n. 761, de 22.12.2016). O empregado beneficiado por tal garantia que tenha sido irregularmente dispensado fará jus, naturalmente, a uma indenização a ser calculado com suporte na duração da vantagem protetiva frustrada.

ocorrida em 5 de janeiro de 1996⁽²⁸⁾, o Direito do Trabalho do País ingressou em fase jurídica diferenciada. É que a Convenção 158 estipulava, como regra geral de conduta no tocante às rupturas contratuais por ato empresarial, a observância do critério da motivação da dispensa. Eliminava, assim, a possibilidade jurídica da denúncia vazia do contrato pelo empregador, dando origem a uma figura nova de ruptura do contrato de trabalho — *a dispensa motivada mas sem justa causa celetista*.

Para esse diploma internacional, não se daria “*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*” (art. 4, Convenção 158, OIT). O mesmo diploma normativo fazia também referência, como causas justificadoras da dispensa motivada, embora sem justa causa, a “*motivos econômicos, tecnológicos, estruturais ou análogos*” (art. 13 da Convenção).

Como se percebe, o advento das regras rescisórias da Convenção 158 da OIT enfrentaria, eficazmente, dramático problema da ordem jurídica, social e econômica do Brasil das últimas décadas, consistente na presença de elevados índices de rotatividade de mão de obra e da parca durabilidade temporal dos contratos de trabalho. Expungindo a dispensa meramente arbitrária, ao exigir o manejo de causa relevante e séria para a ruptura contratual por ato do empregador, as regras convencionais internacionais aperfeiçoariam significativamente o estuário normativo do Direito do Trabalho brasileiro. Ao mesmo tempo, não traduziam o retorno a período de extrema tutela do emprego, tal como realizado pelos anteriores dispositivos estabilitários e indenizatórios da Consolidação (antigo *caput do art. 477*, e arts. 492 a 500 da CLT) — sistema que se mostrara incapaz de permitir ajustes empregatícios diante de mudanças efetivas, importantes e irremediáveis na vida econômica e social.

A verdade, porém, é que a Convenção 158 teve vida curta no Direito brasileiro, talvez por nele ingressar em período de manifesto desprestígio do segmento jurídico trabalhista — a década de 1990. O Presidente da República, poucos meses após o início de vigência do diploma internacional,

(28) Conforme já esclarecido neste livro, o Decreto Legislativo n. 68, do Congresso Nacional, ratificando a Convenção 158, foi publicado em 29.8.1992; o depósito do instrumento ratificado perante a Repartição Internacional do Trabalho da OIT ocorreu, por sua vez, em 5.1.1995. Pelos termos da própria Convenção, tal depósito implica o início de vigência do diploma no respectivo Estado doze meses após (art. 16, item III, Conv. 158), isto é, em 5.1.1996. De todo modo, o Decreto do Presidente da República, n. 1.855, publicado em 11.4.96, divulgando o texto da Convenção, teria fixado, segundo outros entendimentos, o marco inicial de vigência no Brasil do diploma em exame. A respeito, consultar a obra coletiva coordenada pelo Professor Márcio Túlio Viana. *Teoria e Prática da Convenção 158*. São Paulo: LTr, 1996, e ainda SILVA, Antônio Álvares da. *A Constitucionalidade da Convenção 158 da OIT*. Belo Horizonte: RTM, 1996.

fez depositar na OIT, em 20.11.1996, *denúncia* da respectiva Convenção, declarando internamente tal denúncia pelo Decreto Presidencial n. 2.100, de 25.12.1996 (os efeitos internos da denúncia ocorreriam um ano após o depósito, em 20.11.1997).

Nesse quadro desfavorável, o Supremo Tribunal Federal (ADI n. 1625), em setembro de 1997 (cerca de 20 meses apenas depois do início de vigência interna da Convenção, portanto), acolheu arguição de inconstitucionalidade da Convenção 158, por considerar *não autoexecutável* a regra do art. 7º, I, do Texto Máximo de 1988, até que surgisse a *lei complementar* referida no preceito constitucional (preceito que teria dado suporte interno à Convenção Internacional ratificada). Sepultou a Corte Suprema, em consequência, naquela época, qualquer possibilidade de eficácia jurídica ao diploma convencional no território do Brasil⁽²⁹⁾.

2. Motivação da Dispensa do Servidor Celetista Concursado

A Constituição de 1988, entretanto, lançou a possibilidade de dispensa motivada mas sem justa causa no Direito brasileiro — contudo apenas recentemente percebida pela jurisprudência brasileira. Trata-se da situação envolvente à despedida do servidor público celetista concursado.

De fato, tem ganhado força na jurisprudência do STF e do próprio TST a compreensão de que a Constituição da República absorveu, implicitamente, no *caput* de seu art. 37 (que menciona os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência), o *princípio da motivação dos atos das entidades estatais*, o qual abrangeria até mesmo aquelas citadas pelo art. 173, § 1º, II, da Constituição Federal (empresas públicas, sociedades de economia mista e outros entes estatais congêneres).⁽³⁰⁾

(29) Reitere-se que, de todo modo, a Convenção já havia sido denunciada pelo Presidente da República — o que levaria à perda de sua vigência, em fins de 1997, por um segundo fator (se o primeiro já não prevalecesse, por si só). A denúncia foi depositada na OIT em 20.11.1996, produzindo efeitos a contar de 20.11.1997, sendo declarada pelo Decreto n. 2.100, de 25.12.1996. Oportuno esclarecer, de toda maneira, que o Decreto n. 2.100/1996, de afirmação da denúncia unilateral da Convenção 158, teve sua constitucionalidade questionada perante o STF, por meio da ADI n. 1625. Embora o julgamento da ADI tenha se iniciado em 2003, ainda não foi concluído, em face de sucessivos pedidos de vista regimental por distintos Ministros.

(30) Essa interpretação (extensão do *princípio da motivação* às entidades estatais organizadas como empresas públicas, sociedades de economia mista e congêneres, reguladas pelo art. 173, § 1º, II, da CF/88) não é, porém, pacífica quer no TST (vide a preservação da OJ 247, I, da SDI-I dessa Corte Superior, que mantém a dispensa meramente arbitrária nessas entidades), quer no STF (vide decisão liminar concedida pelo Ministro Roberto Barroso na Ação Cautelar n. AC/3669, conexa ao RE n. 589.998/PI, que fala na existência de linhas de interpretação distintas a respeito do assunto no STF; vide a decisão plenária dos respectivos EDs, prolatada, por maioria, em 10.10.2018, em que a tese expedida menciona apenas os Correios, parte empregadora na ação principal). O que se afirma é que essa direção

Nessa linha hermenêutica, caberia a fundamentação explícita (*motivação consistente*) do ato de despedida do empregado estatal que tenha sido admitido mediante prévia aprovação em concurso público. Tal circunstância, de fundo constitucional, conduziria à presença de um maior espaço para a dispensa motivada por fatores técnicos, econômicos ou financeiros na realidade laborativa brasileira. Naturalmente que além desses fatores motivacionais indicados pela legislação ordinária (o art. 165, *caput*, da CLT, relativo à proteção jurídica ao emprego do cipeiro, é que se refere a motivos disciplinares, técnicos, econômicos ou financeiros)⁽³¹⁾, cabe se agregar outro motivo constitucionalmente tipificado: “mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa” (art. 41, § 1º, III, CF/88, conforme EC n. 19/98).⁽³²⁾

3. *Dispensa Motivada versus Dispensa Arbitrária: outros aspectos*

A Constituição de 1988 refere-se, em alguns de seus dispositivos, ao conceito de *despedida arbitrária*, além da clássica noção de dispensa sem justa causa (ilustrativamente, inciso I do art. 7º; art. 10, II, “a” e “b”, ADCT, CF/88). Afinal, há conteúdo e efeitos jurídicos especiais, no Brasil, para a noção de despedida arbitrária (que a Constituição veda, nas alíneas “a” e “b” do art. 10 de seu ADCT)?

Tal resposta seria facilmente encontrada, caso os critérios da Convenção 158 estivessem em vigor no País. Não estando, pode-se supor que o Texto Máximo quer, ainda assim, distinguir entre as duas noções jurídicas (dispensa *arbitrária* e dispensa *sem justa causa*).

A CLT, referindo-se à proteção deferida aos dirigentes obreiros das comissões internas de prevenção de acidentes (CIPAs), dispõe que não poderiam sofrer *despedida arbitrária*, “entendendo-se como tal a que não se fundar em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro” (art. 165, *caput*, CLT). Na mesma linha, o disposto no recente art. 510-D, § 3º, da CLT (despedida de integrante de comissão de representação de empregados que não se “fundar em motivo disciplinar, técnico, econômico e financeiro”). Ou seja, trata-se da dispensa que se baseia em *motivo relevante*: este pode ser

interpretativa pela incidência do princípio motivacional — que nos parece a mais adequada aos princípios e regras constitucionais — tem ganhado força nas duas Cortes mencionadas, STF e TST, em comparação com períodos históricos precedentes.

(31) Eis o texto do *caput* do art. 165 da CLT: “Os titulares da representação dos empregados nas CIPA(s) não poderão sofrer despedida arbitrária, entendendo-se como tal a que não se fundar em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro”.

(32) Naturalmente que o fator disciplinar também enseja fundamentação válida para a dispensa do servidor concursado. Porém, nesse caso, não se trata mais de *resilição unilateral* do contrato empregatício, porém de *resolução culposa* do contrato — conforme já estudado neste Curso.

disciplinar, como ocorre com a dispensa por justa causa, tipificada na CLT, e enquadrada como *resolução contratual*. Porém, tal motivo pode ser ainda de caráter técnico, econômico ou financeiro, segundo a Consolidação, casos em que a dispensa se enquadra como *resilição do contrato de trabalho* (resilição motivada, é claro).

A *dispensa por motivo disciplinar*, sendo resolução contratual culposa, em decorrência de infração obreira, produz os efeitos clássicos da dispensa por justa causa, eximindo o empregador de pagar as verbas clássicas da resilição contratual (aviso-prévio, liberação do FGTS com 40%, etc.).

Já a *dispensa não arbitrária mas sem justa causa* (ou: dispensa motivada mas sem justa causa) enquadra-se como *resilição contratual*, embora vinculada aos motivos de natureza técnica, econômica ou financeira (*denúncia fundamentada* do contrato). Assim, produz os efeitos rescisórios clássicos da despedida por ato unilateral do empregador, com o pagamento das verbas rescisórias de aviso-prévio, liberação do FGTS com 40%, 13^º salário e férias proporcionais com 1/3, liberação das guias CD/SD, e demais parcelas próprias à resilição unilateral. É claro que tais motivos resilitórios têm de ser efetivos, relevantes e atuais, a ponto de tornar imprescindível ao empregador a ruptura do respectivo contrato; não se pode tratar, pois, de simples conveniência de extirpar empregados provisoriamente estáveis, mas de motivos técnicos, econômicos ou financeiros efetivamente importantes.

A extinção do estabelecimento, inviabilizando a própria ação fiscalizadora e educativa do dirigente da CIPA, pode configurar, a um só tempo, motivo técnico, econômico e financeiro a fundamentar a dispensa desse representante trabalhista. Se assim entender-se, não caberia o pagamento da indenização pela frustração do restante do período estável: é que, afinal, a vedação da Constituição não diz respeito apenas à dispensa sem justa causa, mas também à despedida meramente arbitrária.

Esta particularidade quanto ao empregado eleito dirigente da CIPA não se estende aos demais empregados com garantia de emprego, uma vez que os diplomas instituidores de suas garantias não se referem à noção de *dispensa arbitrária* (dirigente sindical, trabalhador acidentado, empregado diretor de cooperativa de obreiros, etc.). Mesmo com respeito à mulher gestante, não tem a jurisprudência considerado relevante, na prática, a diferenciação constitucional (embora o art. 10, II, do ADCT da Constituição, mencione também para ela a expressão *dispensa arbitrária*). É que não há preceito legal que tipifique, no Brasil, o que seja a despedida meramente arbitrária — excetuado o caso do dirigente de CIPA, já examinado. A ordem jurídica do País recusou a tipificação genérica feita pela Convenção 158 da OIT, ao fundamento de que o art. 7^º, I, do Texto Máximo, que também menciona a expressão *despedida arbitrária*, ainda não possui eficácia jurídica. Logo, no tocante à gestante, será válida apenas sua dispensa por justa causa.

V. RESILIÇÃO POR ATO OBREIRO — PEDIDO DE DEMISSÃO

A resilição contratual por ato obreiro consiste na declaração unilateral de vontade do empregado com poderes para colocar fim ao contrato de trabalho que o vincula ao respectivo empregador. Conhece-se pelo epíteto de *pedido de demissão*.

Esta *declaração de vontade do trabalhador também tem natureza potestativa, receptícia e constitutiva, com efeitos imediatos, tão logo recebida pela parte adversa* (efeitos *ex nunc*). É direito potestativo da pessoa natural que presta serviços nos moldes empregatícios.

Direito potestativo, conforme já dissertado, é o ponto máximo de afirmação *da centralidade do indivíduo* na ordem jurídica. Efetivamente, constitui aquela prerrogativa ou vantagem que se exerce e se afirma independentemente da vontade dos que não de suportar suas consequências jurídicas.

Lembra *Orlando Gomes* que a *denúncia* do contrato “deve ser acompanhada de aviso expedido com certa antecedência, a que se dá o nome de *aviso-prévio* ou *pré-aviso*. O fim da exigência é prevenir as consequências da ruptura brusca do contrato, mas o *aviso-prévio* não é requisito necessário à validade da *resilição* que será eficaz ainda que não tenha sido dado”⁽³³⁾. A falta do aviso formalizado gera, evidentemente, a obrigação de indenizá-lo⁽³⁴⁾. Tal regra aplica-se também ao empregado, no Direito do Trabalho (art. 487, *caput*, CLT).

Pode parecer contraditório que as ordens jurídicas mais avançadas do Direito do Trabalho (como da Alemanha, Itália e França, por exemplo) busquem restringir o poder resiliatório do empregador, atenuando ou suprimindo seu caráter de direito meramente potestativo, ao passo que não criam tais restrições quanto à prática resiliatória pelo empregado.

Porém, não há tal contradição. Na verdade, ao denunciar o contrato, o próprio trabalhador é que compromete a incidência e eficácia dos princípios justralhistas da continuidade da relação de emprego e da norma mais favorável, princípios construídos em seu favor. Assim, torna-se insensato e ilógico que tais princípios incidam contrariamente ao resultado útil que pretendem atingir.

Mais do que isso: como já se acentuou neste Curso, o envolvimento do obreiro no contrato empregatício é necessariamente *pessoal* (a pessoalidade é elemento fático-jurídico atávico à figura do empregado), razão por que seria agressão à liberdade individual mínima manter, contra a vontade da pessoa física envolvida, uma relação personalíssima de prestação de trabalho indefinida no tempo. Já o envolvimento do empregador no contrato empregatício é, tendencialmente, *impessoal* (a impessoalidade é característica

(33) GOMES, Orlando. *Contratos*, cit., p. 206; grifos no original.

(34) GOMES, Orlando. *Contratos*, cit., p. 206-207.

marcante da figura do empregador, em cuja composição fático-jurídica não comparece, como se sabe, a infungibilidade de seu ser). Essa impessoalidade do empregador faz com que a manutenção de uma relação de emprego contra sua vontade não resulte em necessária agressão à liberdade individual da pessoa física do empregador (inclusive porque este não é sequer, a maioria das vezes, uma pessoa natural, mas pessoa jurídica, podendo ser até mesmo ente juridicamente despersonalizado).

O pedido de demissão, pelo empregado, suprime-lhe praticamente quase todas as verbas rescisórias, que ficam restritas ao 13º salário proporcional e às férias proporcionais com 1/3. O demissionário não receberá aviso-prévio, caso não o trabalhe efetivamente; não terá liberado, na rescisão, o seu FGTS, nem receberá os 40% de acréscimo ao Fundo; perde a proteção das garantias de emprego; não recebe guias para saque do seguro-desemprego. Recorde-se que, tradicionalmente, a jurisprudência, com base na CLT (arts. 146 e 147), considerava incabível a parcela proporcional de férias em caso de pedido de demissão ocorrido em contrato inferior a doze meses (antigo Enunciado 261). Desde a Res. 121/2003 do TST, a nova redação da súmula, com suporte na Convenção 132 da OIT, considerou eliminada tal restrição.⁽³⁵⁾

Relembre-se de que, em caso de pedido de demissão, o empregado é que deverá conceder o aviso-prévio de 30 dias ao empregador (art. 7º, XXI, CF/88; art. 487, *caput*, CLT). Omitindo-se quanto à dação e cumprimento do aviso, confere a seu empregador o “direito de descontar os salários correspondentes ao prazo respectivo” (art. 487, § 2º, CLT). Evidentemente que é válida, por mais favorável, a liberação empresarial do cumprimento do aviso-prévio pelo obreiro, caso em que inexistirá qualquer projeção contratual e respectivo desconto. A restrição aventada pela Súmula 276 do TST refere-se, evidentemente, como já apontado, somente aos casos em que o aviso é *direito* do empregado (como se passa na dispensa sem justa causa), e não quando é seu ônus e obrigação.

No tocante à *proporcionalidade do pré-aviso*, instituída pela Lei n. 12.506, com vigência desde 13.10.2011 (sem efeitos retroativos, é claro: art. 5º, XXXVI, CF/88), não se aplica, conforme já exposto, aos pedidos de demissão pelo trabalhador. É o que resulta da interpretação lógica, sistemática e teleológica do

(35) Embora não tenha seu FGTS liberado na rescisão, no caso de pedido de demissão, o trabalhador pode sacar seu Fundo de Garantia, conforme se sabe, *caso se enquadre em outras hipóteses de saque fixadas pela Lei n. 8.036/90*. O art. 20, VIII, desse diploma legal permite, inclusive, o saque após três anos de conta vinculada inativa, “podendo o saque, neste caso, ser efetuado a partir do mês de aniversário do titular da conta”. A recente MPr. n. 763, de 22.12.2016, excepcionalmente, permitiu a movimentação de “contas vinculadas a contrato de trabalho extinto até 31 de dezembro de 2015”, independentemente do prazo trienal fixado no item VIII do art. 20, “podendo o saque, nesta hipótese, ser efetuado segundo cronograma de atendimento estabelecido pelo agente operador do FGTS” (novo § 22 do art. 20 da Lei n. 8.036/90, conforme MPr. n. 763/2016 e subsequente Lei n. 13.446/2017).

texto do novo diploma legal, ao determinar que o aviso-prévio “*será concedido na proporção de 30 (trinta) dias aos empregados que contem até 1 (um) ano de serviço na mesma empresa*” (art. 1º), esclarecendo, no parágrafo único do mesmo art. 1º, que ao aviso-prévio “... *previsto neste artigo serão acrescidos 3 (três) dias por ano de serviço prestado na mesma empresa, até o máximo de 60 (sessenta) dias, perfazendo um total de até 90 (noventa) dias*”.

Ora, a Lei n. 12.506/2011 é clara em considerar a proporcionalidade uma vantagem estendida *aos empregados (caput do art. 1º do diploma legal)*, sem a bilateralidade que caracteriza o instituto original, fixado em 30 dias desde 5.10.1988. *A bilateralidade restringe-se ao aviso-prévio de 30 dias*, que tem de ser concedido também pelo empregado a seu empregador, caso queira pedir demissão (*caput do art. 487 da CLT*), sob pena de poder sofrer o desconto correspondente ao prazo descumprido (art. 487, § 2º, CLT). Esse prazo de 30 dias também modula a forma de cumprimento físico do aviso-prévio (*aviso trabalhado*): redução de duas horas de trabalho ao dia, durante 30 dias (*caput do art. 488, CLT*) ou cumprimento do horário normal de trabalho durante o pré-aviso, salvo os últimos sete dias (parágrafo único do art. 488 da CLT).

A escolha normativa realizada pela Lei n. 12.506/2011, mantendo os trinta dias como módulo que abrange todos os aspectos do instituto, inclusive os desfavoráveis ao empregado, ao passo que a proporcionalidade favorece apenas o trabalhador, é sensata, proporcional e razoável, caso considerados a lógica e o direcionamento jurídicos da Constituição e de todo o Direito do Trabalho. Trata-se da única maneira de se evitar que o avanço normativo da proporcionalidade converta-se em uma antinomia, uma contrafação, como seria impor-se ao trabalhador com vários anos de serviço gravíssima restrição a seu direito de se desvincular do contrato de emprego. Conforme já exposto, esse tipo de restrição nunca existiu no Direito do Trabalho e nem na Constituição, que jamais exigiram até mesmo do trabalhador estável ou com garantia de emprego (que tem — ou tinha — vantagem enorme em seu benefício) qualquer óbice ao exercício de seu pedido de demissão. Ora, o cumprimento de um aviso de 60, 80 ou 90 dias ou o desconto salarial nessa mesma proporção fariam a ordem jurídica retornar a períodos selvagens da civilização ocidental, antes do advento do próprio Direito do Trabalho — situação normativa incompatível com o espírito da Constituição da República e do Direito do Trabalho brasileiros.

VI. RESILIÇÃO BILATERAL — DISTRATO TRABALHISTA: EXTINÇÃO POR ACORDO E EXTINÇÃO POR ADESÃO A PDV/PDI

Trata-se da resilição do contrato de trabalho por mútuo acordo entre as partes contratuais.

A figura do distrato, que corresponde à rescisão bilateral do contrato, tem ostentado uma posição curiosa no Direito do Trabalho. Do ponto de vista meramente teórico, sua existência seria juridicamente possível, uma vez que repugna à ordem jurídica a ideia de que sujeitos de direito não possam, por vontade consensual, dar fim a certo relacionamento.

Entretanto, do ponto de vista técnico-jurídico, tem se mostrado praticamente inviável a realização do distrato trabalhista (salvo nos casos de PDV/PDI, que se aproximam bastante da ideia de distrato): é que, em harmonia aos princípios basilares do Direito do Trabalho, não pode o empregado fazer transação supressiva de parcelas juslaborativas, muito menos podendo efetivar renúncia no contexto da extinção do pacto empregatício. Por essa razão, no *acordo informal* para rompimento do contrato de trabalho, *todas as verbas rescisórias próprias à dispensa sem justa causa mantêm-se, em princípio, devidas ao trabalhador*, cumprindo-se a rescisão bilateral como se fosse, na realidade, mera despedida injusta. Essa inarredável circunstância jurídica tem tornado o distrato, evidentemente — ressalvados os casos de PDV/PDI — desinteressante para o empregador, sob a perspectiva econômica.

1. Extinção por Acordo Bilateral (novo art. 484-A, CLT)

A Lei da Reforma Trabalhista, porém (vigorante desde 11.11.2017), instituiu, como hipótese nova de ruptura contratual, a *extinção contratual por acordo entre empregado e empregador* (novo art. 484-A da CLT).

Nesta hipótese recém-instituída, serão devidas, pela metade, as parcelas do aviso-prévio, se indenizado, e do acréscimo rescisório sobre o FGTS (de 40% para 20%, em consequência) e, na integralidade, as demais parcelas rescisórias (13º salário proporcional e férias proporcionais com 1/3, por exemplo). Quanto ao saldo depositado do FGTS, poderá ser movimentado pelo empregado no limite até 80% do valor dos depósitos (art. 484-A, *caput*, incisos I e II e §§ 1º e 2º, CLT, conforme inserção feita pela Lei n. 13.467, vigente desde 11.11.2017).

Observe-se que essa hipótese nova de ruptura contratual (novo art. 484-A da CLT) já se submete à rescisão informal arquitetada pelo art. 477 da CLT, em sua nova redação introduzida pela Lei n. 13.467/2017 (sem homologação sindical ou administrativa). O empregador simplesmente lança as anotações pertinentes na CTPS do empregado (principalmente a “baixa” — se não houver atualizações a fazer), comunica a dispensa aos órgãos competentes e realiza o pagamento das verbas rescisórias (nova redação do *caput* do art. 477), lançando parcelas e valores no recibo especificado no § 2º do art. 477. Concretiza o pagamento, na forma do § 4º do mesmo art. 477 — coletando, evidentemente, a assinatura do obreiro —, sempre respeitando o prazo até 10 dias “contados do término do contrato” (novo § 6º do art. 477). O

descumprimento do disposto no § 6º fará incidir as penalidades referidas no § 8º do art. 477 da Consolidação.

2. Extinção por Adesão do Empregado a PDV ou PDI

Por outro lado, a experiência concreta nas relações laborativas tem criado, desde a década de 1990, figura muito próxima ao distrato, embora também se convole, *formalmente*, em dispensa por ato do empregador. Trata-se dos planos de incentivo ao desligamento voluntário do empregado de seu emprego (chamados PDVs — Planos de Desligamento Voluntário —, PDIs — Planos de Desligamento Incentivado —, a par de epítetos semelhantes). Em tais casos, regra geral, com a sua adesão ao plano de desligamento, o trabalhador recebe as parcelas inerentes à dispensa injusta, acrescidas de um *montante pecuniário significativo*, de natureza indenizatória, reparando o prejuízo com a perda do emprego⁽³⁶⁾.

Há, desse modo, um ato voluntário real de adesão do empregado ao plano de ruptura contratual incentivada, que lança um matiz de distrato à presente figura jurídica. É bem verdade que esse caráter bilateral dos PDVs e congêneres não poderia tornar válida cláusula de supressão de direitos trabalhistas que não tenham qualquer relação com o término do contrato (horas extras, por exemplo, ao longo do pacto empregatício) — nesta linha, o disposto na OJ 270 da SDI-1 do TST. Entretanto, sem dúvida, tal adesão compromete, de modo significativo, futuros pleitos obreiros que sejam antitéticos à sua anterior voluntária adesão ao fim do contrato: ilustrativamente, é o que se passaria com pretensões dirigidas à reintegração ou nulidade da dispensa (a não ser que se comprove verdadeira coação, é claro).

A jurisprudência do STF, analisando, em abril de 2015, caso de PDV celebrado por negociação coletiva trabalhista entre sindicato profissional e a empresa empregadora (acordo coletivo de trabalho), firmou jurisprudência no sentido de que tal instituto pode, sim, ajustar quitação ampla sobre as parcelas contratuais trabalhistas, desde que se trate de PDV/PDI regulado e/ou aprovado pela negociação coletiva trabalhista, com a participação do sindicato dos trabalhadores, caracterizado por cláusulas com substantivas concessões supraleais, tendo o plano sido objeto de ampla divulgação no respectivo segmento trabalhista e merecido a real e livre adesão do empregado (é o que se extrai da decisão do STF no RE n. 590.415, julgado em 30.4.2015, tendo como Relator o Ministro Luis Roberto Barroso).

Pouco mais de dois anos após essa decisão, a Lei n. 13.467, de 13.7.2017 (vigência desde 11.11.17), inseriu o art. 477-B na CLT, também fazendo

(36) O caráter indenizatório dessa verba especial, que afasta a incidência sobre ela do imposto de renda, está pacificado (OJ 207, SDI-I/TST). Nesta mesma direção, a Instrução Normativa SRF n. 165/98, de 6.1.1999, da própria Secretaria da Receita Federal do Brasil.

referência aos PDVs e PDIs celebrados em convenção coletiva de trabalho e/ou acordo coletivo de trabalho (naturalmente com a ampla participação do sindicato profissional — art. 8º, VI, CF/88), sendo, em consequência, dotados de amplos poderes rescisórios. A interpretação lógico-racional, sistemática e teleológica do novo dispositivo celetista evidencia que os mesmos requisitos brandidos na decisão do STF no RE n. 590.415 devem ser considerados na leitura do novo art. 477-B da Consolidação. Ou seja: se o PDI ou PDI não ostentar os requisitos enfatizados na decisão do STF e, de certo modo, acatados pelo novo art. 477-B da CLT, não teria poderes amplos de quitação (na linha da OJ 270 da SDI-1 do TST). Contudo, se o PDV ou PDI ostentar, sim, tais requisitos, terá esses poderes amplos de quitação.

VII. O AVISO-PRÉVIO NAS RUPTURAS CONTRATUAIS

O aviso-prévio é instituto provindo do campo civil e comercial do Direito, inerente aos contratos de duração indeterminada que permitam sua terminação pelo simples exercício da vontade unilateral das partes; o pré-aviso desponta, nesses casos, como mecanismo atenuador do impacto da resilição, conferindo ao contratante surpreendido certo prazo para se ajustar ao término do vínculo.

O instituto foi incorporado pelo Direito do Trabalho, em especial para as situações de resilição do contrato empregatício por iniciativa do empregador ou do empregado; posteriormente, teve sua abrangência ampliada, em face de certa avaliação de equidade, atingindo, desse modo, a situação de resolução culposa do contrato em decorrência de infração do empregador.

1. Conceito e Natureza Jurídica

Aviso-prévio, no Direito do Trabalho, é instituto de natureza multidimensional, que cumpre as funções de declarar à parte contratual adversa a vontade unilateral de um dos sujeitos contratuais no sentido de romper, sem justa causa, o pacto, fixando, ainda, prazo tipificado para a respectiva extinção, com o correspondente pagamento do período do aviso.

Como bem apontado por *Amauri Mascaro Nascimento*, o instituto conceitua-se como a “comunicação da rescisão do contrato de trabalho pela parte que decide extingui-lo, com a antecedência a que estiver obrigada e com o dever de manter o contrato após essa comunicação até o decurso do prazo nela previsto, sob pena de pagamento de uma quantia substitutiva, no caso de ruptura do contrato”⁽³⁷⁾.

(37) NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao Direito do Trabalho*. 21. ed. São Paulo: LTr, 1994, p. 448.

O aviso-prévio tem, desse modo, segundo *Amauri Mascaro Nascimento*, tríplice caráter: comunicação, tempo e pagamento⁽³⁸⁾.

Efetivamente, a natureza jurídica do pré-aviso, no ramo justralhista, é tridimensional, uma vez que ele cumpre as três citadas funções: declaração de vontade resilitória, com sua comunicação à parte contrária; prazo para a efetiva terminação do vínculo, que se integra ao contrato para todos os fins legais; pagamento do respectivo período de aviso, seja através do trabalho e correspondente retribuição salarial, seja através de sua indenização.

O pagamento do aviso-prévio prestado em trabalho tem natureza nitidamente salarial: o período de seu cumprimento é retribuído por meio de salário, o que lhe confere esse inequívoco caráter.

Contudo, não se tratando de pré-aviso laborado, mas somente indenizado, não há como insistir-se em sua natureza salarial. A parcela deixou de ser adimplida por meio de labor, não recebendo a contraprestação inerente a este, o salário. Neste caso, sua natureza indenizatória inequivocamente desponta, uma vez que se trata de ressarcimento de parcela trabalhista não adimplida mediante a equação trabalho/salário.

A circunstância de ser *indenizado* o pagamento do aviso-prévio (natureza indenizatória de seu valor) não retira do instituto suas duas outras relevantes dimensões: comunicação e prazo. Assim, conta-se do suposto aviso o início de vigência de seu prazo (mesmo que não tenha sido, na prática, concedido); na mesma medida, assegura-se a integração desse prazo no contrato de trabalho, para todos os efeitos legais (art. 487, § 1º, *in fine*, CLT). A correta compreensão de que mesmo o aviso com pagamento indenizado preserva a natureza de *prazo que se acopla ao tempo do contrato* é que fez a jurisprudência determinar a observância do tempo contratual acrescido, quer para fins de fixação do término jurídico do contrato (OJ 82, SDI-I/TST), quer para fins de cômputo de Fundo de Garantia sobre o período contratual acrescido pelo pré-aviso (Súmula 305, TST).

2. Cabimento do Aviso-Prévio

Aviso-prévio, regra geral, é instituto inerente a contratos de duração indeterminada, seja para o Direito Civil e Comercial, seja para o Direito do Trabalho. Desse modo, de maneira geral, ele não comparece nos contratos a termo, uma vez que estes já têm sua extinção prefixada no tempo.

Havendo antecipação da ruptura contratual por qualquer das partes, nos contratos a termo, incidirá a correspondente indenização, calculada na forma dos artigos 479 e 480 da CLT, conforme de quem seja a iniciativa de

(38) NASCIMENTO, A. M. *Iniciação ao Direito do Trabalho*. 21. ed., cit., p. 447.

rompimento antecipado. Tal indenização não tem qualquer vínculo com o instituto do pré-aviso.

Apenas nos contratos a termo que tenham em seu interior *cláusula assecuratória do direito recíproco de antecipação do término contratual*, é que pode ganhar relevância o aviso-prévio. De fato, se acionada esta cláusula especial e expressa, a terminação contratual passará a reger-se pelas regras próprias aos contratos por tempo indeterminado, com dação de aviso-prévio e suas consequências jurídicas (art. 481, CLT).

É, portanto, o aviso-prévio instituto característico de contratos de duração indeterminada (art. 487, CLT). Mais do que isso: originariamente, a figura vinculava-se às situações de rescisão do contrato de trabalho por ato unilateral de qualquer das partes (empregador ou empregado). Por isso não se aplicava à resolução contratual culposa por infração do empregador (nesta linha, o antigo Enunciado 31 do TST).

A aplicação do pré-aviso à rescisão indireta resultou de inquestionável exercício de *reflexão de equidade*, ainda que afrontando, em certa medida, a natureza do instituto: é que, sendo esta parcela rescisória extremamente favorável ao obreiro, em situações de despedida meramente arbitrária, seria injusto não deferi-la, com todos os seus efeitos, para os casos de terminação do contrato por infração do empregador (afinal, o ilícito não pode merecer tratamento mais benigno do que o lícito). Assim bem refletindo, o legislador fez inserir, em 1983, dispositivo na CLT, determinando a incidência do instituto também nas situações de resolução culposa do contrato, em face de infração do empregador (art. 487, § 4º, CLT).

Em síntese, o pré-aviso (inclusive a proporcionalidade instituída pela Lei n. 12.506/2011, se for o caso) é cabível nas seguintes situações extintivas do contrato de trabalho de duração indeterminada: na dispensa do obreiro, sem justa causa; na dispensa do empregado, em face da extinção da empresa ou estabelecimento; na chamada rescisão indireta, isto é, resolução contratual por infração do empregador. Finalmente, nos contratos a termo, o aviso caberá se houver cláusula assecuratória de rescisão antecipada, sendo esta acionada pelo empregador. Em todas estas situações, o aviso-prévio é ônus empresarial e direito trabalhista do empregado.

O pré-aviso é também cabível nos pedidos de demissão pelo empregado. Ou seja, tanto na rescisão unilateral por ato obreiro em contrato de duração indeterminada, como na antecipação, por iniciativa obreira, do fim do pacto a termo que tenha cláusula assecuratória do direito recíproco de rescisão. Aqui a ressalva pertinente diz respeito à proporcionalidade do aviso (Lei n. 12.506/2011) — que se entende não caber nos pedidos de demissão pelo empregado.⁽³⁹⁾

(39) Para maiores esclarecimentos e reflexões sobre o aviso-prévio proporcional, consultar neste Curso, logo à frente, o item 4: “A proporcionalidade do Pré-Aviso (Lei n. 12.506/2011)”.

O aviso-prévio não cabe na dispensa por justa causa do empregado, cabendo, pela metade, nas rupturas contratuais por culpa recíproca das partes (novo texto da Súmula 14 do TST)⁽⁴⁰⁾.

3. Prazos, Tipos e Efeitos

A) Prazos do Aviso-Prévio — O prazo mínimo do aviso-prévio, desde a Constituição de 1988, é de 30 dias (art. 7º, XXI, CF/88). A Constituição não recepcionou, portanto, o curto lapso de 8 dias, referido no art. 487, I, da CLT, previsto para contratos com pagamento *semanal* de salários ou fração temporal inferior.

A *proporcionalidade* da duração do aviso ao tempo de serviço, mencionada no art. 7º, XXI, da Constituição, era considerada pela jurisprudência regra jurídica sem eficácia imediata, enquanto não regulada em lei (antiga OJ 84, SDI-I do TST). É evidente, porém, que regra jurídica autônoma (Convenção Coletiva ou Acordo Coletivo de Trabalho, por exemplo) ou simples cláusula contratual (inclusive de regulamento de empresa) poderiam — como ainda podem — instituir prazo superior ao pré-aviso no âmbito de sua competência.

A Lei n. 12.506/2001, finalmente, veio estipular a *proporcionalidade* do aviso-prévio, por além dos 30 dias devidos aos empregados que contem até um ano de serviço na empresa (art. 7º, XXI, CF/88; art. 1º, Lei n. 12.506/11), em conformidade com o seguinte critério: três dias por ano de serviço prestado na mesma empresa, até o máximo de 60 dias, perfazendo um total de até 90 dias (parágrafo único do art. 1º da Lei n. 12.506).

Tal proporcionalidade, entretanto, não possui efeito retroativo (art. 5º, XXXVI, CF/88), vigorando desde 13.10.2011 (data de publicação da lei instituidora da parcela). Parcela típica de contratos de duração indeterminada, regra geral, ela favorece qualquer empregado (urbano, rural e doméstico, portanto).⁽⁴¹⁾

O critério de contagem do prazo do aviso-prévio trabalhista não possui qualquer peculiaridade: faz-se com a exclusão do dia do começo e inclusão do dia de seu término, conforme critério padrão seguido no Direito brasileiro (ex-OJ 122, SDI-I/TST; Súmula 380, TST).

B) Tipos de Aviso-Prévio — A CLT prevê dois tipos de pré-aviso, classificados segundo a modalidade de cumprimento de seu prazo: mediante labor ou não, caso em que o respectivo período se torna indenizado. Trata-se do *aviso-prévio trabalhado* e do *aviso-prévio indenizado*.

(40) Examinar a extinção contratual por culpa recíproca no Capítulo XXXI do presente Curso.

(41) Para maiores informações sobre a proporcionalidade do aviso-prévio, consultar o tópico 4, logo a seguir, deste item VII do presente Curso. Sobre a irretroatividade da verba, ver Súmula 441 do TST.

O *aviso trabalhado* pode ser cumprido de duas maneiras, *nos casos de dispensa promovida pelo empregador*, a teor da regra contida no art. 488, *caput*, da CLT. A primeira, mediante prestação laborativa pelo obreiro na jornada e horários habituais, ao longo de 30 dias, *com redução diária de duas horas*, sem prejuízo da integralidade do salário (*caput* do art. 488, CLT).

Não é válida a substituição, pelo empregador, das duas horas de redução diária pelo correspondente pagamento de duas horas extras. Tal prática é censurada pela jurisprudência, por frustrar o principal objetivo do aviso-prévio, que é possibilitar à parte surpreendida com a ruptura ajustar-se à nova situação; no caso do trabalhador, procurar outro emprego. Sem a redução da jornada, torna-se mais difícil essa busca. Em consequência, verificando-se tal prática censurada, o empregador deve pagar novo valor pelo aviso parcialmente frustrado, pagamento que tem evidente caráter indenizatório (Súmula 230, TST).

Este novo pagamento não traduz novo aviso-prévio, com todas as suas repercussões específicas (nova projeção no contrato, etc.). O que se verifica é apenas novo pagamento do valor correspondente aos 30 dias, a título de ressarcimento — indenização —, à medida que um aspecto do aviso foi comprometido: o correto cumprimento de seu período de labor. Contudo, os demais aspectos do pré-aviso foram já anteriormente atingidos, quais sejam, a comunicação da iniciativa resilitória do contrato, a integração contratual do período e o pagamento do respectivo prazo. Não se pode tomar a indenização devida em face de um parcial prejuízo verificado como renascimento de todo o instituto, em toda a sua complexidade.

A segunda maneira de cumprir-se o aviso laborado, *nos casos de dispensa promovida pelo empregador*, consiste na supressão de qualquer trabalho nos últimos 7 dias de pré-aviso, laborando-se o período anterior sem a redução de duas horas acima mencionada. Ou seja, há uma redução efetiva dos dias trabalhados para o respectivo empregador, o que permite ao obreiro desvencilhar-se mais cedo do contrato em extinção. Tal alternativa de cumprimento do aviso — que parece, naturalmente, mais favorável — é posta como *faculdade* do empregado pelo parágrafo único do art. 488 da CLT.

O aviso trabalhado restringe-se aos 30 dias, não abrangendo a proporcionalidade fixada pela recente Lei n. 12.506/2011. A parcela proporcional, *se devida pelo empregador*, tem de ser paga em pecúnia.

O *aviso indenizado* corresponde àquele que não é cumprido mediante labor pelo obreiro, sendo pago em espécie pelo empregador. Em vez de valer-se do trabalho do empregado pelas semanas contratuais restantes, o empregador prefere suprimir, de imediato, a prestação laborativa, indenizando o respectivo período de 30 dias (art. 487, § 1º, CLT). Trata-se do meio mais comum de

dação de aviso-prévio, uma vez que evita os desgastes de relacionamento que podem ocorrer após a comunicação empresarial sobre a ruptura do contrato.

Naturalmente, caso haja parcela proporcional do aviso (Lei n. 12.506, publicada em 13.10.2011), será também paga em dinheiro.

Não existe um terceiro tipo de aviso-prévio regulado pela CLT. Entretanto, a prática cotidiana empresarial tentou gestar uma modalidade de cumprimento alternativo do instituto jurídico, com o fim de dilatar o prazo para pagamento rescisório instituído pelo art. 477, §§ 6º e 8º da CLT: tratava-se do suposto *aviso-prévio cumprido em casa*. Ou seja, o pré-aviso não era laborado, nem sequer indenizado, ficando o trabalhador em sua própria residência à disposição empresarial.

Como se percebe, a prática consistia em nítido abuso do direito, isto é, exercício irregular de uma prerrogativa legal, frustrando, ainda que em parte, os objetivos sociais que respondiam por sua existência. A jurisprudência notou a distorção jurídica, passando a enquadrar a censurável prática no tipo legal do aviso indenizado (OJ 14, SDI-I/TST). Com isso, contribuiu, notavelmente, para seu quase completo desaparecimento.

C) Efeitos do Aviso-Prévio — Os efeitos jurídicos do aviso-prévio já foram, praticamente, arrolados ao longo do presente item VII. Para simples fins didáticos, passam a ser aqui reunidos.

O primeiro efeito desse instituto é que ele fixa a data da denúncia do contrato pela parte concedente do pré-aviso. Esta data corresponde à do recebimento do aviso pela contraparte, é claro, uma vez que a rescisão é declaração *receptícia* de vontade, com efeitos constitutivos. Assim, do recebimento da comunicação deflagram-se os efeitos jurídicos do aviso-prévio (respeitado o critério de contagem do prazo do pré-aviso — Súmula 380, TST).

O segundo efeito jurídico relaciona-se ao prazo a ele inerente. No Direito brasileiro, hoje, o prazo padrão oriundo do Texto Máximo de 1988 é de 30 dias (art. 7º, XXI). Evidentemente, a contar da Lei n. 12.506, vigente desde 13.10.2011, surgiu o prazo proporcional do aviso, ou seja, *três dias por ano de serviço prestado na mesma empresa*, até o máximo de 60 dias de proporcionalidade (art. 1º e parágrafo único da Lei n. 12.506/11) — totalizando 90 dias de pré-aviso, no máximo. Desde o novo diploma legal, portanto, o prazo de 30 dias incide para os empregados que contem *até um ano de serviço na mesma empresa* (art. 1º da Lei n. 12.506), ao passo que, tendo completado um ano de tempo de serviço, o empregado passa a merecer três novos dias por ano de serviço prestado na mesma empresa (parágrafo único do art. 1º da Lei n. 12.506).

O prazo do aviso-prévio, seja o padrão (30 dias), seja o proporcional (até mais 60 dias), integra-se ao contrato para todos os fins (art. 487, § 1º, *in fine*, CLT).

A integração contratual do prazo do aviso produz inúmeras consequências importantes. Por exemplo, eventual reajuste normativo concedido no período de sua fluência incorpora-se ao patrimônio trabalhista do obreiro, conforme clássico na jurisprudência⁽⁴²⁾.

Além disso, no período do pré-aviso permanecem algumas importantes obrigações das partes, inclusive a lealdade contratual. Isso significa que é possível, do ponto de vista jurídico, a ocorrência de infração trabalhista, por qualquer das partes, ao longo do aviso, apta a transmutar a rescisão contratual em resolução culposa do pacto empregatício, ou seja, a dispensa injusta ou o pedido de demissão em ruptura por justa causa de uma das partes. Nesta linha, se a infração grave for cometida pelo trabalhador, pode dar-se a conversão, quanto ao restante do período, em dispensa por justa causa; sendo a grave infração cometida pelo empresário, pode ocorrer a conversão em rescisão indireta (arts. 490 e 491, CLT; na mesma direção, Súmula n. 73, TST).

O terceiro efeito jurídico diz respeito ao pagamento correspondente ao período de aviso, seja ele laborado ou indenizado. O valor do aviso equivale ao salário mensal obreiro, acrescido de todas as parcelas que eram habitualmente pagas ao empregado ao longo do contrato, ou, se for o caso, durante os últimos meses contratuais. É claro que certa parcela que fora habitual no passado, mas já não é recebida pelo obreiro há mais de doze meses, não será integrada no aviso-prévio (desde que válida a supressão, é óbvio). Mas as parcelas habituais recentes compõem o valor do aviso, sem dúvida (horas extras e seu adicional, demais adicionais legais, etc.)⁽⁴³⁾. As gorjetas habituais deixaram de integrar o aviso indenizado, segundo a restritiva interpretação da Súmula 354 do TST.

No tocante à *proporcionalidade* do aviso, é calculada, sem dúvida, segundo o mesmo critério jurídico e técnico acima explicitado.

A ordem jurídica sanciona, finalmente, a não dação ou cumprimento do aviso pelos contratantes. Desse modo, se o empregado pede demissão, mas não concede ou cumpre o pré-aviso, poderá o empregador reter o saldo de seu salário, no valor correspondente ao número de dias de aviso-prévio não concedido (CLT, art. 487, § 2º). Se a omissão for do empregador, terá de pagar o valor correspondente, isto é, o aviso indenizado (art. 487, § 1º, *ab initio*, CLT).

É preciso notar que no cômputo dessa verba inadimplida há significativa distinção: a obrigação obreira a ser ressarcida restringe-se a 30 dias; já a

(42) O legislador decidiu reiterar a regra clássica no corpo da CLT, por meio do § 6º adicionado ao art. 487 daquele diploma (Lei n. 10.218, de 11.4.2001), embora ela já fosse inerente à natureza e características do instituto do aviso-prévio.

(43) Nesta direção, desde há tempos, a jurisprudência (antigo Enunciado 94, TST). Recentemente o legislador reiterou o que já era pacificado: Lei n. 10.218, de 11.4.2001, acrescentando o § 5º ao art. 487 da CLT.

obrigação empresarial pode ser maior, caso incida a proporcionalidade instituída pela Lei n. 12.506/2011.

Registre-se que, *tratando-se de dispensa sem justa causa*, a concessão do aviso é imperativa, não podendo ser afastada por eventual pedido de liberação de cumprimento feito pelo obreiro. Havendo este pedido e com ele concordando o empregador, permanecem obrigatórios, regra geral, os correspondentes pagamento e projeção contratual do aviso, salvo se o empresário comprovar que o obreiro alcançou novo emprego (Súmula 276, TST; art. 487, § 1º, *ab initio*, CLT).

Tratando-se, porém, de *pedido de demissão pelo trabalhador*, a concessão do aviso-prévio será ônus deste, cujo não cumprimento pode dar ensejo ao compatível desconto salarial pelo empregador (art. 487, § 2º, da CLT). Neste específico caso, portanto, o pedido de liberação de cumprimento de aviso pelo empregado, sendo atendido, constitui ajuste mais benéfico ao obreiro, isentando-lhe de obrigação legal e contratual, razão por que possui plena validade jurídica. Noutras palavras, o critério restritivo da Súmula 276 aplica-se, basicamente, às despedidas pelo empregador, mas não aos pedidos de demissão pelo empregado.

O aviso não extingue o contrato, apenas firmando prazo para sua terminação (art. 489, *ab initio*, CLT). Em consequência, a parte concedente pode reconsiderar sua decisão resilitória anterior, cancelando o aviso-prévio. Contudo, neste caso, a contraparte que recebeu o aviso pode aceitar ou não a reconsideração (art. 489, *in fine*, CLT). Havendo a concordância, preserva-se a continuidade do contrato, como se nada houvesse ocorrido; sendo recusada a reconsideração do aviso-prévio, o contrato se extingue ao final do pré-aviso concedido.

4. A Proporcionalidade do Pré-Aviso (Lei n. 12.506/2011)

O art. 7º, *caput* e XXI, da Constituição da República estabelece como direito dos trabalhadores urbanos e rurais “*aviso-prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei*”, estendendo tal direito à categoria dos trabalhadores domésticos (parágrafo único do art. 7º).

O pré-aviso com prazo mínimo de trinta dias teve efetividade desde 5.10.1988, segundo a jurisprudência, revogando (ou não recebendo), nesse aspecto, tanto as restrições temporais lançadas nos incisos I e II do art. 487 da CLT (aviso-prévio de 8 dias, por exemplo), como a exclusão doméstica feita pelo art. 7º, “a”, da Consolidação das Leis do Trabalho. Entretanto, a mesma jurisprudência, considerando inviável definirem-se, mediante simples esforço hermenêutico, inúmeros aspectos relativos à proporcionalidade (critério temporal a ser utilizado, montante de dias de acréscimo por módulo temporal, extensão da proporcionalidade no tempo do contrato, etc.), enten-

deu depender esse específico aspecto — a proporcionalidade — de regulamentação pelo Parlamento (antiga OJ 84, SDI-I, TST).

Em 2011, contudo, o Supremo Tribunal Federal, no curso do julgamento de vários Mandados de Injunção reunidos (MI n. 943, 1011, 1074 e 1090), sinalizou na direção de que iria reconhecer a grave e demorada omissão legislativa (art. 102, I, “q”, CF/88) e *regular imediatamente a proporcionalidade*, iniciando debate nessa linha. Embora o julgamento fosse, em seguida, suspenso, teve o condão de instigar o Parlamento a realizar a regulação legal da proporcionalidade do aviso-prévio, por meio de diploma jurídico específico. Nesse quadro foi promulgada a Lei n. 12.506, de 11 de outubro de 2011, entrando em vigor na data de sua publicação (Diário Oficial de 13.10.11).

A Lei n. 12.506, reportando-se à figura jurídica regida pelo Capítulo VI do Título IV da CLT (arts. 487 a 491), determina que o aviso-prévio “*será concedido na proporção de 30 (trinta) dias aos empregados que contem até 1 (um) ano de serviço na mesma empresa*” (art. 1º).

Estipula o parágrafo único da mesma lei que: “*Ao aviso-prévio previsto neste artigo serão acrescidos 3 (três) dias por ano de serviço prestado na mesma empresa, até o máximo de 60 (sessenta) dias, perfazendo um total de até 90 (noventa) dias*”.

Algumas conclusões podem se extrair, de imediato, do singelo diploma legal: o instituto do aviso-prévio, *não inferior a 30 dias*, continua regulado pelos arts. 487 a 491 da CLT, com as alterações trazidas pelo art. 7º, XXI, da Constituição e pela Lei n. 12.506/2011. Apenas a *proporcionalidade* é que foi efetiva inovação trazida pelo recente diploma legal.

Evidentemente que o pré-aviso, inclusive quanto à proporcionalidade, aplica-se a todo e qualquer empregado, em princípio, seja urbano, rural ou doméstico (art. 7º, *caput*, XXI e parágrafo único, CF/88). Entretanto é instituto típico dos *contratos de duração indeterminada*, aplicando-se aos contratos a termo apenas em restritas hipóteses legais (antecipação rescisória em contratos a termo que tenham cláusula assecuratória de direito recíproco de rescisão antecipada, por exemplo — art. 481, CLT).

No tocante à proporcionalidade (que é a única novidade a ser aqui tratada), ela tem, naturalmente, *efeito estritamente imediato*, a contar de 13 de outubro de 2011, em respeito ao princípio e regra do *efeito jurídico meramente imediato das leis* no Brasil, segundo direito fundamental estabelecido na própria Constituição (art. 5º, XXXVI, CF/88). O efeito imediato captura as situações posteriores a 13.10.2011 (avisos dados depois da publicação da lei) e também as situações em andamento, não inteiramente concluídas (ou seja, avisos prévios em fluência no dia 13.10.2011); porém, a proporcionalidade jamais abrangerá avisos prévios já inteiramente consumados

na data de publicação da lei nova, pois não há efeito retroativo de regra jurídica ou de lei de direito material no País (art. 5º, XXXVI, CF/88).⁽⁴⁴⁾

O prazo mínimo de trinta dias do aviso-prévio atinge os trabalhadores que tenham *até um ano de serviço* na mesma entidade empregadora, mantendo-se, naturalmente, esse piso temporal do aviso para os períodos contratuais maiores (art. 7º, XXI, CF/88, combinado com art. 1º, *caput*, Lei n. 12.506/11). A proporcionalidade inovadora é regulada pelo parágrafo único da Lei n. 12.506: por *ano de serviço prestado à mesma entidade empregadora* serão acrescidos três dias, até o máximo de 60 dias de acréscimo em face da proporcionalidade (mais os trinta dias originais, aplicáveis independentemente do tempo contratual).

Quer isso dizer que o trabalhador que complete um ano de serviço na entidade empregadora terá direito ao aviso de 30 dias, *mais três dias em face da proporcionalidade*. A cada ano subsequente, desponta o acréscimo de mais três dias. Desse modo, completado o segundo ano de serviço na empresa, terá 30 dias de aviso-prévio, mais seis dias, a título de proporcionalidade da figura jurídica, e assim sucessivamente. No 20º ano de serviço na mesma entidade empregadora, terá direito a 30 dias de aviso-prévio normal, mais 60 dias a título de proporcionalidade do instituto.

A lei não prevê modulação na contagem da proporcionalidade, razão pela qual não cabe agregar mais essa vantagem, mediante simples esforço interpretativo. Nessa linha, se o empregado tiver 1 ano e 9 meses de serviço perante seu empregador, terá direito a 30 dias mais três (33 dias, no total) por aviso-prévio. Contudo, à medida que o pré-aviso integra-se ao tempo contratual para os efeitos jurídicos pertinentes (art. 487, § 1º, *in fine*, CLT), o empregado com 1 ano e 11 meses de serviço terá, sim, direito à segunda cota da proporcionalidade, caso dispensado sem justa causa (isto é, 30 dias mais 6 dias de proporcionalidade), uma vez que, com a projeção do próprio aviso-prévio, seu tempo contratual de serviço atingirá 2 anos (na verdade, um pouco mais).

A Lei n. 12.506/2011 é clara em considerar a proporcionalidade uma vantagem estendida *aos empregados* (*caput* do art. 1º do diploma legal), sem a bilateralidade que caracteriza o instituto original, fixado em 30 dias desde 5.10.1988. *A bilateralidade restringe-se ao aviso-prévio de 30 dias*, que tem de ser concedido também pelo empregado a seu empregador, caso queira pedir demissão (*caput* do art. 487 da CLT), sob pena de poder sofrer o desconto correspondente ao prazo descumprido (art. 487, § 2º, CLT). Esse prazo de 30 dias também modula a forma de cumprimento físico do aviso-prévio (*aviso trabalhado*): redução de duas horas de trabalho ao dia, durante 30 dias (*caput* do art. 488, CLT) ou cumprimento do horário normal de trabalho durante o pré-aviso, salvo os últimos sete dias (parágrafo único do art. 488 da CLT).

A escolha jurídica feita pela Lei n. 12.506/2011, mantendo os trinta dias como módulo que abrange todos os aspectos do instituto, inclusive os

(44) Nesta linha pacificou-se a jurisprudência: Súmula 441 do TST.

desfavoráveis ao empregado, ao passo que a proporcionalidade favorece apenas o trabalhador, é sensata, proporcional e razoável, caso considerados a lógica e o direcionamento jurídicos da Constituição e de todo o Direito do Trabalho. Trata-se da única maneira de se evitar que o avanço normativo da proporcionalidade converta-se em uma contrafação, uma antonomia, como seria impor-se ao trabalhador com vários anos de serviço gravíssima restrição a seu direito de se desvincular do contrato de emprego. Essa restrição nunca existiu no Direito do Trabalho e nem na Constituição, que jamais exigiram até mesmo do trabalhador estável ou com garantia de emprego (que tem — ou tinha — vantagem enorme em seu benefício) qualquer óbice ao exercício de seu pedido de demissão. Ora, o cumprimento de um aviso de 60, 80 ou 90 dias ou o desconto salarial nessa mesma proporção fariam a ordem jurídica retornar a períodos selvagens da civilização ocidental, antes do advento do próprio Direito do Trabalho — situação normativa incompatível com o espírito da Constituição da República e do Direito do Trabalho brasileiros.

Evidentemente, os períodos de interrupção da prestação de serviços (interrupção contratual) compõem o cálculo do módulo temporal relevante para a aquisição desse direito (ilustrativamente, descanso semanal remunerado; descanso em feriados; férias anuais remuneradas; licença médico-previdenciária até 15 dias; férias anuais remuneradas). Entretanto, os períodos de suspensão do contrato de trabalho *não* se computam no cálculo do módulo temporal pertinente para a aquisição da proporcionalidade.

Esclareça-se, de resto, que, à medida que o prazo do aviso, mesmo indenizado, integra-se ao contrato para todos os efeitos (art. 487, § 1º, *in fine*, CLT), é natural que o faça também para os fins da incidência ou não da *indenização adicional* por dispensa no trintídio anterior à data-base da respectiva categoria (art. 9º das Leis ns. 6.708/79 e 7.238/84; Súmula 182, TST). Desse modo, o prazo do aviso-prévio, *inclusive da proporcionalidade*, é computado para fins de incidência ou não dessa indenização adicional (Súmulas 182, 242 e 314, TST).

CAPÍTULO XXX

TÉRMINO DO CONTRATO POR ATO CULPOSO DO EMPREGADO: DISPENSA POR JUSTA CAUSA

I. INTRODUÇÃO

A importante tipologia que divide as modalidades de término do contrato de trabalho em *resilição contratual*, *resolução contratual* e *rescisão contratual*, reservando para um quarto grupo inominado os demais tipos existentes de ruptura do pacto laborativo⁽¹⁾, encontra em dois dos tipos de *resolução* alguns dos meios mais relevantes de terminação de tal contrato: a *ruptura por ato culposo do empregado* (dispensa por justa causa) e a *ruptura por ato culposo do empregador* (também chamada rescisão indireta ou despedida indireta).

O presente capítulo será dedicado à terminação do contrato em face de conduta culposa do empregado, também conhecida pelo epíteto de *justa causa obreira*.

No seu estudo serão examinados, inicialmente, os sistemas principais de estruturação jurídica de ilícitos trabalhistas e respectivas penalidades, com o correspondente enquadramento do modelo brasileiro. Em seguida, a análise do contraponto entre *justa causa* e *falta grave*, que transparece no texto normativo da CLT. Mais à frente, a importante investigação acerca dos critérios de aplicação de penalidades prevaletentes no Direito do Trabalho do País. Por fim, será feita a análise das infrações tipificadas que existem no ramo justralhista pátrio, acompanhada do exame das punições lícitas e ilícitas, segundo o Direito brasileiro.

II. CARACTERIZAÇÃO DAS INFRAÇÕES TRABALHISTAS: SISTEMAS PERTINENTES

O Direito do Trabalho procura caracterizar as infrações viabilizadoras da aplicação de punições no âmbito da relação de emprego. Tal caracterização, contudo, não se submete a um critério uniforme, segundo as diversas ordens jurídicas.

Conforme já antecipado no Capítulo XX, item V, deste Curso, existem, essencialmente, dois critérios principais de caracterização de infrações

(1) Tipologia retirada de MARANHÃO, Délio. Extinção do Contrato de Trabalho, *in*: SÜSSEKIND, A. *et alii*. *Instituições de Direito do Trabalho*, v. I. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1981, p. 521 e seguintes, conforme já reiteradamente exposto.

trabalhistas nas ordens jurídicas ocidentais de maior relevo: o *critério genérico* e o *critério taxativo*, este conhecido também como de *tipicidade legal*. É claro que no plano concreto das ordens jurídicas podem ocorrer formas de combinação dos dois critérios: ilustrativamente, a lei tipifica algumas infrações mas também admite outras condutas não tipificadas como ensejadoras da punição trabalhista.

O *critério taxativo* (ou de *tipicidade legal*) faz com que a legislação preveja, de modo expresso, os tipos jurídicos de infrações trabalhistas. Por tal critério, a ordem jurídica realiza previsão exaustiva e formalística das infrações, fiel ao princípio de que inexistiriam ilícitos trabalhistas além daqueles expressamente fixados em lei. Por esse critério, o Direito do Trabalho incorporaria o *princípio penal clássico de que não há infração sem previsão legal anterior expressa*.

Observe-se, contudo, que a tipificação trabalhista — mesmo à luz do critério taxativo — não chega a ser, em todas as hipóteses legais, tão rigorosa quanto à característica do Direito Penal. A infração corresponde a um tipo legal preestabelecido, mas esse tipo legal não tem, sempre, seus traços e contornos rigidamente fixados pela lei. A tipificação trabalhista pode ser, desse modo, significativamente mais flexível e plástica do que a configurada no Direito Penal. Um exemplo dessa plasticidade é dado pela justa causa prevista no art. 482, “b”, CLT, isto é, *mau procedimento*. Ora, a plasticidade e imprecisão desse tipo legal trabalhista deixa-o muito distante do rigor formal exigido por um tipo legal penalístico.

O *critério genérico* faz com que a legislação *não* preveja, de modo expresso, os tipos jurídicos de infrações trabalhistas; em síntese, a ordem jurídica *não* realiza previsão exaustiva e formalística das ilicitudes. Ao contrário, o Direito apenas menciona como infração trabalhista aquela conduta que, por sua natureza ou características próprias ou mesmo circunstanciais, venha a romper com a confiança essencial à preservação do vínculo empregatício. Por esse critério, portanto, é mais larga a margem de aferição de ocorrência de infrações no contexto da relação de emprego.

O jurista *Amauri Mascaro Nascimento*, ilustrando oportunamente o critério genérico, cita o conceito de justa causa inserido na Lei do Contrato de Trabalho portuguesa então vigente (início da década de 1990), elaborado em conformidade com o mencionado critério: “considera-se justa causa o comportamento culposo do trabalhador que, pela sua gravidade e consequências, torne imediata e praticamente impossível a subsistência da relação de trabalho.”⁽²⁾

Não se pode sustentar, em princípio, existência de efetiva superioridade teórica e empírica de um critério de política normativa sobre outro. Ambos, na verdade, são compatíveis com uma apreensão democrática do tema do

(2) NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao Direito do Trabalho*. 17. ed. São Paulo: LTr, 1991, p. 191.

poder disciplinar. Contudo, o critério genérico — se não associado a um sistema intraempresarial de controle do exercício do poder disciplinar, com comissões obreiras e sindicais de acompanhamento e avaliação constantes — talvez conduza, com maior frequência, à geração de situações de incerteza e arbitrariedade. De todo modo, é critério que está distante da prática justralhista no Brasil.

A ordem jurídica brasileira inspira-se, inequivocamente, no *critério taxativo*. Nessa linha, a legislação trabalhista prevê, de modo expresso, as figuras de infrações trabalhistas. Realiza previsão exaustiva, fiel ao princípio de que inexisteriam infrações além daquelas formalmente fixadas em lei.

III. JUSTA CAUSA E FALTA GRAVE: CONCEITO E DIFERENCIAÇÃO

Para o Direito brasileiro, *justa causa* é o motivo relevante, previsto legalmente, que autoriza a resolução do contrato de trabalho por culpa do sujeito comitente da infração — no caso, o empregado. Trata-se, pois, da conduta tipificada em lei que autoriza a resolução do contrato de trabalho por culpa do trabalhador.

É evidente que infrações contratuais podem ser cometidas tanto pelo empregado (tipos jurídicos do art. 482, CLT, por exemplo), como pelo empregador (por exemplo, tipos jurídicos do art. 483, CLT). No primeiro caso, o cometimento dá ensejo à dispensa do obreiro por justa causa; no segundo caso, autoriza a ruptura contratual por transgressão do empregador (rescisão indireta).

Aos tipos legais de infrações obreiras, com seus requisitos objetivos, subjetivos e circunstanciais (a serem examinados no item seguinte deste capítulo), a ordem jurídica denomina, portanto, *justa causa*.

A CLT, *tratando das infrações cometidas pelo trabalhador*, refere-se ainda à noção de *falta grave*. Estipula que esta é constituída pela “prática de qualquer dos fatos a que se refere o art. 482, quando por sua repetição ou natureza representem séria violação dos deveres e obrigações do empregado” (art. 493, CLT). A referência consta do capítulo celetista que trata da estabilidade decenal no emprego (por exemplo, arts. 492, 493, 494, 495, 499, § 1º, todos da CLT). O art. 499, ilustrativamente, refere-se à *falta grave* em um de seus parágrafos (§ 1º), quando trata do estável decenal, mencionando, ao revés, a expressão *justa causa* quando se reporta ao empregado não estável (art. 499, § 2º, CLT).

A mesma CLT, ao se referir à *estabilidade provisória* do dirigente sindical, autoriza seu afastamento se o obreiro protegido “cometer *falta grave* devidamente apurada nos termos desta Consolidação” (art. 543, § 3º, CLT; grifos acrescidos). Também a Constituição da República, ao mencionar essa mesma

garantia do dirigente sindical, utiliza-se da expressão falta grave: “salvo se cometer *falta grave* nos termos da lei” (art. 8º, VIII, *in fine*; grifos acrescidos).

Parece claro, portanto, que a falta grave corresponde à justa causa que tenha de ser apurada formalisticamente, por meio de ação judicial de inquérito, nos moldes do art. 494, *caput*, *in fine*, e arts. 853 a 855 da CLT. Do ponto de vista *formal*, pelo menos, há clara diferença entre justa causa e falta grave.

Do ponto de vista *subjetivo*, também há distinção entre as figuras. É que a falta grave é própria ao *empregado estável* e àqueles empregados que tenham estabilidades provisórias mais acentuadas, cuja resolução contratual somente possa ser feita por meio de inquérito judicial, em que se apure seu comportamento culposo, como se passa com o dirigente de entidades sindicais.

Contudo, do ponto de vista *material*, grassa divergência sobre haver efetiva diferenciação entre falta grave e justa causa. Pela ausência de substantiva distinção, há, por exemplo, o entendimento de *Délio Maranhão*, que insistia na equivalência entre as duas expressões: “a justa causa, por definição, é a falta grave”⁽³⁾. Na mesma linha, *Eduardo Gabriel Saad*⁽⁴⁾.

Wagner Giglio, embora admitindo que, na “prática forense, justa causa e falta grave são utilizadas indiscriminadamente como expressões sinônimas”, entende que a distinção feita pela lei “impõe ao intérprete diferenciar os conceitos: falta grave é a justa causa que, por sua natureza ou repetição, autoriza o despedimento do empregado estável (CLT, art. 493)”⁽⁵⁾.

Adiferenciação material, substantiva, se houver, é apenas de intensidade: pretende a ordem jurídica que a justa causa apta a resolver, culposamente, o contrato de trabalho do empregado estável ou do dirigente sindical, seja *intensamente grave*, quer por sua natureza, quer por sua repetição. É o que pensa *Dorval Lacerda*, segundo referência feita por *Valentin Carrion*: “para a resolução do contrato do estável exige-se falta grave, ou seja, uma justa causa de superior intensidade”⁽⁶⁾.

(3) MARANHÃO, Délio, in: SÜSSEKIND, Arnaldo, e outros. *Instituições de Direito do Trabalho*. v. I, 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1981, p. 536. Wagner Giglio pondera que também Evaristo de Moraes Filho, em sua obra *Justa Causa*, considera irrelevante a distinção entre as figuras. In GIGLIO, Wagner D. *Justa Causa*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 13.

(4) Eduardo Gabriel Saad, sustentando a sinonímia de justa causa e falta grave, expõe que “o legislador, ao usar as duas expressões, não teve em mira um critério de gradação de gravidade do ato faltoso”. In: *Consolidação das Leis do Trabalho* — comentada. 30. ed. São Paulo: LTr, 1997, p. 356, nota 1.

(5) GIGLIO, Wagner D. *Justa Causa*. 7. ed., cit., p. 13.

(6) CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 409. Carrion esclarece, logo em seguida, que “a distinção terminológica, entretanto, não é obedecida” (loc. cit.).

IV. INFRAÇÕES OBREIRAS: CRITÉRIOS DE APLICAÇÃO DE PENALIDADES

A título meramente introdutório, reitere-se a advertência já exposta no Capítulo XX, item V, deste Curso, no sentido de que o Direito do Trabalho brasileiro ainda não atingiu, efetivamente, fase ideal no tocante ao exercício do poder disciplinar e conseqüente aplicação de penalidades ao obreiro pelo empregador.

É que não prevê a legislação ordinária qualquer procedimento especial para aferição de faltas e aplicação de penas no contexto intraempresarial (excetuada a situação do estável, conforme mencionado). Muito menos prevê mecanismos de coparticipação (e corresponsabilização) no instante de aplicação de penalidades no âmbito empregatício. Pelo padrão normativo atual, o empregador avalia, unilateralmente, a conduta obreira e atribui a pena ao trabalhador, sem necessidade de observância de um mínimo procedimento que assegure a defesa do apenado e sem necessidade de consulta a um órgão coletivo obreiro interno à empresa (que, na verdade, raramente existe no cotidiano empresarial do País).

Embora esse modelo legal celetista pareça defasado em face da relevância que a Constituição de 1988 dá ao Direito Coletivo e aos direitos individuais da pessoa humana, não têm a doutrina e a jurisprudência pátrias dominantes, ainda, apontado na direção da suplantação efetiva desse aspecto unilateralista do modelo da CLT. Muito menos o legislador sequer movimentou-se em direção às modificações imperativas voltadas a ajustar o sistema de aplicação de penalidades trabalhistas do Direito brasileiro à realidade do ingresso no terceiro milênio.

É bem verdade que a Constituição de 1988, em sua elevada sabedoria, criou sistema eficaz de aperfeiçoamento do exercício dos poderes diretivo, regulamentar, fiscalizatório e disciplinar pelo empregador no Brasil, *independentemente de serem instituídos ou não mecanismos internos de participação obreira nos estabelecimentos e empresas do País*. Esse eficaz sistema constitucional é composto pela nova, significativa e atuante tutela aos direitos individuais da personalidade do trabalhador no ambiente laborativo, que foi estruturada pela própria Constituição. Ou seja, desponta como tão incisiva, abrangente e forte essa nova tutela constitucional, a ser efetivada pelas instituições componentes do sistema trabalhista brasileiro (Ministério Público do Trabalho, Ministério do Trabalho — Auditoria Fiscal Trabalhista — Justiça do Trabalho, além dos sindicatos), que as empresas, instituições e demais empregadores brasileiros seguramente terão de se adaptar a meios e práticas mais democráticos de exercício do poder empregatício, sob pena de sofrerem irreprimíveis restrições por parte das instituições de suporte do Direito do Trabalho.⁽⁷⁾

(7) A respeito dessa nova tutela constitucional sobre os direitos da personalidade do trabalhador no âmbito da relação empregatícia, consultar dois segmentos deste livro: de um

Note-se, a propósito, que a Lei da Reforma Trabalhista (n. 13.467/2017) fez a previsão da estruturação de comissões de representação dos empregados no âmbito interno das empresas com mais de 200 empregados (novo Título IV-A da CLT, composto pelos arts. 510-A a 510-C da Consolidação), suprimindo, nesse aspecto, uma lacuna no Direito Coletivo do Trabalho do País. Entretanto, infelizmente, vários aspectos manterão longínquo o aperfeiçoamento almejado: de um lado, porque essa comissão de representação dos empregados não é vinculada ao respectivo sindicato profissional, de maneira a realmente reforçar a organização coletiva obreira perante o respectivo empregador (conforme será examinado no Capítulo XXXV deste Curso, em seu novo item IX: “Comissão de Representação dos Empregados na Empresa” — para onde remetemos o leitor); de outro lado, porque a Lei da Reforma Trabalhista aprofundou, de várias maneiras, o poder unilateral do empregador relativamente à gestão dos contratos de trabalho (conforme tem sido demonstrado ao longo deste Curso); ademais, a mesma Lei n. 13.467/2017 enfraqueceu as entidades sindicais brasileiras, por intermédio de diferentes medidas, inclusive no tocante à restrição de suas fontes de custeio (a esse respeito, consultar o Capítulo XXXV, item IV.3.B, deste Curso); por fim, essa nova legislação também dificultou o acesso dos trabalhadores, de maneira geral, ao Poder Judiciário Trabalhista, enfraquecendo, nessa dimensão, importante mecanismo de busca da efetividade do Direito do Trabalho na economia e sociedade brasileiras.

De todo modo, há, obviamente, limites à aplicação de penalidades pelo empregador, à luz do atual Direito do Trabalho do País. Esses limites consubstanciam um certo *critério de fixação de penalidades trabalhistas* no contexto empresarial.

O critério de fixação de penalidades no âmbito empregatício impõe a observância de três grupos de requisitos, a serem examinados conjuntamente em cada caso concreto: requisitos objetivos, subjetivos e circunstanciais.

Objetivos são os requisitos que concernem à caracterização da conduta obreira que se pretende censurar; *subjetivos*, os que concernem ao envolvimento (ou não) do trabalhador na respectiva conduta; *circunstanciais*, os requisitos que dizem respeito à atuação disciplinar do empregador em face da falta e do obreiro envolvidos.

De maneira geral, a doutrina arrola apenas dois grupos de requisitos: objetivos e subjetivos. Contudo, parece-nos relevante distinguir um terceiro grupo, que envolve as circunstâncias de aferição da conduta faltosa do obreiro e de aplicação da correspondente penalidade (requisitos denominados *circunstanciais*).

lado, o Capítulo XIX, item V — “Efeitos Conexos: o universo da personalidade do trabalhador e a tutela jurídica existente”; de outro lado, o Capítulo XX, item VI — “Poder Empregatício e Direitos da Personalidade do Trabalhador: novos desafios”.

1. Requisitos Objetivos

É requisito objetivo para o exercício do poder disciplinar no contrato a *tipicidade da conduta obreira*, inclusive com respeito à *natureza da matéria envolvida*. Também integra o presente grupo de requisitos a *gravidade* da conduta do trabalhador.

No que diz respeito à *tipicidade da conduta faltosa*, aplica-se, como visto, ao ramo justralhista brasileiro o critério penalista da prévia tipificação legal da conduta censurada. Embora, é claro, saiba-se ser relativamente plástica e imprecisa a tipificação celetista, não se pode enquadrar como infração ato ou omissão que escape efetivamente à previsão contida na lei laboral.

A plasticidade dessa tipificação, entretanto, tem permitido a funcional adequação de tipos tradicionais a condutas consideradas modernas (embora nem tão *modernas*, como se sabe). É o que se passa com o assédio sexual, que pode ser englobado, perfeitamente, na incontinência de conduta alinhada pelo art. 482, “b”, da CLT, quando praticado por empregado em face de sua colega de serviço, por exemplo. A propósito, tratando-se de assédio sexual do empregador contra a empregada, o enquadramento pode ser feito nas alíneas “a”, “e” ou “f” do art. 483 da CLT: respectivamente, serviços contrários aos bons costumes ou alheios ao contrato, ou, ainda, “ato lesivo da honra e boa fama” ou “ofensa física”⁽⁸⁾.

Relaciona-se a esse primeiro requisito o exame da *natureza da matéria envolvida*. De fato, é inquestionável que o exercício do poder disciplinar restringe-se a condutas obreiras vinculadas a suas obrigações contratuais trabalhistas. Ou seja, *o que pode ser tido como infração laboral será exclusivamente um comportamento do trabalhador que prejudique o cumprimento de suas obrigações contratuais trabalhistas ou, no mínimo, produza injustificável prejuízo ao ambiente laborativo*.

Desse modo, não há possibilidade de as prerrogativas do poder disciplinar estenderem-se ao universo de condutas estritamente pessoais, familiares, sociais e políticas do trabalhador. Apenas se o comportamento concretizar-se no âmbito empregatício de modo irregular, em contraponto às obrigações trabalhistas contratuais e legais do obreiro, é que a matéria pode passar ao exame do poder empregatício e sua dimensão disciplinar. Embora,

(8) No final do século XX, o legislador brasileiro decidiu especificar, com maior minúcia — e com efeitos no ambiente empregatício —, regras de combate à discriminação e violência física ou moral contra a mulher. Citem-se, ilustrativamente, a Lei n. 9.029, de 1995, e a Lei n. 9.799, de 1999. No início do século XXI, surgiu a Lei Maria da Penha (n. 11.340/2006), que também ostenta impactos trabalhistas. Mais recentemente despontou ainda a Lei n. 13.271, de 15.4.2016, que dispõe sobre a proibição de revista íntima de “funcionárias” nos locais de trabalho (embora tais revistas já fossem explicitamente proibidas no âmbito trabalhista), tratando igualmente da revista íntima em ambientes prisionais — diploma que fixa multa e outros consectários. A respeito desse importante tema, consultar o Capítulo XXII, item IV, 5.A, do presente Curso.

é claro, existam situações em que a lei permite considerar-se faltosa uma conduta ocorrida fora do ambiente do trabalho (ilustrativamente, violação de segredo da empresa ou ofensa ao empregador ou superiores hierárquicos do obreiro — art. 482, “g” e “k”, CLT), tal permissão ocorre em virtude de a infração poder afetar francamente o contrato ou o ambiente laborativo.

O requisito da *gravidade* não é, evidentemente, absoluto — mas influi, sem dúvida, no exercício do poder disciplinar.

É que, em se tratando de conduta tipificada, porém inquestionavelmente leve, quer o Direito do Trabalho que o empregador se valha das prerrogativas diretivas, fiscalizatórias e disciplinares essencialmente com fins educacionais, orientando o obreiro a se ajustar ao ambiente e regras laborativas — notadamente se se tratar de empregado sem vida pregressa funcional negativa na empresa. Neste caso, as punições caberão apenas se a conduta censurável permanecer, não obstante a orientação educativa original.

De todo modo, a gravidade da infração atua, de maneira geral, na dosagem da pena a ser imposta.

2. Requisitos Subjetivos

São requisitos subjetivos para a aplicação do poder disciplinar, como já apontado neste Curso, a *autoria* obreira da infração e seu *dolo ou culpa* com respeito ao fato ou omissão imputados.

O requisito da *autoria* é autoevidente. Apenas se ficar configurada a efetiva participação do trabalhador no ato ou omissão tipificados é que se pode aventar a possibilidade de exercício do poder punitivo a seu respeito.

O requisito do *dolo ou culpa* é também de grande relevância. Não será válido o exercício de prerrogativas punitivas se a conduta obreira não tiver sido intencional ou, pelo menos, decorrente de imprudência, negligência ou imperícia.

Ainda assim, o Direito do Trabalho produz algumas adequações aos critérios penalistas e civilistas gerais concernentes à noção de dolo ou culpa. Em primeiro plano, a intenção e a culpa têm de ser examinadas *em concreto*, isto é, considerando-se o nível de escolaridade do obreiro, seu segmento de atuação profissional, seu nível socioeconômico e outros aspectos subjetivos relevantes. Isso porque é evidente que a intenção dolosa ou a conduta culposa podem atenuar-se em função da maior simplicidade na formação pessoal, escolar e profissional do indivíduo.

A par disso, *nem sempre* a imperícia pode ser causa ensejadora do exercício do poder disciplinar. Na verdade, raramente o será. É que vigoram no Direito do Trabalho tanto o princípio da direção empresarial sobre o contrato e seu cumprimento, como o da assunção dos riscos contratuais

pelo empresário. Ora, o primeiro princípio coloca sob a responsabilidade do empregador a análise da efetiva aptidão obreira para a execução do objeto do contrato (inclusive valendo-se do contrato de experiência), ao passo que o segundo não permite ao trabalhador assumir os riscos do próprio trabalho prestado.

Registre-se que, de maneira geral, a doutrina e jurisprudência referem-se somente à conduta *culposa* do trabalhador. Não há qualquer equívoco ou omissão nisso: é que a expressão correntemente é tomada em sentido amplo, englobando dolo ou culpa — esta, agora, em sentido estrito. Obviamente, a conduta dolosa é muito mais grave do que a culposa; se o Direito do Trabalho censura esta, com muito mais intensidade o fará com respeito àquela.

3. Requisitos Circunstanciais

Circunstanciais, como visto, são os requisitos que dizem respeito à atuação disciplinar do empregador em face da falta cometida e do obreiro envolvido.

São inúmeros tais requisitos, a saber: nexos causal entre a falta e a penalidade; adequação entre a falta e a pena aplicada; proporcionalidade entre elas; imediatividade da punição; ausência de perdão tácito; singularidade da punição (*non bis in idem*); inalteração da punição; ausência de discriminação; caráter pedagógico do exercício do poder disciplinar, com a correspondente gradação de penalidades.

No que concerne ao *nexo causal entre a infração e a penalidade*, quer a ordem justralhista que a pena seja efetivamente atada à conduta tida como faltosa. Não se pode utilizar determinada falta recém-ocorrida para punir-se infração anterior não apenada: a vinculação entre a infração e a pena deve, portanto, ser direta.

A observância (ou não) do nexo causal influi, inclusive, na aferição de outros critérios (como adequação, proporcionalidade, gradação e outros). É que se não houver efetivo nexo causal entre a falta e a punição (deixando, por exemplo, o empregador ocorrer acúmulo de infrações, para então promover punição mais grave), tenderá a ficar comprometida a observância também de outros critérios, como a adequação, a gradação, a imediatividade etc.

No que diz respeito à *adequação entre a falta e a penalidade*, quer a ordem justralhista que haja correspondência substantiva entre a conduta infratora e a punição aplicada.

A adequação (ou inadequação) da penalidade aplicada manifesta-se, comumente, através de outro critério muito próximo a este, a chamada *proporcionalidade entre a falta e a punição*. Por tal critério, quer a ordem jurídica que haja harmônica conformidade entre a dimensão e extensão da falta cometida e a dimensão e extensão da punição perpetrada.

Enquanto a *adequação* remete a um juízo concernente à *qualidade* (à substância da relação de correspondência entre a infração e a penalidade), o critério da *proporção* remete a um juízo concernente à *quantidade* (isto é, à mensuração quantitativa da relação de correspondência entre a infração cometida e a penalidade perpetrada). Os dois critérios, é bem verdade, completam-se, devendo, desse modo, ser analisados em conjunto pelo operador jurídico (adequação e proporcionalidade).

No que tange à *imediatez da punição*, exige a ordem jurídica que a aplicação de penas trabalhistas se faça tão logo se tenha conhecimento da falta cometida. Com isso evita-se eventual situação de pressão permanente ou, pelo menos, por largo e indefinido prazo sobre o obreiro, em virtude de alguma infração cometida.

A quantificação do prazo tido como razoável a mediar a falta e a punição não é efetuada expressamente pela legislação. Algumas regras, contudo, podem ser alinhavadas. Em primeiro lugar, tal prazo conta-se não exatamente do fato irregular ocorrido, *mas do instante de seu conhecimento pelo empregador* (ou seus prepostos intraempresariais). Em segundo lugar, esse prazo pode ampliar-se ou reduzir-se em função da existência (ou não) de algum procedimento administrativo prévio à efetiva consumação da punição. Se houver instalação de comissão de sindicância para apuração dos fatos envolventes à irregularidade detectada, por exemplo, obviamente que disso resulta um alargamento do prazo para consumação da penalidade, já que o próprio conhecimento pleno do fato, sua autoria, culpa ou dolo incidentes, tudo irá concretizar-se apenas depois dos resultados da sindicância efetivada.

Finalmente, em terceiro lugar, embora não haja prazo legal prefixado para todas as situações envolvidas, há um parâmetro máximo fornecido pela CLT e eventualmente aplicável a algumas situações concretas. Trata-se do lapso temporal de 30 dias (prazo decadencial: Súmula 403, STF) colocado ao empregador para ajuizamento de ação de inquérito para apuração de falta grave de empregado estável (art. 853, CLT; Súmula 62, TST).

O trintídio celetista pode servir de relativo parâmetro para outras situações disciplinares, mesmo não envolvendo empregado estável, nem a propositura de inquérito. Observe-se, porém, que tal lapso de 30 dias somente seria aplicável quando houvesse necessidade de alguma diligência investigatória acerca dos fatos referentes à infração. É que a jurisprudência tende a considerar muito longo semelhante prazo em situações mais singelas (e mais frequentes), que digam respeito a faltas inequivocamente cometidas e inequivocamente conhecidas pelo empregador.

Outro critério relevante é a *ausência de perdão tácito*. A figura do perdão tácito ocorre quando certas faltas mais ou menos graves cometidas pelo obreiro não são objeto de manifestação adversa por parte do empregador. O silêncio empresarial prolongado, após conhecida uma falta obreira, gera a presunção de que a infração foi implicitamente perdoada pela contraparte contratual.

O critério da *ausência de perdão tácito* relaciona-se, de maneira geral, com o anterior critério (*imediatividade*). Efetivamente, se a falta não for imediatamente punida, tão logo conhecida pelo empregador, presume-se que foi tacitamente perdoada. A falta de imediatividade gera, desse modo, a presunção de incidência do perdão tácito.

O perdão tácito acerca de falta passada não gera, porém, obviamente, autorização futura para cometimento do mesmo tipo de falta. O conceito reporta-se ao passado, não às condutas futuras concernentes à relação de emprego. Principalmente se a falta anterior também consubstanciava ilícito de outra natureza, o perdão tácito referente a fato pretérito não esteriliza a correção das irregularidades com respeito às *situações futuras* — embora em tais casos seja prudente à empresa esclarecer, genericamente, a nova postura a ser adotada.

O critério da *singularidade da punição* (ausência de duplicidade punitiva) concretiza o princípio clássico do *non bis in idem* no âmbito do poder disciplinar. Por tal critério, não pode o empregador aplicar mais de uma pena em função de uma única falta cometida. Mesmo que se trate de um grupo de faltas, *mas tendo uma unidade em seu cometimento* (ilustrativamente, o empregado danifica uma máquina e, no mesmo instante, ofende sua chefia imediata), a punição tem de ser unitária.

Ao critério anterior (*singularidade punitiva*) associa-se, em geral, o critério da *inalteração da punição*. Para o Direito do Trabalho a punição perpetrada tem de ser definitiva, não podendo ser modificada. Ilustrativamente, se o empregador aplicou suspensão disciplinar e, em seguida, reavaliando a gravidade da falta cometida, conclui que ela, na verdade, inquestionavelmente justificaria uma ruptura contratual por justa causa obreira, já não mais poderá, validamente, aplicar a pena do art. 482 da CLT, em virtude do critério da inalterabilidade das punições perpetradas.

Evidentemente que o presente critério tem de ser compreendido dentro do conjunto da lógica justralhista. Se a modificação ocorrer com o intuito de favorecer, efetivamente, o obreiro (modificação de uma suspensão contratual punitiva para uma advertência escrita, por exemplo), ela será válida, sem qualquer dúvida.

É também critério de aplicação de penalidades no Direito do Trabalho a *ausência de discriminação*. A punição não pode ser efetuada com intuito — ou com efeitos — discriminatórios. Se o cometimento da infração abrange distintos obreiros, torna-se discriminatória a punição que atinge um único deles — desde que não haja, obviamente, efetiva distinção na gravidade e intensidade da participação de cada um nos eventos irregulares.

A doutrina e a jurisprudência elegem, ainda, o *caráter pedagógico do exercício do poder disciplinar* como importante critério informador da aplicação de penas no contexto empregatício. Considera-se fundamental que

o poder punitivo seja exercido com a finalidade de ajustar o obreiro à sã convivência laborativa, em um contexto de regras *lícitas* adotadas pela empresa. O objetivo central de tal poder não seria sancionar, punir, mas principalmente criar condições para a ressocialização obreira no universo empresarial. A punição deve ser encarada apenas como instrumento vinculado a esse objetivo maior, do mesmo modo que a exclusão do trabalhador do emprego deve ser tida como solução cabível somente em casos efetivamente justificáveis.

É mecanismo de realização desse caráter pedagógico do exercício do poder disciplinar a *gradação de penalidades*. De fato, a adoção de medidas punitivas em escala crescente transmite ao obreiro a clara noção do desajuste de seu comportamento, permitindo o melhor alcance de sua ressocialização laborativa. A gradação favorece, pois, em geral, o sentido didático do exercício punitivo.

O critério pedagógico de gradação de penalidades não é, contudo, absoluto e nem universal — isto é, ele não se aplica a todo tipo de falta cometida pelo trabalhador. É possível a ocorrência de faltas que, por sua intensa e enfática gravidade, não venham ensejar qualquer viabilidade de gradação na punição a ser deferida, propiciando, assim, de imediato, a aplicação da pena máxima existente no Direito do Trabalho (dispensa por justa causa).

Não obstante a viabilidade prática dessa situação excetiva, repita-se que, de maneira geral, as punições aplicadas no âmbito empregatício têm de ser gradualmente dosadas, em proporção crescente, desde a penalidade mais branda até a mais elevada no topo da escala gradativa de punições (ilustrativamente, advertência verbal; advertência escrita; suspensão de um dia; suspensão de alguns dias; dispensa por justa causa). Essa gradação de penalidades, como visto, teria o *objetivo de melhor propiciar o alcance dos fins pedagógicos do exercício do poder disciplinar, direcionando esse poder à meta de ajustar o trabalhador à dinâmica empregatícia, sem intuito preponderantemente punitivo, mas essencialmente educacional*. De fato, o caráter pedagógico do poder disciplinar é aspecto cada vez mais ressaltado pela doutrina e jurisprudência trabalhistas, suplantando-se a visão fundamentalmente coercitiva que tradicionalmente se tinha dessa dimensão do poder empregatício.

V. INFRAÇÕES OBREIRAS TIPIFICADAS: JUSTAS CAUSAS

No conjunto taxativo de infrações trabalhistas existentes, cabe destacar um rol principal, lançado no art. 482 da Consolidação, que se aplica a todos os trabalhadores submetidos ao sistema celetista.

A seu lado, há pequeno número disperso de outras infrações legalmente tipificadas, que são aplicáveis a obreiros de categorias específicas ou situados

em circunstâncias especiais. Esclareça-se que algumas dessas infrações especiais poderiam, em substância, englobar-se em tipos jurídicos já especificados no art. 482 da CLT (na figura do *mau procedimento*, por exemplo). De todo modo, a ordem jurídica preferiu acentuar a infração nesses casos especiais. É o que se passa com os tipos jurídicos previstos pelos seguintes preceitos da CLT: art. 158, parágrafo único (recusa injustificada, pelo empregado, de cumprir instruções de saúde e segurança e de usar EPIs); art. 235-B (recusa do motorista empregado de se submeter ao teste ou programa de controle de uso de droga e de bebida alcoólica previstos no mesmo preceito normativo); art. 240, parágrafo único (recusa injustificada do empregado ferroviário em atender a convocação empresarial para execução do serviço extraordinário previstos no preceito normativo); art. 433, I e II (desempenho insuficiente ou inadaptação do aprendiz ou, ainda, a sua ausência injustificada à escola que implique perda do ano letivo). A Lei Complementar n. 150/2015, a seu turno, prevê, como tipo específico concernente ao empregado doméstico, a submissão a maus tratos de idoso, de enfermo, de pessoa com deficiência ou criança sob seu cuidado direto ou indireto.⁽⁹⁾

1. Infrações do Art. 482 da CLT

O rol de infrações tipificadas pelo art. 482 da CLT é bastante amplo. Ele será a seguir examinado.

Ato de improbidade (alínea “a”). Trata-se de conduta faltosa obreira que provoque dano ao patrimônio empresarial ou de terceiro, em função de comportamento vinculado ao contrato de trabalho, com o objetivo de alcançar vantagem para si ou para outrem. O ato de improbidade, embora seja também *mau procedimento*, afrontando a moral genérica imperante na vida social, tem a particularidade, segundo a ótica justralhista, de afetar o patrimônio de alguém, em especial do empregador, visando, irregularmente, a obtenção de vantagens para o obreiro ou a quem este favorecer.

Aponta, desse modo, *Wagner Giglio* que a jurisprudência, inicialmente, e a doutrina, em seguida, reservaram “o conceito trabalhista de improbidade, por exclusão, somente para as *manifestações* desonestas do empregado que constituam atentado ao patrimônio ou, mais exatamente, a *bens materiais*”⁽¹⁰⁾.

(9) Relembre-se que o art. 508 da CLT previa como justa causa específica do empregado bancário a “abstenção contumaz quanto ao pagamento de dívidas legalmente exigíveis”. A regra legal era bastante criticada, ao fundamento de se traduzir em ofensa à tutela constitucional da igualdade e da privacidade do indivíduo, mesmo no interior da relação de emprego (art. 5º, *caput*, I e X, CF/88). De toda maneira, o art. 508 ficou explicitamente revogado pela Lei n. 12.347, publicada no Diário Oficial de 13.12.2010. A respeito dessas infrações peculiares ao rol genérico do art. 482 da CLT, consultar, neste Capítulo XXX, o subitem V.2: “Outras Infrações Obreiras Tipificadas”.

(10) GIGLIO, Wagner D. *Justa Causa*, cit., p. 54; grifos no original.

Esclareça-se que pode ocorrer ato de improbidade, vinculado ao contrato de emprego, mas que importe em prejuízo a *patrimônio de terceiro*, e não exatamente, pelo menos de modo imediato, do empregador. Isso não descaracteriza a infração, mormente por se saber que o empregador será responsável perante tal terceiro pelos atos cometidos por seus empregados, no contexto do cumprimento do contrato.⁽¹¹⁾

Incontinência de conduta (alínea “b”, *ab initio*). Consiste na conduta culposa do empregado que atinja a moral, sob o ponto de vista sexual, prejudicando o ambiente laborativo ou suas obrigações contratuais.

A falta está vinculada à conduta sexual imoderada, desregrada, destemperada ou, até mesmo, inadequada, *desde que afete o contrato de trabalho ou o ambiente laborativo*. Obviamente, que desaparecerá a justa causa “se não se verificar repercussão no emprego do trabalhador incontinente”⁽¹²⁾.

Mau procedimento (alínea “b”, *in fine*). Trata-se de conduta culposa do empregado que atinja a moral, sob o ponto de vista geral, excluído o sexual, prejudicando o ambiente laborativo ou as obrigações contratuais do obreiro.

A amplitude desse tipo jurídico é manifesta, mostrando a plasticidade da tipificação de infrações seguida pela CLT. Tal amplitude autoriza enquadrar-se como mau procedimento condutas extremamente diferenciadas, tais como dirigir o veículo da empresa sem habilitação ou sem autorização; utilizar-se de tóxico na empresa ou ali traficá-lo; pichar paredes do estabelecimento; danificar equipamentos empresariais, etc.

No quadro dessa perigosa amplitude, é essencial ao operador jurídico valer-se, com segurança, técnica e sensibilidade, dos critérios subjetivos, objetivos e circunstanciais de aferição de infrações e de aplicação de penalidades no Direito do Trabalho. Em especial, deve avaliar a efetiva *gravidade da conduta*, para que o conceito de moral, naturalmente largo, não estenda desmesuradamente o tipo jurídico em exame.

Negociação habitual por conta própria ou alheia, sem permissão do empregador e quando constituir ato de concorrência à empresa para a qual trabalha o empregado, ou for prejudicial ao serviço (alínea “c”). Na verdade, abrange dois tipos jurídicos diferenciados, embora muito próximos.

O primeiro tipo legal corresponde à *concorrência desleal* do empregado a seu patrão: “negociação habitual por conta própria ou alheia, sem permissão do empregador e quando constituir ato de concorrência à empresa para a qual trabalha o empregado”. Entretanto, para que seja desleal a concorrência,

(11) A respeito da possibilidade de indenização por dano moral em vista de acusação, pelo empregador, de prática de ato ilícito pelo empregado, mas não comprovada, consultar, neste Curso, o Capítulo XIX, item V.3.A-26: “Acusação não comprovada de ato ilícito”.

(12) É a posição de Dorval de Lacerda, citado, com a respectiva adesão, por LAMARCA, Antonio. *Manual das Justas Causas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1983, p. 378-379.

é necessário que ela afronte expressamente o contrato, ou agrida o pacto inequivocamente implícito entre as partes, ou, por fim, derive, naturalmente, da dinâmica própria do empreendimento e do trabalho.

No primeiro caso, há cláusula expressa de exclusividade ou não concorrência no contrato entre as partes, a qual não pode ser desprezada pelo obreiro. É o que se passa com o conhecido ajuste de *dedicação exclusiva*, ou semelhante, que se insere em certos contratos: embora a atividade extracontratual do trabalhador nem sempre seja diretamente prejudicial ao empregador, o contrato ajustou dedicação exclusiva, certamente com o objetivo de valorizar o próprio empreendimento empresarial. Se não for meramente abusiva a exigência, ela tem de ser respeitada pelo obreiro que a subscreveu.

Nos dois últimos casos, embora tal cláusula inexista expressamente, o labor extracontratual cometido traduz, naturalmente, ofensa à lealdade implícita ao contrato e injusto prejuízo ao empregador. É o que se passaria com técnico de manutenção de aparelhagem da clientela empresarial que pactua, à parte com os respectivos clientes e por um preço mais módico, a prestação pessoal do mesmo serviço que deveria a eles prestar em nome da empresa.

Contudo, se as atividades não são concorrentes, não há que se falar na justa causa do art. 482, “c”, da CLT (ilustrativamente, técnico de laboratório em uma empresa, e professor, em outra). Além disso, mesmo sendo similares ou idênticas as atividades, deixa de haver justa causa se não há cláusula explícita de exclusividade, ou exista aquiescência implícita do empregador (situação frequente com vendedores externos, que costumam laborar para distintas empresas, simultaneamente; o mesmo ocorre com professores, que, naturalmente, laboram para distintos estabelecimentos educacionais).

O segundo tipo legal do art. 482, “c”, da CLT, é bastante distinto do primeiro: trata-se da *negociação habitual por conta própria ou alheia, sem permissão do empregador, quando for prejudicial ao serviço*. Aqui, na verdade, o centro do tipo jurídico não é o negócio feito ou tentado, mas o distúrbio que causa sua tentativa ou realização no ambiente laborativo. Em princípio, se não houver prejuízo ao serviço, não há a infração mencionada (embora seja difícil imaginar-se que um empregado que se arvore em vendedor informal, atuando, dentro da empresa, de modo permanente, contínuo, insistente e generalizado, não acabe atrapalhando suas obrigações contratuais e o próprio ambiente laborativo). É evidente que este tipo legal dificilmente ensejaria a pronta aplicação da punição máxima ao obreiro; ele claramente atrai, por sua natureza e menor gravidade, a utilização gradativa das punições de fins pedagógicos.

Condenação criminal do empregado, passada em julgado, caso não tenha havido suspensão da execução da pena (alínea “d”). O presente tipo legal deve ser lido em conjugação com uma hipótese próxima de suspensão do contrato de trabalho: é que a prisão meramente provisória não extingue o contrato, embora inviabilize seu adimplemento pelo empregado; em consequência,

ocorre aqui a *suspensão* do pacto empregatício (art. 472, *caput*, e § 1º, combinado com art. 483, § 1º, *ab initio*, CLT).

Entretanto, se se trata de pena privativa de liberdade, resultante de sentença transitada em julgado, que inviabilize o cumprimento do contrato pelo empregado, a lei exime o empregador de qualquer ônus quanto à continuidade da relação de emprego: resolve-se o contrato por culpa do obreiro, que, afinal, é o responsável pelo não cumprimento do próprio pacto.

Note-se que o ilícito penal cometido pode não ter qualquer relação com o contrato de emprego; isso não elimina a incidência do art. 482, “d”, da CLT. Contudo, tratando-se de crime vinculado ao contrato ou ambiente laborativo, a absolvição do trabalhador, no processo penal, por falta de provas, por exemplo, não inviabiliza o reconhecimento da justa causa no âmbito trabalhista. Já a absolvição criminal por *negativa de autoria* vincula, sem dúvida, o Juízo Trabalhista.

Desídia no desempenho das respectivas funções (alínea “e”). Trata-se de tipo jurídico que remete à ideia de trabalhador negligente, relapso, culposamente improdutivo. A desídia é a desatenção reiterada, o desinteresse contínuo, o desleixo contumaz com as obrigações contratuais. Para autorizar a resolução culposa do contrato, exige, assim, *regra geral*, a evidenciação de um comportamento repetido e habitual do trabalhador, uma vez que as manifestações da negligência tendem a não ser tão graves, caso isoladamente consideradas. Neste quadro, a conduta desidiosa deve merecer exercício pedagógico do poder disciplinar pelo empregador, com gradação de penalidades, em busca da adequada ressocialização do obreiro. Mostrando-se ineficaz essa tentativa de recuperação, a última falta implicará na resolução culposa do contrato de trabalho.

É claro que pode existir conduta desidiosa que se concentre em um único ato, excepcionalmente grave. Embora não se trate da regra geral, se isso ocorrer, não há que se falar em gradação de penalidades.

Embriaguez habitual ou em serviço (alínea “f”). Registre-se que o tipo legal se aplica, comumente, à embriaguez alcoólica; porém, não é incompatível com seu sentido a embriaguez decorrente do uso de outras substâncias tóxicas, inclusive entorpecentes.

Este tipo jurídico também desdobra-se em duas situações distintas. A primeira, embriaguez habitual, seria a que ocorre, “mesmo sem relação alguma com o serviço” (...), porém “repetidas vezes dentro de curto espaço de tempo”⁽¹³⁾. A segunda, embriaguez em serviço, que acontece no ambiente laborativo, na execução do contrato, ainda que por uma ou poucas vezes.

Entretanto, o tipo legal do art. 482, “f”, da CLT, tem de ser lido com inquestionáveis restrições. Afinal, como aponta *Valentin Carrion*, “ingestão

(13) CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 24. ed., cit., p. 385.

frequente de bebidas sem efeitos negativos, mesmo que ostensiva, não equivale a embriaguez”⁽¹⁴⁾. A par disso, mesmo que habitual o estado étílico do empregado, *se restrito ao período posterior à prestação laborativa, sem repercussões no contrato*, não pode ser considerado causa de resolução do pacto empregatício, sob pena de estar-se admitindo interferência abusiva do vínculo de emprego na vida pessoal, familiar e comunitária do indivíduo. Esta situação hipotética trazida pela CLT (embriaguez habitual) somente é apta a propiciar justa causa se produzir influência maléfica ao cumprimento do contrato de trabalho; não havendo esta contaminação contratual, descabe falar-se em resolução culposa desse contrato.

De todo modo, registre-se a tendência contemporânea de considerar-se o alcoolismo uma *doença*, que deve ensejar o correspondente tratamento medicinal e previdenciário, e não, simplesmente, o exercício do poder disciplinar do empregador. Nessa linha, a Organização Mundial de Saúde, desde os anos de 1960 — e de modo mais acentuado nas últimas décadas —, tem considerado o alcoolismo como doença, ao invés de se tratar de uma simples má conduta livremente assumida pelo indivíduo. Para a OMS, em sua respeitada Classificação Internacional das Doenças (CID), o alcoolismo é tipificado como “Síndrome da Dependência do Álcool”. Além disso, a Convenção 155 da OIT, ratificada pelo Brasil por meio do Decreto Legislativo n. 2, de 17.3.1992, com vigência no País desde 18.5.1993, e divulgada pelo Decreto do Presidente da República n. 1.254, de 29.11.1994, confere definição ampla ao termo saúde, de maneira a permitir que nele se enquadrem patologias de fundo individual e social como o alcoolismo. Dispõe o art. 3º, “e”, da Convenção n. 155 que *“o termo ‘saúde’, com relação ao trabalho, abrange não só a ausência de afecções ou de doenças, mas também os elementos físicos e mentais que afetam a saúde e estão diretamente relacionados com a segurança e a higiene no trabalho”*.

Desse modo, na medida em que a Constituição da República enquadra a saúde como direito de todos (art. 196, *caput*, *ab initio*, CF/88), emergindo ainda como importante direito social (art. 6º, CF/88), o tipo jurídico da embriaguez habitual ou em serviço, brandido pela CLT dos anos de 1940 tem de sofrer certa adequação e atenuação.

De toda sorte, no caso de embriaguez em serviço, ela afeta diretamente o contrato de trabalho, sem dúvida. Em conformidade com a função do trabalhador (motorista ou segurança armado, por exemplo), esta afetação pode ser muito grave, uma vez que coloca em risco a saúde e bem-estar da própria coletividade, o que tende a ensejar a imediata dispensa por justa causa. Noutros casos, dependendo da atividade do empregado, a afetação pode ser menor, propiciando o gradativo exercício do poder disciplinar empresarial, com intuitos de ressocialização do obreiro.⁽¹⁵⁾

(14) CARRION, Valentin, *loc. cit.*

(15) A Lei dos Motoristas Profissionais (n. 12.619, vigente a partir de 11.09.2012) explicitou regra mais severa nesse aspecto, em face do também relevante objetivo de proteger o usuário

Violação de segredo da empresa (alínea “g”). O presente tipo jurídico busca resguardar informações confidenciais do empreendimento a que se vincula o obreiro, cuja divulgação a terceiros, especialmente empresas concorrentes, pode causar significativo prejuízo ao empregador.

Amauri Mascaro Nascimento apresenta conceito bastante amplo dessa infração trabalhista: “é a divulgação não autorizada das patentes de invenção, métodos de execução, fórmulas, escrita comercial e, enfim, *de todo fato, ato ou coisa que, de uso ou conhecimento exclusivo da empresa, não possa ou não deva ser tornado público*, sob pena de causar prejuízo remoto, provável ou imediato à empresa”⁽¹⁶⁾.

Antonio Lamarca, por sua vez, reduz, um pouco, a amplitude do tipo legal, sustentando que “deve tratar-se efetivamente de um *segredo*, não de um processo ou método que estejam ao alcance de qualquer um”⁽¹⁷⁾. O autor apresenta, ilustrativamente, as seguintes informações que não estariam protegidas pelo art. 482, “g”, da CLT: o estabelecimento alcança maior volume de vendas em face da “simpatia pessoal” de seu titular, em contraponto ao concorrente; ou em face de ter preços mais baratos do que o concorrente. Tais fatos não seriam, rigorosamente, segredo protegido pela lei, mas processo ou método ao alcance de todos e, até mesmo, inerentes ao próprio senso comum⁽¹⁸⁾.

do transporte coletivo e o próprio usuário das vias urbanas e rodoviárias. Dessa maneira, arrola o então novo art. 235-B, VII, da CLT, entre os deveres do motorista profissional, o seguinte: “VII — submeter-se a teste e a programa de controle de uso de droga e de bebida alcoólica, instituído pelo empregador, com ampla ciência do empregado”. Agrega o parágrafo único do novo art. 235-B que a “... recusa do empregado em submeter-se ao teste e ao programa de controle de uso de droga e de bebida alcoólica previstos no inciso VII serão consideradas infração disciplinar, passível de penalização nos termos da lei”. Nova redação (mas com efeito diferido a 17.4.2016, enfatize-se) foi determinada para o art. 235-B, em seu item VII e parágrafo único, pela Lei n. 13.103/2015: “VII — submeter-se a exames toxicológicos com janela de detecção mínima de 90 (noventa) dias e a programa de controle de uso de droga e de bebida alcoólica, instituído pelo empregador, com sua ampla ciência, pelo menos uma vez a cada 2 (dois) anos e 6 (seis) meses, podendo ser utilizado para esse fim o exame obrigatório previsto na Lei n. 9.503, de 23 de setembro de 1997 — Código de Trânsito Brasileiro, desde que realizado nos últimos 60 (sessenta) dias”. (...) “Parágrafo único. A recusa do empregado em submeter-se ao teste ou programa de controle de uso de droga e de bebida alcoólica previstos no inciso VII será considerada infração disciplinar, passível de penalização nos termos da lei”. É preciso alertar, porém, que a própria Lei n. 13.103/15, em seu art. 13, *caput* e inciso II, estipula que o exame toxicológico com janela de detecção mínima de 90 dias *será exigido somente em um ano a partir da entrada em vigor da Lei, para a admissão e a demissão de motorista profissional* — prazo que se completou somente em 17.4.2016, um ano após a vigência do referido diploma legal (vigência que se iniciou em 17.4.2015). Com essa ressalva expressa, fica claro que o novíssimo texto do art. 235-B, VII, somente passou a vigorar em 17.4.2016, prevalecendo até essa data o texto ainda vigente do art. 235-B, VII, que foi estipulado pela Lei n. 12.619/2012.

(16) NASCIMENTO, A. M. *Iniciação ao Direito do Trabalho*. 17. ed. São Paulo: LTr, 1991, p. 198; grifos acrescidos.

(17) LAMARCA, Antonio. *Manual das Justas Causas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. 460; grifos no original.

(18) Conforme LAMARCA, Antonio, *loc. cit.*

Registre-se que a lei também não tutela, como segredo inviolável, o exercício irregular de prerrogativas, o abuso do direito ou a fraude, ainda mais para obtenção de lucros em detrimento do bem-estar, segurança e saúde do público envolvido. Desse modo, atos ilícitos ou prejudiciais à comunidade praticados pelo empregador também não estão protegidos pela regra do art. 482, “g”, da CLT⁽¹⁹⁾.

Ato de indisciplina ou de insubordinação (alínea “h”). A lei arrola, aqui, dois tipos jurídicos, embora significativamente próximos.

Indisciplina é o descumprimento de regras, diretrizes ou ordens gerais do empregador ou de seus prepostos e chefias, impessoalmente dirigidas aos integrantes do estabelecimento ou da empresa. Ilustrativamente, a regra afixada no portal do salão proibindo o ingresso de pessoas, exceto se protegidas por equipamentos de segurança; ou a regra afixada nas paredes da fábrica proibindo fumar.

Insubordinação, por sua vez, é o descumprimento de ordens específicas recebidas pelo empregado ou grupo delimitado de empregados. É o desatendimento pelo obreiro a ordem direta por ele recebida do empregador ou dos prepostos e chefias deste.

As duas figuras, é claro, podem conjugar-se em um mesmo ato: o trabalhador começa a fumar em local proibido, não obstante a placa orientadora (ato de indisciplina); logo em seguida, recebe ordem direta de sua chefia para parar de fazê-lo, insistindo, porém, em seu descumprimento (ato de insubordinação).

É desnecessário repisar-se que tanto as diretrizes gerais como as ordens diretas têm de ser lícitas, não abusivas, não escapando dos limites que o Direito e o próprio contrato impõem ao poder de comando do empregador.

Abandono de emprego (alínea “i”). Do ponto de vista rigorosamente técnico-jurídico, a figura importa extinção do contrato por ato tácito de vontade do empregado. Contudo, a lei enquadrou-a no rol das justas causas, certamente com o objetivo de acentuar o ônus probatório do empregador, inviabilizando alegações de pedido de demissão tácito sem maior fundamento.

Dois elementos compõem a formação desta justa causa: o objetivo, consistente no real afastamento do serviço; e o subjetivo, consistente na intenção, ainda que implícita, de romper o vínculo.

O elemento objetivo tem sido fixado, pela jurisprudência, regra geral, em 30 dias, a teor da Súmula 32 do TST e do próprio critério referido pelo art. 472, § 1º da CLT. Contudo, pode esse prazo ser significativamente reduzido, caso outras circunstâncias concretas evidenciem, de imediato, a ocorrência do segundo elemento (intenção de romper o pacto): é o que se

(19) Nesta mesma direção, LAMARCA, Antonio, *ob. cit.*, p. 461.

verificaria, ilustrativamente, com a comprovação de que o obreiro ingressou em novo emprego, em horário incompatível com o do antigo contrato.

O elemento subjetivo, que consiste na intenção de romper o contrato, desponta, às vezes, como de difícil visibilidade. A jurisprudência não tem conferido validade a convocações por avisos publicados em órgãos de imprensa, por se tratar, na verdade, de uma espécie de notificação ficta, de raríssimo conhecimento pelo trabalhador. Mais apropriado tem sido o envio de telegrama pessoal à residência do obreiro, com aviso de recebimento, alertando-o sobre sua potencial infração e convocando-o para o imediato retorno ao serviço. É claro que a prova da intenção operária de resolver o contrato pode se fazer também, de modo conclusivo, caso evidenciado o ingresso do trabalhador em novo emprego.

Este segundo elemento, embora passível de críticas, em face da dificuldade probatória que enseja, justifica-se, não obstante. É que o trabalhador pode deixar de comparecer ao serviço por motivo insuperável, embora sem possibilidade de dar ciência do fato ao empregador (caso que ensejaria a suspensão do contrato, mas não a rescisão por justa causa). *Antonio Lamarca* lembra a situação de prisão, seguida do isolamento ilegal do indivíduo, que impede a notificação correspondente ao empregador⁽²⁰⁾.

Registre-se, por fim, que não se confundem as situações de *abandono de serviço* e *abandono de emprego*, conforme lembra *Délio Maranhão*, reportando-se a *Tostes Malta*⁽²¹⁾. A primeira situação pode dar ensejo a outra justa causa, como indisciplina ou insubordinação, por exemplo (o empregado simplesmente deixa o trabalho mais cedo, sem motivo justo, *contra o horário estipulado* — indisciplina —, *ou desrespeitando a negativa da chefia* — insubordinação)⁽²²⁾. O abandono do serviço pode ser até mesmo válido, como ocorre na adesão pacífica a movimentos paredistas. Já a expressão abandono de emprego reserva-se para a infração mencionada no art. 482, “j”, da CLT.

Ato lesivo da honra ou da boa fama praticado no serviço contra qualquer pessoa, ou ofensas físicas, nas mesmas condições, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem (alínea “j”). O tipo jurídico ora examinado trata da injúria, calúnia ou difamação, a par da agressão física, praticadas contra colegas ou terceiros, *no âmbito do estabelecimento empresarial*. Abrange, pois, não somente as ofensas morais, porém também as físicas.

A ordem jurídica limita o âmbito de ocorrência da infração ao ambiente laborativo do empregado, ainda que ele cometa a infração contra terceiro, pessoa estranha à empresa (visitante, etc.). É claro que o local em que o

(20) LAMARCA, Antonio, *ob. cit.*, p. 500.

(21) MARANHÃO, Délio. *Direito do Trabalho*. 14. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1987, p. 224.

(22) Claro que os critérios de aplicação de penalidades (gravidade da falta, etc.) têm de ser sempre sopesados, nas situações concretas da relação de emprego.

trabalhador já esteja submetido ao poder empregatício, inclusive fiscalizatório e disciplinar, também se enquadra no requisito circunstancial apontado pela alínea “j” do art. 482 da CLT: por exemplo, ofensas e agressões durante o desenrolar do transporte ofertado pela empresa, nos moldes das horas *in itinere*, cujo período esteja integrado ao contrato de trabalho⁽²³⁾. Na mesma linha, o período à disposição na entrada e saída do serviço, conforme art. 58, § 1º, da CLT (Súmula 366, TST), em que o obreiro também se encontra sob regência do poder empregatício⁽²⁴⁾. Não é, pois, relevante que o empregado ofensor esteja *trabalhando*, ao contrário do que sugere o texto literal da alínea “j” examinada (que fala em ato “*praticado no serviço*”); o fundamental é que ele se encontre no âmbito laborativo, de modo a permitir que sua infração, injustificadamente, contamine o ambiente do estabelecimento ou empresa.

Esclarece a lei que a “*legítima defesa, própria ou de outrem*”, elide a justa causa (alínea “j”, *in fine*, do art. 482 da CLT; grifos acrescidos). Porém, como se sabe, a defesa somente preserva sua legitimidade esterilizadora do ilícito se forem utilizados meios moderados de revide, em contexto de ofensa ou agressão atual ou iminente. O ônus probatório desta excludente da infração trabalhista e da respectiva punição será, entretanto, do empregado⁽²⁵⁾.

A presente infração aproxima-se, significativamente, da próxima falta, arrolada na alínea “k” do art. 482, conforme será visto.

Ato lesivo da honra e boa fama ou ofensas físicas praticadas contra o empregador e superiores hierárquicos, salvo em caso de legítima defesa própria ou de outrem (alínea “k”). O presente tipo legal também envolve a injúria, a calúnia ou a difamação, além da agressão física. Seu diferencial encontra-se no fato de que os atos infratores são *praticados contra o próprio empregador ou superiores hierárquicos do obreiro*, e, além disso, *independentemente de se tratar ou não do próprio local de trabalho*.

A não exigência do aspecto circunstancial enfatizado na alínea “j”, acima (local de serviço), justifica-se pelo fato de as ofensas e agressões ao empregador ou suas chefias contaminarem, obviamente, o contrato de trabalho, repercutindo, direta ou indiretamente, no ambiente laborativo, ainda que praticadas longe dele.

Também aqui a “*legítima defesa, própria ou de outrem*”, com utilização de meios moderados de revide, em contexto de ofensa ou agressão atual ou iminente, elide a justa causa (alínea “k”, *in fine*, do art. 482 da CLT; grifos

(23) Sobre as horas *in itinere*, consultar o Capítulo XXIII, item III.C, do presente Curso. Observe-se que o fato de a Lei da Reforma Trabalhista ter excluído as horas *in itinere* do cômputo da duração do trabalho (novo texto do art. 58, § 2º, da CLT, com a revogação do § 3º desse mesmo artigo) não exclui, necessariamente, todas as suas demais repercussões contratuais, como, por exemplo, no âmbito fiscalizatório e disciplinar, bem como no âmbito da infortunística do trabalho.

(24) Consultar também a esse respeito, o Capítulo XXIII, item III.B, do presente Curso.

(25) Nesta linha, NASCIMENTO, A. M.: A legítima defesa é excludente da falta e a sua prova compete ao empregado. In *Iniciação ao Direito do Trabalho*. 17. ed. São Paulo: LTr, 1991, p. 202.

acrescidos). Preserva-se com o empregado a prova desta excludente da infração e de sua respectiva punição.

Prática constante de jogos de azar (alínea “k”). Há duas possibilidades interpretativas a respeito do presente tipo jurídico.

A primeira, englobando em tais jogos apenas aqueles proibidos pela lei. É o que aponta *Amauri Mascaro Nascimento*: “São jogos de azar apenas aqueles assim descritos pela legislação contravencional em vigor no país. Ex.: jogo do bicho, rifas não autorizadas, apostas em corridas de cavalos fora de local autorizado, etc. (...) Desde que o empregado se dedique, constantemente, a jogos de azar, estará praticando justa causa. (...) A habitualidade é necessária para a configuração da falta”⁽²⁶⁾.

A segunda interpretação não vislumbra na CLT esta delimitação a jogos estritamente proibidos. Conforme lembra *Wagner Giglio*, a “justa causa em estudo se configura pela prática, habitual e reiterada, com o fito de lucro, de jogos nos quais a sorte constitui, senão o único, pelo menos o principal fator determinante do resultado”⁽²⁷⁾. Nesta linha, existem, como se sabe, inúmeros jogos de azar patrocinados por entidades estatais federais e estaduais; tais certames têm nítido fito de lucro, sendo que em sua dinâmica a sorte constitui, sem dúvida, o principal fator determinante do resultado.

Na verdade, parece-nos que o tipo jurídico da alínea “l” do art. 482 da CLT é outro que tem de ser adequado ao novo Direito existente no País, em particular à Constituição de 1988, sob pena de não ter sido por ela recebido. O que importa à infração trabalhista arrolada pela CLT tem de ser, é claro, a circunstância de ela *afetar o contrato de trabalho, a prestação laborativa, ou o ambiente do estabelecimento ou da empresa, por culpa do empregado*. A conduta do trabalhador, distante do âmbito laborativo, que não atinja, efetivamente, o contrato ou o ambiente de labor, não pode ser interpretada como infração trabalhista.

Nesta linha, pode-se concluir que a prática constante de jogos de azar no âmbito laboral tende a afetar, sem dúvida, injustificadamente, regra geral, o ambiente de prestação de serviços, *ainda que sejam lícitos os jogos*. Trata-se, em consequência, de inequívoco fator de infração trabalhista (fator que atrai, evidentemente, o uso pedagógico e gradativo do poder disciplinar pelo empregador). Entretanto, a prática constante de jogos de azar, mesmo proibidos em lei, porém realizados a léguas de distância do ambiente laborativo, sem possibilidade de afetação desse ambiente, embora se trate de contravenção penal, que possa conduzir à punição penal do empregado, não autoriza o rompimento do pacto por justa causa, regra geral. Ora, a própria CLT somente considera que a condenação *criminal* (não apenas contravencional) do empregado torna-se fator de justa causa quando inviabiliza

(26) NASCIMENTO, A. M. *Iniciação ao Direito do Trabalho*. 17. ed. São Paulo: LTr, 1991, p. 203.

(27) GIGLIO, Wagner D. *Justa Causa*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 334.

o cumprimento do contrato, em decorrência de pena privativa de liberdade aplicada pela Justiça Criminal ao trabalhador, com sentença transitada em julgado; interpretar, extensivamente, o tipo legal da alínea “l” do art. 482 da CLT, para conferir-lhe poder superior ao de qualquer crime grave cometido pelo empregado não parece consistente, nem se ajusta ao conjunto lógico e jurídico que informa o exercício do poder disciplinar no âmbito empregatício.

Perda da habilitação ou dos requisitos estabelecidos em lei para o exercício da profissão, em decorrência de conduta dolosa do empregado (alínea “m”, acrescentada pela Lei n. 13.467, vigente desde 11.11.2017). Esse novo tipo jurídico, acrescentado pela Lei da Reforma Trabalhista, abrange apenas as situações em que a perda da habilitação torne inviável o exercício profissional, não atingindo situações em que a falha configure mera irregularidade administrativa, tal como aventado pela Súmula 301 do TST.

É o que se passa, por exemplo, com a perda da habilitação para a prática da Medicina. E, de certa maneira, com a perda da habilitação para o exercício da profissão de Motorista. Naturalmente que, em se tratando de justa causa, torna-se fundamental a análise concreta dos três grupos de elementos convergentes para a aplicação da pena máxima ao empregado: os elementos classificados como subjetivos, objetivos e circunstanciais. Nesse quadro, deve-se tomar em conta, por exemplo, as circunstâncias que envolvem o surgimento do óbice para o exercício do mister profissional. No caso do Motorista, ilustrativamente, é decisivo saber se se trata de simples impedimento temporário, passível de singela e rápida superação, ou se se trata de óbice de longa duração, com superação mais árdua e complexa.

Atos atentatórios à segurança nacional (parágrafo único do art. 482 da CLT). Registre-se, por fim, que esse parágrafo único, em redação derivada da época do Regime Militar (Decreto-Lei n. 3, de 1966), considerava, igualmente, “*justa causa para dispensa de empregado, a prática, devidamente comprovada em inquérito administrativo, de atos atentatórios à segurança nacional*”.

O dispositivo, entretanto, está, obviamente, revogado pela Constituição da República (não recepcionado), uma vez que esta não autoriza prisões ou condenações de pessoas humanas pelo caminho meramente administrativo, ainda mais por razões político-ideológicas. Nenhum indivíduo, no Brasil, será mais “processado nem sentenciado senão pela autoridade competente” (art. 5º, LIII, CF/88), nem “será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (art. 5º, LIV, CF/88), sendo que qualquer restrição a isso pode ser levada a exame do Judiciário (art. 5º, XXXV, CF/88).

Como lembra *Wagner Giglio*, o dispositivo, além de tudo, refere-se a uma “justa causa em que não há infração contratual”⁽²⁸⁾, já não tendo “razão

(28) GIGLIO, Wagner D. *Justa Causa*, cit., p. 352.

de ser nem mesmo do ponto de vista exclusivamente técnico”⁽²⁹⁾. Na verdade, é mero produto de um triste tempo de retrocesso político, cultural e jurídico no País. De todo modo, foi o preceito extirpado da Consolidação pelo art. 76 da Lei n. 8.630/93 (ao revogar todo o DL n. 3/66, que inserira a censurada regra na CLT).

2. Outras Infrações Obreiras Tipificadas

A ordem justralhista heterônoma estatal tipifica outras infrações passíveis de cometimento pelo empregado ao longo do contrato de trabalho, que podem ensejar sua resolução. São tipos jurídicos especiais, seja porque abrangem trabalhadores integrantes de determinadas categorias ou grupos especiais (por exemplo, ferroviários, motoristas, aprendizes e empregados domésticos).

Registre-se que a existência desses tipos infratores de caráter especial não exclui, obviamente, a incidência sobre os respectivos trabalhadores das infrações estipuladas no rol amplo do art. 482 da CLT.

São as seguintes tais infrações especiais:

Recusa injustificada do obreiro à observância de instruções expedidas pelo empregador quanto à saúde e segurança no trabalho ou quanto ao uso de equipamentos de proteção individual fornecidos pela empresa — a presente infração abrange qualquer empregado que se encontre na situação especial aventada pelo parágrafo único do art. 158 da CLT, isto é, em circunstâncias insalubres e/ou perigosas ao longo do exercício de seu labor.

É claro que esta infração é daquelas que mais fortemente atraem os critérios objetivos, subjetivos e, principalmente, circunstanciais de aplicação de penalidades no âmbito empregatício. A meta da ordem jurídica, mesmo quando tipifica esta infração trabalhista, é favorecer o eficaz cumprimento de uma política de redução dos riscos inerentes ao ambiente laborativo, atenuando ou suprimindo as causas e circunstâncias ensejadoras da insalubridade e periculosidade. Desse modo, o exercício do poder disciplinar com intuito educacional, pedagógico, formador de consciências adversas ao risco, isso é que constitui o ponto central enfocado pela ordem jurídica. A gradação de penalidades impõe-se aqui, regra geral, nos contrapontos à conduta censurada pelo art. 158, parágrafo único, da CLT.

Recusa injustificada do ferroviário à execução de serviço extraordinário, em situações de urgência ou acidente na linha férrea — a presente infração, referida pelo art. 240, parágrafo único, da CLT, diz respeito ao empregado de empresa ferroviária que deixar de atender a convocação para serviço extraordinário nos “casos de urgência ou de acidente, capazes de afetar a segurança ou regularidade do serviço” (*caput* do art. 240, CLT). A

(29) GIGLIO, Wagner D. *Justa Causa*, cit., p. 343.

excepcionalidade e relevância da convocação empresarial é que tornam censurável a recusa do trabalhador em prestar seus serviços extraordinários, desde que não haja escusa realmente consistente por parte do obreiro.

Na verdade, a recusa efetivamente injustificada de qualquer empregado em atender à convocação empresarial para prestar sobretrabalho em circunstâncias de *real necessidade imperiosa* derivada de “motivo de força maior” ou para “atender à realização ou conclusão de serviços inadiáveis ou cuja inexecução possa acarretar prejuízo manifesto”, conforme previsão do art. 61, *caput*, da CLT, é censurada pela ordem jurídica. É que tal recusa traduz uma frustração ao dever de colaboração do obreiro, que é inerente ao contrato de trabalho, em face de ordens lícitas e, especialmente, situações de emergência. Mesmo que tal recusa, nos casos do art. 61, *caput*, não possa ser tida como imediato fator de justa causa (penalidade máxima), em decorrência dos critérios de aplicação de penas que devem presidir também esta situação, há, sem dúvida, certa infração trabalhista do obreiro, que se enquadra ou na desídia ou na insubordinação⁽³⁰⁾.

Recusa injustificada do motorista profissional de se submeter a teste e a programa de controle de uso de droga e de bebida alcoólica — está-se diante de regra nova, instituída pela Lei dos Motoristas Profissionais (n. 12.619), vigente desde 11 de setembro de 2012. Inserindo nova Seção IV-A (“Do Serviço do Motorista Profissional”: arts. 235-A até 235-H) ao Capítulo I (“Das Disposições Especiais sobre Duração e Condições de Trabalho”) do Título III (“Das Normas Especiais de Tutela do Trabalho”) da CLT, a Lei dos Motoristas Profissionais estabelece, entre outros, o seguinte dever para esse trabalhador especializado: “VII — submeter-se a teste e a programa de controle de uso de droga e de bebida alcoólica, instituído pelo empregador, com ampla ciência do empregado” (art. 235-B, VII, CLT). E completa, taxativamente, o preceito legal que “... a recusa do empregado em submeter-se ao teste e ao programa de controle de uso de drogas e de bebida alcoólica previstos no inciso VII serão consideradas infração disciplinar, passíveis de penalização nos termos da lei” (parágrafo único do art. 235-B da CLT).⁽³¹⁾

(30) É claro que, além de outras justificativas consistentes que o obreiro pode apresentar para sua recusa, há uma que deriva da própria conduta empresarial: a repetição contínua das excepcionalidades aventadas pelo art. 61, *caput*, da CLT, traduz mau planejamento das atividades e rotinas da empresa, autorizando, a partir de certo momento, a justa recusa à prestação de horas extras.

(31) Conforme exposto, a mais recente Lei dos Motoristas Profissionais (n. 13.103/2015) conferiu nova redação ao art. 235-B, item VII e parágrafo único, da CLT, mas o fez com efeitos diferidos a 17.4.2016. Eis os novos textos legais: “VII — submeter-se a exames toxicológicos com janela de detecção mínima de 90 (noventa) dias e a programa de controle de uso de droga e de bebida alcoólica, instituído pelo empregador, com sua ampla ciência, pelo menos uma vez a cada 2 (dois) anos e 6 (seis) meses, podendo ser utilizado para esse fim o exame obrigatório previsto na Lei n. 9.503, de 23 de setembro de 1997 — Código de Trânsito Brasileiro, desde que realizado nos últimos 60 (sessenta) dias”. (...) “Parágrafo único. A recusa do empregado em submeter-se ao teste ou programa de controle de uso de droga e de bebida

Além disso, a CLT, em sua nova redação, acentua o comprometimento do motorista profissional com a atenta e consciente prestação de seu mister. Fixa o art. 235-B os seguintes outros deveres do motorista profissional: “I — estar atento às condições de segurança do veículo; II — conduzir o veículo com perícia, prudência, zelo e com observância aos princípios de direção defensiva; III — respeitar a legislação de trânsito e, em especial, as normas relativas ao tempo de direção e de descanso; IV — zelar pela carga transportada e pelo veículo; V — colocar-se à disposição dos órgãos públicos de fiscalização na via pública”. públicos de fiscalização na via pública”. Observe-se que o item III do art. 235-B da CLT teve sua redação alterada pela Lei n. 13.103/2015: “III — respeitar a legislação de trânsito e, em especial, as normas relativas ao tempo de direção e de *descanso controlado e registrado na forma do previsto no art. 67-E da Lei n. 9.503, de 23 de setembro de 1997 — Código de Trânsito Brasileiro*” (grifos acrescidos relativamente às inovações redacionais).

Desempenho insuficiente ou inadaptação do aprendiz ou sua ausência injustificada à escola que implique perda do ano letivo — trata-se de infrações específicas do empregado aprendiz, cujo contrato é regulado pelos arts. 424 a 433 da CLT (com alterações da Lei n. 10.097/2000 e da Lei n. 11.180/2005)⁽³²⁾. Previstas pelos incisos I e III do art. 433 da CLT — ao lado da infração disciplinar grave (art. 433, II, CLT), que é inerente a qualquer contrato de emprego (art. 482, “h”, CLT) —, esses tipos jurídicos especiais permitem a ruptura antecipada do contrato de aprendizagem, sem o pagamento, pelo empregador, da indenização do art. 479 da CLT (no valor da metade dos salários do período restante, como se sabe).

O Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei n. 13.146/2015), por outro lado, embora mantendo a infração por “desempenho insuficiente ou inadaptação do aprendiz” (art. 433, I, *ab initio*, CLT), supra indicada, agregou a seguinte ressalva: “... salvo para o aprendiz com deficiência quando desprovido de recursos de acessibilidade, de tecnologias assistivas e de apoio necessário ao desempenho de suas atividades”.⁽³³⁾

alcoólica previstos no inciso VII será considerada infração disciplinar, passível de penalização nos termos da lei”. A Lei n. 13.103/15, porém, em seu art. 13, *caput* e inciso II, estipula que o exame toxicológico com janela de detecção mínima de 90 dias *será exigido somente em um ano a partir da entrada em vigor da Lei, para a admissão e a demissão de motorista profissional* — prazo que foi concluído apenas em 17.4.2016, um ano após a vigência da mesma lei, ocorrida em 17.4.2015. Nesse quadro, até 17.4.2016 prevaleceu o texto provindo de 2012 do art. 235-B, VII e parágrafo único da CLT, em conformidade com a redação promovida pela Lei n. 12.619/2012.

(32) O antigo texto da CLT (art. 432, antes da alteração trazida pela Lei n. 10.097/2000) referia-se, como justas causas, à infrequência injustificada e reiterada aos trabalhos escolares pelo aprendiz ou a sua falta de razoável aproveitamento junto ao curso de aprendizagem em que estivesse matriculado.

(33) Eis, portanto, a nova regra do art. 433, I, da CLT, em vigor desde quatro de janeiro de 2016: “I — desempenho insuficiente ou inadaptação do aprendiz, salvo para o aprendiz com

Reitere-se que, mesmo no caso do trabalhador aprendiz, a existência dos tipos infratores de caráter especial especificados no art. 433 da CLT não exclui a aplicação sobre estes trabalhadores das infrações estipuladas no rol amplo do art. 482 da CLT, pelo menos no que for compatível. Entender-se o contrário seria admitir-se, por exemplo, que um empregado aprendiz que cometesse gravíssimo ato de improbidade ou de incontinência de conduta não pudesse ter seu contrato resolvido por justa causa, mas por simples dispensa antecipada porém arbitrária — o que seria um contrassenso jurídico. O fato de o menor ser inimputável, para o Direito Penal (se se tratar de menor aprendiz, é claro), não o exclui, necessariamente, dos efeitos das regras justas trabalhistas regentes das justas causas. É claro que isso não quer dizer que não deva o operador jurídico agir com o máximo de cautela e pedagogia no exercício do poder disciplinar, em tais casos.⁽³⁴⁾

Submissão a maus tratos de idoso, de enfermo, de pessoa com deficiência ou de criança sob cuidado direto ou indireto do empregado — este tipo jurídico foi inserido explicitamente pela Lei Complementar n. 150/2015 (art. 27, I), ao regular o contrato empregatício da categoria doméstica. Embora a situação fática aventada pelo tipo jurídico pudesse ser também enquadrada na hipótese normativa tradicional do “mau procedimento”, a verdade é que seu específico enunciado cumpre com mais eficiência os objetivos igualmente pedagógicos do Direito do Trabalho.

Será considerada justa causa toda conduta do empregado doméstico que implique a submissão a maus tratos, de natureza física ou psíquica, de idoso, de enfermo, de pessoa portadora de necessidades especiais ou de criança ou adolescente que estejam sob seu cuidado direto ou indireto.

Abstenção contumaz do bancário quanto ao pagamento de dívidas legalmente exigíveis — este tipo legal, previsto pelo antigo art. 508 da CLT (revogado em 13.12.2010 pela Lei n. 12.347), supunha a ausência contumaz, reiterada e insistente de pagamento (e não inadimplemento meramente

deficiência quando desprovido de recursos de acessibilidade, de tecnologias assistivas e de apoio necessário ao desempenho de suas atividades”. Esclareça-se que o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei n. 13.146/15) entra em vigor, relativamente a diversos de seus dispositivos, inclusive o novo inciso I do art. 433 da CLT, 180 dias após a publicação da lei – ocorrida em 7.7.2015; portanto, neste caso, a vigência somente acontece em quatro de janeiro de 2016. (34) O contrato de aprendizagem abrange, essencialmente, trabalhadores jovens, menores de 18 anos (o pacto é regulado, inclusive, no Capítulo IV do Título III da CLT, referente à “proteção do trabalho do menor”: arts. 402/441). Não obstante, pode ele ser utilizado, em conformidade com a Lei n. 11.180/2005, na contratação de pessoas adultas, até 24 anos, ou mesmo acima disso, caso se trate de aprendiz portador de deficiência — respeitados os limites percentuais desta pactuação especial fixados pela ordem jurídica (art. 428, *caput* e § 5º, art. 433, *caput*, e art. 429, todos da CLT, conforme redação promovida pela Lei n. 11.180/2005). A respeito do tema, consultar, neste Curso, no Capítulo XVII, em seu item II.5, o seguinte tópico intitulado: “5. Contrato de Aprendizagem (Empregado Aprendiz)”.

ocasional), isso no tocante a dívidas legalmente exigíveis (o que exclui, por exemplo, dívidas de jogo).

Mesmo observados, com rigor, esses dois requisitos (continuidade na inadimplência; dívidas legalmente exigíveis), o tipo legal do art. 508 tem de ser interpretado restritivamente, sob pena de ser inválido, por não recebido pela Constituição Republicana de 1988. É que a vida econômica privada do empregado, por mais atribulada e difícil que seja, não pode enquadrar-se, em si, como fator de justa causa, sob pena de autorizar a ordem infraconstitucional invasão intolerável à intimidade e privacidade do indivíduo que labora empregaticamente, em afronta a garantias magnas fundamentais. Afinal, a liberdade, a dignidade e a privacidade estão, todas elas, firmemente asseguradas pela Constituição, em seu Preâmbulo e em diversos de seus dispositivos: art. 1º, III; art. 3º, I e IV; art. 5º, *caput*, e incisos V e X, CF/88.

Neste quadro, a infração tipificada no art. 508 da CLT apenas podia prevalecer naquelas restritas situações em que, por decorrência da estratégica posição funcional do empregado na empresa bancária, posição contratualmente ajustada, sua conduta econômica pessoal de flagrante inadimplência em face de dívidas legalmente exigíveis pudesse comprometer a própria imagem da instituição financeira para a qual labora e que representa, ainda que informalmente. Apenas em casos específicos como este aventado é que se poderia considerar ainda válido o tipo legal do art. 508 da Consolidação. De todo modo, o preceito foi revogado pela Lei n. 12.347/2010, publicada no Diário Oficial de 13.12.10.

3. Infrações Obreiras em Destaque: assédio sexual e assédio moral

As duas infrações examinadas possuem algumas peculiaridades: de um lado, podem ser cometidas tanto por empregados como também por empregadores e seus prepostos; podem ser enquadradas em tipos jurídicos constantes da CLT (tanto no art. 482, que trata dos ilícitos do trabalhador, como no art. 483, que trata dos ilícitos empresariais), embora contenham certa dimensão inovadora na realidade social e jurídica contemporânea; no Brasil, despontaram nas últimas décadas, a partir da Constituição de 1988, com notável destaque, invadindo as preocupações mais atualizadas da doutrina e da jurisprudência trabalhistas.

Embora, de maneira geral, tais infrações concretizem-se, prevalentemente, como condutas irregulares cometidas por iniciativa patronal, não há como negar-se que também ocorrem, em grau significativo, por iniciativa dos próprios empregados, usualmente desferidas contra colegas do próprio trabalho. Esta autoria obreira de tal grupo de infrações é que será examinada neste item 3.

O *assédio sexual* define-se como a *conduta de importunação reiterada e maliciosa, explícita ou não, com interesse e conotações libidinosos, de uma pessoa física com relação a outra*. Embora possa se configurar de maneira

distinta, o fato é que, regra geral, as mulheres é que têm sido as vítimas principais do assédio sexual no mundo laborativo.

Verificada essa conduta assediadora no ambiente do trabalho, tendo como autor um empregado, atrai a incidência do tipo jurídico genérico do art. 482, “b”, *ab initio*, da Consolidação das Leis do Trabalho (*incontinência de conduta*)⁽³⁵⁾.

Trata-se de ofensa de natureza essencialmente emocional, psicológica, embora podendo ter também dimensão física. A relevância do assunto desde a Constituição de 1988, em face do novo *status* jurídico conferido às mulheres (art. 5º, *caput* e I, CF/88, por exemplo) e, de resto, aos direitos de personalidade de qualquer pessoa humana, fez este censurável comportamento transbordar do acanhado conceito de *incontinência de conduta* (quando se tratando de infração do trabalhador: art. 482, “b”, *ab initio*, CLT) ou do tipo jurídico também indicado pelo art. 483, “e”, da CLT (quando se tratar de infração empresarial: “*ato lesivo à honra e boa fama*”). Embora, é claro, o comportamento que denote assédio sexual possa (e deva, enquanto não surgir explícita tipificação legal) ser enquadrado nesses dispositivos mencionados, para os fins jurídicos previstos pela CLT, sua caracterização é, efetivamente, ainda mais ampla.⁽³⁶⁾

Naturalmente que não se enquadra na figura do *assédio sexual* a conduta imoderada, desregrada ou destemperada do trabalhador, sob a perspectiva sexual, *porém concentrada em um único ato ou não dirigida especificamente a ninguém em especial*. Nestes casos, trata-se, sim, de *incontinência de conduta*, porém não se integrando na ideia que se elabora, doutrinariamente, a respeito do *assédio sexual*. Para configurar-se como *assédio*, é preciso que haja certa reiteração de comportamento, determinada prática repetida e maliciosa, direcionada a uma pessoa ou a pessoas específicas.

A conduta de assédio sexual, conforme já exposto, caso praticada por empregado com relação a sua colega, enquadra-se na *incontinência de conduta* referida pela alínea “b”, *ab initio*, do art. 482 da Consolidação⁽³⁷⁾.

(35) Naturalmente que empregadas também podem ser autoras de assédio contra colegas. Tecnicamente, o efeito jurídico trabalhista seria o mesmo. Porém, reconheça-se, não é o comum na prática processual trabalhista e na própria realidade histórica.

(36) O assédio sexual cometido pelo empregador ou seus prepostos contra a trabalhadora (ou trabalhador) será examinado no Capítulo XXI, item III.2, sob o título “*Infrações Empresariais em Destaque: assédio moral e assédio sexual*”.

(37) Embora não seja tão comum o assédio sexual do trabalhador em face de sua superior hierárquica (ou algo similar), a conduta, caso verificada, também deve ser enquadrada no art. 482, “b”, *ab initio*, da CLT. Igualmente outras possibilidades de assédio sexual podem existir, desde que cometidas por empregado ou empregada contrariamente a alguém no ambiente empresarial. Nesses casos, o enquadramento jurídico será o mesmo (art. 482, “b”, *ab initio*, CLT). A respeito do tema, consultar BELMONTE, Alexandre Agra. *A Tutela das Liberdades nas Relações de Trabalho: limites e reparação das ofensas às liberdades de consciência, crença, comunicação, manifestação de pensamento, expressão, locomoção, circulação, informação, sindical e sexual do trabalhador*. São Paulo: LTr, 2013. Consultar também PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *O Assédio Sexual na Relação de Emprego*. 2. ed., São Paulo: LTr, 2011.

Esclareça-se, por fim, que a Lei n. 10.224/2001 tipificou o *crime de assédio sexual*, mediante a inserção de novo preceito no Código Penal Brasileiro: “Art. 216-A. Constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente de sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função” (...) “Pena — detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos”. Essa tipificação criminal, entretanto, conforme se percebe, é muito mais restrita do que a tipificação da infração trabalhista. Esta última se caracteriza como a conduta de importunação reiterada e maliciosa, explícita ou não, com interesse e conotações libidinosos, *de uma pessoa física* (ou grupo de pessoas físicas) *com relação a outra(s)*, independentemente de se tratar de superior hierárquico ou detentor de alguma ascendência no contexto da relação de emprego.

O *assédio moral*, a seu turno, define-se como a *conduta reiterada seguida pelo sujeito ativo no sentido de desgastar o equilíbrio emocional do sujeito passivo, por meio de atos, palavras, gestos e silêncios significativos que visem ao enfraquecimento e diminuição da autoestima da vítima ou a outra forma de desequilíbrio ou tensão emocionais graves*.

Trata-se de figura de apreensão nova na doutrina e na jurisprudência trabalhistas, a partir de percepção de dinâmica ilícita experimentada na relação de emprego, porém sem o necessário destaque antes da Constituição de 1988⁽³⁸⁾.

No âmbito empregatício o assédio moral tende a ocorrer de maneira vertical, no sentido descendente — das chefias em direção a chefiado(s) —, *ou também no sentido horizontal, oriundo de colegas em direção a outros(as) colegas*. Não é tão comum, entretanto, o assédio vertical ascendente — embora, é claro, possa ocorrer —, qual seja, de chefiado(s) em direção à(s) chefia(s). É claro que, do ponto de vista prático, podem ocorrer situações mistas, em coautoria, convergindo diversas ações em desfavor de determinada vítima (ações concertadas entre chefia e trabalhadores colegas da vítima, por exemplo).

O assédio moral perpetrado pelo empresário ou suas chefias constitui infração do empregador, que pode se capitular, por exemplo, nas alíneas “a”, “b” ou “e” do art. 483 da CLT. Sendo cometido por colegas de trabalho, pode ser capitulado na alínea “b”, *in fine (mau procedimento)*, ou na alínea “j” (*ato lesivo da honra ou da boa fama praticado no serviço contra qualquer pessoa...*) do art. 482 da CLT, constituindo infração do(s) trabalhador(es) assediador(es).

(38) Autora que tem tratado do tema, no ambiente europeu ocidental, é a psiquiatra, psicanalista e psicoterapeuta de família Marie-France Hirigoyen, com duas obras de especial renome: *Assédio Moral — a violência perversa no cotidiano*, Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000, e *Mal-Estar no Trabalho — redefinindo o assédio moral*, 3. ed., Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006.

O assédio moral praticado por trabalhador(es) pode ser ato e fato desconhecidos pelo empregador e suas chefias — o que reduz a possibilidade jurídica de responsabilização do empresário pela ofensa e lesão perpetrada em face do comportamento assediador obreiro. Porém é preciso que se mencione que, mesmo em casos de assédio moral cometido por trabalhadores contra colega(s), há certa possibilidade jurídica de ser o empregador responsabilizado pela vítima, em vista de a ele competir a atribuição de criar e manter ambiente são, hígido e seguro de trabalho no estabelecimento e na empresa (art. 2º, *caput*; art. 157, ambos da CLT).

A Lei n. 13.185, publicada em 9.11.2015, instituiu o “Programa de Combate à Intimidação Sistemática — (*Bullying*)”, figura que corresponde, de certa maneira, a uma modalidade de assédio moral. O novo diploma normativo considera *intimidação sistemática* ou *bullying* “todo ato de violência física ou psicológica, intencional e repetitivo que ocorre sem motivação evidente, praticado por indivíduo ou grupo, contra uma ou mais pessoas, com o objetivo de intimidá-la ou agredi-la, causando dor e angústia à vítima, em uma relação de desequilíbrio de poder entre as partes envolvidas”. Esclareça-se, entretanto, que independentemente do conceito expressado pela nova lei, a prática do assédio moral pode, sem dúvida, ensejar a indenização pertinente, isto *desde cinco de outubro de 1988*, em decorrência da Constituição da República promulgada na época, composta por vários preceitos tutelares do patrimônio moral da pessoa humana, inclusive o trabalhador (art. 5º, V e X, por exemplo).⁽³⁹⁾

VI. PUNIÇÕES TRABALHISTAS

As punições no Direito do Trabalho, como em qualquer ramo jurídico, tendem a ser compatíveis com a natureza da falta, com os limites do poder exercido e com as restrições universalmente admitidas, hoje, com respeito ao exercício da coerção, em especial na órbita privada.

Nesse contexto, as penalidades trabalhistas podem ser divididas em dois grandes grupos: as lícitas e as ilícitas. No primeiro grupo distinguem-se ainda as sanções previstas por norma jurídica heterônoma estatal e as sanções lícitas não especificadas por norma estatal.

1. *Penalidades Acolhidas*

No que tange às modalidades de penas acolhidas pelo Direito do Trabalho brasileiro, cabe indicar-se, inicialmente, que a ordem jurídica brasileira acata, basicamente, três tipos de sanções: *advertência*, *suspensão disciplinar* e *ruptura contratual por justa causa*.

(39) A respeito do assédio moral cometido pelo empregador ou seus prepostos contra trabalhador, consultar, neste Curso, o tópico intitulado “*Infrações Empresariais em Destaque: assédio moral e assédio sexual*”, no Capítulo XXI, item III.2.

Por exceção, no caso do atleta profissional, a legislação especial tradicionalmente admitia a *multa punitiva* — modalidade que é vedada, contudo, para o restante dos empregados brasileiros (art. 462, CLT). O texto permissivo era próprio à antiga Lei dos Futebolistas (Lei n. 6.354, de 1976, art. 15, § 1º), reproduzindo-se, de certo modo, também no subsequente diploma normativo aplicável à categoria dos atletas profissionais (Lei n. 9.615, de 24.3.1998 — *Lei Pelé*). É que a *Lei Pelé* se referia à validade de *cláusula penal* nos contratos de atleta profissional (art. 28, *caput*, Lei n. 9.615/98).

Contudo, a contar da Lei n. 12.395, de 16 de março de 2011, tal exceção desapareceu. É que a Lei n. 12.395/11 revogou a antiga Lei n. 6.354/76 (que originariamente, em seu art. 15, referia-se à *multa salarial*). Além disso, conferiu nova redação a diversos preceitos da Lei n. 9.615/98, inclusive a todo o seu art. 28 (cujo anterior *caput* referia-se a “*cláusula penal* para as hipóteses de *descumprimento*, rompimento ou rescisão unilateral”), sem realizar qualquer menção a semelhante *punição pecuniária* em face do simples *descumprimento* do contrato de trabalho.

Pelo sistema brasileiro, as penalidades acima podem ser aplicadas diretamente pelo empregador ao empregado. Não se prevê, ainda, em princípio, na lei, qualquer interveniência imperativa de órgão intraempresarial de caráter coletivo (comissão de empresa, representante sindical, etc.) no procedimento de apenação — à diferença do que ocorre em ordens jurídicas mais avançadas. Se alguma formalidade, porém, for prevista por regulamento empresarial ou regra autônoma (comissão de inquérito para dispensa por justa causa, por exemplo), ela terá, obviamente, de ser respeitada (Súmula 77, TST).

A interveniência do Judiciário no instante de aplicação da pena também, em princípio, não está prevista em lei. Escapam a essa regra geral as situações que consubstanciem prática de medidas ilegais pelo empregador no contexto empregatício (por exemplo, a transferência ilícita mencionada no inciso IX do art. 659, CLT). Escapam ainda à regra geral mencionada a aplicação da pena de dispensa por justa causa em trabalhadores estáveis ou com garantia de emprego sindical — nestes dois últimos casos, a propositura de ação de inquérito judicial é requisito essencial à validade da ruptura do contrato (Súmula 197, STF; arts. 494 e 659, X, CLT). Ressalve-se também o princípio e a regra constitucionais que permitem a qualquer pessoa levar ao Poder Judiciário — inclusive à Justiça do Trabalho — qualquer ameaça ou lesão a seus bens imateriais ou materiais (art. 5º, XXXV, CF/88).

Entre as penas aplicáveis ao obreiro, a *advertência* (também chamada *repreensão* ou *admoestação*) surge como a mais leve. Pode ela ser meramente verbal ou assumir forma escrita. Essa pena tem origem na normatividade autônoma, em especial nos *costumes trabalhistas* (fonte do Direito, conforme art. 8º, CLT), embora também seja referida por alguns instrumentos convencionais coletivos. Raramente a advertência tem sido

mencionada pela legislação heterônoma estatal. A título de ilustração, relembre-se que esteve insculpida na antiga Lei de Greve (Lei n. 4.330, de 1964 — hoje revogada); existe, ainda, referência à repreensão nas *Leis do Trabalho Portuário*.⁽⁴⁰⁾

O fato de a advertência não estar tipificada na CLT não a torna irregular. Ao contrário, a doutrina e a jurisprudência firmemente têm considerado a gradação de penalidades um dos critérios essenciais de aplicação de sanções no contexto empregatício, surgindo, desse modo, a advertência verbal ou escrita como o primeiro instante de exercício do poder disciplinar em situações de conduta faltosa do empregado. Apenas em vista de cometimento de falta muito grave pelo obreiro, consubstanciada em ato que não comporte gradação de penalidades, é que esse critério tende a ser concretamente afastado.

O acatamento da penalidade de advertência pelo Direito do Trabalho demonstra que esse ramo jurídico especializado incorporou apenas parcialmente o princípio da tipificação *legal* de ilícitos e penas, já que, *no tocante às penas*, admite o papel criativo das regras autônomas. Note-se, porém, que *esse papel criativo acatado se restringe à instituição de penas ou critérios mais favoráveis ao obreiro* (caso da advertência, que amplia a gradação de penalidades a serem aplicadas). É que é inconcebível alargarem-se, ainda mais, pela vontade privada (mesmo coletiva), as prerrogativas disciplinares do empregador. O Direito do Trabalho, na verdade, caminha firmemente na direção oposta a esse alargamento, buscando meios de restringir e democratizar o exercício do poder disciplinar no universo empregatício.

Entre as penas aplicáveis ao obreiro, a *suspensão disciplinar* surge como a segunda em proporção de severidade. Tal penalidade encontra-se expressamente acolhida pela CLT, que a menciona em seu art. 474. O preceito considera ilícita, a propósito, a suspensão disciplinar que ultrapasse trinta dias consecutivos.

Do ponto de vista prático, entretanto, não é comum ver-se a aplicação de suspensões com prazo tão largo como trinta dias. As punições dessa natureza tendem a ter duração mais reduzida, por diversos motivos: em primeiro lugar, em virtude da conjugação dos critérios de aplicação de penas (gravidade da infração, proporcionalidade da pena, etc.), que conduzem ao encontro de parâmetros diferenciados para os correspondentes prazos suspensivos; em segundo lugar, por ser a suspensão, mesmo curta, punição de efeito significativamente forte na percepção emocional e racional do empregado;

(40) A anterior Lei do Trabalho Portuário (n. 8.630, de 1993) foi revogada pela Medida Provisória n. 595, de 6 de dezembro de 2012, que dispõe “sobre a exploração direta e indireta, pela União, de portos e instalações portuárias e sobre as atividades desempenhadas pelos operadores portuários”. Essa MPr. foi convertida na Lei n. 12.815, de 5.6.2013. Os três diplomas se referem à *repreensão verbal ou por escrito*: art. 19, I, “a”, da Lei n. 8.630/1993; art. 29, I, “a”, da MPr. n. 595/2012; art. 33, I, “a”, da Lei n. 12.815/2013.

em terceiro lugar, pelo fato de que esta modalidade punitiva é comumente utilizada como instrumento de gradação de penalidades, em atenção ao critério pedagógico que deve presidir o exercício do poder disciplinar.

A mais severa das penas aplicáveis ao obreiro é a *dispensa por justa causa*. Enfocada por diversos preceitos celetistas, a penalidade conduz à extinção do contrato sob ônus do trabalhador faltoso. Com isso, a pena não somente autoriza o descumprimento do princípio trabalhista geral da continuidade da relação de emprego, como extingue o pacto, negando ao trabalhador quaisquer das verbas rescisórias previstas em outras modalidades de rompimento do contrato. De par com tudo, lança indissimulável mácula na vida profissional do trabalhador (embora tal mácula não possa ser referida nas anotações da CTPS obreira)⁽⁴¹⁾.

Há vozes doutrinárias que negam à dispensa por justa causa o caráter de penalidade trabalhista, insistindo configurar apenas modalidade de extinção do contrato de trabalho. Sem razão, contudo, semelhante objeção. O que se passa aqui não é incomum no Direito do Trabalho. Trata-se a dispensa por justa causa de instituto dotado de *caráter múltiplo*, assumindo distintas facetas ao mesmo tempo (modalidade de extinção do contrato e penalidade trabalhista — aliás, pena severíssima). Situação parecida ocorre com outros institutos inerentes ao ramo justralhista (veja-se o FGTS, que é direito trabalhista e, no conjunto dos depósitos, um fundo social de destinação tipificada).

2. Penalidades Rejeitadas

Há modalidades de penas cuja aplicação é claramente rejeitada pela ordem jurídica trabalhista brasileira.

De um lado, rejeita-se todo tipo de prática punitiva que agrida à dignidade do trabalhador ou que atente contra direito individual fundamental. Não há guarida no Direito do Trabalho para condutas ou métodos de fiscalização ou disciplinamento que se choquem contra o exercício, pelo obreiro, de direito individual que lhe seja assegurado pela ordem jurídica.

Conforme já exposto, esta conclusão resulta de um conjunto de princípios e regras gerais que seguramente incidem sobre o plano empregatício. Ilustrativamente, cite-se o dispositivo constitucional que instaura, no País, um “*Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social...*” (Preâmbulo da

(41) Sempre se entendeu, no Direito do Trabalho, que anotações desabonadoras não poderiam constar da CTPS do empregado. A Lei n. 10.270, de 29.8.2001, preferiu explicitar esse pacífico entendimento (art. 29, §§ 4º e 5º, CLT, conforme Lei n. 10.270/01). A respeito, consultar, neste Curso, no Capítulo XIX, item V.3.A-27, o tópico intitulado “Anotação desabonadora em Carteira de Trabalho”.

CF/88; grifos acrescidos). Cite-se também o preceito que coloca a *dignidade da pessoa humana* como um dos *fundamentos* da República Federativa do Brasil, constituída em Estado Democrático de Direito (art. 1º, III, CF/88). Cite-se ainda o dispositivo que firma como um dos *objetivos fundamentais* desse Estado “construir uma sociedade justa e solidária”, além de “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (art. 3º, I e IV, CF/88).

Ao lado de todos esses princípios (que, na verdade, atuam como *normas jurídicas*), existem, na Constituição — conforme já enfatizado —, normas impositivas enfáticas, que afastam a viabilidade jurídica de condutas punitivas no âmbito empregatício que agridam à liberdade e dignidade básicas da pessoa natural do trabalhador. A norma geral da igualdade de todos perante a lei e da “inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade” (art. 5º, *caput*, CF/88). A norma geral esclarecedora de que “ninguém será submetido a tratamento desumano ou degradante” (art. 5º, III, CF/88). A norma geral que declara “invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” (art. 5º, X, CF/88). As normas gerais clássicas no sentido de que “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente” e de que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (art. 5º, LIII e LIV, CF/88).

De outro lado, há práticas que, embora admitidas sob certos fundamentos e em face de determinados objetivos no contexto empregatício, *são francamente vedadas enquanto instrumentos punitivos*. Isto é, trata-se de práticas que não podem, definitivamente, ser utilizadas como parte do exercício do poder disciplinar, como mecanismo de apenação do trabalhador.

É o que ocorre com a *transferência punitiva* (a remoção por necessidade empresarial é permitida, mas não a remoção punitiva: Súmula 43, TST). É também vedado o *rebaixamento punitivo*, que significa o retorno do obreiro a cargo inferior da carreira, anteriormente já ocupado, efetivado com intuito de apenação (observe-se que a simples *reversão*, isto é, o retorno ao cargo efetivo após ocupação de cargo de confiança, é autorizada pelo parágrafo único do art. 468, CLT). Do mesmo modo, é vedada a *redução salarial como forma de punição* (na verdade, a redução salarial tende a ser autorizada apenas em restritas hipóteses trabalhistas — Súmula 265, TST, por exemplo — ou quando coletivamente negociada — art. 7º, VI, CF/88).

Finalmente, há uma figura punitiva singular, a *multa*. De maneira geral, a pena pecuniária é vedada no Direito do Trabalho, por afrontar os princípios da intangibilidade e irredutibilidade salariais, agredindo, desse modo, o disposto no art. 462, da CLT e, em certa medida, também o inciso VI do art. 7º da Constituição.

Contudo, a legislação referente ao contrato do atleta profissional autorizava, por exceção, a referida penalidade pecuniária, desde que não ultrapassasse 40% do salário mensal do trabalhador. Registre-se que a penalidade em exame, fixada pelo art. 15, § 1º, da Lei n. 6.354, de 1976, não se mostrava incompatível, como visto, com o subsequente *diploma legal instituidor de normas gerais sobre o desporto* (Lei n. 9.615, de 24.3.1998 — Lei Pelé —, regulada pelo Decreto n. 2.574, de 29.4.1998). É que essa posterior legislação regulamentadora se referia à estipulação de *cláusula penal* “para as hipóteses de *descumprimento*, rompimento ou rescisão unilateral” do contrato (art. 28, *caput*, Lei n. 9.615/98; grifos acrescidos). Além disso, a Lei n. 9.615 preservou a vigência do preceito punitivo da velha Lei n. 6.354/76, isto é, seu art. 15, § 1º, acima mencionado (“Disposições Transitórias” da Lei n. 9.615/98, arts. 91 e 96).

A recente Lei n. 12.395, de 16.03.2011, que alterou preceitos da *Lei Pelé* (n. 9.615/98) e revogou a antiga Lei n. 6.354/76, conferindo, desse modo, nova regência ao contrato do atleta profissional, não fez, entretanto, qualquer menção a tal tipo de *cláusula penal* ou *multa salarial*. De fato, a Lei n. 12.395/2011 revogou expressamente a Lei n. 6.354/76 (art. 19, II), conferindo ainda inteira nova redação ao art. 28 da Lei n. 9.615/98, sem tratar dessa multa salarial, mesmo que sob o epíteto de simples *cláusula penal pelo descumprimento do contrato*. Com isso se esvaiu a exceção da multa salarial que restava no Direito do Trabalho brasileiro.

Afora essa isolada exceção referente ao atleta, que perdurou por várias décadas (sendo revogada apenas em 2011, pela Lei n. 12.395), não se acata a multa como meio punitivo no ramo justralhista brasileiro⁽⁴²⁾.

(42) Para exame do debate sobre a *intervenção judicial* nas punições aplicadas pelo empregador, especialmente a *dosagem de penalidades*, além das relações entre *poder disciplinar* e *direito de resistência do empregado*, retornar ao Capítulo XX deste Curso, sob o título, “O Poder no Contrato de Trabalho — diretivo, regulamentar, fiscalizatório, disciplinar”, em especial em seu item V, subitens 5 e 6.

CAPÍTULO XXXI

TÉRMINO DO CONTRATO POR ATO CULPOSO DO EMPREGADOR: RESCISÃO INDIRETA

I. INTRODUÇÃO

Os dois tipos de *resolução contratual* mais importantes existentes na teoria e prática do Direito do Trabalho são, como visto, a *ruptura por ato culposo do empregado* (chamada dispensa por justa causa) e a *ruptura por ato culposo do empregador* (chamada rescisão indireta).

No capítulo precedente examinou-se a dispensa por justa causa do empregado; já este capítulo será dedicado ao estudo do término do contrato por infração do empregador.

Neste estudo, será feito o debate sobre a pertinência ou não aos casos de infração empresarial dos critérios de aplicação de penalidades que prevalecem no ramo justralhista do País e que são imperativos nas dispensas por infrações obreiras.

Serão aqui examinadas também as figuras das infrações empresariais, tipificadas essencialmente no art. 483 da CLT. Logo em seguida, será feita a análise dos procedimentos cabíveis no tocante à decretação da rescisão indireta do contrato de trabalho por iniciativa do empregado.

O capítulo dedicará estudo ainda a duas modalidades especiais de terminação do contrato de trabalho inseridas nos §§ 1º e 2º do art. 483 da CLT, mas que não se confundem com a denominada resolução contratual por ato culposo do empregador.

Finalmente, este capítulo encerrar-se-á com a análise da resolução contratual por culpa recíproca das duas partes contratuais trabalhistas.

II. INFRAÇÃO EMPRESARIAL — APROXIMAÇÕES E ESPECIFICIDADES EM FACE DA JUSTA CAUSA OBEIRA

A validade da resolução contratual por culpa do empregado supõe, conforme já estudado, a correta observância de critérios para o exercício do poder disciplinar pelo empregador no âmbito do contrato. Tais critérios (ou requisitos de validade da punição) são objetivos, subjetivos e circunstanciais.

Objetivos são os requisitos que dizem respeito à caracterização da própria conduta infratora cometida; *subjetivos*, os que concernem ao envolvimento ou não do sujeito contratual na respectiva conduta; por fim, *circunstanciais* são os requisitos que dizem respeito à aferição da infração e aplicação da respectiva penalidade.

Cabe, em consequência, propor-se importante indagação: tais critérios ou requisitos também se aplicam à resolução do contrato por falta empresarial? De algum modo, o trabalhador tem de se certificar da observância de tais requisitos, ainda que ciente de que o término efetivo do contrato somente se confirmará em decorrência da decisão judicial?

A resposta traz certa complexidade: de fato, há critérios que seguramente se aplicam também, quase que na mesma medida, à infração empresarial; a seu lado, há outros que se aplicam, embora com significativa atenuação ou modificação; finalmente, há critérios que, de maneira geral, se mostram incompatíveis com as peculiaridades da chamada rescisão indireta do contrato de trabalho. É o que será estudado logo a seguir.

São diversos os pontos de aproximação entre a falta empresarial e a justa causa obreira. Não obstante, em diversos desses pontos é necessária a realização de certas adequações, em face das particularidades da rescisão indireta.

1. Requisitos Objetivos

De maneira geral, os *requisitos objetivos das justas causas* mostram-se pertinentes à rescisão indireta.

Ilustrativamente, a *tipicidade da conduta faltosa*: aqui também aplica-se o critério penalista da prévia tipificação legal da conduta censurada, embora, é claro, se saiba ser relativamente plástica e imprecisa a tipificação celetista. Nesse quadro, as infrações empresariais estão no art. 483 da CLT, em suas alíneas “a” até “g”, não se podendo enquadrar como infração conduta do empregador que escape efetivamente à previsão contida na lei laboral.

Conforme já exposto, entretanto, a plasticidade dessa tipificação tem permitido a adequação de tipos jurídicos tradicionais a condutas que adquiriram notoriedade mais recentemente, como ocorre com o *assédio sexual*. Sendo o ato ofensivo praticado pelo empregador, pode enquadrar-se, conforme o caso, nas alíneas “a”, “e” ou “f” do art. 483 da CLT: respectivamente, serviços contrários aos bons costumes ou alheios ao contrato, ou, ainda, “ato lesivo da honra e boa fama” ou “ofensa física”⁽¹⁾.

Do mesmo modo, o chamado *assédio moral*, que consiste na exacerbação desarrazoada e desproporcional do poder diretivo, fiscalizatório ou disciplinar pelo empregador de modo a produzir injusta e intensa pressão sobre o

(1) Conforme já exposto, no final do século XX, o legislador brasileiro decidiu especificar, com maior minúcia, regras de combate à discriminação e violência física ou moral contra a mulher, como, ilustrativamente, por meio da Lei n. 9.029, de 1995, e da Lei n. 9.799, de 1999. No início do século XXI deu continuidade a essa tendência, fazendo aprovar a Lei n. 11.340, de 2006 (Lei Maria da Penha) — que ostenta também repercussões trabalhistas — e a Lei n. 13.271, de 2016, sobre proibição de revistas íntimas. A respeito desse tema, consultar o Capítulo XXII, item IV, 5.A, do presente Curso.

empregado, ferindo-lhe o respeito, o bem-estar, a higidez físico-psíquica e a dignidade. Esta conduta pode se enquadrar em distintas alíneas do art. 483 da CLT (“a”, “b”, “d”, “e” e “f”), embora se insira mais apropriadamente, de maneira geral, na regra vedatória do *rigor excessivo* (alínea “b”).⁽²⁾

O requisito da *gravidade* da conduta empresarial também é relevante ao sucesso da rescisão indireta. Conforme já foi exposto, em se tratando de conduta tipificada, porém inquestionavelmente leve, não é possível falar-se na imediata resolução do contrato de trabalho. A par disso, se o prejuízo não é do tipo iminente, podendo ser sanado por outros meios, a jurisprudência não tem acolhido, muitas vezes, a rescisão indireta.⁽³⁾

2. Requisitos Subjetivos

De maneira geral, também os *requisitos subjetivos* comparecem à rescisão indireta, embora aqui se deva mencionar a necessidade de algumas adequações importantes.

A *autoria* empresarial da infração é requisito lógico: é necessário que sejam o empregador ou seus prepostos ou chefias os comitentes das faltas relacionadas nas alíneas do art. 483 da CLT.

Entretanto, o presente requisito subjetivo sofre importante adequação no caso da rescisão indireta. É que, em decorrência da *alteridade*, inerente ao contrato de trabalho, pela qual o empregador assume os riscos do empreendimento e do próprio labor prestado, a responsabilidade pelo ato ou omissão mantém-se, muitas vezes, com o empregador, independentemente de ter sido ele o agente imediato e direto causador do malefício. Ilustrativamente, é o que se passa com um grave descumprimento de obrigações contratuais que tenha resultado, efetivamente, de dificuldades severas geradas por medidas legais ou administrativas (por exemplo, os conhecidos *planos econômicos*, adotados ao longo de décadas pelo Governo Federal). A estrita autoria das omissões contratuais mantém-se com o empregador, em face da alteridade, sendo que somente em raríssimos casos a jurisprudência tem acolhido a transferência dessa autoria para a pessoa jurídica que instituiu a regra legal

(2) Sobre o tema, consultar, neste Capítulo XXXI, o item III.2, intitulado “Infrações Empresariais em Destaque: assédio sexual e assédio moral”.

(3) Nessa linha, a doutrina e a jurisprudência, de maneira geral, compreendem que a simples irregularidade na realização dos depósitos do FGTS não seria fator de rescisão indireta do contrato de trabalho. Porém, recentemente, o Tribunal Superior do Trabalho, visando à busca de maior efetividade para o Direito do Trabalho no País, e considerando ainda a relevância multidimensional do FGTS (que, no conjunto de seus depósitos, constitui fundo social de destinação importante e variada), passou a considerar que a frustração dos regulares depósitos fundiários atua, sim, como fator de resolução contratual culposa do contrato de trabalho (rescisão indireta: art. 483, “d”, CLT).

ou medida administrativa que provocou o inadimplemento do empregador (os casos de *factum principis*, referidos pelo art. 486 da CLT, são excepcionalmente acolhidos na jurisprudência, conforme já estudado)⁽⁴⁾.

O requisito do *dolo ou culpa* é outro que sofre intensa adequação, no tocante à rescisão indireta do contrato.

Em primeiro lugar, enquanto a culpa em sentido lato do empregado, na dispensa por justa causa, é examinada *em concreto*, isto é, considerando-se o nível de escolaridade do obreiro, seu segmento de atuação profissional, seu nível socioeconômico e outros aspectos subjetivos relevantes, no caso do empregador, *regra geral*, é examinada apenas *em abstrato*. Ilustrativamente, o descumprimento grave e reiterado de obrigações contratuais (art. 483, “d”, CLT) não é atenuado pela circunstância de se tratar de um microempresário, ou de uma pessoa física empregadora, em vez de um grande empreendimento capitalista. Praticamente, apenas no caso de infração por ofensa moral (art. 483, “e”, CLT) é que pode se tornar relevante a consideração sobre a individualidade do empregador ofensor, o que não acontece nos demais tipos jurídicos do art. 483 da CLT.

Além disso, a ordem justralhista não autoriza, regra geral, a transferência do risco do empreendimento e do labor prestado para o próprio obreiro (alteridade): isso significa que motivos poderosos para o reiterado e grave inadimplemento contratual (recessão, mudança da política econômica, etc.), os quais, supostamente, poderiam reduzir a culpa do empregador, não têm esse efetivo poder, não sendo bastantes para afastar o tipo jurídico do art. 483, “d”, da CLT, por exemplo.

3. Requisitos Circunstanciais

No exame das justas causas obreiras, verificou-se que requisitos circunstanciais seriam aqueles relacionados à *atuação disciplinar do empregador em face da falta cometida e do obreiro envolvido*. De fato, as infrações trabalhistas (advertência, suspensão punitiva, dispensa por justa causa, por exemplo) são aplicadas, no Direito brasileiro, diretamente ao empregado pelo empregador, cabendo a este avaliar a conduta do obreiro, dosar as punições e, apenas em último caso, aplicar a pena máxima existente. O empregador exerce, desse modo, cotidianamente, o poder disciplinar, o que torna variados e complexos os requisitos circunstanciais para sua atuação.

Contudo, no que tange à rescisão indireta, ela não é resultante do prévio exercício de um poder disciplinar do empregado sobre seu empregador —

(4) A respeito do *factum principis*, consultar o Capítulo XXVIII deste Curso, em seu item VI.2.A, alínea “g”, em que se examinam os efeitos da ruptura contratual por extinção da empresa ou do estabelecimento.

como é óbvio. Em consequência, alguns dos requisitos circunstanciais das justas causas obreiras, ligados à modulação do poder disciplinar empresarial, tendem a não se aplicar, logicamente, à rescisão indireta. Ilustrativamente, é o que se passa tanto com a *inalterabilidade da punição*, como com a sua *singularidade (non bis in idem)*. Afinal, não há maneira de o trabalhador aplicar punições variadas ao empresário, o que torna muito difícil importar tais requisitos também para a resolução contratual por falta do empregador. De igual maneira, é muito difícil imaginar-se a aplicação, no presente caso, de alguns outros requisitos circunstanciais, como o *caráter pedagógico do exercício do poder disciplinar* e a *gradação de penalidades* que lhe é inerente.

As particularidades da rescisão indireta também tornam difícil pensar-se na observância do requisito da *ausência de discriminação*. Sob a ótica do obreiro, seu empregador é único, ainda que se trate de um grupo econômico (Súmula 129, TST); por isso, é praticamente inviável falar-se na possibilidade de o obreiro estar discriminando seu empregador caso ingresse em juízo com um pleito de rescisão indireta (discriminação perante quem, afinal?).

Restam, desse modo, poucos requisitos circunstanciais que seriam compatíveis, em tese, com a resolução contratual por infração do empregador: trata-se do nexa causal entre a falta e a penalidade; da adequação entre a falta e a pena aplicada; da proporcionalidade entre elas; da imediatividade da punição; e, por fim, da ausência de perdão tácito.

No que tange ao *nexo causal entre a infração e a penalidade*, a ordem jurídica exige que haja efetiva vinculação entre a falta imputada ao empregador e o fundamento da rescisão indireta pretendida pelo obreiro: deve ser clara e direta, portanto, a vinculação entre a infração e o efeito jurídico drástico pretendido, que é a resolução contratual culposa.

No que diz respeito à *adequação entre a falta e a penalidade*, quer a ordem justralhista que haja correspondência substantiva entre a conduta infratora e a rescisão indireta que se pretende ver reconhecida. Conforme já exposto, faltas do empregador, tidas como leves, não dão ensejo à penalidade máxima existente no Direito do Trabalho, que é a resolução contratual culposa.

A adequação ou inadequação da falta empresarial com a despedida indireta combinam-se a outro critério próximo, o da *proporcionalidade entre a falta cometida e a punição*. Por tal critério, quer a ordem jurídica que haja harmônica conformidade entre a dimensão e extensão da falta cometida e a dimensão e extensão do efeito jurídico drástico almejado, que é a resolução contratual por culpa do empregador.

Estes dois critérios, a propósito (da adequação e da proporcionalidade), completam-se, conforme já foi observado. Em consequência, devem ser analisados em conjunto pelo operador jurídico, como se fossem adequação e proporcionalidade.

No que tange à *imediatez da punição*, exige a ordem jurídica que a aplicação de penas trabalhistas pelo empregador se faça tão logo este tenha conhecimento da infração cometida. Dessa maneira, o Direito do Trabalho busca evitar certa situação de pressão permanente ou, pelo menos, por largo e indefinido prazo sobre o obreiro, em virtude de alguma infração cometida. Em consequência, *no campo do poder disciplinar empresarial*, considera-se que infração não punida com razoável imediatez se convola em infração tacitamente perdoadada.

Porém, no campo da rescisão indireta, os requisitos *da imediatez da insurgência obreira e do perdão tácito* devem merecer substantivas adequações. É que é muito distinta a posição sociojurídica do obreiro no contrato, em contraponto àquela inerente ao empregador: afinal, este tem os decisivos poderes de direção, fiscalização e disciplinar, por meio dos quais subordina, licitamente, o empregado. Por isso, a imediatez na rescisão indireta tem de ser claramente atenuada, uma vez que a reação obreira tende a ser muito contingenciada por seu estado de subordinação e pela própria necessidade de preservar o vínculo, que lhe garante o sustento e de sua família.

A ausência de imediatez com respeito a infrações cometidas pelo empregador não compromete, necessariamente e em todos os casos, a pretensão de rescisão indireta, não significando, automaticamente, a concessão do perdão tácito pelo trabalhador.

É claro que se pode imaginar que um ato único faltoso, embora grave, ocorrido anos atrás, sem insurgência obreira, não possa mais, tempos depois, conferir suporte a consistente pleito de rescisão indireta. Em tal caso, a falta de imediatez e o perdão tácito atuaram em desfavor do empregado.

Contudo, a reiteração de faltas contratuais semelhantes ao longo do pacto, ou o cometimento de distintas infrações no transcorrer do contrato podem, sem dúvida, ensejar a resolução contratual por culpa do empregador, no instante em que um desses fatos culminar o processo contínuo infrator.

III. FIGURAS DE INFRAÇÃO EMPRESARIAL

1. *Infrações do Art. 483 da CLT*

O art. 483 da CLT, em suas alíneas “a” até “g”, arrola os tipos jurídicos das infrações empresariais. Serão a seguir examinados.

Serviços superiores às forças obreiras, defesos por lei, contrários aos bons costumes, ou alheios ao contrato (alínea “a”). O dispositivo da CLT, na verdade, justapõe diversos tipos jurídicos de infrações empresariais, embora todos bastante próximos, uma vez que atados às *atividades laborativas* pertinentes ao empregado em função do contrato de trabalho.

A ordem jurídica e o contrato estabelecem deveres e obrigações para as partes contratuais trabalhistas, inclusive o empregador. O descumprimento dos deveres e obrigações empresariais, relativamente às atividades laborativas exercidas pelo empregado, dá ensejo ao presente tipo jurídico. As fronteiras que não podem ser ultrapassadas pelo empregador, no tocante aos serviços exigidos de seu empregado, estão fixadas por alguns parâmetros, segundo a CLT.

Um desses parâmetros é o próprio contrato de trabalho. Cabe ao empregador respeitar a função contratada ao trabalhador, não lhe exigindo serviços estranhos ao pacto estabelecido. É claro que o contrato não é imutável, podendo ser alterado, desde que sem prejuízo ao empregado (princípio da inalterabilidade contratual lesiva). É claro também que, em certas circunstâncias, a alteração de funções é quase inevitável, como ocorre em mudanças de Quadros de Carreiras ou de Planos de Cargos e Salários. Contudo, em tais situações, há que se respeitar a qualificação que fora essencial à contratação obreira, a menos que a mudança se faça para função ainda mais favorável⁽⁵⁾.

Sendo inválida, entretanto, a alteração funcional, ou mesmo em se tratando de mera exigência de serviços estranhos ao pactuado, independentemente da manutenção da antiga função, incide a infração tipificada na CLT.

Outro parâmetro encontra-se nos serviços proibidos pela ordem jurídica, seja por se tratar de trabalho ilícito, seja por se tratar de labor administrativamente proibido, seja por se tratar de atividade que, em seu procedimento, cause injusta lesão a alguém. A este respeito, *Eduardo Gabriel Saad* lembra ser infração empresarial, exigir “que o empregado ludibrie o cliente fornecendo-lhe material de qualidade inferior àquela efetivamente adquirida e paga”⁽⁶⁾.

Mais um parâmetro situa-se nos serviços afrontadores dos bons costumes.

Importante parâmetro diz respeito aos serviços superiores às forças do empregado. A regra tem sido interpretada de maneira ampla, não se restringindo a meras forças físicas, mas também intelectuais e, até mesmo, emocionais. Ou seja, a condição pessoal do trabalhador, e não meramente profissional, tem de ser considerada quanto à exigência de serviços ao longo do contrato. Do ponto de vista físico, de todo modo, a ordem jurídica apresenta claras fronteiras: força muscular até 20 kg para mulheres e trabalhadores com idade abaixo de 18 anos, em trabalho contínuo, e 25 kg, em trabalho ocasional (art. 390, e art. 405, § 5º, CLT), ao passo que menciona 60 kg, para homens (art. 198, CLT)⁽⁷⁾.

(5) Sobre as possibilidades e limites jurídicos das alterações no conteúdo do contrato de trabalho, inclusive na função do obreiro, consultar o Capítulo XXVI do presente Curso.

(6) SAAD, Eduardo Gabriel. *Consolidação das Leis do Trabalho* — comentada. 30. ed. São Paulo: LTr, 1997, p. 360.

(7) Nesta direção, MARTINS, Sergio Pinto. *Comentários à CLT*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 500.

Tratamento pelo empregador ou superiores hierárquicos com rigor excessivo (alínea “b”). O tipo legal, no fundo, trata do descumprimento do princípio da proporcionalidade e razoabilidade, que deve reger as ações de todo aquele que detém fatias consideráveis de poder perante alguém. Enquadra-se no presente tipo jurídico o comportamento diretivo, fiscalizatório ou disciplinar do empregador que traduza exercício irregular de tais prerrogativas, exacerbando as manifestações de poder sobre certo empregado.

A intolerância contínua, o exagero minudente de ordens, em especial quando configurar tratamento discriminatório, as despropositadas manifestações de poder em desarmonia com os fins regulares do contrato e da atividade empresarial consubstanciam a presente infração.

Pontue-se que, entre todos os dispositivos que podem incidir sobre o denominado *assédio moral* do empregador sobre o empregado (alíneas “a”, “b”, “d”, “e” e “f” do art. 483 da CLT), este é, certamente, de maneira geral, o mais apropriado.

Correr perigo manifesto de mal considerável (alínea “c”). A infração ocorre se o empregador submeter o obreiro, pelas condições do ambiente laborativo ou pelo exercício de certa atividade ou tarefa, a risco não previsto no contrato, ou que poderia ser evitado (uso de EPIs, por exemplo). Não se trata, porém, do risco inerente ao próprio exercício profissional, que seja normal e inevitável a este exercício (vigilante armado, por exemplo). *Carrion* e *Martins* também insistem não se tratar dos riscos normais, próprios a certa profissão, mas os anormais⁽⁸⁾.

É claro que, em se tratando de riscos advindos à saúde em virtude das condições do ambiente laborativo, há inúmeras medidas de profilaxia e de segurança que devem ser tomadas pelo empregador, sob pena de incidência do tipo jurídico ora examinado. A propósito, a simples mudança de local de trabalho para ambiente insalubre, anteriormente não atingido, configura alteração contratual lesiva, com afronta não só ao respectivo princípio protetor juslaborativo, como cometimento da infração ora estudada.

Registre-se que a morte do empregado em decorrência do risco sofrido no ambiente de trabalho, por culpa do empregador, enquadra-se, sem dúvida, na presente falta, ensejando o pagamento de todas as verbas inerentes à rescisão indireta. Conforme já foi exposto no Capítulo XXVIII, item VI.2.A. “h”, o falecimento do obreiro, sem culpa empresarial, leva à inevitável extinção do contrato, com a óbvia exclusão das verbas da dispensa injusta, que não houve. Entretanto, se a morte tiver sido provocada culposamente pela empresa, em virtude de más condições laborativas ou falta das necessárias medidas de profilaxia ou segurança, a solução jurídica será, evidentemente,

(8) CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 24. ed. cit., p. 390. MARTINS, Sergio Pinto. *Comentários à CLT*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 500.

distinta. Afinal, o art. 483, “c”, da CLT, considera transgressão empresarial simplesmente colocar o trabalhador em *perigo manifesto de mal considerável*: se este perigo se consuma com a morte do obreiro, torna-se ainda mais clara a gravíssima infração cometida, ensejando a incidência das compatíveis verbas rescisórias do referido preceito celetista.

Não cumprir o empregador as obrigações do contrato (alínea “d”). O contrato de trabalho, tendo parte relevante de seu conteúdo formada por determinações de regras constitucionais, internacionais ratificadas, legais e oriundas da negociação coletiva, deve ser cumprido como um todo, quer pelo obreiro, quer pelo empregador. O culposo e grave descumprimento do conteúdo do contrato, qualquer que seja a origem da estipulação, configura, sem dúvida, a falta prevista na alínea “d” do art. 483 da Consolidação Trabalhista.

Há entendimento restritivo, que sustenta que somente as estipulações oriundas do contrato mesmo é que se enquadrariam no tipo jurídico ora examinado. Como bem apontado por *Wagner Giglio*, este entendimento, minoritário na doutrina e jurisprudência, não pode prevalecer: as obrigações contratuais “decorrem tanto das normas de natureza imperativa como das de caráter dispositivo, posto que as duas espécies integram o contrato de trabalho”⁽⁹⁾. Completa o autor: “o descumprimento, pelo empregador, de *quaisquer obrigações, sejam elas legais, convencionais, normativas ou contratuais*, autoriza a rescisão do vínculo por iniciativa do empregado, com base na justa causa em estudo”⁽¹⁰⁾.

A mora salarial reiterada, ainda que não atingindo prazo igual ou superior a três meses, é fator de rescisão indireta, em face da severidade da falta do empregador: afinal, é pacífico no Direito do Trabalho (e na própria Constituição da República) ter o salário natureza alimentar, e o retardo em seu pagamento, sendo demorado e repetido, constitui, sem dúvida, infração de forte intensidade. Como lembra *Eduardo Gabriel Saad*, a “conceituação de débito trabalhista e de mora contumaz”, inserida no § 1º do art. 2º do Dec.-Lei n. 368, de 1968 (que se refere a prazo igual ou superior a três meses), foi instituída “para justificar sanções de caráter penal e fazendário”. Segundo o jurista, para fins da falta do art. 483, “d”, da CLT, a mora “*fica bem caracterizada com frequentes atrasos no pagamento de salários*”⁽¹¹⁾.

Praticar o empregador, ou seus prepostos, contra o empregado ou pessoas de sua família, ato lesivo da honra e boa fama (alínea “e”). O presente tipo jurídico trata da injúria, calúnia ou difamação, restringindo-se, pois, a ofensas morais ou

(9) GIGLIO, Wagner D. *Justa Causa*. 7. ed., cit., p. 403 e 400.

(10) GIGLIO, Wagner D., ob. cit., p. 403; grifos no original. Na mesma direção, Valentin Carrion: “*Não cumprir o empregador as obrigações do contrato (d)*, nelas incluídas as legais. Qualquer descumprimento grave, inclusive em matéria salarial, será fundamento válido”. CARRION, V. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 24. ed. cit., p. 390; grifos no original.

(11) SAAD, Eduardo Gabriel, ob. cit., p. 361; grifos acrescentados ao original.

à imagem do obreiro e sua família. A infração pode ser cometida diretamente pelo empregador ou por seus prepostos ou chefias empresariais.

A ordem jurídica não limita o âmbito de ocorrência da infração ao ambiente laborativo do empregado; isso significa que ela pode se verificar em decorrência de ato lesivo praticado fora do ambiente laborativo, longe da empresa.

Ofender o empregador ou seus prepostos o empregado, fisicamente, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem (alínea “f”). O presente tipo jurídico complementa o anterior, reportando-se às ofensas de natureza física (em contraponto às de ordem moral, acima tratadas). Também aqui as agressões podem ser cometidas quer pelo empregador, quer por seus prepostos e chefias empresariais, cujos atos comprometem o primeiro.

A “*legítima defesa, própria ou de outrem*”, com utilização de meios moderados de revide, em contexto de ofensa ou agressão atual ou iminente, elide a falta empresarial (assim como elimina a justa causa obreira prevista pela alínea “k”, *in fine*, do art. 482 da CLT). A prova deste excludente é do empregador.

Reduzir o empregador o trabalho do empregado, sendo este por peça ou tarefa, de forma a afetar sensivelmente a importância dos salários (alínea “g”). A presente falta abrange empregados cujos contratos tenham previsão de *salário variável*: ela verificar-se-á caso o empregador reduza, significativamente, as encomendas ou tarefas do obreiro, afetando de modo sensível seus ganhos salariais mensais.

É claro que a infração somente ocorrerá se houver afetação negativa importante na média salarial mensal do trabalhador; oscilações de pequena monta ou que ocorram entre as semanas de labor não configuram, regra geral, o tipo jurídico em exame.

Note-se, porém, em conformidade com o exposto no Capítulo XXII, item II.1, deste Curso, que a *redução nominal* do salário obreiro, se não autorizada por negociação coletiva (art. 7º, VI, CF/88), ou não se tratando de salário condição (como se passa na *reversão*, por exemplo), é tida como grave infração do empregador, que se enquadra, entretanto, no tipo legal do art. 483, “d”, da CLT⁽¹²⁾. O tipo jurídico do art. 483, “g”, ora examinado, é diferente, uma vez que consiste na diminuição salarial efetiva, embora indireta, em virtude da prévia redução do trabalho encomendado ao obreiro que labore por peça ou tarefa.

Observe-se que a Lei dos Vendedores Empregados (n. 3.207, de 1957) cria norma específica com respeito a tais reduções indiretas do salário do empregado. Por exemplo, ela autoriza que o empregador amplie ou *reduza* a zona de trabalho do vendedor, mas respeitando a irredutibilidade da

(12) Sobre a *reversão*, e suas distinções em contraponto à *retrocesso* e o *rebaixamento*, conferir o Capítulo XXVI deste Curso, em seu item VIII.D, alínea “c”.

correspondente remuneração obreira, considerada a média dos últimos doze meses (art. 2º, §§ 1º e 2º, Lei n. 3.207/57). Autoriza ainda o diploma normativo a transferência unilateral de zona de trabalho do vendedor, *mesmo com diminuição de vantagens*: neste caso, entretanto, deverá ser assegurado ao vendedor, “como mínimo de remuneração, um salário correspondente à média dos 12 (doze) últimos meses, anteriores à transferência” (§ 2º do art. 2º da Lei n. 3.207/57).

O desrespeito a tais regras da Lei dos Vendedores Empregados evidentemente configura infração viabilizadora da rescisão indireta do contrato de trabalho. No caso, o enquadramento pode se fazer tanto na alínea “d” como na “g” do art. 483 da CLT.

2. Infrações Empresariais em Destaque: assédio moral e assédio sexual

Em conformidade com o exposto neste Curso, trata-se de duas infrações que possuem algumas peculiaridades: de um lado, podem ser cometidas tanto por empregados como também por empregadores e seus prepostos; podem ser enquadradas em tipos jurídicos constantes da CLT (tanto no art. 482, que regula os ilícitos do trabalhador, como no art. 483, que regula os ilícitos empresariais), embora contenham certa dimensão inovadora na realidade social e jurídica contemporânea; despontaram com notável ênfase nas últimas décadas — no Brasil, a partir da Constituição de 1988 —, invadindo as preocupações mais atualizadas da doutrina e da jurisprudência trabalhistas.

Registre-se que, embora o trabalhador possa, de fato, ocupar o papel de autor de qualquer dessas duas infrações (e não o empresário), na vida trabalhista concreta, deve o empregador manter-se atento à qualidade e bem-estar de seu meio ambiente empregatício, uma vez que, para a ordem jurídica, é sua a responsabilidade de manter meio ambiente de trabalho são e hígido (art. 2º, *caput* e art. 157, ambos da CLT).

A) Assédio Moral — Define-se o *assédio moral* como a *conduta reiterada seguida pelo sujeito ativo no sentido de desgastar o equilíbrio emocional do sujeito passivo, por meio de atos, palavras, gestos e silêncios significativos que visem ao enfraquecimento e diminuição da autoestima da vítima ou a outra forma de desequilíbrio e tensão emocionais graves*.

Trata-se de figura de apreensão nova na doutrina e na jurisprudência trabalhistas, estimuladas por percepção mais cuidadosa de potencial dinâmica ilícita vivida na relação de emprego, que não mereceu, no Brasil, a necessária análise e ênfase antes da Constituição de 1988.

No âmbito empregatício o assédio moral tende a ocorrer de maneira vertical, no sentido descendente — das chefias em direção a chefiado. Esta é a modalidade tida como mais usual no mundo do trabalho. Há também, é claro, outra via relevante de assédio moral, que corre no sentido horizontal,

deflagrado por colegas em direção a outro colega. Não é tão comum, ao revés, o assédio vertical ascendente — embora, é claro, possa ocorrer —, qual seja, de chefiado(s) em direção à chefia.

O assédio moral perpetrado pelo empresário ou suas chefias constitui infração do empregador, que pode se capitular, por exemplo, em qualquer de três alíneas do art. 483 da CLT (preceito que regula a *rescisão indireta do contrato de trabalho*). Cite-se, por exemplo, a alínea “a”: *exigência de serviços superiores às forças do trabalhador, defesos por lei, contrários aos bons costumes, ou alheios ao contrato*. Cite-se também a alínea “b”: *tratamento do trabalhador com rigor excessivo, por parte do empregador ou superior hierárquico do obreiro*. Cite-se, finalmente, a alínea “e”: *prática pelo empregador, ou seus prepostos, contra o empregado ou pessoas de sua família, ato lesivo da honra e boa fama*”.

Sendo cometido por colegas de trabalho contra outro trabalhador, pode ser capitulado na alínea “b”, *in fine* (*mau procedimento*), ou na alínea “j” (*ato lesivo da honra ou da boa fama praticado no serviço contra qualquer pessoa...*) do art. 482 da CLT, constituindo infração do(s) trabalhador(es) assediador(es).

O assédio moral praticado por trabalhador(es) pode não ser conhecido pelo empregador e suas chefias — o que reduz a possibilidade jurídica de responsabilização do empresário pela ofensa e lesão perpetrada em face do comportamento assediador. Porém é preciso que se mencione que, mesmo em casos de assédio moral cometido por trabalhadores contra colega, há possibilidade jurídica de ser o empregador responsabilizado pela vítima, em alguma medida, uma vez que ao empregador é que compete a atribuição de criar e manter meio ambiente hígido de trabalho no estabelecimento e na empresa (nesta linha, as regras dos arts. 2º, *caput* e 157 da CLT).

Há pesquisas que demonstram uma forte prevalência de comportamentos de assédio moral no sentido vertical descendente, ou seja, deflagrados por chefias em direção a chefiados, embora não seja desprezível o índice de condutas assediadoras entre os próprios colegas.⁽¹³⁾ Segundo a notável pesquisadora Marie-France Hirigoyen, as atitudes hostis que caracterizam o assédio moral variam dentro de largo leque de composições, envolvendo: a) deterioração proposital das condições de trabalho; b) isolamento e recusa de comunicação; c) atentado contra a dignidade; d) violência verbal, física ou sexual.⁽¹⁴⁾

(13) Marie-France Hirigoyen, psiquiatra, psicanalista e psicoterapeuta francesa que tem se notabilizado no estudo dessa perversa dinâmica de relacionamento, referindo-se a pesquisa sobre o tema, indica os seguintes percentuais: “em 58% dos casos, o assédio vem da hierarquia; em 29% dos casos, o assédio vem de diversas pessoas, incluindo chefia e colegas; em 12% dos casos, o assédio vem de colegas; em 1% dos casos, o assédio vem de um subordinado”. HIRIGOYEN, Marie-France. *Mal-Estar no Trabalho* — redefinindo o assédio moral. 3. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006, p. 111. A edição francesa original da obra é de 2001 — o que evidencia a atualidade da referência.

(14) HIRIGOYEN, Marie-France. Ob. cit., p. 108-109.

O assédio moral, caso configurado, em especial contando com a participação ou conivência das chefias do empregador, atinge o cerne do contrato de trabalho da vítima empregada, propiciando a ruptura contratual por infração do empregador (art. 483, alíneas “a”, “b” ou “e” da CLT). Em face da gravidade da conduta do ofensor e do malefício que provoca no patrimônio moral da vítima, pode ensejar também indenização por dano moral.⁽¹⁵⁾

B) Assédio Sexual — Define-se o *assédio sexual* como a *conduta de importunação reiterada e maliciosa, explícita ou não, com interesse e conotações libidinosos, de uma pessoa física com relação a outra*.⁽¹⁶⁾

É ofensa de natureza essencialmente emocional, psicológica, embora podendo ter também dimensão física. A relevância do assunto desde a Constituição de 1988, em face do novo *status* jurídico conferido às mulheres (art. 5º, *caput* e I, CF/88, por exemplo) e, de resto, aos direitos de personalidade da pessoa humana, fez este censurável comportamento ultrapassar o acanhado conceito de *incontinência de conduta* (quando se tratando de infração do trabalhador: art. 482, “b”, *ab initio*, CLT) ou do tipo jurídico também indicado pelo art. 483, “e”, da CLT (quando se tratar de infração empresarial: “*ato lesivo à honra e boa fama*”). Embora, é claro, o comportamento que denote assédio sexual possa (e deva, enquanto não surgir explícita tipificação legal) ser enquadrado nesses dispositivos mencionados, para os fins jurídicos previstos pela CLT, sua caracterização é, efetivamente, ainda mais ampla.⁽¹⁷⁾

(15) A respeito das repercussões do *assédio moral* e do *assédio sexual* no patrimônio imaterial do trabalhador, com a possibilidade de incidência de indenização por dano moral, consultar, neste Curso, o Capítulo XIX, em seu item V.3, sob o título “Dano Moral na Relação de Emprego: situações em destaque”. Agregue-se, de todo modo, que a recente tipificação, pela Lei n. 13.185/2015, da figura do *bullying* ou *intimidação sistemática* não altera a vigência, desde 5.10.88, de tais indenizações por danos morais em face de assédio sexual e mesmo de assédio moral. É que essas indenizações resultam da tutela constitucional instaurada em 1988 sobre o patrimônio moral das pessoas humanas, inclusive os trabalhadores, em vista de lesões à sua higidez físico-psíquica, ao seu bem-estar, à sua segurança pessoal, à sua igualdade, à sua imagem e auto-estima e à sua dignidade, conforme fixado no art. 5º, *caput* e incisos I, V e X, do Texto Máximo da República. Dessa maneira, o *Programa de Combate à Intimidação Sistemática ou Bullying*, fixado pela Lei n. 13.185/2015, é política de avanço normativo, não podendo se convolar em regressão jurídica e cultural no País.

(16) Naturalmente que empregadas também podem ser autoras de assédio contra colegas. Tecnicamente, o efeito jurídico trabalhista seria o mesmo. Porém, reconheça-se, não é o comum na prática processual trabalhista e na própria realidade histórica.

(17) Naturalmente que existe, desde 2001, a *tipificação penal* do *crime de assédio sexual*, conforme fixado pelo Código Penal Brasileiro, a partir de tipo jurídico introduzido pela Lei n. 10.224/2001: “Art. 216-A. Constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente de sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função” (...) “Pena – detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos”. Essa tipificação criminal, porém — como sói acontecer com os tipos penais —, é muito mais restrita do que a caracterização infratora trabalhista. Esta se identifica como a conduta de importunação reiterada e maliciosa, explícita ou não, com interesse e conotações libidinosos, *de uma pessoa física* (ou grupo de pessoas físicas) *com relação a outra(s)*, independentemente de se tratar de

Marie-France Hirigoyen compreende que, principalmente nos países latinos (referindo-se à Itália, Espanha e América Latina), ainda transparece forte aproximação entre situações fáticas de assédio moral e de assédio sexual, do tipo vertical descendente, tendo mulheres como vítimas⁽¹⁸⁾. Como se trata de duas infrações cometidas em uma mesma conduta, a ausência de prova bastante com respeito a uma não elimina, necessariamente, a possibilidade de prova bastante e convicção com respeito à outra.

Evidentemente que o assédio sexual decorrente de comportamento ilícito do empregador ou de seus prepostos pode conduzir à rescisão indireta do contrato de trabalho (art. 483, “e”, CLT), além da possibilidade de indenização por dano moral (art. 186, CCB/2002).⁽¹⁹⁾

3. Infração Patronal Doméstica Peculiar: violência doméstica ou familiar contra mulheres

A Lei Complementar n. 150/2015, em seu art. 27, parágrafo único, inciso VII, fixou peculiar infração patronal no campo das relações empregatícias domésticas: “VII — o empregador praticar qualquer das formas de violência doméstica ou familiar contra mulheres de que trata o art. 5º da Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006”.

Para a nova regra legal, constitui causa de rescisão indireta do contrato de trabalho a circunstância de o empregador praticar, em seu ambiente familiar, *contra qualquer das mulheres de que trata o art. 5º da Lei Maria da Penha*, violência doméstica ou familiar. Observe-se que a LC n. 150/2015 não está se referindo apenas à violência contra a empregada doméstica, praticada pelo empregador ou integrante de sua família (hipótese, aliás, que já estaria abrangida pelos incisos II, III, V e VI do parágrafo único do art. 27 da LC n. 150/2015, como causas autorizadoras da rescisão indireta do contrato de trabalho). O inovador inciso VII do parágrafo único do art. 27 da LC n. 150 está se reportando, como motivo jurídico bastante para a rescisão indireta do contrato de trabalho doméstico, a existência, no ambiente familiar do empregador doméstico, da prática de qualquer das formas de violência doméstica ou familiar contra mulheres na moradia, mesmo que se trate de conduta perpetrada pelo empregador doméstico *contra mulheres de sua*

superior hierárquico ou detentor de alguma ascendência no contexto da relação de emprego. Caso surja tipificação legal trabalhista não pode ser em moldes restritivos, acanhados, fazendo retroceder a tutela trabalhista deflagrada diretamente pela Constituição de 1988.

(18) HIRIGOYEN, Marie-France. *Mal-Estar no Trabalho* — redefinindo o assédio moral. 3. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil: 2006, p. 99.

(19) Sobre o tema, consultar BELMONTE, Alexandre Agra. *A Tutela das Liberdades nas Relações de Trabalho: limites e reparação das ofensas às liberdades de consciência, crença, comunicação, manifestação de pensamento, expressão, locomoção, circulação, informação, sindical e sexual do trabalhador*. São Paulo: LTr, 2013. Consultar ainda PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *O Assédio Sexual na Relação de Emprego*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2011.

própria família. Para a LC n. 150/2015, esse maléfico ambiente familiar enquadra-se como notoriamente *degradante* (meio ambiente degradante de trabalho), ensejando a ruptura do contrato de trabalho por culpa do empregador doméstico.

É preciso perceber que o art. 5º da Lei n. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) — preceito expressamente referido pelo inciso VII da LC n. 150/2015 — fornece conceito abrangente do tipo jurídico de *violência doméstica e familiar contra a mulher*. Eis o dispositivo legal: “V — ... *configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial*”.

Em síntese, a presença de tal ambiente familiar negativo e de tal conduta praticada pelo empregador ou por integrante de sua família, no contexto do ambiente familiar doméstico em que se insere o(a) obreiro(a), constitui, para a Lei Complementar n. 150/2015, fator de encerramento do contrato de trabalho por infração grave do empregador.

IV. PROCEDIMENTOS APLICÁVEIS À RESCISÃO INDIRETA

Há dois procedimentos que são, de certo modo, peculiares à ruptura contratual por falta do empregador, em contraponto com o término do contrato por justa causa operária: trata-se, de um lado, da circunstância de a infração empresarial ter de ser apurada e reconhecida em processo judicial, a partir de ação proposta pelo respectivo empregado.

De outro lado, há também o debate acerca da necessidade ou não do imediato afastamento obreiro do trabalho, para que se possa considerar viável seu pleito de rescisão indireta do contrato. Conjuntamente com este debate, há que se discutir acerca dos efeitos jurídicos desse afastamento, ou de sua não ocorrência.

Os dois aspectos serão a seguir examinados.

1. Ação Trabalhista com Pleito de Rescisão Indireta

No caso das infrações cometidas pelo empregado, a ordem justralhista confere ao empregador poderes de fiscalização e disciplinamento, por meio dos quais este afere o cumprimento do contrato e das diretrizes gerais e específicas pertinentes ao obreiro, avaliando suas condutas infratoras, e, se for caso, aplicando-lhe as penas compatíveis, adequadas e proporcionais.

No caso das infrações cometidas pelo empregador, a ordem justralhista não confere tais poderes fiscalizatórios e de disciplinamento ao obreiro, como é evidente. Na prática cotidiana do contrato também torna-se muito difícil se enxergar, no atual estágio do Direito brasileiro e das relações juslaborativas

no País, espaço significativo para a insurgência eficaz do trabalhador em vista de determinada falta cometida por seu empregador. De pouco valeria, portanto, a interpelação operária diretamente a seu patrão, no sentido de que este cometeu infração tipificada no art. 483 da CLT, devendo-lhe pagar, no prazo do art. 477 da CLT, as inúmeras verbas rescisórias a que faria jus.

Por todos esses fatores, a rescisão indireta do contrato de trabalho tende a passar, quase que necessariamente, por um rito formal específico, o *processo judicial trabalhista*. No contexto desse processo, por meio da sentença prolatada, é que irá firmar-se a data de resolução culposa do contrato, com o conseqüente pagamento das verbas rescisórias que lhe são próprias: aviso-prévio, com projeção no período contratual (inclusive a parcela da proporcionalidade, se for o caso); férias proporcionais com 1/3; 13º salário proporcional; liberação de FGTS, com acréscimo pecuniário de 40% em favor do empregado; indenizações rescisórias especiais, se houver. Tudo isso acrescido das parcelas já vencidas anteriormente à ruptura (férias vencidas, com 1/3), ou cujo vencimento foi antecipado com a rescisão (férias simples, saldo de salário, etc.), se for o caso.

Cabe indagar-se, finalmente: a propositura da ação é requisito essencial à rescisão indireta, tendo de antecipar-se ao próprio término do contrato? Ou, menos do que isso, é simples instrumento característico, isto é, *comum, recorrente* à pretensão rescisória, embora não lhe seja necessariamente imprescindível?

Do ponto de vista estritamente prático, parece correta a primeira proposição: *de maneira geral*, o empregado, ao considerar insustentável a continuidade do vínculo, em decorrência de infrações cometidas pelo empregador, propõe ação trabalhista nesse sentido, informando os fundamentos fático-jurídicos de sua pretensão e aduzindo o pleito resolutório do contrato. *Regra geral*, somente a partir daí é que se afasta do emprego.

Isso significa que a propositura da ação é instrumento comum à pretensão rescisória indireta, o qual tende a anteceder ou, pelo menos, ser realmente contemporâneo à saída do obreiro do emprego. Esta é, de fato, a *regra geral* que ocorre na prática trabalhista. Em decorrência dessa regra geral, entende-se, normalmente, que a propositura da ação muito tempo após o efetivo afastamento do labor compromete, de plano, o sucesso da pretensão obreira, em vista da falta de imediatividade em sua insurgência.

Contudo, podem ocorrer situações raras, em que o afastamento obreiro se faça, de fato, em resposta a uma grave infração empresarial, embora a respectiva ação trabalhista somente seja proposta tempos depois. Imagine-se a trabalhadora que foi agredida sexualmente pelo empregador ou seus prepostos e que, imediatamente, considera rompido o pacto em vista da infração empresarial, afastando-se do emprego; porém, em seguida, em face de circunstâncias pessoais e familiares que envolvem a angustiante decisão de levar a público, via processo judicial, tal fato constrangedor, demora a

definir-se pela propositura da ação, fazendo-o, finalmente, tempos depois. Ora, neste caso, o rompimento real do contrato deu-se por falta do empregador, *sendo que a demora obreira justificou-se em virtude da própria natureza da lesão que sofreu, a qual induz a inquestionável constrangimento pessoal e familiar no tocante à publicização e revolvimento do fato lesivo*. Em tal específica situação, não se pode considerar a propositura da ação requisito essencial à validação da rescisão indireta.

2. Rescisão Indireta e Afastamento do Empregado do Trabalho

O afastamento do empregado do trabalho, em pleitos de rescisão indireta do contrato, tem levado a duas controvérsias importantes na doutrina e na jurisprudência. A primeira, relativa a uma possível vinculação estabelecida pela lei entre o tipo de falta empresarial e a possibilidade de afastamento ou não do empregado do serviço (art. 483, § 3º, CLT).

A segunda, concernente aos efeitos do afastamento obreiro, em contexto de improcedência do pedido de rescisão indireta do contrato na correspondente ação trabalhista proposta.

A) Afastamento do Trabalho: possibilidade jurídica — O afastamento ou não do trabalhador do serviço na rescisão indireta tem ensejado razoável controvérsia na doutrina e na jurisprudência. A má redação da regra jurídica inserida no § 3º do art. 483 da CLT tem contribuído, é claro, para a dissensão.

Diz o preceito que nos casos das alíneas “d” e “g” (descumprimento de obrigações contratuais e redução indireta do salário variável) o trabalhador *poderá* “pleitear a rescisão de seu contrato de trabalho e o pagamento das respectivas indenizações, permanecendo ou não no serviço até o final do processo” (§ 3º, conforme redação da Lei n. 4.825, de 1965).

Na verdade, a dúvida não se justifica. O referido dispositivo legal apenas veio esclarecer que, mesmo em se tratando das duas infrações contratuais menos agressoras do indivíduo situadas no rol do art. 483 da CLT (como são as faltas tipificadas nas alíneas “d” e “g”), o empregado pode se afastar do serviço ou não, ao propor sua ação trabalhista buscando a rescisão indireta. Ou seja, mesmo aí ele preserva tal opção, *a qual é inerente a todas as situações propiciadoras da ruptura do contrato por falta empresarial*.

A lei não poderia ter pensado de modo distinto, é claro: *se há uma infração do empregador, torna-se evidente que o empregado, ao propor sua ação resolutória, pode afastar-se do emprego, indiferentemente do tipo jurídico invocado*. É que a falta, caso efetivamente ocorrida, torna difícil, constrangedora ou, até mesmo, insustentável a relação entre as partes, por culpa do comitente da infração, não se justificando exigir-se do obreiro que continue, passivamente, a se submeter ao poder diretivo, fiscalizatório e disciplinar intensos do empregador.

A propósito, o não afastamento do empregado, de certo modo, pode até mesmo conspirar contra sua pretensão resolutória, uma vez que sugere, em face de sua permanência no serviço, que a afronta empresarial não foi, assim, afinal, tão grave como suposto. Nos casos das alíneas “d” e “g”, não ocorrem, de maneira geral, ofensas, agressões ou riscos *personais* graves contrários ao empregado, viabilizando, de certo modo, sua permanência no trabalho, sem comprometimento de sua tese. Nos demais casos, porém, sua opção por permanecer no serviço pode traduzir-se em indício razoável acerca da falta de severidade da infração cometida.

Portanto, o trabalhador que alegue a prática de grave transgressão empresarial, propondo ação com pedido de rescisão indireta, *pode escolher entre afastar-se ou não do emprego, qualquer que seja a motivação tipificada para a ruptura contratual* (alíneas “a” até “g” do art. 483 da CLT)⁽²⁰⁾. É evidente que sua escolha pela permanência no trabalho *pode* influir, negativamente, na avaliação que o juiz fará sobre a infração grave que imputa ao empregador; não há dúvida também, por outro lado, de que a escolha pelo afastamento importa no risco de “não conseguir carrear aos autos a prova esperada”⁽²¹⁾.

B) Afastamento Laborativo e Improcedência do Pedido: efeitos jurídicos — A segunda dissensão existente diz respeito às repercussões contratuais do afastamento laborativo do empregado, nos casos em que a sentença prolatada tiver negado seu pedido de rescisão indireta.

Aqui deve ser esclarecido, inicialmente, que a *data de afastamento do serviço demarca a data final do contrato de trabalho*, se a sentença reconhecer a falta do empregador, decretando a extinção do respectivo pacto empregatício. Pode-se dizer, neste caso, que a sentença terá efeito *ex tunc*, desde a data da real cessação da prestação laborativa.

Se não tiver havido afastamento obreiro, a data extintiva do pacto será fixada pela sentença, seja com base no dia de publicação da decisão judicial, seja com suporte no trânsito em julgado do *decisum*, seja por outro critério específico eleito pelo julgador. O efeito sentencial neste caso dependerá da data escolhida pela decisão judicial, laborando o empregado até o dia de término do contrato estabelecido na sentença.

Afastando-se o empregado do serviço antes da ação, ou nos seus primórdios, ou ao longo de seu desenrolar, *e não obtendo sentença favorável*, qual a repercussão desse afastamento no contrato de trabalho?

Há duas soluções jurídicas para o presente caso, em conformidade com a existência ou não de estabilidade ou garantia de emprego em favor do obreiro.

(20) Na direção de que o texto do § 3º do art. 483 também não inviabiliza a opção do obreiro entre manter-se no serviço ou se afastar nos demais casos de justa causa empresarial também está, por exemplo, CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 24. ed., cit., p. 391.

(21) CARRION, Valentin, loc. cit.

Não se tratando de trabalhador que tenha estabilidade ou garantia de emprego, a cessação da prestação de serviços coloca ponto final ao contrato entre as partes, cabendo ao Judiciário decidir, somente, se o término se deu por culpa empresarial ou por resilição do contrato em face de iniciativa do empregado (pedido de demissão). Não há dúvida de que o obreiro considerou, em decorrência dos fatos que alega ocorridos, difícil, constrangedora ou, até mesmo, insustentável a relação empregatícia entre as partes, decretando o seu rompimento, porém vindo a juízo pleitear que a ruptura seja tida como rescisão indireta. *Não obtendo sucesso em seu intento, a extinção do contrato prevalece, mas por simples pedido de demissão do empregado.* É claro que se trata de uma modalidade especial de resilição unilateral por ato obreiro, em que este fica isentado da concessão do aviso-prévio: a própria ação trabalhista já cumpriu o papel de notificar o empregador da intenção de ruptura contratual.

Ou seja, em tal situação figurada, o término do contrato é fixado na data de afastamento do trabalhador, que receberá de seu empregador as verbas do pedido de demissão, liberado, porém, da concessão de aviso-prévio. São elas: 13º salário proporcional e férias proporcionais com 1/3. É claro que as parcelas vencidas ou que se vencem com a terminação do contrato também deverão ser pagas, se existentes: saldo salarial, férias simples com 1/3, férias vencidas, dobradas, com 1/3, por exemplo.

É, portanto, equívoco grave considerar que o afastamento do trabalhador, *em exercício de prerrogativa conferida pela ordem jurídica*, convole-se em justa causa operária, caso o pedido de rescisão indireta seja considerado improcedente. Não existe, no Direito, infração gravíssima que resulte do simples *exercício regular de uma prerrogativa assegurada pela própria ordem jurídica*. Além do mais, não poderia haver justa causa obreira sem comprovação de dolo ou culpa do correspondente empregado.

Também não tem suporte jurídico a solução diametralmente oposta, ou seja, determinar-se a reintegração ou readmissão do empregado, se seu pedido rescisório for julgado improcedente. Afinal, seu contrato não está revestido de estabilidade ou de garantia de emprego, que torne solene seu pedido de demissão (art. 500, CLT). Em consequência, a readmissão do empregado (isto é, o retorno ao trabalho, considerando-se o tempo de afastamento como mera suspensão contratual) somente caberá em situações de trabalhadores protegidos por *estabilidade no emprego* ou, no mínimo, *estabilidade temporária*⁽²²⁾.

(22) Délio Maranhão já esclarecia que, em se tratando “de empregado *estável*, ainda que se tenha afastado do emprego, a improcedência da ação não lhe impedirá a volta ao trabalho (sem os salários do período de afastamento) porque a resolução do contrato, nesta hipótese (estabilidade), opera *ope judicis*, através de inquérito judicial”. *Direito do Trabalho*. 14. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1987, p. 228; grifos e observações em destaque no original.

V. SITUAÇÕES ESPECIAIS DE TÉRMINO CONTRATUAL PREVISTAS NO ART. 483 DA CLT

O art. 483 da CLT, embora trate, regra geral, da resolução contratual por falta do empregador, insere, em sua má estruturação técnico-jurídica, duas situações de terminação contratual que não se confundem com a rescisão indireta: trata-se dos casos especificados pelos §§ 1º e 2º do mencionado preceito celetista.

1. *Desempenho de Obrigações Legais Incompatíveis*

No primeiro caso, o trabalhador “*poderá suspender a prestação dos serviços ou rescindir o contrato*, quando tiver de *desempenhar obrigações legais incompatíveis com a continuação do serviço*” (art. 483, § 1º, CLT).

O preceito franqueia ao empregado tanto a possibilidade de *considerar suspenso o contrato de trabalho*, preservando o vínculo, portanto, como, em vez disso, *dar por terminado o respectivo contrato*. Trata-se de opção do trabalhador, direito meramente potestativo, sem prerrogativa de resistência pelo empregador (embora este tenha o direito de ver provado o fundamento alegado para o afastamento obreiro, é claro).

Optando pela *mera suspensão*, as respectivas obrigações contratuais ficam sustadas, até que termine seu desempenho de obrigações legais incompatíveis com a continuação do serviço. Ilustra este caso a eleição do empregado para exercer cargo parlamentar.

Optando pela *extinção do pacto empregatício*, o trabalhador receberá as verbas da rescisão contratual por ato obreiro, *isentado, porém, de conceder aviso-prévio a seu empregador*. Ou seja, receberá 13º salário proporcional e férias proporcionais com 1/3. Receberá também, é claro, as parcelas já vencidas ou que se vençam com a terminação do contrato, se for caso: por exemplo, saldo salarial, férias simples com 1/3, férias vencidas, dobradas, com 1/3. Também no caso de eleição do empregado para exercer cargo parlamentar pode o trabalhador optar pelo caminho da própria terminação do contrato de emprego⁽²³⁾.

2. *Morte do Empregador Constituído em Firma Individual*

Dispõe o § 2º do art. 483 da CLT que, no caso de “morte do empregador constituído em empresa individual, é *facultado* ao empregado rescindir o contrato de trabalho” (grifos acrescidos).

(23) Na direção de que se trata de pedido de demissão obreiro, mas sem o ônus de concessão de aviso-prévio ao empregador, também CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 24. ed., cit., p. 391. Se se tratar de contrato a termo, o pedido de demissão do empregado não lhe implicará o pagamento da indenização rescisória do art. 480 da CLT, por inferência lógica. Nesta linha, CARRION, Valentin, loc. cit.

O preceito deve ser interpretado em conjugação com o disposto no art. 485 da mesma CLT: “Quando cessar a atividade da empresa por morte do empregador, os empregados terão direito, conforme o caso, à indenização a que se referem os arts. 477 e 497”.

Ora, conforme já estudado neste Curso (Capítulo XXVIII, item VI.2.A, alínea “h”), a extinção da empresa ou estabelecimento em virtude da morte do empregador provoca o término do contrato com o pagamento de todas as parcelas rescisórias inerentes à rescisão contratual por responsabilidade do empregador. Ou seja, em decorrência do risco do empreendimento assumido pela parte empresarial, as rupturas contratuais derivadas de extinção da empresa são equiparadas à dispensa sem justa causa, com o pagamento das verbas rescisórias a esta cabíveis: aviso-prévio e sua projeção, FGTS com 40%, 13º salário proporcional, férias proporcionais com 1/3, etc. É disto que trata, em síntese, o art. 485 da CLT.

Nesta mesma linha, entendendo aplicáveis não só o aviso-prévio, como também os 40% sobre o FGTS, por se tratar de situação equiparável à dispensa injusta, estão diversos autores, como *Valentin Carrion*, *Eduardo Gabriel Saad* e *Sergio Pinto Martins*⁽²⁴⁾.

Entretanto, o § 2º do art. 483 da CLT trata de situação diferente: ele se refere à morte do empregador, constituído em firma individual, *que não leva à extinção da empresa* (não leva a essa extinção certamente porque os herdeiros decidiram dar continuidade à atividade empresarial, ou porque se verificou outro fator concreto favorável, como sua alienação imediata, ou fato congênere). Neste caso, não há que se falar em ruptura contratual equiparável à dispensa injusta, uma vez que a empresa não se extinguiu e, em consequência, também não cessou, de modo automático, o próprio contrato de trabalho. Assim, a lei apenas confere ao trabalhador a *faculdade* de dar por extinto o contrato, *se não lhe interessar manter o emprego em face dos novos titulares empresariais*.

Nesta modalidade terminativa, que se origina de decisão do obreiro, embora justificada, este não receberá as verbas da dispensa injusta e nem as da rescisão indireta. As parcelas rescisórias cabíveis são as inerentes à rescisão unilateral por ato obreiro, isto é, pedido de demissão, *com a vantagem de o trabalhador ficar isentado de conceder aviso-prévio, se o contrato for de duração indeterminada, ou de pagar a indenização do art. 480 da CLT, se o contrato for a termo*⁽²⁵⁾.

(24) CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 394-395; SAAD, Eduardo Gabriel. *Consolidação das Leis do Trabalho — comentada*. 30. ed. São Paulo: LTr, 1997, p. 363; MARTINS, Sergio Pinto. *Comentários à CLT*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 504.

(25) Nesta direção, MARTINS, Sergio Pinto. *Comentários à CLT*, cit., p. 502; também CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 24. ed., cit., p. 391. A respeito do

VI. TÉRMINO CONTRATUAL POR CULPA RECÍPROCA DAS PARTES

A presente modalidade de resolução do contrato de trabalho supõe uma concorrência de culpa das partes contratuais. Ambas praticam, com certa simultaneidade, infrações trabalhistas (arts. 482 e 483, da CLT). Cada uma destas faltas seria apta, isoladamente, para provocar, de modo culposo, o término do pacto: contudo, regra geral, na culpa recíproca, a segunda infração cometida (seja pelo empregador, seja pelo empregado) desponta em conexão com a primeira falta praticada pela contraparte da relação de emprego. Esta conjugação de infrações de origem diversa, mas tendencialmente conexas entre si, configura a culpa recíproca.

Conforme já exposto no Capítulo XXVIII, item VI.2.A, alínea “f”, do presente Curso, este tipo de término contratual, bastante raro, supõe decisão judicial a respeito, no quadro de um processo trabalhista. A concorrência de culpas nos fatos envolventes à extinção do contrato deve conduzir a uma resposta jurídica equânime e equilibrada, com justa distribuição de vantagens e desvantagens rescisórias.

O próprio Direito Positivo indicou esse caminho de equanimidade e equilíbrio: tratando da antiga indenização por tempo de serviço, a CLT estabeleceu que ela seria devida *pela metade*, em casos de terminação contratual por culpa recíproca (art. 484). Na mesma direção dispôs a Lei do FGTS: reconhecida em Juízo a culpa recíproca quanto ao término contratual, o acréscimo rescisório sobre o Fundo de Garantia, de 40%, será devido apenas *pela metade* (art. 18, § 2º, Lei n. 8.036/90). Nesta esteira já fixada, coerentemente, pela ordem jurídica, deve-se reduzir pela metade as demais verbas rescisórias, em caso de culpa recíproca: aviso-prévio indenizado, 13º salário proporcional e férias proporcionais e seu terço.

Registre-se que havia antiga súmula perfilando-se por solução distinta desta examinada, atribuindo exclusivamente a uma das partes todos os ônus da ruptura do pacto empregatício. De fato, especificava o Enunciado 14, do TST, que, reconhecida “a culpa recíproca na rescisão do contrato de trabalho (art. 484, da CLT), o *empregado* não fará jus ao aviso-prévio, às férias proporcionais e à gratificação natalina do ano respectivo” (grifos acrescidos). Tal critério foi, felizmente, abandonado a partir da nova redação conferida à Súmula 14 pela Res. 121/2003 do TST, passando-se a enfatizar a incidência, pela metade, das verbas rescisórias.⁽²⁶⁾

presente tema, consultar também, neste Curso, em seu Capítulo XXVIII (“Término do Contrato de Trabalho — Modalidades e Efeitos”), a alínea “h” do subitem VI.2.A, sob o seguinte título: “h) Morte do empregado ou do empregador-pessoa natural”.

(26) Eis o novo texto da Súmula 14 do TST: “Reconhecida a culpa recíproca na rescisão do contrato de trabalho (art. 484 da CLT), o empregado tem direito a 50% (cinquenta por cento) do valor do aviso prévio, do décimo terceiro salário e das férias proporcionais”.

VII. RESOLUÇÃO CONTRATUAL CULPOSA E CONTRATOS DOMÉSTICOS

A Consolidação das Leis do Trabalho, como se sabe, não se aplicava, regra geral, aos contratos de empregados domésticos (art. 7º, “a”, da CLT; parágrafo único do art. 7º da Constituição, mesmo depois da EC n. 72/2013).

A categoria, que passou a receber incidência de alguns preceitos justralhistas a contar da Lei n. 5.859, de 1972, manteve-se, mesmo a partir daí, caracterizada pela regência especial e restrita de dispositivos do Direito do Trabalho. Tal situação de exceção normativa não foi alterada pela Constituição de 1988, no instante em que ampliou os direitos laborativos estendidos a tais empregados. Ao contrário, o rol constitucional constante do parágrafo único do art. 7º da Constituição, embora representasse, na época, o momento mais elevado de tutela recebida por tais trabalhadores na história do País, era também, ao mesmo tempo, uma confirmação cabal do caráter restrito das regras jurídicas reguladoras de seus contratos de emprego.

Nesse quadro normativo singular, tornava-se inevitável a indagação: as infrações obreiras e patronais, que levam à dispensa do trabalhador, por sua culpa, ou conduzem à rescisão indireta do contrato, por culpa do empregador, que estão reguladas pela Consolidação das Leis do Trabalho (arts. 482 e 483, da CLT), aplicam-se aos contratos domésticos?

Ora, mesmo anteriormente ao advento da Lei Complementar n. 150/2015, e mesmo considerando o disposto no art. 7º, “a”, da Consolidação, a resposta somente poderia ser positiva. Efetivamente, o cometimento das infrações tipificadas pelo Direito do Trabalho consiste na conduta do ser humano (na relação doméstica somente há pessoas naturais) que, *por sua severidade e rigor, torne constrangedora, difícil, desaconselhável ou, até mesmo, inviável a permanência do vínculo entre as partes*. A infração contratual trabalhista não provoca, pois, situação estritamente jurídica, uma vez que não se trata de simples modelo jurídico; o ato infrator trabalhista é, antes de tudo, *grave situação de fato produzida por conduta culposa ou dolosa de sujeitos contratuais, comprometendo a essência da continuidade do vínculo, uma vez que afeta a confiança básica que deve imperar entre as partes*.

A prática de infração contratual trabalhista consiste, desse modo, antes de tudo, em grave comportamento de um dos sujeitos contratuais, que produz severo dano à relação social e jurídica que ele mantém com a contraparte; em suma, o estado de fato da infração antecede a seu próprio enquadramento jurídico.

Ora, nesse contexto, percebe-se estar-se diante de nítida situação de lacuna na ordem jurídica: uma grave conduta humana ocorre, causando severo prejuízo a alguém, sem que o Direito confira qualquer tratamento

específico à situação social insustentável formada. Em consequência de não estar especificamente regulada a grave situação de fato, que tem de ser socialmente composta, cabe a integração jurídica, suprindo-se a lacuna existente nas regras trabalhistas regentes do contrato doméstico. Assim, não havia como se deixar de aplicar os preceitos da CLT que regulavam, na época, as infrações trabalhistas, sejam as obreiras, sejam as do empregador.

Note-se que outra não poderia ser a solução jurídica, ainda que não se considerasse válida, aqui, a integração jurídica. É que, tratando-se a relação de emprego doméstico de vínculo entre empregado e empregador, são-lhe inerentes, atávicos, tanto o poder de comando patronal, como a subordinação obreira. Logo, existindo naturalmente poder social e jurídico na correspondente relação, o Direito tem de regulá-lo, explícita ou implicitamente, uma vez que não se admite, na cultura jurídica contemporânea, poder sobre o ser humano sem limitações jurídicas. Por este segundo fundamento, as regras justralhistas que tratam do exercício do poder por ambas as partes, inclusive de seu exercício irregular (como são as infrações), evidentemente que se aplicavam, no que fosse compatível, à relação empregatícia de natureza doméstica.

Contemporaneamente, o debate pode considerar-se, de certo modo, superado, uma vez que a Lei n. 5.859, de 1972, sofreu modificação por meio da Medida Provisória n. 1.986, de 13.12.1999, com subseqüentes reedições e final conversão na Lei n. 10.208, de 23.3.2001, passando a se referir à justa causa como fator de término do contrato de trabalho (art. 6º-A, *caput* e § 2º da Lei n. 5.859/72, conforme Lei n. 10.208/2001). Em consequência, todo o instituto jurídico (justas causas obreiras e patronais) passou a estender-se às relações empregatícias domésticas, caso não se admita sua anterior incidência pelas razões acima expostas.

Com o advento da Lei Complementar n. 150/2015 essa superação do debate se consolidou, pois o novo diploma normativo tratou com minúcia das infrações de ambas as partes nos contratos de trabalho doméstico (art. 27, *caput* e incisos — infrações obreiras; art. 27, parágrafo único e incisos — infrações patronais).

CAPÍTULO XXXII

ESTABILIDADE E GARANTIAS DE EMPREGO. INDENIZAÇÕES RESCISÓRIAS — FGTS

I. INTRODUÇÃO

O presente capítulo examinará quatro institutos importantes do Direito do Trabalho, todos inter-relacionados ao contexto do término do contrato empregatício.

Há, de um lado, as *estabilidades no emprego*, cujo mais tradicional exemplo surgiu nos primórdios da legislação trabalhista no Brasil, ainda antes de 1930, incorporando-se, em 1943, à Consolidação das Leis do Trabalho: era a estabilidade adquirida pelo obreiro aos 10 anos de serviço para o respectivo empregador.

Com a revogação (*não recepção*) da estabilidade celetista pela Constituição de 1988, esta despontou responsável pelo estabelecimento de dois outros importantes exemplos de estabilidade empregatícias no Direito brasileiro: a do art. 19 do ADCT constitucional e a do art. 41 da Constituição.

Neste capítulo será feito o exame também das possibilidades e limites para a concessão de estabilidades pelo regulamento da própria entidade empregadora.

De outro lado, há as *garantias provisórias de emprego*, também chamadas *estabilidades provisórias* ou *temporárias*. Tais situações especiais advêm do período anterior à nova Constituição, embora tenham ganhado maior relevância e diversificação após seu advento.

O terceiro instituto importante relacionado ao contexto do término do contrato empregatício são as *indenizações por tempo de serviço e demais indenizações rescisórias*.

A mais tradicional de tais figuras é a *indenização por tempo de serviço*, prevista no antigo texto da CLT: própria aos contratos de duração indeterminada de mais de um ano de duração, calculada à base de um mês remuneratório por ano ou fração igual ou superior a seis meses, era paga nas rupturas que não resultassem de motivos provocados pelo próprio trabalhador. Se o empregado alcançasse dez anos de serviço, sua proteção jurídica passava a ser qualitativamente maior, uma vez que conquistava a estabilidade no emprego, segundo a Consolidação. Contudo, também esta indenização celetista foi revogada (*não recepcionada*) pela Constituição de 1988.

Existem, porém, outras indenizações rescisórias a serem examinadas no Direito do Trabalho brasileiro. Embora sem a magnitude da antiga indenização celetista, cumprem papel ainda significativo nas situações de término do contrato de trabalho.

Há, por fim, o instituto do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço. Criado pela Lei n. 5.107, de 1966, e hoje regulado pela Lei n. 8.036, de 1990, a figura, de certo modo, poderia também ser enquadrada no grupo das indenizações por tempo de serviço e rescisórias, uma vez que, ao menos em parte, aproxima-se desses institutos trabalhistas. Contudo, na verdade, o FGTS é instituto significativamente mais complexo, mantendo-se, hoje, como patrimônio do empregado mesmo em rupturas por justa causa operária ou pedido de demissão pelo obreiro (embora, nestes casos, o trabalhador não possa sacar, na rescisão, o Fundo). A par disso, o instituto transborda as restritas fronteiras do Direito do Trabalho, uma vez que não se limita, inclusive, a uma natureza *estritamente trabalhista*. Por tais razões, deve ser examinado em separado, ao final do presente capítulo.

Registre-se, por fim, que o advento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, no Direito brasileiro, na década de 1960, é que iniciou o declínio do sistema celetista de indenização por tempo de serviço e estabilidade decenal no emprego. Por essa razão, antes deste capítulo adentrar no exame dos quatro institutos acima especificados, analisará, no item II, à frente, esse processo de eclipse do modelo da CLT e afirmação do modelo do FGTS.

II. AS ANTIGAS ESTABILIDADE E INDENIZAÇÃO CELETISTAS E O REGIME DO FGTS

O Direito do Trabalho brasileiro, no que toca aos princípios da continuidade da relação de emprego e da inserção do trabalhador na empresa, desde sua origem, mesmo na fase denominada de *manifestações incipientes e esparsas*, buscou criar mecanismos de afirmação de tais princípios, valorizando a permanência do vínculo empregatício e a mais profunda inserção do obreiro na vida e dinâmica empresariais.

Nesta linha, ainda na década de 1920, por meio da Lei Previdenciária n. 4.682, de 24.1.1923 (*Lei Elói Chaves*), que criou as Caixas de Aposentadorias e Pensões dos Ferroviários, foi garantida “estabilidade, depois de 10 anos de serviços, aos empregados daquela categoria profissional”⁽¹⁾. Segundo *Russomano*, alguns “anos depois, essa norma foi ampliada, de molde a atingir aos empregados de todas as empresas ferroviárias (Decreto n. 5.109,

(1) MARANHÃO, Délio. *Direito do Trabalho*. 14. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1987, p. 258.

de 20 de dezembro de 1926), e, logo no ano imediato, os portuários, nas mesmas condições, foram amparados pela estabilidade⁽²⁾.

No período pós-1930, denominado de *institucionalização do Direito do Trabalho*, o sistema estabilitário ampliou-se e se sofisticou. Pela Lei n. 62, de 5.1.1935, a estabilidade deixou de “ligar-se à previdência, passando a constar de diploma legal relativo ao contrato de trabalho”⁽³⁾, generalizando-se para o mercado laborativo urbano. Viria a constar, logo em seguida, da Carta de 1937, do corpo da Consolidação das Leis do Trabalho, de 1943, e, finalmente, da Constituição de 1946, que a estendeu também aos trabalhadores rurais (art. 157, XII)⁽⁴⁾.

Juntamente com a *estabilidade decenal*, previu-se a *indenização por tempo de serviço*, em seguida ao cômputo do primeiro ano contratual, verba que seria calculada por ano ou fração igual ou superior a seis meses (antigo art. 477, *caput*, e art. 478, *caput*, Decreto-lei n. 5.452, de 1.5.1943 — CLT). Enquanto a indenização celetista criava óbice econômico significativo e crescente às dispensas sem justa causa, a estabilidade adquirida aos dez anos aprofundava esse obstáculo, transmutando-o de seu estrito caráter econômico para outro, essencialmente jurídico. A partir desse instante, a dispensa do empregado seria possível apenas por meio de inquérito judicial para apuração de falta grave do obreiro.

1. Antigo Modelo Jurídico Celetista

Como visto, o modelo celetista clássico impunha forte contingenciamento à vontade empresarial quanto à ruptura desmotivada do contrato de emprego. Previa esse modelo a combinação de duas sistemáticas: em primeiro lugar, a presença de indenização crescentes em virtude do tempo de serviço, em situações de dispensas desmotivadas anteriores a dez anos (antigo art. 477, *caput*, e art. 478, *caput*, da CLT, os quais foram recepcionados pelos art. 7º, I, c./c. art. 10, *caput* e inciso I, do ADCT); em segundo lugar, a presença da estabilidade no emprego, após dez anos de serviço junto ao mesmo empregador — prazo que fora jurisprudencialmente reduzido para efetivos nove anos de serviço (art. 492, CLT; antigo Enunciado 26, TST).

É claro que o antigo modelo não impedia, do ponto de vista estritamente jurídico, o exercício unilateral, pelo empregador, da faculdade de rompimento

(2) RUSSOMANO, Mozart Victor. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. v. II, 2. ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1953, p. 764.

(3) MARANHÃO, Délio. *Direito do Trabalho*. 14. ed. cit., p. 258.

(4) MARANHÃO, Délio. *Direito do Trabalho*. 14. ed. cit., p. 258. A jurisprudência, porém, na época (décadas de 1940 a 1960), considerou a regra constitucional de 1946, *relativamente aos rurícolas*, como “não auto-executável”, conferindo-lhe efetividade apenas a contar da vigência do Estatuto do Trabalhador Rural (ETR: Lei n. 4.214/63), que entrou em vigor somente em junho de 1963.

injustificado de contratos inferiores a dez anos (ou nove anos, segundo a jurisprudência). Mas estabelecia significativo óbice de caráter econômico-financeiro, consubstanciado na crescente indenização por tempo de serviço, calculada à base da maior remuneração obreira por ano contratual ou fração igual ou superior a seis meses (antigo art. 477, *caput*, e 478, *caput*, da CLT). Ainda que fosse viável, juridicamente, o exercício potestativo da prerrogativa de rompimento unilateral do contrato (antes de dez anos — ou nove, segundo a jurisprudência), tal exercício era, do ponto de vista econômico, fortemente restringido.

Adquirida a estabilidade, entretanto, surgia obstáculo jurídico intransponível, contra o qual não poderia prevalecer o simples ato desmotivado do empregador visando a ruptura do pacto empregatício (arts. 492 a 500, CLT). Não havia, desse modo, na época, possibilidade jurídica para a denúncia vazia do contrato, a contar do décimo ano de labor na empresa (ou até menos, nono ano, conforme a jurisprudência dominante: Enunciado 26, TST).

Conforme já exposto, o sistema celetista tradicional traduzia enfático elogio aos princípios da continuidade da relação de emprego e da integração do trabalhador na vida e na dinâmica da empresa, uma vez que implementava forte contingenciamento ao exercício potestativo da vontade empresarial nas rupturas de contratos trabalhistas. Observe-se que a Constituição de 1946 acolhia inteiramente esse sistema e o elogio que representava, ao fixar como direito dos trabalhadores “estabilidade na empresa ou na exploração rural, e indenização ao trabalhador despedido, nos casos e condições que a lei estatuir” (art. 157, XII, CF/46)⁽⁵⁾.

2. O FGTS e a Liberalização do Mercado de Trabalho

O sistema estabilitário celetista sempre sofreu críticas, que denunciavam sua rigidez, tida como impermeável e excessiva. *Luiz Werneck Vianna* aponta que pesquisa “dirigida pela Universidade de Harvard, no início dos anos 60, com o propósito de conhecer as opiniões dos empresários brasileiros face ao Estado, verificou que a maioria dos entrevistados se mostrava insatisfeita com esse instituto. Perguntados sobre se existia em suas empresas diretriz de pessoal destinada a limitar o número de casos de empregados estáveis — prática proibida pela lei — 49% respondeu negativamente, enquanto 46% de modo afirmativo. Alegando que a estabilidade conspirava contra a produtividade, 64% dos empresários pronunciaram-se contra sua incidência na vida das empresas”⁽⁶⁾.

(5) Conforme já visto no Capítulo XI, item V, deste Curso (“Empregado Rural”), a jurisprudência das décadas de 1940 até os anos 1960 considerava sem eficácia jurídica imediata a extensão da estabilidade no emprego ao rural, a qual se consumou somente com a Lei n. 4.214, de 1963.

(6) VIANNA, Luiz Werneck. *Liberalismo e Sindicato no Brasil*. 4. ed. Belo Horizonte: UFMG, 1999, p. 343-344.

Além disso, o sistema não contemplava, minimamente sequer, como fatores justificadores de *dispensas seletivas*, circunstâncias econômicas, financeiras e tecnológicas que comprovadamente afetassem a estrutura e a dinâmica das empresas.

Tais críticas encontraram cenário político ideal para vicejar no regime autoritário instaurado no País em 1964. Amplificadas pelo discurso oficial do novo regime, harmônico a uma política *econômica* de franco cunho neoliberalista, e pelo silêncio cirurgicamente imposto às vozes e forças adversas (liberalismo econômico favorecido pelo autoritarismo político), essas críticas encontraram fórmula jurídica alternativa ao sistema celetista combatido — o mecanismo do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço.

Criado pela Lei n. 5.107/1966 (hoje regido pela Lei n. 8.036/90), o FGTS organizava sistema alternativo ao modelo celetista, sujeito a uma *opção expressa* (por escrito) no instante da celebração do contrato. No modelo do Fundo, o empregado teria direito a depósitos mensais em sua conta vinculada, no importe de 8% sobre seu complexo salarial mensal, incluída a média de gorjetas (verbas dos arts. 457 e 458, *caput*, da CLT, incluída a gratificação natalina — 13º salário). Inserindo-se, por meio da opção escrita, no FGTS, o empregado estaria excluído, automaticamente, do sistema de indenização crescente por tempo de serviço previsto na CLT, não podendo também mais alcançar, em consequência, a clássica estabilidade no emprego, após nove ou dez anos de tempo de serviço na empresa. Contudo, teria direito ao saque do Fundo, no caso de sua dispensa desmotivada (denúncia vazia do contrato); a este saque agregar-se-ia um acréscimo rescisório no importe de 10% sobre o montante total do FGTS depositado e monetariamente corrigido (acréscimo que passou a 40%, desde a Constituição de 1988).

O direito aos *depósitos* permaneceria mesmo em situações de pedido de demissão pelo obreiro (aqui o FGTS depositado apenas não poderia ser *sacado*, no momento da ruptura do contrato); esse direito ao Fundo de Garantia estaria também assegurado para saque no instante da aposentadoria do empregado, ou quando de seu falecimento (neste caso, a liberação do Fundo seria feita em favor dos herdeiros/dependentes do empregado, é claro). Estas três situações de manutenção do direito ao FGTS não estavam contempladas pelo antigo sistema indenizatório da CLT: ou seja, se o empregado, mesmo estável, pedisse demissão, ou se aposentasse, afastando-se do emprego, ou ainda falecesse, nada receberia a título de seu tempo de serviço ou de indenização rescisória.

A sistemática do FGTS *liberalizou*, economicamente, o mercado de trabalho no País, se contraposta à sistemática então vigorante; com isso, aproximou o sistema justabalhista, no tocante à cessação do contrato, a um mercado de tipo liberal, em contraponto ao do tipo regulado. Deu forte passo, em suma, à maior *mercantilização* da força de trabalho no cenário

econômico. É que a sistemática do Fundo de Garantia não apenas retirou limites jurídicos às dispensas arbitrárias (no sistema do Fundo, repita-se, não seria mais possível, juridicamente, o alcance da antiga estabilidade celetista), como também reduziu, de modo significativo, o obstáculo econômico-financeiro às rupturas de contratos inferiores a nove/dez anos, substituindo-o pela sistemática pré-constituída dos depósitos mensais do FGTS.

Evidentemente que se preservaram as situações jurídicas já sedimentadas, lançando-se o FGTS como sistema *alternativo* ao celetista tradicional. Contudo, à medida que a nova lei determinava, ladinamente, que inclusive os contratos situados no velho sistema passassem também a ensejar os depósitos mensais do Fundo em conta específica, condenou-se à inanição a sistemática celetista anterior, em contraponto à rápida generalização do sistema do FGTS. Em poucos anos após 1967 (data de efetiva implantação do novo sistema), o mercado de trabalho já estava quase todo submetido ao sistema “*funditário*”, excetuados os velhos contratos oriundos do período anterior. Mesmo para estes velhos contratos, a Lei n. 5.107/66 abriu a possibilidade de *opção retroativa* pelo sistema do Fundo de Garantia — o que mais alargaria a abrangência do novo sistema.

As Cartas Constitucionais do período autoritário absorveram a inovação, conforme já indicado, produzindo sincretismo jurídico e político curioso neste tema (sincretismo que era sua marca patética nos temas propriamente político-institucionais). É que, embora fizessem aparente reverência ao princípio da continuidade da relação de emprego, que era associado ao antigo sistema celetista, elas próprias já incorporavam o contraponto desse princípio, por meio do reconhecimento à validade do sistema do Fundo de Garantia. De fato, a Carta de 1969, por exemplo (EC n. 1/69), estatua ser direito dos trabalhadores a “integração na vida e no desenvolvimento da empresa...” (art. 165, V, *ab initio*, CF/69) —, enunciando regra inspirada no princípio da continuidade da relação empregatícia. Contudo, essa mesma Carta convalidava a inviabilização prática do princípio, ao admitir a noção da ruptura contratual trabalhista como *direito empresarial potestativo*, por meio do instituto do FGTS, oriundo da Lei n. 5.107/66: o diploma constitucional de 1969 referia-se, por exemplo, à “estabilidade, com indenização ao trabalhador despedido *ou* fundo de garantia equivalente” (art. 165, XIII, CF/69; grifos acrescidos).

Reitere-se o esclarecimento de que, anos depois, a jurisprudência trabalhista, tratando da *equivalência* de sistemas mencionada pelo texto constitucional, retirou qualquer conteúdo substantivo mais acurado a essa relação de paridade, ao fixar ser *meramente jurídica* a equivalência entre a sistemática celetista e a do FGTS. Com isso, considerou impertinentes indenizações compensatórias por eventuais diferenças de valores entre os dois sistemas (Súmula 98, TST, de 1980).

3. Constituição de 1988 e Extinção do Contrato de Trabalho

À luz do que já foi exposto neste Curso (Capítulo XXVIII), a Constituição de 1988 trouxe importantes inovações no tocante ao tratamento jurídico da extinção do contrato de trabalho. Duas dessas inovações indicam clara superação do antigo sistema celetista de garantia do tempo de serviço e do contrato, ao mesmo tempo em que universalizavam o regime iniciado pela Lei n. 5.107/1966. A terceira inovação aponta a busca, pela Constituição, de um sistema novo para contingenciamento do puro exercício potestativo da vontade empresarial no instante da ruptura dos contratos de trabalho, embora a Constituição não tenha ofertado transparente precisão quanto aos contornos desse novo sistema.

A) Universalização do FGTS e Revogação do Sistema Celetista — A primeira significativa mudança constitucional reside na *unificação* da anterior dualidade de regimes jurídicos de garantia do tempo de serviço.

A Constituição de 1988 *universalizou o sistema do FGTS*: a um só tempo, eliminou a exigência de *opção escrita* pelo Fundo (excetuada a opção retroativa, evidentemente), fazendo do FGTS um direito inerente a todo contrato empregatício, inclusive o do rurícola (art. 7º, III, CF/88). Apenas o empregado doméstico é que não foi incorporado ao sistema do Fundo de Garantia (parágrafo único do mesmo art. 7º), ficando a categoria, neste aspecto, na dependência de lei favorável futura⁽⁷⁾.

A segunda importante mudança constitucional, nesta seara, reside na *eliminação do antigo sistema indenizatório e estabilizatório celetistas*, excetuadas, evidentemente, as situações jurídicas já constituídas antes de 5.10.1988. De fato, por meio da conjugação dos incisos I e III do art. 7º da CF e do art. 10, *caput*, I, do ADCT, tem-se concluído, pacificamente, na doutrina e na jurisprudência que a nova Constituição pôs fim (fenômeno da *não recepção*) à antiga sistemática de proteção ao tempo de serviço e ao contrato, com consequentes estabilidade e indenização rescisória contidas na CLT (no antigo *caput* de seu art. 477, no art. 478, *caput*, e no art. 492 e seguintes).

B) Restrição à Dispensa Arbitrária ou Sem Justa Causa — Retome-se importante reflexão adiantada no Capítulo XXVIII deste Curso. Trata-se

(7) Esse diploma seria a MPr. n. 1.986, de 10.12.1999, a qual criou a *faculdade* de inserção, pelo empregador doméstico, de seu empregado no sistema do FGTS e, conseqüentemente, no sistema do seguro-desemprego (faculdade exercitável somente a contar de março de 2000 — Decreto n. 3.361/2000). Com a EC n. 72, publicada em 3.4.2013, o FGTS tornou-se obrigatório para os contratos domésticos, *porém desde que aprovada lei regulatória prevista pelo novo texto do parágrafo único do art. 7º da Constituição* — diploma normativo especial que surgiu com a Lei Complementar n. 150, publicada em 2.6.2015. A propósito, pelo sistema estruturado pela LC n. 150, com a implantação do *Simples Doméstico* é que iria se iniciar a imperatividade do FGTS para os empregados domésticos, fato que se consumou a partir de 1º.10.2015.

do fato de que a universalização do FGTS e revogação (*rectius*: não recepção) do antigo sistema estabilitário e de garantia do tempo de serviço da CLT poderiam fazer crer que a Constituição tivesse feito inequívoca opção política por um *sistema do tipo liberalista*, isto é, um *sistema não regulado*, no tocante à dinâmica da continuidade e cessação dos contratos de trabalho no País. Esta conclusão não seria correta, entretanto, uma vez que a mesma CF trouxe, ao lado das duas mudanças anteriores, *diretriz instigadora da busca de novo sistema de regulação das rupturas contratuais por ato empresarial*.

De fato, a Constituição de 1988 procurou estabelecer forte indução jurídica ao encontro de restrições à ruptura contratual por ato potestativo do empregador. É bem verdade que essa indução fez-se em novas bases e direcionamentos, se comparada ao antigo sistema da CLT. Contudo, ela é inquestionável, resultando da combinação de importantes preceitos constitucionais.

De um lado, há o dispositivo central nesta temática, contido no inciso I do art. 7º. Tal regra estipula ser direito dos trabalhadores a garantia de “*relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos*”. Note-se que esta regra geral da Constituição relaciona-se à regra transitória contida no *caput* e inciso I do art. 10, do ADCT da mesma CF/88: “até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição”(…) “fica limitada a proteção nele prevista ao aumento, para quatro vezes, da porcentagem prevista no art. 6º, *caput*, e § 1º, da Lei n. 5.107, de 13 de setembro de 1966”⁽⁸⁾.

De outro lado, há mais preceitos que evidenciam a mencionada indução jurídica. Por exemplo, o inciso XXI do mesmo art. 7º, que se reporta à figura do “aviso-prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei”.

Finalmente, na leitura de todos esses dispositivos há que se considerar o estuário cultural e normativo característico de toda a Constituição, em que se demarcam o primado conferido ao trabalho, em conjunto com as inúmeras garantias deferidas a seu titular. Como bem apontado pelo constitucionalista José Afonso da Silva, o *direito ao trabalho* “...ressai do conjunto de normas da Constituição sobre o trabalho”⁽⁹⁾. É que, para a Constituição, a República Federativa do Brasil tem como seus fundamentos, entre outros, os *valores sociais do trabalho* (art. 1º, IV); a ordem econômica também se funda na *valorização do trabalho* (art. 170), ao passo que a ordem social tem como base o *primado do trabalho* (art. 193). Tudo isso, inevitavelmente, conduziria ao

(8) Trata-se do acréscimo para 40% dos 10% de suplemento rescisório sobre o FGTS criado pela então vigorante Lei n. 5.107, de 1966.

(9) SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 261.

necessário reconhecimento do “...*direito social ao trabalho*, como condição da efetividade da existência digna (fim da ordem econômica) e, pois, da dignidade da pessoa humana, fundamento, também, da República Federativa do Brasil (art. 1º, III)”⁽¹⁰⁾.

É bem verdade que a doutrina e jurisprudência dominantes após 5.10.1988 tenderam a compreender que os dois preceitos acima (isto é, as regras dos incisos I e XXI do art. 7º constitucional) não teriam o condão de produzir efeitos imediatos, na qualidade de *normas programáticas* que seriam. Contudo, *mesmo essa leitura da CF/88 não compromete o reconhecimento de que a nova Constituição efetivamente buscou recolocar o princípio da continuidade da relação empregatícia em patamar de relevância jurídica, harmonizando, em parte, a ordem justralhista à diretriz desse princípio*. Mais importante: a Constituição da República repele a *dispensa arbitrária* (art. 7º, I), que seria aquela efetivada sem o suporte em uma fundamentação minimamente relevante.

Reenfatize-se a direção básica das alterações constitucionais nessa seara temática. A Constituição de 1988, por um comando, eliminou a incompatibilidade entre o FGTS e eventual sistema de garantias jurídicas de permanência do trabalhador no emprego, e o fez ao estender o instituto do Fundo a todo e qualquer empregado — excetuado o doméstico (art. 7º, III, CF/88). Por outro comando, fixou a regra da “relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos” (art. 7º, I, CF/88). Adicionalmente lançou a diretriz de “aviso-prévio proporcional ao tempo de serviço”, “nos termos da lei” (art. 7º, XXI, CF/88), indicando o reforço da noção de contingenciamento crescente à prática de ruptura meramente arbitrária do contrato empregatício. Embora, como se disse, as interpretações majoritariamente construídas a respeito de tais dispositivos tenham se firmado negando eficácia imediata a qualquer deles, é indubitável o redirecionamento que sua instigante existência provoca na própria cultura jurídica potestativa dominante nas décadas mais recentes.

Mesmo a leitura que defende a absoluta esterilidade da garantia de emprego mencionada no inciso I do art. 7º constitucional é, tecnicamente, passível de questionamento. Afinal, a teoria tradicional sobre eficácia/ineficácia jurídicas de regras constitucionais já é, hoje, iniludivelmente anacrônica, por supor que o pacto juspolítico básico de uma nação (a Constituição) possa quedar-se inerte, de modo inapelável e abrangente. A teoria constitucional moderna, mais bem ajustada à interpretação de novas constituições, tende a apreender, necessariamente, certa eficácia às normas constitucionais — ainda que diferenciada, em intensidade, a eficácia de uma e outra regra

(10) SILVA, José Afonso da, *loc. cit.*

constitucional⁽¹¹⁾. Nessa linha, o preceito contido no inciso I do art. 7º em análise pode ser tido como regra de eficácia contida, produzindo, pelo menos, certo efeito jurídico básico, que seria o de invalidar dispensas fundadas no simples exercício potestativo da vontade empresarial, sem um mínimo de justificativa socioeconômica ou técnica ou até mesmo pessoal em face do trabalhador envolvido⁽¹²⁾.

De todo modo, independentemente da eficácia que se atribua à Constituição de 1988 neste tema, está claro que a nova Constituição abriu uma fase de transição jurídica no que concerne ao tratamento deferido à ruptura contratual no Direito brasileiro. E nesta transição, a perspectiva estritamente individualista e antissocial, que prega a viabilidade jurídica da dispensa sem um mínimo de motivação socialmente aceitável, defendendo a dispensa como direito potestativo empresarial, portanto, é que se coloca em franco questionamento e desgaste jurídicos.

C) Dispensa Coletiva: graduação do poder empresarial — Esta fase de transição jurídica aberta pela Constituição de 1988 no que concerne ao tratamento deferido à ruptura contratual no Direito brasileiro ganhou novo impulso em decorrência de novo enfoque interpretativo da ordem jurídica em torno das chamadas *dispensas coletivas*. Neste novo enfoque, enxerga-se certa atenuação ou graduação do poder empresarial, *ao menos nas despedidas massivas*, em favor da intervenção da negociação coletiva trabalhista.

De fato, decorridas cerca de duas décadas da vigência da Constituição, a jurisprudência começou a inferir do Texto Máximo diferenciação de tratamento jurídico entre as dispensas individuais e as dispensas coletivas.

Em julgamento de *dissídio coletivo* tratando de despedida maciça de empregados por grande empresa, em face de grave retração na atividade econômica (*lay off* de mais de 4 mil trabalhadores), ocorrido em 2009, fixou a Seção de Dissídios Coletivos do Tribunal Superior do Trabalho, por maioria de votos, *a premissa de que a negociação coletiva é imprescindível para a dispensa em massa de trabalhadores*.⁽¹³⁾

Embora a premissa tenha sido fixada apenas para *situações fático-jurídicas futuras à data do julgamento* — 10.8.2009 (não tendo sido acompanhada, conforme a decisão da maioria da SDC-TST, de outros consectários reflexos, como,

(11) A respeito da eficácia das normas jurídicas constitucionais, inclusive no Direito do Trabalho, ver DELGADO, Mauricio Godinho. *Introdução ao Direito do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2001, em seu capítulo sobre “Fontes do Direito do Trabalho”. Neste Curso, consultar o Capítulo V, item IV.1.

(12) O grande constitucionalista José Afonso da Silva, ao considerar o mencionado preceito constitucional como *norma de eficácia contida*, constrói reflexão acerca dos efeitos mínimos, desde 5.10.88, assegurados à garantia de emprego ali referida. In: *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 261-263.

(13) TST-RODC 309/2009-000-15-00.4. Rel. Min. Mauricio Godinho Delgado. Sessão de 10.8.2009 (DEJT de 4.9.2009).

ilustrativamente, ordem de reintegração, arbitramento de indenização compensatória, prorrogação temporal de prazos contratuais ou outras repercussões assemelhadas), teve o importante condão de fixar diferenciação jurídica efetiva entre dispensas meramente individuais e dispensas coletivas. Nesse quadro, enfatizou o contingenciamento constitucional dirigido às dispensas massivas, as quais deveriam se submeter à negociação coletiva trabalhista, apta a lhes atenuar os drásticos efeitos sociais e econômicos.

A decisão da Seção de Dissídios Coletivos do TST partiu da distinção fática entre os danos existentes na sociedade e na economia: é que tais danos, muitas vezes, ostentam caráter e dimensão meramente atomísticos, individuais, entretanto, podem também apresentar dimensão e caráter notavelmente abrangentes, coletivos, comunitários. E a ordem jurídica inclusive constitucional, teria percebido, incorporado e expressado essa diferenciação.

Nessa linha, o voto de relatoria examinado dispõe que a ordem constitucional e infraconstitucional democrática brasileira, considerada a Constituição de 1988 e diversos diplomas internacionais ratificados (ilustrativamente, Convenções OIT n. 11, 98, 135 e 141), todo esse universo normativo não autorizaria o *“manejo meramente unilateral e potestativista das dispensas trabalhistas coletivas, por se tratar de ato/fato coletivo, inerente ao Direito Coletivo do Trabalho, e não Direito Individual, exigindo, por consequência, a participação do(s) respectivo(s) sindicato(s) profissional(is) obreiro(s).”*⁽¹⁴⁾

Esse mesmo acórdão relatado afirma que existem *“regras e princípios constitucionais que determinam o respeito à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), a valorização do trabalho e especialmente do emprego (arts. 1º, IV, 6º e 170, VIII, CF), a subordinação da propriedade à sua função socioambiental (arts. 5º, XXIII e 170, III, CF) e a intervenção sindical nas questões coletivas trabalhistas (art. 8º, III e VI, CF)”*. Tal amplo conjunto de princípios e regras magnos impõem, segundo o acórdão, que *“se reconheça distinção normativa entre as dispensas meramente tópicas e individuais e as dispensas massivas, coletivas, as quais são social, econômica, familiar e comunitariamente impactantes”*. Conclui o Relator, nesta linha de reflexão, que *“seria inválida a dispensa coletiva enquanto não negociada com o sindicato de trabalhadores, espontaneamente ou no plano do processo judicial coletivo”*. Mas ressalva, logo a seguir, o mesmo Relator: a *“d. Maioria, contudo, decidiu apenas fixar a premissa, ‘para casos futuros’, de que ‘a negociação coletiva é imprescindível para a dispensa em massa de trabalhadores’, observados os fundamentos supra”*.⁽¹⁵⁾

(14) TST-RODC 309/2009-000-15-00.4. Rel. Min. Mauricio Godinho Delgado. Sessão de 10.8.2009 (DEJT de 4.9.2009)

(15) TST-RODC 309/2009-000-15-00.4. Rel. Min. Mauricio Godinho Delgado. Sessão de 10.8.2009 (DEJT de 4.9.2009).

Enfatize-se que o precedente judicial sobre dispensas coletivas fixado na sessão de julgamento de 18 de agosto de 2009 frutificou em decisões convergentes posteriores tomadas pela mesma SDC-TST, consolidando diretriz fundamental para o Direito do Trabalho brasileiro. Eis os seguintes julgados que reiteraram ser a negociação coletiva sindical procedimento prévio imprescindível para os casos de dispensas massivas de trabalhadores: TST-RODC-2004700-91.2009.5.02.0000, julgado em 14.11.2011 — Relatora: Ministra Kátia Magalhães Arruda; RO-173-02.2011.5.15.0000, julgado em 13.08.2012 — Relator: Ministro Mauricio Godinho Delgado; RO-6-61.2011.5.05.0000, julgado em 13.11.2012 – Relator: Ministro Walmir Oliveira da Costa.

É bem verdade que, em 2017, a Lei da Reforma Trabalhista – em sua perspectiva antissocial, anti-humanística e desproporcionalmente mercadológica —, inseriu na CLT preceito normativo equiparando as dispensas individuais, plúrimas e coletivas e considerando desnecessária a autorização de entidade sindical ou celebração de documento coletivo negociado para a efetivação de tais dispensas (novo art. 477-A da CLT, inserido pela Lei n. 13.467, vigente desde 11.11.2017).

Conforme dissertado no Capítulo XXIX, item III.1.B.b, deste Curso, sob o título de “*b) Reforma Trabalhista e Dispensas Coletivas (novo art. 477-A da CLT)*” — para onde remetemos o leitor —, o preceito legal introduzido na Consolidação ostenta múltiplos aspectos indicadores de sua grave inconstitucionalidade, a qual já pode ser inferida a partir do conteúdo da própria decisão da Seção de Dissídios Coletivos do TST, supra especificada. Para a análise pormenorizada desses novos fundamentos constitucionais, entretanto, solicitamos ao leitor que se reporte ao referido item III.1.B.b do Capítulo XXIX deste Curso.⁽¹⁶⁾

(16) Cabe esclarecer que o TST Pleno, em sessão de 18.12.2017 (RO-10782-38.2015.5.03.000-Rel. Min. Maria Cristina I. Peduzzi), decidiu, por maioria, que a *ação de dissídio coletivo de natureza jurídica* não é adequada, *por razões processuais*, para brandir pleitos relacionados à dispensa em massa de trabalhadores. Enfatize-se, porém, ser essa decisão do TST Pleno *estritamente processual*, não entrando no mérito da jurisprudência firmada, em 2008, na SDC da Corte Superior Trabalhista. Cabe concluir que se mantém válida, portanto, a tese jurídica interpretativa firmada na SDC, desde 2008, sobre a necessidade de negociação coletiva sindical para a validade das dispensas massivas de trabalhadores. Contudo, do ponto de vista processual, fica claro que somente outras ações judiciais — tal como a ação civil pública e/ou a ação civil coletiva —, é que se mostram adequadas para tratar, na Justiça do Trabalho, desse complexo e importante assunto, que envolve aspectos processuais e, principalmente, diversificados aspectos materiais (por exemplo, pedidos de invalidação da dispensa, de reintegração, de indenização, etc.). Agregue-se que a decisão plenária do TST, de 18.12.17, também por razões processuais, não enfrentou o debate suscitado pelo novo art. 447-A da CLT, recém-inserido pela Lei n. 13.467/17.

III. ESTABILIDADE NO EMPREGO

Estabilidade, conforme já definido, é a vantagem jurídica *de caráter permanente* deferida ao empregado em virtude de uma *circunstância tipificada de caráter geral*, de modo a assegurar a *manutenção indefinida no tempo do vínculo empregatício*, independentemente da vontade do empregador.

As *situações estabilitárias* previstas em regra jurídica heterônoma estatal são, conforme visto, relativamente restritas no Direito do Trabalho do Brasil. A figura da estabilidade enfraqueceu-se significativamente desde o advento do FGTS, em 1966/67, sendo que praticamente desapareceu do mercado privado após a Constituição de 1988, conforme já analisado. Nesse contexto de acanhamento do instituto, restaram apenas três importantes exemplos estabilitários no País: a dos antigos contratos regidos pela CLT (de pré-1988); a dos contratos de servidor público celetista com cinco anos no emprego ao tempo da Constituição (desde 5.10.1983, portanto), situação criada pelo art. 19 do ADCT da Constituição; finalmente, a estabilidade do servidor público celetista concursado, adquirida nos moldes do art. 41 do mesmo Texto Máximo (as duas vantagens constitucionais favorecem também, é claro, o servidor sob regime administrativo).

Passe-se ao exame dessas três situações estabilitárias mais importantes.

1. *Estabilidade Celetista*

No caso do instituto regulado pela CLT, o trabalhador que adquirisse a estabilidade, alcançada com “mais de dez anos de serviço na mesma empresa” (portanto, dez anos e um dia), não poderia ser dispensado “senão por motivo de falta grave ou circunstância de força maior, devidamente comprovada” (art. 492, CLT).

A resolução contratual culposa teria de ser apurada por meio de ação de inquérito judicial, proposta pelo empregador, cuja sentença é que determinaria o término ou não do contrato de trabalho (art. 494, *in fine*, CLT).

A ordem jurídica franqueava ao empregador duas alternativas, se ele entendesse ter sido praticada a falta grave: no primeiro caso, propunha a ação de inquérito sem retirar o obreiro do trabalho, ficando, assim, na mera expectativa da sentença judicial. Sendo procedente a resolução do contrato, a data de seu fim seria fixada na sentença; sendo improcedente, manter-se-ia o pacto empregatício em sua continuidade.

No segundo caso, o empregador poderia suspender, preventivamente, o empregado estável, propondo, em seguida, no prazo *decadencial* de 30 dias, a respectiva ação de inquérito. Sendo procedente a resolução do contrato, a data de seu fim seria fixada na sentença, respeitada a suspensão preventiva ocorrida (art. 494, parágrafo único, CLT). Sendo improcedente o pedido

resolutório, manter-se-ia válido o pacto empregatício, com a reintegração do trabalhador a seu serviço, garantidas a ele todas as parcelas contratuais do período de afastamento.

A estabilidade regulada pela CLT (arts. 492 a 500) poderia favorecer, praticamente, quase todo empregado, urbano ou rural, que estivesse submetido a contratos de duração indeterminada (arts. 492 e 505, CLT).

Não se aplicava, é claro, aos domésticos, excluídos, regra geral, do Direito do Trabalho, à época (art. 7º, “a”, CLT). Também não atingia alguns poucos empregados, em geral qualificados pela presença de *intensa fidúcia* em seus contratos: trata-se de obreiros que laboravam empregaticamente “em consultórios ou escritórios de profissionais liberais” (art. 507, CLT), além daqueles empregados de alta confiança (art. 499, *caput*, e § 2º, combinado com art. 62, CLT). No caso destes últimos, havia uma distinção: tendo ocupado anteriormente na empresa cargo efetivo, não adquiriria estabilidade no cargo de confiança; porém, iria computar esse tempo para os demais fins contratuais, assegurado seu retorno ao cargo efetivo, após a reversão (art. 499, *caput* e § 1º, CLT). Tratando-se, contudo, de empregado que somente exerceu cargo de confiança (como altos executivos, por exemplo), jamais iria adquirir a estabilidade celetista (§ 2º do art. 499 da CLT).

Esta fortíssima proteção jurídica eclipsou-se no Direito do País, a contar do advento da Lei do FGTS (n. 5.107, de 1966), que criou regime jurídico alternativo ao da CLT, e que com este iria concorrer até 1988. A Constituição de 5.10.1988 poria fim à dualidade de regimes jurídicos, ao generalizar o Fundo de Garantia para o conjunto dos empregados brasileiros (art. 7º, III, CF/88), exceto o doméstico, além de revogar, concomitantemente, o antigo sistema indenizatório e estabilizatório da CLT (art. 7º, I, CF/88, e 10, I, ADCT/CF-88).

Hoje, portanto, a limitação estabilizatória do art. 492 da CLT somente favorece antigos empregados, cujo direito adquirido remonta ao período pré-Constituição de 1988.

2. Estabilidade do Art. 19 do ADCT da Constituição de 1988

A nova Constituição, embora tenha extinguido a tradicional estabilidade da CLT, criou regras específicas de estabilidade, favorecendo os servidores públicos. Duas delas interessam ao Direito do Trabalho: a do art. 19, do ADCT/CF-88, e a do art. 41, do texto principal da Constituição.

A estabilidade do art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias atingiu os servidores públicos civis “em exercício na data da promulgação da Constituição, há pelo menos cinco anos continuados”, que não tenham sido admitidos por meio de concurso público. No tocante aos servidores concursados, já seriam estáveis, na data da Constituição, obviamente, a teor do art. 41 da

Constituição de 1988 (que previa prazo menor, de dois anos), além da própria ordem constitucional precedente, que lhes era favorável.

Não parece consistente, do ponto de vista jurídico, dúvida acerca da amplitude do preceito constitucional em análise: afinal, a regra genérica e indiferenciada insculpida nesse dispositivo da Constituição de 1988 (“Os servidores públicos civis ...” — enfatiza o art. 19 em análise) não permite, para os fins de sua incidência, vislumbrar-se distinção entre servidores sob regime administrativo e servidores sob regime celetista, os chamados empregados públicos. Em consequência, tais servidores civis vinculados, por meio da CLT, desde 5 de outubro de 1983, à União, Estados, Distrito Federal e Municípios, “da administração direta, autárquica e das fundações públicas”, em exercício, há pelo menos cinco anos, na data da promulgação da CF/88, e que não tenham sido admitidos mediante aprovação em concurso público, são, inquestionavelmente, “considerados estáveis no serviço público” (art. 19, ADCT/CF-88).

Não se pode, artificialmente, restringir a clara regra constitucional. Igualmente, entretanto, não se pode ampliar essa regra já significativamente favorável. Desse modo, não há que se falar nesta especialíssima estabilidade para servidores irregularmente admitidos após 5.10.1983, ainda que antes da data de vigência da Constituição. Não há como estender-se também a excepcional vantagem para os demais empregados de entidades estatais, que não fossem integrantes da administração direta, autárquica e fundacional (art. 19, ADCT/CF-88), ou seja, empregados, por exemplo, de empresas públicas, sociedades de economia mista e outras entidades controladas pelo Estado, mas organizadas segundo os modelos sociojurídicos privatísticos (arts. 173, § 1º, II, CF/88)

3. Estabilidade do Art. 41 da Constituição de 1988

A outra situação estável de servidor público civil é regulada pelo art. 41 do Texto Máximo. A regra original da Constituição referia-se à estabilidade, “após dois anos de efetivo exercício”, dos “servidores nomeados em virtude de concurso público”. A EC n. 19, de 4.6.1998, por sua vez, determinou serem “estáveis após 3 (três) anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público” (novo art. 41, *caput*, CF/88, desde EC 19/98)⁽¹⁷⁾.

Há certa dissensão no tocante à incidência deste preceito sobre trabalhadores admitidos por entidades estatais por meio de concurso público.

Após longa discussão, a jurisprudência tem se afirmado pelo não cabimento desta estabilidade constitucional para os empregados de entidades

(17) A EC n. 19, de 4.6.1998, foi publicada no Diário Oficial no dia 5 de junho/98.

estatais que não sejam integrantes da administração direta, autárquica e fundacional. Noutras palavras, a proteção do art. 41 da Constituição não abrangeria empregados de empresas públicas, sociedades de economia mista e outras entidades controladas pelo Estado, que se organizam em conformidade com os modelos sociojurídicos privatísticos (art. 173, § 1º, II, CF/88); a negativa prevaleceria ainda que a admissão de tais trabalhadores tenha se feito por meio do límpido canal do concurso público. Nesta linha, as OJs 229 e 247 da SDI-I do TST e a Súmula 390, II, da mesma Corte⁽¹⁸⁾.

Já no que diz respeito aos efetivos *empregados públicos*, isto é, servidores da administração direta, autárquica e fundacional admitidos após aprovação em concurso público, prepondera, na jurisprudência *trabalhista*, a linha interpretativa de que se encontram, sim, abrangidos pela regra protetiva do art. 41 da Constituição. Este entendimento funda-se em distintos aspectos combinados: de um lado, na *essencialidade da forma* (concurso público) para os atos admissionais praticados pelo Estado. Tratando-se de admissão submetida aos rigores do concurso público, como no caso em exame, não pode a ruptura do vínculo se fazer nos mesmos moldes singelos que se aplicam às *relações jurídicas meramente discricionárias*, que o Estado brasileiro ainda mantém quase que generalizadamente. É incabível, desse modo, equiparar-se a situação do servidor rigorosamente *concurado*, esteja ele sob regime administrativo ou celetista, com a dos ocupantes dos chamados *cargos de comissão ou funções de confiança*, que sejam recrutados amplamente (art. 37, V, CF/88); do mesmo modo, é incabível comparar-se a situação do servidor administrativo ou celetista *concurado* com aquele que mantém com o Estado relação jurídica de contornos imprecisos, flácidos e discricionários, como os ocupantes de *função pública* (art. 37, I, CF/88), também recrutados sem concurso público.

De outro lado, a não extensão da estabilidade aos empregados públicos concursados traduz, por vias transversas, inquestionável frustração dos objetivos também constitucionais de impessoalidade, moralidade, transparência (publicidade) e democratização assegurados pelo caminho do concurso público.

Enfatize-se que esta compreensão mereceu exponencial respaldo do Tribunal Superior do Trabalho, por meio da OJ 22 da SDI-II e OJ 265 da SDI-I daquela Corte, convertidas, posteriormente, na Súmula 390, I.

Não obstante a força da primeira linha interpretativa, há entendimentos de que a mudança nas regras disciplinadoras da Administração Pública pela

(18) Não obstante se trate também de empresa pública, a ECT tem recebido tratamento mais restritivo quanto a suas prerrogativas resilitórias, em decorrência do princípio de isonomia. Assim dispõe a OJ 247, II, da SDI-I do TST: "A validade do ato de despedida do empregado da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) está condicionada à *motivação*, por gozar a empresa do mesmo tratamento destinado à Fazenda Pública em relação à imunidade tributária e à execução por precatório, além das prerrogativas de foro, prazos e custas processuais" (grifos acrescentados). Neste caso, a dispensa não pode ser, portanto, meramente arbitrária.

EC n. 19, de 4.6.1998, teria comprometido a extensão dessa estabilidade aos empregados públicos concursados. É o que parece sugerir o constitucionalista *José Afonso da Silva*, ao se referir ao preceito do art. 41 da Constituição, após sua alteração pela EC n. 19: “Antes aplicava-se a qualquer servidor nomeado em virtude de concurso público: para cargo ou emprego, nos termos do art. 37. Agora só se aplica a servidor nomeado em virtude de concurso para *cargo de provimento efetivo*. Adquiria-se a estabilidade, antes, após dois anos de efetivo exercício; agora, após três anos”⁽¹⁹⁾. Nesta linha há também decisões do STF.

Esclareça-se que, mesmo se acolhendo a tese da não aplicação da estabilidade constitucional aos servidores públicos celetistas, desde o advento da EC n. 19/98, é indubitável não possuir o empregador público, de toda maneira, a singela e tosca prerrogativa da dispensa meramente arbitrária quanto a seus empregados concursados (servidores celetistas). Sendo concursado o servidor celetista, sua dispensa tem de ser lastreada em *motivação consistente*, por ser próprio ao sistema constitucional brasileiro a motivação das decisões da Administração Pública. É o que deflui dos princípios especiais explicitados no art. 37, *caput*, da Constituição (princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência); é o que está, ademais, claramente enfatizado pela Lei n. 9.784/99 (que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal), em seu art. 2º, *caput* e inciso VII, e art. 50, *caput* e incisos I e II.

De todo modo, a estabilidade do art. 41 foi, sem dúvida, atenuada pela Emenda Constitucional n. 19, com efeitos a contar de 5 de junho de 1998⁽²⁰⁾. Nesse quadro, o servidor público estável poderá perder o cargo não mais apenas “em virtude de sentença judicial transitada em julgado” (art. 41, § 1º, I, CF/88), ou “mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa” (art. 41, § 1º, II, CF/88). Também o perderá “*mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa*” (art. 41, § 1º, III, CF/88; grifos acrescidos). Na mesma linha, estipula a regra constitucional reformada ser “condição para a aquisição da estabilidade” a obrigatória “*avaliação especial de desempenho por comissão instituída para essa finalidade*” (art. 41, § 4º, CF/88).

Insista-se nesse importante aspecto: mesmo que não se acolha, depois da EC n. 19, de 1998, a extensão da estabilidade do art. 41 da Constituição Federal aos servidores celetistas concursados (em contraponto à interpretação contida na Súmula 390, I, do TST), o fato é que esses servidores celetistas concursados somente podem ser despedidos mediante ato motivado de seu empregador público, isto é, ato lastreado em *motivação consistente*. É que

(19) SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 679-680; grifos no original.

(20) Data de publicação da EC n. 19: 5.6.1998. Registre-se que o art. 28 da EC n. 19 estabelece certa regra de transição.

o princípio da motivação, que rege a validade dos atos da Administração Pública, também incide nos casos de dispensas de servidores celetistas das entidades de Direito Público da União, Estados, DF e Municípios.⁽²¹⁾

4. Estabilidade Advinda de Ato Empresarial

Na tradição jurídica brasileira, a estabilidade somente tem sido deferida por norma heterônoma estatal, sejam leis (ou Decretos-leis), sejam regras constitucionais. É o que se passou com a antiga estabilidade celetista e recentes situações estabilítárias mencionadas pela Constituição de 1988.

Contudo, não se pode considerar inválida, em princípio, estabilidade concedida pela estrita vontade unilateral do empregador, ou ajustada por acordo bilateral entre as partes. Afinal, o Direito do Trabalho admite estipulações mais favoráveis ao obreiro, quer oriundas de ajustes bilaterais, quer decorrentes de simples atos unilaterais do empregador, inseridos ou não no correspondente regulamento de empresa. É o que dispõem os princípios da condição mais benéfica e, de certo modo, da norma mais favorável, a par do texto explícito do art. 444 da CLT.

Entretanto, há situações especiais, que podem conduzir a resultado jurídico denegatório da validade à cláusula estabilítária criada. Tais situações podem vincular-se, em certa medida, à *natureza do empregador* ou ao *padrão das circunstâncias envolvidas à graciosa concessão*.

A jurisprudência, por exemplo, já considerou inválida estabilidade no emprego concedida por entidade estatal, sendo esta organizada nos moldes privatísticos (art. 173, § 1º, II, CF/88). Nesta linha, a ex-OJ 27 da SDI-I/TST e a Súmula 355 do TST. No caso, por se tratar de *entidade estatal*, a jurisprudência considerou insuficientes os poderes da diretoria empresarial para conceder tamanha benesse, porque não aprovado o ato de outorga “pelo Ministério ao qual a empresa se subordina” (Súmula 355).

Outra situação que instigaria dúvida sobre a validade do ato concessivo da estabilidade seria aquela que envolvesse entes como *sindicatos* e/ou *partidos políticos*, por exemplo. Ora, a natureza essencialmente mutável do direcionamento básico e, em consequência, da administração desse tipo de entidade entraria em choque com o caráter perene das relações empregatícias propiciada pelo instituto estabilítário. Noutras palavras, tal instituto teria importante

(21) A dúvida que persiste nesta seara diz respeito à extensão (ou não) do princípio da motivação também para as dispensas de empregados concursados das entidades estatais regidas pelas regras do Direito Privado (empresas públicas e sociedades de economia mista, por exemplo), nos moldes fixados pelo art. 173, § 1º, II, da Constituição Federal. A respeito, consultar, no Capítulo XXIX deste Curso, o item II.2, intitulado “Entidades Estatais: o contraponto da motivação da dispensa”, além do item IV.3 do mesmo capítulo, sob o título “Motivação da Dispensa do Servidor Celetista Concurado”.

elemento de incongruência com a natureza e fins desses tipos de entidades da sociedade civil, podendo comprometer até mesmo os fins sociais que justificam sua própria existência⁽²²⁾.

É desnecessário enfatizar que o intérprete e aplicador do Direito tem sempre de sopesar os valores eleitos pela ordem jurídica, mormente quando entram em confronto. Nesse cotejo, o auxílio de princípios jurídicos gerais, como o da *proporcionalidade* e da *razoabilidade*, assim como o princípio *vedatório do exercício abusivo de prerrogativas abertas pela ordem jurídica*, a par da diretriz que determina o *respeito aos objetivos sociais que presidem a existência de qualquer norma jurídica*, tudo deve atuar na mente do intérprete conclusivo do Direito para o encontro da melhor direção jurídica fixada para tais *casos difíceis*⁽²³⁾.

IV. GARANTIAS DE EMPREGO (ESTABILIDADES PROVISÓRIAS)

Garantia de emprego, por sua vez, conforme já definido, é a vantagem jurídica de caráter transitório deferida ao empregado em virtude de uma circunstância contratual ou pessoal obreira de caráter especial, de modo a assegurar a manutenção do vínculo empregatício por um lapso temporal definido, independentemente da vontade do empregador. Tais garantias têm sido chamadas, também, de *estabilidades temporárias* ou *estabilidades provisórias* (expressões algo contraditórias, mas que se vêm consagrando).

As figuras da *estabilidade no emprego* e das *estabilidades provisórias* são extremamente próximas, como se percebe, já que ambas restringem as alternativas de extinção do contrato de trabalho. Ambas voltam-se, de modo essencial, contrariamente ao exercício unilateral do poder empregatício pelo empregador, inviabilizando a ruptura contratual por sua vontade meramente arbitrária, isto é, a dissolução do contrato sem motivo considerado relevante pelo Direito.

Não obstante a forte proximidade entre as duas figuras, elas não se confundem. A estabilidade é, sem rodeios, *permanente*, criando uma *quase-*

(22) Imagine-se, a propósito, a seguinte situação esdrúxula: certa direção sindical é derrotada no pleito para a renovação da administração da entidade; ato contínuo, antes de transferir o comando do sindicato para os eleitos, concede estabilidade no emprego a todos os empregados da entidade, muitos estritamente vinculados à orientação político-cultural e profissional recentemente expungida pela categoria.

(23) A expressão *hard cases* é, como se sabe, do jusfilósofo Ronald Dworkin, referindo-se às situações que, por sua complexidade, escapam da solução mais simples e direta de certa regra jurídica, tendo, por isso, de ser resolvidas à base de forte atuação e ponderação dos princípios jurídicos. De Ronald Dworkin, ver, ilustrativamente, a obra *Los Derechos en Serio*. Barcelona: Ariel, 1999, p. 77 e seguintes. Sobre o tema da aplicação dos princípios gerais também no campo justabalhista, examinar o Capítulo V do livro do presente autor, *Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2001 (4. ed.: 2013).

-propriedade do emprego pelo trabalhador. Este preserva seu contrato de duração indeterminada de modo indefinido no tempo, até que fato excepcional e tipificado em lei surja, com força bastante para extinguir o pacto empregatício: por exemplo, a morte, o pedido de demissão pelo próprio obreiro, a extinção efetiva da empresa, ou, ainda, a resolução culposa do contrato, por justa causa operária.

Em contrapartida, a estabilidade provisória, como a própria expressão indica, é de extensão apenas temporária, durando o restrito período de sua vigência estipulado pela ordem jurídica.

Na tradição jurídica brasileira, as garantias de emprego (ou estabilidades provisórias) têm sido fixadas por regras jurídicas de origem e *status* diversificados. Às vezes se trata de regras heterônomas estatais, de *status* constitucional ou legal, como, ilustrativamente, as garantias de emprego do dirigente sindical e do empregado acidentado. Às vezes trata-se de regras heterônomas estatais de origem judicial, como, por exemplo, as garantias de emprego em decorrência de sentença normativa⁽²⁴⁾. Finalmente, às vezes derivam de regras autônomas, resultantes de negociação coletiva trabalhista, como, ilustrativamente, passa-se com garantias de emprego concedidas após a vigência de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, ou garantias pré-jubilamento. Na verdade, não chega a ser inviável, do ponto de vista jurídico, embora seja incomum, que a vontade unilateral do empregador também conceda certa garantia de emprego.

Os institutos da estabilidade e garantias de emprego são relevantes contingenciamentos à ruptura contratual por ato do empregador. É bem verdade que no Brasil, conforme já exposto, a figura da estabilidade enfraqueceu-se significativamente, desde o advento do FGTS, em 1966/67, sendo que praticamente desapareceu do mercado privado após a Constituição de 1988. Porém, de todo modo, as situações de garantia de emprego mantêm-se muito importantes no Direito do Trabalho brasileiro atual, fixando relevante contingenciamento à despedida arbitrária do empregado no mercado laborativo do País.

(24) Em conformidade com o que já foi ilustrado neste Curso, o TST já teve forte tradição elaborativa de Precedentes Normativos de sua Seção de Dissídios Coletivos, para incorporação em *sentenças normativas trabalhistas*, tratando da concessão de garantias de emprego, ou figuras equivalentes. Por exemplo: n. 77 (garantia de emprego a empregado transferido — 1 ano); n. 82 (garantia de salários para o obreiro despedido desde a data do julgamento do dissídio coletivo até 90 dias após a publicação do acórdão, limitado ao máximo de 120 dias); n. 85 (garantia de emprego pelos 12 meses anteriores à aquisição do direito à aposentadoria, desde que o empregado esteja na empresa há pelo menos 5 anos); n. 86 (garantia de emprego do art. 543, CLT, ao representante obreiro eleito em empresas com mais de 200 trabalhadores — art. 11 da CF/88). Embora se perceba, mais recentemente, forte tendência do TST de restringir o poder normativo da Justiça do Trabalho (ver cancelamento de Precedentes da SDC, por meio da Resolução n. 86, de 8.10.1998, por exemplo), os precedentes acima ilustram momentos importantes de fixação de garantias de emprego por regra heterônoma infralegal.

1. Estabilidades Provisórias de Origem Constitucional

São várias as situações de *garantias provisórias de emprego* asseguradas por regra jurídica heterônoma estatal no Direito brasileiro. Algumas delas estão referidas no próprio corpo da Constituição; outras derivam da legislação ordinária. Percebe-se, porém, certa tendência de diversificação nas situações de estabilidade temporária, em especial a contar do advento da nova Constituição Republicana.

A) Imunidade Sindical — A mais importante estabilidade temporária referida pela Constituição é a que imanta o dirigente de entidades sindicais. Dispõe a CF/88 ser “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*” (art. 8º, VIII, CF/88; grifos acrescidos). Trata-se, a propósito, do único caso em que existe jurisprudência pacífica quanto à necessidade de propositura de inquérito judicial, pelo empregador, para obtenção da dispensa por justa causa de empregado favorecido por garantia temporária de emprego (ex-OJ 114, SDI-I/TST; Súmula 379, TST).

A garantia sindical abrange também a inamovibilidade do dirigente e seu suplente; a par disso, assegura ainda o franqueamento de condições para o livre exercício das funções sindicais, embora, obviamente, exercício respeitoso. Assim estipula a CLT que tal líder “*não poderá ser impedido do exercício de suas funções, nem transferido para lugar ou mister que lhe dificulte ou torne impossível o desempenho das suas atribuições sindicais*” (art. 543, *caput, in fine*, CLT; grifos acrescidos).

A amplitude das proteções estendidas pela ordem jurídica aos dirigentes de sindicatos é que confere respaldo a certa expressão usualmente utilizada no campo justralhista: *imunidade sindical*.

Em coerência com a forte garantia, esclarece a lei que o dirigente de sindicato “perderá o mandato se a transferência for por ele solicitada ou voluntariamente aceita” (art. 543, § 1º, CLT). Afinal, para que serve a garantia, que objetiva favorecer a prática da representação sindical, se o dirigente concorre para sua frustração ou, se injustamente cerceado, não reage com os instrumentos que a ordem jurídica lhe confere (como a ação judicial do art. 659, IX e X, por exemplo)?

O próprio pedido de demissão desse trabalhador especialmente protegido constitui ato que se submete a intensa formalidade, mesmo que o contrato seja inferior a um ano. O pedido demissional do dirigente de sindicato, implicando renúncia ao mandato sindical e à respectiva proteção jurídica estabilitária, tem de seguir rito rescisório formal, com a participação do sindicato e, “se não houver, perante a autoridade local competente do Ministério do Trabalho ou da Justiça do Trabalho” (art. 500, CLT). Conforme já foi esclarecido neste

Curso, embora o dispositivo celetista não se refira, expressamente, ao dirigente sindical, considera-se que o abrange, por aplicação analógica: é que a dispensa desse representante obreiro somente pode verificar-se mediante o rito formal da ação de inquérito para apuração de falta grave, que é pertinente ao empregado estável (Súmula 197, STF; Súmula 379, TST; ex-OJ 114, SDI-I/TST); por decorrência lógica, conclui-se que seu pedido de demissão também tenha de passar pela mesma solenidade prevista para o empregado estável (art. 500, CLT).

A jurisprudência tem construído restrição injustificável ao exercício de atividades sindicais no âmbito empresarial brasileiro. Apesar de a lei (art. 487, § 1º, *in fine*, CLT) e a própria jurisprudência, *esta por múltiplas vezes* (ilustrativamente, Súmulas ns. 73, 94, 182 e 305, TST; também Orientações Jurisprudenciais ns. 82 e 83, SDI-I/TST), entenderem, firmemente, que o tempo do aviso-prévio se integra ao contrato de trabalho para todos os efeitos, tem-se insistido que *o registro da candidatura do empregado a cargo de dirigente sindical no período do pré-aviso não lhe garante a estabilidade*⁽²⁵⁾.

Ora, é inviável formar-se uma chapa sindical em poucos dias, uma vez que o processo de debate, conscientização, agrupamento, reunião, tudo exige, sem dúvida, o transcurso de várias semanas, senão alguns meses, para que possa o processo sindical ser minimamente sério, consistente e democrático. Embora tais reuniões e debates façam-se, obviamente, fora da empresa e do horário de trabalho, é evidente que contam com o conhecimento das chefias empresariais, como é natural — a ação sindical não pode, nem deve ser secreta em uma Democracia! Nesse quadro, a concessão do aviso às vésperas da data de registro das candidaturas, para inviabilizar a proteção da Constituição à vida sindical, é conduta que agride todo o espírito (e regra) da CF/88, além da própria CLT. Afronta toda a tradição interpretativa acerca dos poderes do aviso-prévio no âmbito trabalhista, que se tornaria, desse modo, arma poderosíssima contra qualquer atividade representativa obreira (sindical, cipeira e congêneres). A par de tudo, a interpretação não se harmoniza aos princípios essenciais da proporcionalidade e razoabilidade, uma vez que permite que o exercício de um direito do tipo potestativo (a dispensa sem justa causa) anule, de plano, garantias clássicas asseguradas por países democráticos, além de firmemente inspiradas em Convenções Internacionais ratificadas (Convenções ns. 98 e 135 da OIT) e expressamente inseridas na Constituição Federal (art. 8º, VIII) e na Consolidação das Leis do Trabalho (art. 543, § 3º).

B) Dirigente de CIPA e Mulher Gestante — O art. 10, II, “a”, do ADCT da Constituição confere também estabilidade temporária ao “*empregado eleito* para cargo de direção de comissões internas de prevenção de acidentes, desde o registro de sua candidatura até um ano após o final de seu mandato” (grifos acrescidos). Tal garantia dirige-se somente aos trabalhado-

(25) Nesta linha, a Súmula 369, V, do TST (ver ainda ex-OJ 35, SDI-I/TST).

res eleitos representantes dos empregados na direção da CIPA, titulares e suplentes (Súmula 339, I, TST; ex-OJ 25, SDI-I/TST). Não abrange, pois, os representantes designados pelo empregador, uma vez que não são eleitos pelos demais obreiros. Registre-se que a Constituição fala em vedação à “*dispensa arbitrária ou sem justa causa*”.

O mesmo art. 10, II, do ADCT da Constituição, em sua alínea “b”, estabelece estabilidade provisória à “empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto”. Aqui também se fala em vedação à “*dispensa arbitrária ou sem justa causa*”.

Cabe renovar-se, aqui, uma indagação já efetivada neste Curso: quando trata do dirigente sindical, a Constituição veda sua dispensa “*salvo se cometer falta grave nos termos da lei*”; quando trata, porém, do dirigente de CIPA e da empregada gestante, o mesmo Texto Máximo veda “*a dispensa arbitrária ou sem justa causa*”. Está-se diante de noções e tutelas jurídicas distintas? Afinal, há conteúdo e efeitos jurídicos especiais, no Brasil, para a noção de *despedida arbitrária* (que a Constituição veda, nas alíneas “a” e “b” do art. 10 de seu ADCT), além da dispensa sem justa causa e/ou falta grave?

Conforme já antecipamos, tal resposta seria facilmente encontrada, caso os critérios da Convenção 158 estivessem em vigor no País. Não estando, como se sabe, pode-se supor que a Constituição quis, ainda assim, distinguir entre as duas noções jurídicas (*dispensa arbitrária* e *dispensa sem justa causa*).

A CLT, referindo-se à proteção conferida aos dirigentes obreiros das comissões internas de prevenção de acidentes (CIPAs), dispõe que não poderiam sofrer *despedida arbitrária*, “entendendo-se como tal a que não se fundar em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro” (art. 165, *caput*, CLT). Ou seja, trata-se da dispensa que se baseia em *motivo relevante*: este pode ser *disciplinar*, como ocorre com a dispensa por justa causa, tipificada na CLT, e enquadrada como *resolução contratual*. Porém, tal motivo pode ser ainda de caráter técnico, econômico ou financeiro, segundo a Consolidação, casos em que a dispensa se enquadra como *resilição do contrato de trabalho* (resilição motivada, é claro).

A *dispensa por motivo disciplinar*, sendo resolução contratual culposa, em decorrência de infração obreira, produz os efeitos clássicos da dispensa por justa causa, eximindo o empregador de pagar as verbas clássicas da resilição contratual (aviso-prévio, FGTS com 40%, etc.).

Já a *dispensa não arbitrária mas sem justa causa* enquadra-se como *resilição contratual*, embora vinculada aos motivos de natureza técnica, econômica ou financeira (*denúncia motivada* do contrato). Assim, produz os efeitos rescisórios clássicos da despedida por ato unilateral do empregador, com o pagamento das verbas rescisórias de aviso-prévio, liberação do FGTS com 40%, 13º salário e férias proporcionais com 1/3, liberação das guias CD/SD, e demais parcelas próprias à resilição unilateral. É claro que tais motivos resilitórios têm de ser

efetivos, relevantes e atuais, a ponto de tornar imprescindível ao empregador a ruptura do respectivo contrato; não se pode tratar, pois, de simples conveniência de extirpar empregados provisoriamente estáveis, mas, sim, de motivos técnicos, econômicos ou financeiros efetivamente importantes.

A extinção do estabelecimento, inviabilizando a própria ação fiscalizatória e educativa do dirigente da CIPA, pode configurar, a um só tempo, motivo técnico, econômico e financeiro a fundamentar a dispensa desse representante trabalhista. Se assim entender-se, não caberia o pagamento da indenização pela frustração do restante do período estável: é que, afinal, a vedação da Constituição não diz respeito apenas à dispensa sem justa causa, mas também à despedida meramente arbitrária.

Esta particularidade quanto ao empregado eleito dirigente da CIPA não se estende aos demais empregados com garantia de emprego, uma vez que os diplomas instituidores de suas garantias não se referem à noção de *dispensa arbitrária* (dirigente sindical, trabalhador acidentado, empregado diretor de cooperativa de obreiros, etc.). Mesmo com respeito à *mulher gestante*, não tem a jurisprudência considerado relevante, na prática, a diferenciação constitucional (embora o art. 10, II, do ADCT da Constituição, mencione também para ela a expressão *dispensa arbitrária*). É que não há preceito legal que tipifique, no Brasil, o que seja a despedida meramente arbitrária — excetuado o caso do dirigente de CIPA, já examinado. A ordem jurídica brasileira recusou a tipificação genérica feita pela Convenção 158 da OIT, ao fundamento de que o art. 7º, I, do Texto Máximo, que também menciona a expressão *despedida arbitrária*, ainda não possui eficácia jurídica. Logo, no tocante à gestante, será válida apenas sua dispensa por justa causa.

2. Estabilidades Provisórias de Origem Legal

A legislação prevê, ainda, diversas regras de garantias provisórias de emprego, ainda que não se trate apenas de leis trabalhistas.

Oriundas de diplomas previdenciários, há algumas garantias provisórias importantes. Em primeiro lugar, a do *empregado acidentado*, que se estende pelo “prazo mínimo” de 12 meses, “após a cessação do auxílio-doença acidentário, independentemente de percepção de auxílio-acidente” (art. 118, Lei n. 8.213, de 1991). Esclarece a jurisprudência que são “pressupostos para a concessão da estabilidade o afastamento superior a 15 dias e a consequente percepção do auxílio-doença acidentário, salvo se constatada, após a despedida, doença profissional que guarde relação de causalidade com a execução do contrato de emprego” (Súmula 378, II, TST; ver também ex-OJ 230, SDI-I/TST).

Ao lado dessa primeira e relevante proteção, há a garantia do “trabalhador reabilitado ou de deficiente habilitado” (art. 93, § 1º, Lei n. 8.213/91). Reza a lei que a dispensa imotivada de tais trabalhadores, ao final de contrato a termo de

mais de 90 dias ou em contrato de duração indeterminada, “só poderá ocorrer após a contratação de substituto de condição semelhante” (art. 93, § 1º, Lei n. 8.213, de 1991; grifos acrescentados). Não se está perante, como se vê, de uma garantia específica, direta, porém indireta; de todo modo, é importante criação em favor do empregado que seja pessoa com deficiência ou em reabilitação.⁽²⁶⁾

Há outra garantia de caráter indireto, mas de significativa importância — e que já foi citada neste Curso. Trata-se da obrigação legal imposta a empresas com 100 ou mais empregados de preencherem determinado percentual de suas vagas com “beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência, habilitadas” (*caput* do art. 93, Lei n. 8.213/91). Este percentual inicia-se no patamar de 2%, alterando-se segundo uma tabela crescente, até atingir o percentual substantivo de 5% para empresas que tenham mais de 1.000 empregados (a seguir fala “1.001 em diante”: art. 93, incisos I a IV, Lei n. 8.213, de 1991).⁽²⁷⁾

Há, por fim, também no campo das regras previdenciárias, a garantia provisória dos três empregados, e seus suplentes, que representam os trabalhadores em atividade no Conselho Nacional de Previdência Social (art. 295, II, “b”, Decreto n. 3.048, de 6.5.1999). Tal proteção, como visto, estende-se desde a “nomeação até um ano após o término do mandato de representação” (art. 301, Decreto n. 3.048/99 — Regulamento da Previdência Social). Esclareça-se que o mandato é de dois anos, autorizada uma única imediata recondução (§ 1º do art. 295 do Decreto n. 3.048/99).

(26) O § 1º do art. 93 da Lei Previdenciária n. 8.213/91 recebeu nova redação, provinda do *Estatuto da Pessoa com Deficiência* (Lei n. 13.146/2015), com vigência a partir de quatro de janeiro de 2016. Eis o novo texto legal: “§ 1º. A dispensa de pessoa com deficiência ou de beneficiário reabilitado da Previdência Social ao final de contrato por prazo determinado de mais de 90 (noventa) dias e a dispensa imotivada em contrato por prazo indeterminado somente poderão ocorrer após a contratação de outro trabalhador com deficiência ou beneficiário reabilitado da Previdência Social”. Esclareça-se, a propósito, que a Constituição de 1988, em seu texto original (art. 7º, XXXI) e a Lei n. 8.213/91, também em seu texto dos anos de 1990 (art. 93, *caput* e §§), valeram-se da expressão “pessoa portadora de deficiência”. A Psicologia Social e outras ciências próximas, nas duas últimas décadas, tem se valido, ademais, da expressão “pessoa portadora de necessidades especiais”. Entretanto a *Convenção Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo*, aprovada pela ONU em 2007 e ratificada pelo Brasil em 2008, com status jurídico de *emenda constitucional* (art. 5º, § 3º, CF/88), além da recente Lei n. 13.146/2015 e seu *Estatuto da Pessoa com Deficiência*, valem-se da expressão “pessoa com deficiência”. Dessa maneira, será mantida neste Curso a convivência das três respeitadas designações incorporadas pela cultura jurídica e científica contemporânea. A propósito, notável obra sobre o tema consiste em LORENTZ, Lutiana Nacur. *A Norma da Igualdade e o Trabalho das Pessoas com Deficiência*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2016 (1. ed.: 2006).

(27) O *caput* original do art. 93 da Lei Previdenciária n. 8.213/91, acima explicitado, teve sua redação mantida, não obstante o advento da Lei n. 13.146/2015; é que houve veto presidencial ao novo texto proposto para esse *caput* pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência. A respeito do sistema de cotas percentuais no Direito do Trabalho brasileiro, sob o impulso renovador deflagrado pela Constituição de 1988, consultar, neste Curso, no Capítulo XV (“Contrato de Trabalho — Caracterização, Morfologia e Nulidades. O Sistema de Cotas no Contrato de Trabalho”), o item V, intitulado “Conteúdo Contratual — Peculiaridades. O Sistema de Cotas no Contrato de Trabalho”.

Registre-se, já no campo essencialmente de regras juslaborativas, que a jurisprudência trabalhista estendia a garantia de emprego do dirigente sindical ao líder congênere de associações profissionais legalmente registradas (antigo Enunciado 222, TST). A interpretação favorecia, especialmente, as direções de entidades representativas dos servidores públicos celetistas, no quadro constitucional anterior a 1988. Entretanto, com a viabilização da sindicalização na área pública civil, pela Constituição de 1988 (art. 37, VI, CF/88), tornou-se prejudicada tal extensão. Tempos depois, foi cancelada a Súmula 222 (Res. n. 84, de 13.8.98, do TST).

A Lei de Cooperativas, por sua vez, estendeu a mesma garantia do dirigente sindical aos “empregados de empresas que sejam eleitos diretores de sociedades cooperativas pelos mesmos criadas” (art. 55, Lei n. 5.764, de 1971; OJ 253, SDI-I/TST).

Também a Lei das Comissões de Conciliação Prévia (n. 9.958, de 2000) estipulou ser “vedada a dispensa dos representantes dos empregados”, membros dessas entidades, sejam titulares ou suplentes, “até um ano após o final do mandato” (art. 625-B, § 1º, CLT, conforme redação da Lei n. 9.958/00).

Recente garantia de emprego foi instituída pelo Programa de Proteção ao Emprego (PPE), instituído pela MPr. n. 680, de 6.7.2015 (art. 5º), convertida na Lei n. 13.189/2015 (art. 6º, I): as empresas aderentes ao programa ficam proibidas de dispensar arbitrariamente ou sem justa causa os empregados que tiverem sua jornada de trabalho temporariamente reduzida enquanto vigorar a adesão ao PPE e, após o seu término, durante o prazo equivalente a um terço do período de adesão. A regra foi preservada pela MPr. n. 761/2016, que promoveu alterações na Lei n. 13.189/15, inclusive quanto à denominação da política pública (*Programa Seguro-Emprego — PSE*) que foi estendida até 31.12.2018 (arts. 1º, 2º, 6º, I, e 11 da Lei n. 13.189/15, conforme redação efetivada pela MPr. n. 761/16). A MPr. n. 761/16 foi convertida na Lei n. 13.456/2017.

Garantia de emprego também recente foi lançada pela Lei n. 13.467/2017 (vigência desde 11.11.2017), dirigida aos trabalhadores eleitos integrantes das comissões de representação de empregados em empresas com mais de 200 empregados (novo Título IV-A da CLT, composto pelos arts. 510-A a 510-E). Cada um desses representantes obreiros, com mandatos de um ano, terá garantia de emprego similar à do cipeiro (art. 510-D, *caput* e § 3º da CLT, conforme Lei n. 13.467/2017). Desse modo, “não poderá sofrer dispensa arbitrária, entendendo-se como tal a que não se fundar em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro” (§ 3º do art. 510-D da CLT).

Finalmente, a jurisprudência inferiu da ordem jurídica (Constituição da República e Convenções ns. 111 e 117 da OIT), em cotejo com a realidade fática do mercado de trabalho, a presunção de dispensa discriminatória de empregado portador de doença grave “que suscite estigma ou preconceito” (Súmula 443,

TST). Embora não se trate de efetiva garantia de emprego, a simples existência dessa presunção agrega proteções ao emprego do trabalhador focado por semelhante tutela jurídica uma vez que pode ensejar a nulidade da dispensa e correspondente reintegração ou indenização compatível.

V. ESTABILIDADE E GARANTIAS DE EMPREGO: CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DA DISPENSA IRREGULAR

A concretização da dispensa sem justa causa pelo empregador, em quadro de vedação decorrente de qualquer das três proteções acima examinadas, compromete a validade do ato empresarial. Nulo o ato, determina o Direito que as partes retornem ao *status quo ante*, sem reconhecimento de repercussões ao ato jurídico viciado.

A jurisprudência, contudo, nem sempre tem considerado aplicável o remédio jurídico pleno da reintegração ao emprego do trabalhador irregularmente dispensado. Há que ser diferenciados, assim, os efeitos da dispensa irregular.

Existem algumas situações tuteladas pela ordem jurídica a respeito das quais é pacífica, na jurisprudência, a pertinência da reintegração ao emprego do trabalhador dispensado. Trata-se das situações contratuais protegidas por *estabilidade*. Seja a antiga proteção oriunda do art. 492 da CLT (hoje, rara, na prática, conforme visto), sejam as situações de estabilidade asseguradas pela Constituição de 1988, a todas aplica-se a regra do art. 495 da CLT, que se refere à reintegração, seguida do pagamento das verbas contratuais relativas ao período de irregular afastamento (por analogia, nos casos tutelados pela Constituição).

Está também pacificado que a dispensa irregular do dirigente sindical, sem comprovação judicial da falta grave autorizadora da resolução do contrato (e não a mera rescisão), enseja a reintegração ao emprego, nos mesmos moldes acima (Súmula 197, STF; Súmula 379, TST; ex-OJ 114, SDI-I/TST).

Note-se que, nestes casos ora citados, o procedimento de ruptura contratual por ato do empregador é formal, submetendo-se à ação de inquérito para apuração da falta grave.

Registre-se que a Lei n. 5.764/71 estende as mesmas “*garantias asseguradas aos dirigentes sindicais*” aos empregados eleitos diretores de sociedades cooperativas por eles criadas (art. 55). Embora a situação fática não seja comum na jurisprudência, deve-se inferir que o critério pacificado quanto aos sindicalistas (reintegração) também se aplica ao presente caso (Súmula 197, STF; art. 543, CLT; ex-OJ 114 e OJ 253, SDI-I/TST).

As garantias de emprego que tutelam também a noção e a prática da *representação comunitária* (como a dos dirigentes, titulares e suplentes, da representação obreira nas CIPAs, a dos empregados eleitos componentes das comissões de representação de empregados — instituto recém-introduzido nos

arts. 510-A a 510-D da CLT —, a par dos representantes dos empregados, titulares e suplentes, no Conselho Nacional de Previdência Social) também deveriam resultar na reintegração, inegavelmente, caso desrespeitadas pelo empregador. É que solução jurídica distinta (indenização pelo período restante, por exemplo) frustraria não só a tutela dirigida ao empregado, individualmente, como aquela que favorece a própria representação comunitária, que ficaria absolutamente comprometida.

Do mesmo modo, as garantias de emprego vinculadas, direta ou indiretamente, à saúde do trabalhador ou da obreira deveriam ensejar a solução jurídica da *reintegração* (citem-se, ilustrativamente, a estabilidade provisória do art. 118 da Lei n. 8.213/91, as demais garantias da Lei n. 8.213, acima especificadas, além da garantia-gestante). É que tais proteções jurídicas associam-se a uma política de saúde pública e de previdência social, sendo que a eventual desvinculação do indivíduo do emprego pode comprometer sua inserção no sistema previdenciário, afetando os objetivos amplos perseguidos por tais garantias jurídicas criadas pelo Direito.

Não obstante tais argumentos, parte da jurisprudência tendia a rejeitar o critério da reintegração, pelo menos com respeito à empregada gestante. Com suporte no antigo Enunciado 244 do TST, entendia cabível somente o pagamento do respectivo período de frustração estabilitária. Tal interpretação, construída no início da década de 1980, não se ajustava ao exato sentido do art. 10, II, “b”, do ADCT da Constituição de 5.10.1988. Felizmente foi superada pela nova redação conferida à Súmula n. 244 pelas Resoluções do TST n. 121/2003 e n. 129/2005. Para o novo texto sumular, a garantia de emprego à gestante autoriza a reintegração “se esta se der durante o período de estabilidade” (Súmula n. 244, *ab initio*). Apenas se já estiver vencido o lapso temporal estabilitário é que “a garantia restringe-se aos salários e demais direitos correspondentes ao período de estabilidade” (Súmula n. 244, *in fine*).

Recentemente a jurisprudência pacificou nova hipótese de reintegração: a concernente à despedida discriminatória de empregado portador de doença grave que “suscite estigma ou preconceito”. A Súmula 443 do TST, editada em setembro de 2012, ao presumir a discriminação nesses casos de dispensa arbitrária (presunção *juris tantum*, é claro), reconhece a invalidade do ato, de maneira a ensejar o direito do empregado à reintegração no emprego⁽²⁸⁾.

É evidente que existem situações em que a reintegração não prevalece. A CLT já previa uma delas, tratando do antigo estável: se a reintegração fosse *desaconselhável*, em virtude da incompatibilidade formada entre as partes,

(28) A tutela antidiscriminatória inferida pela nova súmula tem suporte na Constituição da República: Preâmbulo (que fala em *sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos*); art. 1º, III (que fala em *dignidade da pessoa humana*); art. 3º, IV (que fala em *promover o bem de todos, sem preconceitos ... e quaisquer outras formas de discriminação*). Há o suporte também das Convenções 111 e 117 da OIT, ambas ratificadas pelo Brasil.

caberia sua conversão na respectiva indenização compensatória (art. 496, CLT). Não existe óbice à interpretação analógica desse preceito para casos similares, que envolvam as estabilidades temporárias.

Uma segunda situação ocorre quando o período de *estabilidade provisória* já estiver exaurido à data da sentença: neste caso, a reintegração deixaria de prevalecer, cabendo apenas o pagamento das verbas contratuais, a título indenizatório, desde a irregular dispensa até o termo final do “período estabilizatório” (nesta linha, ver Súmula n. 396, I, TST, e ex-OJ n. 116, SDI-I/TST).

Outra situação que torna inviável, do ponto de vista fático, a reintegração, é a derivada da extinção do estabelecimento ou da empresa. A CLT, tratando do estável decenal, determinava, em tais casos, o pagamento da correspondente indenização, calculada em dobro (art. 498, CLT). A Constituição, regulando a estabilidade do art. 41, assegura, em casos semelhantes, a disponibilidade remunerada do servidor atingido (§§ 2º e 3º do art. 41, CF/88). Parece claro, portanto, caber também, regra geral, a correspondente indenização no tocante aos empregados protegidos por estabilidades provisórias, embora se possa afirmar que, sem dúvida, fica prejudicada, no restante, a referida proteção e seu resultado jurídico máximo, a reintegração⁽²⁹⁾.

Qual o valor da presente indenização reparatória, quanto ao dirigente sindical, ao dirigente de CIPA⁽³⁰⁾, ao empregado eleito componente da comissão de representação de empregados recém-regulada pelos novos arts. 510-A/510-E da CLT e, por fim, ao empregado eleito diretor de cooperativas de empregados e ao representante obreiro no Conselho Nacional de Previdência Social, cujos períodos de garantias provisórias são semelhantes?

A respeito desses empregados especialmente protegidos, três posições podem ser ressaltadas. Uma, apontando o pagamento, a título indenizatório, das verbas contratuais devidas até *final de garantia de emprego*, isto é, um ano após o término previsto para o mandato, por aplicação analógica dos arts. 497 e 498 da CLT (preceitos referentes ao estável celetista). Tais valores seriam pagos sem a dobra prevista nos dispositivos da CLT, uma vez que regra punitiva (dobra) não se estende no Direito, nem é passível de aplicação analógica. Trata-se, pois, da *indenização simples* pelo restante do período de garantia de emprego.

Uma segunda interpretação reduz a verba indenizatória somente ao *período remanescente do mandato obreiro*. Para ela, a frustração do papel social e profissional do dirigente (seu papel representativo, pois) abrangeria, na prática, apenas o período real de seu mandato, descabendo estender-se a indenização até o ano seguinte de garantia.

(29) A respeito, ver Súmula 369, IV, TST, e ex-OJ 86, SDI-I/TST.

(30) No tocante ao dirigente obreiro eleito de Comissões Internas de Prevenção de Acidentes, consultar item destacado logo à frente (“Peculiaridade do Dirigente de CIPA”), em vista da existência de outra possibilidade interpretativa importante.

A terceira linha de interpretação elimina qualquer repercussão indenizatória quanto à situação em exame, vislumbrando a incidência apenas das verbas da dispensa injusta (aviso-prévio, etc.). Esta vertente, entretanto, conforme já exposto anteriormente neste Curso, não parece consistente com o conjunto da ordem jurídica: ora, se a extinção da atividade resulta do exercício do poder diretivo empresarial (e isso é reconhecido pela jurisprudência: ver, a propósito, a Súmula n. 44 do TST), o ato potestativo do empregador deveria responder pela frustração de garantias trabalhistas em curso, como ocorre, afinal, em qualquer situação de afronta a direitos e garantias na sociedade contemporânea (art. 159, CCB/1916; arts. 186 e 927, CCB/2002). Ou seja, deveria provocar, pelo menos, a *indenização simples pelo período remanescente do mandato obreiro*, isto é, o período em que, em virtude do ato unilateral do empregador, se frustrou o papel social e representativo do dirigente.

No que tange aos *demais empregados revestidos de garantia de emprego* (gestante e acidentado, por exemplo), não pode haver dúvida razoável de que também fazem jus à indenização pelo período de frustração de sua estabilidade provisória. A propósito, conforme já foi enfatizado neste Curso, no que diz respeito aos trabalhadores cujas garantias de emprego tenham *causa* essencialmente *personalíssima*, e não comunitária (casos da gestante e do acidentado do trabalho, por exemplo, em contraponto ao cipeiro, ao diretor de cooperativa e ao dirigente sindical), não pode subsistir qualquer mínima dúvida de que a extinção do estabelecimento ou da empresa deverá provocar, sim, a incidência da *indenização simples pelo período remanescente da garantia de emprego*. Ou seja, indenização por um ano desde o retorno ao labor, no caso do acidentado, e cinco meses após o parto, no caso da gestante, o que corresponde ao exato período de frustração da vantagem trabalhista obreira pelo ato unilateral do empregador.

Peculiaridade do Dirigente de CIPA — O dirigente, titular ou suplente, de Comissão Interna de Prevenção de Acidente está submetido a certa peculiaridade no que diz respeito à sua estabilidade provisória, conforme já foi examinado neste Curso. Esta peculiaridade manifesta-se claramente nos casos de extinção do contrato em face da extinção do estabelecimento onde exerce sua representação cipeira.

É cabível, realmente, falar-se em indenização pelo período estável restante em contraponto a tal fator extintivo?

Ao contrário, parece consistente insistir-se na negativa indenizatória, no presente caso, prevalecendo as simples verbas rescisórias da dispensa sem justa causa.

Conforme já visto no item IV.1.B do presente Capítulo, o art. 10, II, “a”, do ADCT da Constituição confere estabilidade provisória ao dirigente eleito da CIPA, protegendo-o da “*dispensa arbitrária ou sem justa causa*”. O Texto Máximo não lhe veda a dispensa “*salvo se cometer falta grave nos termos*

da lei", o que significa que lhe outorga garantia com relativa especificidade, se comparada à do dirigente de sindicatos.

No caso desses trabalhadores, existe regra infraconstitucional tipificando o que seja despedida arbitrária. O art. 165, *caput*, da CLT, entende como tal a dispensa "que não se fundar em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro". Conforme explanado, trata-se da dispensa fundada em *motivo relevante*.

É claro que este motivo pode ser *disciplinar*, como ocorre com a *dispensa por justa causa*, tipificada na CLT, e enquadrada como *resolução contratual*. Porém, tal motivo pode ser ainda de caráter técnico, econômico ou financeiro, segundo a Consolidação, casos em que a dispensa enquadra-se como *resilição do contrato de trabalho* (resilição motivada, é claro). Na resilição motivada cabem, é certo, todas as verbas da dispensa sem justa causa (aviso-prévio, 13º salário proporcional, férias proporcionais com 1/3, saque do FGTS com 40%, emissão de guias para recebimento do seguro-desemprego, por exemplo). Mas não haveria como falar-se na indenização pelo período restante de mandato cipista, uma vez que o estabelecimento onde se exercia a representação foi extinto, levando à dispensa por motivos técnicos, econômicos e financeiros relevantes. Trata-se de dispensa não arbitrária, portanto.

Conforme já foi exposto, a extinção do estabelecimento, inviabilizando a própria ação fiscalizatória e educativa do dirigente da CIPA, pode configurar, a um só tempo, motivo técnico, econômico e financeiro a fundamentar a dispensa desse representante trabalhista. Se assim entender-se, não caberia o pagamento da indenização pela frustração do restante do período estável: é que, afinal, a vedação da Constituição não diz respeito apenas à dispensa sem justa causa, mas também à despedida meramente arbitrária.

Pontue-se que essa peculiaridade com respeito ao empregado eleito dirigente da CIPA também se aplica ao empregado eleito integrante da comissão de representação de empregados recém-criada pela Lei n. 13.467/2017 e regulada, desde então, pelos novos arts. 510-A a 510-E da Consolidação. É que a similitude entre as duas situações é bastante grande: trabalhador eleito para compor entidade de representação comunitária; garantia de emprego que abrange a simples vedação de dispensa arbitrária; permissivo legal para a dispensa fundada em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro.

Reitere-se, entretanto, que esta particularidade quanto ao empregado eleito dirigente da CIPA (e aos empregados eleitos integrantes da comissão de representação dos empregados referida pelo novo Título IV-A da CLT) não se estende aos demais empregados com garantia de emprego, uma vez que os diplomas instituidores de suas garantias não se referem à noção de *dispensa arbitrária* (dirigente sindical, trabalhador acidentado, empregado diretor de cooperativa de obreiros, etc.).

Mesmo com respeito à *mulher gestante*, não tem a jurisprudência considerado relevante, na prática, a diferenciação constitucional (embora o art. 10, II, do ADCT da Constituição, mencione também para ela a expressão *dispensa arbitrária*). É que não há preceito legal que tipifique, no Brasil, o que seja a despedida meramente arbitrária — excetuado o caso do dirigente de CIPA, já examinado. A ordem jurídica do país recusou a tipificação genérica feita pela Convenção 158 da OIT, ao fundamento de que o art. 7º, I, do Texto Máximo, que também menciona a expressão *despedida arbitrária*, ainda não possui eficácia jurídica. Logo, no tocante à gestante, será válida apenas sua dispensa por justa causa.

VI. INDENIZAÇÕES POR TEMPO DE SERVIÇO OU RUPTURA CONTRATUAL

À medida que o Direito do Trabalho contingencia a extinção contratual, em cumprimento ao princípio da continuidade da relação de emprego, é natural e compreensível que ele tenda a criar distintas indenizações cabíveis para o instante da terminação do contrato de trabalho. Supõe o ramo trabalhista que a extinção do contrato traduza um dano para o empregado — suposição que a prática do mercado laborativo tem sufragado ao longo do tempo. Em decorrência desse dano presumido, diferenciadas indenizações rescisórias foram sendo instituídas pelo ramo jurídico especializado para o enfrentamento da extinção contratual.

A mais notável de tais indenizações, própria aos contratos de duração indeterminada, era a estipulada pelo *caput* dos arts. 477 e 478 da CLT, regra que vigorou até o advento da Constituição de 1988. A seu lado, entretanto, outras indenizações rescisórias existiam na CLT, inerentes aos contratos a termo (arts. 479 e 480, CLT), as quais não foram afetadas pelo advento da Constituição de 1988.

De par com essas figuras mais conhecidas, há também a indenização do art. 9º das Leis ns. 6.708/79 e 7.238/84, cuja permanência tem sido firmemente acatada pela jurisprudência.

1. Antiga Indenização Rescisória e por Tempo de Serviço

A Consolidação das Leis do Trabalho, como visto, estipulava um sistema de proteção ao tempo de serviço e ao contrato de trabalho que combinava dois institutos: a indenização por tempo de serviço e, em seguida, a estabilidade no emprego.

A referida indenização (assim como a estabilidade) era inerente aos *contratos de duração indeterminada*, regulando-se pelo *caput* dos artigos 477 e 478 da CLT. Era calculada à base de “um mês de remuneração por ano de

efetivo serviço, ou ano e fração igual ou superior a seis meses” (art. 478, *caput*, CLT). Caso favorecesse o empregado estável, seja por ter havido extinção do estabelecimento ou da empresa, seja por não ser recomendável a reintegração de tal empregado injustamente despedido, o valor indenizatório pertinente seria pago em dobro (arts. 498 e 496, CLT). Sendo a dispensa considerada obstativa (em geral, aquela ocorrida no nono ano de serviço: antigo Enunciado 26, TST), a indenização também seria paga em dobro (art. 499, § 3º, CLT).

A indenização por tempo de serviço e rescisória era devida ao obreiro desde que seu contrato de duração indeterminada já tivesse *completado um ano* (art. 478, *caput*, e § 1º, CLT) e desde que o obreiro não tivesse “dado motivo para cessação das relações de trabalho” (antigo *caput* do art. 477 da CLT). A jurisprudência amplamente dominante, à época, contudo, entendia que o pagamento da indenização ocorria apenas nos casos de dispensa sem justa causa, de rescisão indireta, de término contratual por extinção do estabelecimento, ainda que por força maior (neste último caso, o valor seria reduzido à metade), além dos casos de dispensa do estável, não sendo possível ou aconselhável a reintegração.

Não caberia pagamento da parcela caso o contrato de duração indeterminada fosse inferior a um ano. Também não caberia a indenização em diversas outras situações de término contratual: pedido de demissão pelo empregado, extinção contratual em decorrência de sua aposentadoria voluntária, ou por seu falecimento⁽³¹⁾.

No período de vigência dessa indenização (até 5.10.1988, data da Constituição), era inconciliável o debate acerca de sua *natureza jurídica*. Sumarizando tal controvérsia, por meio da brilhante síntese feita por um dos mais clássicos juslaboristas brasileiros da época, *Délio Maranhão*⁽³²⁾, pode-se apontar algumas das principais teorias explicativas.

A primeira, do *abuso do direito*, considerada de origem francesa⁽³³⁾. Esta, contudo, não se adequaria com perfeição à ordem jurídica do Brasil, por ser devida a indenização mesmo em caso de extinção do contrato em virtude de extinção do estabelecimento derivada de fator de *força maior* (causa específica que eliminaria a ideia de abuso).

A segunda teoria seria a do *risco criado pelo empreendimento empresarial*, apto a gerar *responsabilidade objetiva do empregador*. Embora possa

(31) Como se sabe, em 2006, o STF decidiu não ser a *aposentadoria voluntária* fator de extinção do contrato de trabalho (ADIN 1.721-3, julgada em outubro/06). Entretanto, durante o período de vigência da indenização rescisória celetista, *antes da Constituição de 1988*, prevalecia a interpretação extintiva, com o não pagamento de tal indenização.

(32) Está-se valendo, desde agora, do excelente texto de Délio Maranhão sobre o tema, em sua obra *Direito do Trabalho*. 14. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1987, p. 229-233.

(33) Conforme MAGANO, Octavio Bueno. *Manual de Direito do Trabalho*. v. II, 2. ed. São Paulo: LTr, p. 299.

ser extraída da velha fórmula jurídica *ubi emolumentum, ibi onus* (quem tem as vantagens contratuais e do empreendimento, como o empregador, terá, necessariamente, seus encargos e riscos), a teorização tinha suporte em elaborações atribuídas a *Duguit*, tendo ainda prestígio na jurisprudência alemã. *Délio Maranhão* rejeita tal teoria, ao fundamento de que não há, na ruptura, prova de dano real; a par disso, a força maior situa-se *fora do espectro do risco*, e, mesmo assim, não elidiria o pagamento da parcela⁽³⁴⁾.

Outra teoria seria a do *salário diferido*. Atribuída a *Ernesto Krotoschin*, considerava que a indenização por tempo de serviço era parte do complexo salarial do obreiro, a lhe ser paga no instante rescisório⁽³⁵⁾. Embora *Délio Maranhão* entendesse ter a debatida parcela efetiva natureza salarial, divergia desta explicação teórica, uma vez que o empregado não faria jus à indenização caso causasse, ele próprio, a terminação do contrato⁽³⁶⁾.

A quarta teoria, do próprio *Délio Maranhão*, era a que enquadrava a figura celetista como *prêmio de colaboração*, de origem *legal*⁽³⁷⁾. Segundo o autor, o “direito a esta compensação, que se vai acumulando à proporção que os anos de serviço decorrem, o empregado o *perde* se der motivo à cessação do contrato. Um direito, portanto, subordinado a uma condição resolutiva: dar o empregado causa ao rompimento do contrato”⁽³⁸⁾.

Como se percebe, duas de tais teorias enquadravam a indenização por tempo de serviço, ou indenização-antiguidade, como verba efetivamente salarial, e não de caráter indenizatório. *Maranhão* chegou a afirmar que a natureza salarial de “*nosssa indenização-antiguidade*, a cujo pagamento faz o empregado jus até em caso de força maior, é de uma evidência que incomoda”⁽³⁹⁾.

A natureza salarial da verba estipulada pelo *caput* dos arts. 477 e 478 da CLT é, entretanto, de difícil acolhimento. Como lembra *Arion Sayão Romita*, citado por *Délio Maranhão* (é claro, com a discordância deste), a indenização-antiguidade era efetiva parcela indenizatória, sem caráter salarial, portanto⁽⁴⁰⁾. O caráter de indenização por dano era também acatado por *Octavio Bueno Magano*, que definia a parcela como “a satisfação do dano no caso de rescisão injustificada do contrato de trabalho”⁽⁴¹⁾. Outro clássico adepto da teoria do dano é o jurista *Mozart Victor Russomano*⁽⁴²⁾.

(34) MARANHÃO, Délio. *Direito do Trabalho*. 14. ed. cit., p. 229.

(35) Conforme MAGANO. *Manual de Direito do Trabalho*. v. II, 2. ed. São Paulo: LTr, 1986, p. 295.

(36) *Loc. cit.*

(37) MARANHÃO, Délio, *ob. cit.*, p. 229-230.

(38) MARANHÃO, Délio, *ob. cit.*, p. 230; grifos no original.

(39) MARANHÃO, Délio, *ob. cit.*, p. 230; grifos no original.

(40) In Délio MARANHÃO, *ob. cit.*, p. 231.

(41) MAGANO, Octavio Bueno. *Manual de Direito do Trabalho*. V. II, 2. ed. São Paulo: LTr, 1986, p. 294.

(42) RUSSOMANO, Mozart Victor. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. v. II, 2. ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1953, p. 671.

Na verdade, a indenização celetista por tempo de serviço e rescisão contratual tratava-se de *parcela com caráter de ressarcimento do dano presumido sofrido pelo empregado, em virtude da perda do emprego, cujo montante era estimado de modo objetivo e impessoal pela ordem jurídica, a partir de seu tempo de serviço*. A verba era devida, ainda que pela metade, mesmo em casos de rupturas provocadas por força maior, isso *em decorrência da alteridade inerente aos contratos empregatícios*. A indenização não seria, porém, devida, nos casos em que *a terminação do contrato resultasse de ato ou fato atribuível ao empregado*, como seu pedido de demissão, sua aposentadoria voluntária e, até mesmo, sua morte.

A Constituição de 1988, como se viu, revogou (fenômeno da não recepção), desde sua vigência, a referida parcela indenizatória, assim como o conexo instituto da estabilidade no emprego, também regulado pelo tradicional texto da CLT.

2. Outras Indenizações Rescisórias

Existem outras indenizações rescisórias previstas pelo Direito do Trabalho brasileiro, mesmo considerada a supressão da antiga *indenização-antiguidade* regida pela Consolidação das Leis do Trabalho.

A) Indenizações Rescisórias em Contratos a Termo — Duas dessas indenizações ainda existentes referem-se a *contratos a termo*: trata-se daquelas reguladas pelos artigos 479 e 480 da CLT, já referidas no Capítulo XVI, item V. 6, do presente Curso. Passemos a seu simples resumo neste instante.

A primeira dessas indenizações é devida nos casos em que antecipe o empregador a dispensa do obreiro, *em contratos a prazo sem cláusula assecuratória do direito recíproco de rescisão antecipada*. Além das demais verbas rescisórias pertinentes (levantamento de depósitos de FGTS, com 40%; 13º salário proporcional; férias proporcionais com 1/3), desponta a indenização prevista no art. 479, da CLT, cujo valor corresponde à metade dos salários que seriam devidos pelo período restante do contrato.

Relembre-se de que há entendimentos favoráveis à compensação desses 40% com a indenização do art. 479, por atenderem as duas parcelas à mesma causa e objetivos jurídicos, ou seja, a reparação pela dispensa imprevista. Esta interpretação não está respaldada no Regulamento Normativo do Fundo de Garantia, que determina, ao revés, o pagamento, nos contratos a termo, dos 40% sobre o Fundo em situações de dispensa antecipada por ato empresarial, e dos 20% de acréscimo em situações de dispensa antecipada por culpa recíproca (arts. 14 e 9º, §§ 1º e 2º, Decreto n. 99.684, de 1990).

Ressalte-se, de todo modo, estar pacificada na jurisprudência, já desde antes da Constituição de 1988, a compreensão de que os depósitos mensais

do Fundo de Garantia não poderiam ser compensados com a indenização do art. 479, CLT, por atenderem a objetivos distintos (Súmula 125, TST).

A segunda dessas indenizações é devida nos casos em que antecipe o próprio empregado o término do contrato, *em pactos a prazo sem cláusula assecuratória do direito recíproco de rescisão antecipada*. Conforme visto, neste caso, as únicas parcelas rescisórias sempre devidas ao trabalhador serão o 13º salário proporcional e as férias proporcionais com 1/3 (estas, mesmo em contratos inferiores a 12 meses — nova redação da Súmula 261, repercutindo a Convenção 132 da OIT). Não se prevê, por fim, neste caso, o saque do FGTS pelo empregado.

A indenização prevista é estipulada em benefício do empregador, que pode ter sido prejudicado com a ruptura. Assim, dispõe a CLT que a denúncia vazia do contrato obrigará o obreiro a “indenizar o empregador dos prejuízos que desse fato lhe resultarem” (art. 480, *caput*). Tal indenização não poderá suplantar “àquela a que teria direito o empregado em idênticas condições” (parágrafo único do art. 480 combinado com art. 479, CLT).

Aduza-se, por fim, que, tratando-se de pacto a termo que contenha cláusula assecuratória do direito recíproco de rescisão, as regras referentes ao término contratual e parcelas rescisórias serão aquelas próprias aos contratos de duração indeterminada, caso alguma das partes acione a referida cláusula (art. 481, CLT). Não há, pois, que se falar mais em aplicação das duas indenizações aqui examinadas⁽⁴³⁾.

B) Indenização por Dispensa Injusta no Trintídio Anterior à Data-base — A jurisprudência tem considerado vigorante no Direito brasileiro também a indenização do art. 9º das Leis ns. 6.708/79 e 7.238/84. É o que deflui da leitura das Súmulas 182, 242 e 314 do Tribunal Superior do Trabalho.

Tal parcela é devida somente se a dispensa, *considerada a projeção do aviso-prévio no contrato* (Súm. 182), tiver ocorrido nos trinta dias anteriores à data-base do obreiro. Ilustrativamente, despedida comunicada em 16.8.2001 (termo inicial do aviso) ensejará a indenização referida, se a data-base estiver fixada no mês de outubro (1º.10.2001): é que o contrato se expirou dentro do trintídio anterior à data-base (em meados de setembro), uma vez que se deve computar a projeção do pré-aviso.

Note-se que, incidindo a proporcionalidade do aviso quanto a certo empregado (Lei n. 12.506/2011), tal lapso também será considerado para cálculo do trintídio anterior à data-base, em conformidade com o critério da Súmula 182 do TST.

(43) Para análise dessa outra modalidade rescisória nos contratos a termo, segundo as regras dos contratos de duração indeterminada, retornar ao Capítulo XXVIII, item VI.B, do presente Curso.

A presente indenização visa compensar a perda potencial pela não inserção do obreiro nas vantagens do novo ACT ou CCT. Trata-se, como se percebe, de uma perda suposta pela ordem jurídica, dado que, na prática, nenhum ganho real pode ser, de fato, alcançado.

O montante da indenização examinada corresponde “ao salário mensal, no valor devido à data da comunicação do despedimento, integrado pelos adicionais legais ou convencionais, ligados à unidade de tempo mês, não sendo computável a gratificação natalina” (Súm. 242).

VII. FUNDO DE GARANTIA DO TEMPO DE SERVIÇO

O Fundo de Garantia do Tempo de Serviço consiste em *recolhimentos pecuniários mensais, em conta bancária vinculada em nome do trabalhador, conforme parâmetro de cálculo estipulado legalmente, podendo ser sacado pelo obreiro em situações tipificadas pela ordem jurídica, sem prejuízo de acréscimo percentual condicionado ao tipo de rescisão de seu contrato laborativo, formando, porém, o conjunto global e indiferenciado de depósitos um fundo social de destinação legalmente especificada.*

Criado pela Lei n. 5.107, de 1966 — inicialmente como *sistema alternativo* ao indenizatório e estabilizatório da CLT —, o FGTS submetia-se a uma *opção escrita* por parte do trabalhador, no início do contrato laborativo. A nova lei facultava também a realização de *opção retroativa* ao longo do contrato ainda não inserido no sistema do Fundo de Garantia.

Disponha o novo diploma legal que, mesmo nos contratos não favorecidos por *opção escrita* ou *retroativa*, era obrigatório o recolhimento bancário, pelo empregador, do montante equivalente ao respectivo Fundo de Garantia, embora tal montante não fosse, ainda, de propriedade do empregado (e talvez jamais viesse a ser, se este não exercitasse a opção retroativa). Essa ladina sistemática legal de incentivo e instigação à adesão ao FGTS, tornou tal instituto a regra geral do mercado de trabalho do País, pouco tempo após sua implantação efetiva em janeiro de 1967.

A Constituição de 1988 eliminou a necessidade da opção formal pelo FGTS, generalizando o sistema para o mercado empregatício brasileiro, quer urbano, quer rural (art. 7º, III, CF/88). Manteve apenas o empregado doméstico afastado do referido sistema (a inserção *voluntária* do doméstico no Fundo de Garantia somente se viabilizou mais de doze anos depois, mediante a MP n. 1.986, de 13.12.1999, e Lei de Conversão n. 10.208, de 23.3.2001; pelo Decreto n. 3.361, de 10.2.2000, a efetiva inscrição somente poderia ser efetivada a contar de março de 2000).

Logo após as alterações constitucionais, elaboraram-se novos diplomas legais regentes do Fundo de Garantia: em primeiro lugar, a Lei n. 7.839, de

1989, que revogou a de n. 5.107/66; contudo, foi logo substituída por novo diploma, a hoje vigorante Lei n. 8.036, de 1990.

1. Características do FGTS

O Fundo de Garantia é um instituto jurídico complexo, de caráter multidimensional. Uma de suas mais importantes dimensões — senão a principal — é, sem dúvida, a trabalhista, que é, inclusive, expressamente reconhecida pela Constituição (art. 7º, III, CF/88).

Grande parte de suas mais significativas características são de natureza trabalhista, sem dúvida. Contudo, nem todas elas têm essa estrita natureza: é que o FGTS tornou-se no País um dos mais importantes *fundos sociais de destinação variada*, com notável impacto público.⁽⁴⁴⁾

No segmento abaixo, algumas dessas relevantes características e regras, juslaborativas ou não, serão apresentadas.

A) Recolhimentos de FGTS — O instituto é formado por *recolhimentos pecuniários mensais, efetivados pelo empregador em conta bancária vinculada em nome do trabalhador, em conformidade com parâmetro de cálculo estipulado legalmente*.

Tais recolhimentos são, regra geral, *imperativos*. Há, porém, duas exceções a essa imperatividade: a primeira, de natureza trabalhista, dizia respeito aos contratos domésticos (esta exceção desapareceu a contar de 1º de outubro de 2015, conforme sistemática aprovada pela Lei Complementar n. 150/15); a outra exceção não ostenta sequer natureza trabalhista, pois se relaciona aos contratos civis pactuados por *diretores não empregados*, conforme permissivo aberto pela Lei n. 6.919/1981, que autoriza a realização voluntária de depósitos em benefício desses diretores. Excluídas estas duas restritas exceções (a relativa aos empregados domésticos, inclusive, já desapareceu, como dito), a *compulsoriedade* dos depósitos fundiários sempre preponderou, mesmo quando o respectivo empregado não tivesse feito, antes de 5.10.1988, sua opção formal pelo sistema do Fundo de Garantia (situação verificada, como se viu, apenas no período anterior à Constituição de 1988, quando o FGTS era regulado pela Lei n. 5.107/66).⁽⁴⁵⁾

(44) A Lei da Reforma Trabalhista (n. 13.467), vigorante desde 11.11.2017, procurou debilitar o FGTS como um dos mais importantes fundos sociais de destinação variada existentes no País. De um lado, alargou o número de parcelas indenizatórias a serem pagas no contrato de trabalho, em contraponto ao robusto complexo salarial inerente a esse contrato (com isso, diminuindo a base de cálculo para os recolhimentos mensais do FGTS); de outro lado, eliminou a vinculação dos depósitos recursais nos processos trabalhistas com as contas vinculadas de FGTS, permitindo que tais depósitos se façam simplesmente em conta vinculada ao juízo (novo § 4º do art. 899 da CLT, conforme Lei n. 13.467/2017).

(45) Os empregados domésticos constituíram exceção por largo período, uma vez que não tiveram sequer acesso ao Fundo de Garantia por mais de três décadas em seguida à instituição do

Esses recolhimentos pecuniários constitutivos do FGTS são feitos em conta bancária vinculada em nome do trabalhador. Inicialmente, tal conta podia ser aberta em distintos bancos do País, “dentre os para tanto autorizados pelo Banco Central do Brasil”, conforme regulação feita pela antiga Lei n. 5.107, de 1966 (art. 2º, parágrafo único). Desde o início da década de 1990, verifica-se plena concentração das contas vinculadas na Caixa Econômica Federal, que se tornou agente centralizador e operador do FGTS (arts. 4º, 7º, 11 e 12, ilustrativamente, da Lei n. 8.036, de 1990).

Os depósitos do Fundo são corrigidos monetariamente, além de capitalizarem “juros de três por cento ao ano” (art. 13, *caput*, Lei n. 8.036/90).⁽⁴⁶⁾

O parâmetro de cômputo do FGTS corresponde a 8% do complexo salarial mensal do obreiro, a par da média de gorjetas habitualmente recebidas, se houver. A parcela incide também sobre o período contratual resultante da projeção do aviso-prévio, respeitada a base de cálculo referida (Súmula 305, TST). Incide, ademais, a verba sobre o 13º salário.

Tal parâmetro de cálculo do Fundo de Garantia resulta do disposto no art. 15, *caput*, da Lei n. 8.036/90, que se refere às “parcelas de que tratam os arts. 457 e 458 da CLT”, a par do 13º salário. No rol destas parcelas, além de figuras estritamente salariais, existem também as gorjetas. Ressalta-se que o percentual do FGTS do aprendiz é inferior: 2% (art. 15, § 7º, Lei n. 8.036/90, conforme Lei n. 10.097/2000).

A Lei Complementar n. 110, de 29.6.2001, criou, pelo prazo de 60 meses, uma contribuição social no importe de “cinco décimos por cento sobre a remuneração devida” (art. 2º, LC n. 110/2001), a qual se acresce aos 8% mensais já recolhidos em favor do obreiro. Noutras palavras, o recolhimento mensal feito pelo empregador passa a 8,5%, embora esse ½ por cento adicional seja recolhido a título de estrita contribuição social, e não direito trabalhista. Em

FGTS (Lei n. 5.107/1966). Somente a partir de *março do ano 2000*, com a regulamentação, por Decreto, da MPr. n. 1986/1999, e MPrs. subsequentes (Lei de conversão n. 10.208/2001), é que esses empregados puderam ser inscritos no sistema do Fundo, mas apenas de modo *opcional*, a critério estritamente voluntário de cada respectivo empregador. O caráter opcional, voluntário, dessa inserção no sistema fundiário perdurou até 01.10.2015, quando, por força da Lei Complementar n. 150/2015, e em cumprimento a comando oriundo da Emenda Constitucional n. 72/2013, tornou-se obrigatória a inscrição do empregado doméstico no FGTS. A data de início da efetiva obrigatoriedade foi 1º de outubro de 2015, quando se organizou o denominado *Simples Doméstico*, instituído pela LC n. 150 (*eSocial Doméstico*).

(46) A MPr. n. 763, de 22.12.2016, alterando o art. 13 da Lei n. 8.036/90, determinou, a partir do exercício de 2016, com crédito no ano seguinte ao de cálculo da vantagem (crédito em 2017 e anos subsequentes, portanto), a distribuição nas contas vinculadas dos trabalhadores de parte do resultado positivo auferido pelo FGTS (50% do resultado do exercício precedente ao do crédito, após a dedução determinada pelo § 6º do art. 13), como forma de compensar o titular da conta pela notória baixa remuneração financeira do Fundo de Garantia. Esta diferença anual creditada *não* comporá a base de cálculo da multa rescisória do FGTS (novo § 7º do art. 13).

síntese, trata-se de contribuição social mensal, cujo credor não é, obviamente, o obreiro, mas o Estado (União), por meio da Caixa Econômica Federal⁽⁴⁷⁾.

B) Abrangência do FGTS — O Fundo de Garantia é *direito trabalhista*, que o empregador deve, *imperativamente*, desde a Constituição, *a todo empregado, urbano ou rural* (observe-se a exceção, já explicitada, quanto ao doméstico). Antes da CF/88, porém, o ingresso do empregado urbano no Fundo dependia de sua opção formal, por escrito; não havendo tal manifestação escrita, mantinha-se enquadrado o obreiro no tradicional sistema celetista de indenização por tempo de serviço e estabilidade no emprego.

A inserção do rurícola no sistema, por sua vez, iniciou-se apenas com a Constituição de 1988 (art. 7º, *caput*, e inciso III), cujos dispositivos, neste aspecto, foram regulados pela Lei n. 7.839, de 1989, e, finalmente, Lei n. 8.036, de 1990.

O Fundo de Garantia apresentava, desde março de 2000 (Decreto n. 3.361, de 10.2.2000), a natureza de *parcela voluntária* com relação a um único tipo de empregado, o doméstico. Este se manteve excluído do sistema mesmo com o advento da Constituição (art. 7º, parágrafo único, CF/88). Mas passou a poder ingressar no FGTS, por ato gracioso do empregador, a partir das alterações trazidas pela Medida Provisória n. 1.986, de 13.12.99, e Lei n. 10.208, de 23.3.2001 (o que se consumou apenas a partir de março de 2000). Por isso é que o doméstico se manteve, por longo tempo, como exceção, no que diz respeito à imperatividade do Fundo para o conjunto dos *empregados*. Com a publicação da Lei Complementar n. 150, ocorrida em 2.6.2015, fixou-se o começo da obrigatoriedade dos depósitos fundiários relativos aos domésticos para a data de organização do chamado *Simples Doméstico* — sistema oficial de recolhimento bancário das parcelas previdenciárias, fiscais e trabalhistas mensais domésticas (arts. 31 a 35, LC n. 150). Essa data se consumou em *1º de outubro de 2015*.

O Fundo de Garantia é *parcela voluntária* também com respeito a um tipo de profissional *que não é, tecnicamente, empregado*: os diretores de sociedades, sem vínculo empregatício (se se tratar de diretor dotado dos elementos fático-jurídicos da relação de emprego — portanto, empregado —, já se encontra, automaticamente, inserido no sistema do FGTS, é claro). Esse ingresso no sistema por ato gracioso do tomador de serviços já era autorizado desde a antiga Lei n. 6.919, de 1981, preceito que foi mantido pela ordem jurídica subsequente (hoje, arts. 16 e 15, § 4º, Lei n. 8.036/90).

(47) A contribuição social da Lei Complementar n. 110, de 29.6.2001, não se esgota no acréscimo mensal já citado: existe também a *contribuição social* de 10% sobre o total do FGTS, “devida pelos empregadores em caso de despedida de empregado sem justa causa” (art. 1º). Do mesmo modo, o credor dessa verba não é o empregado, mas o Estado (União), por meio da CEF. A primeira verba tributária *lato sensu* (contribuição social mensal) exauriu-se em janeiro de 2007; já a segunda contribuição social (10% adicionais sobre o saldo rescisório do FGTS) não ostenta prazo prefixado de vigência.

O Fundo de Garantia, finalmente, é *parcela imperativa* com relação a outro tipo de profissional que labora para seu tomador de serviços mas sem vínculo empregatício: trata-se do *trabalhador avulso* (art. 7º, XXXIV, CF/88).

C) Saque do FGTS e Acréscimo Rescisório — O Fundo de Garantia do Tempo de Serviço pode ser sacado por seu titular em inúmeras hipóteses legalmente tipificadas (arts. 18 a 21, Lei n. 8.036, de 1990). Do ponto de vista rigorosamente *trabalhista*, despontam com grande importância as hipóteses de saque vinculadas à *terminação do contrato de trabalho*, tais como, dispensa sem justa causa, rescisão indireta, ruptura por culpa recíproca, término contratual em face de extinção da empresa ou do estabelecimento, fim do contrato por morte do obreiro, etc. Contudo, deve ser ressaltada a existência de diversas outras hipóteses de saque do Fundo de Garantia, as quais não têm essa vinculação rescisória, podendo ocorrer, inclusive, durante o desenrolar do contrato de trabalho.

O FGTS não é, portanto, instituto trabalhista cuja fruição pelo obreiro seja absolutamente condicionada ao tipo de terminação do contrato de trabalho. A modalidade rescisória pode influir, sim, é claro, no tocante à viabilização ou não de certa hipótese específica de saque: por exemplo, nos pedidos demissionais e nas dispensas por justa causa, o empregado não pode levantar seu Fundo de Garantia, no contexto rescisório. Mas ele não perde a titularidade de seu patrimônio, nem perde a correção monetária e juros legais incidentes sobre o Fundo (a Lei n. 5.107/66 é que eliminava tais correção e juros, nos casos de dispensa por justa causa do trabalhador — regra que não mais prevalece).

Entretanto, aquilo que surge, sem dúvida, condicionado ao tipo de terminação do contrato de trabalho é o *acréscimo rescisório sobre o Fundo de Garantia*, tradicionalmente previsto pelas regras regentes do instituto. Se a dispensa for sem justa causa, ou se tratando de tipos de ruptura a esta equiparadas (como a extinção do estabelecimento, por exemplo), ou ainda, no caso de rescisão indireta, caberá o acréscimo de 40%. Em se tratando de ruptura contratual por culpa recíproca — se reconhecida pela Justiça do Trabalho —, o acréscimo rescisório será reduzido à metade: 20% (art. 18, § 2º, Lei n. 8.036/90). A Lei da Reforma Trabalhista introduziu nova hipótese rescisória — ruptura por acordo entre as partes (novo art. 484-A da CLT) — que também implica a redução pela metade (de 40% para 20%) do acréscimo rescisório sobre o Fundo⁽⁴⁸⁾.

(48) Para exame das mais importantes modalidades extintivas do contrato de trabalho, com as correspondentes verbas rescisórias aplicáveis, inclusive no tocante ao FGTS, retornar ao Capítulo XXVIII do presente Curso, em especial em seu item VI, “Efeitos da Extinção Contratual”. “Efeitos da Extinção Contratual”. De todo modo, esclareça-se que, no caso da recente fórmula de extinção contratual por acordo entre empregado e empregador (novo art. 484-A, CLT), o saque do FGTS, pelo trabalhador, abrangerá apenas 80% do “valor dos

Nos casos de extinção de contratos a prazo em seu termo final prefixado, ou de extinção contratual em virtude de aposentadoria voluntária do obreiro, por exemplo, o saque do Fundo é autorizado pela ordem jurídica, porém sem qualquer acréscimo rescisório específico⁽⁴⁹⁾.

Note-se que o acréscimo rescisório sobre o FGTS, quando pertinente, também será depositado na conta vinculada do trabalhador, em vez de ser pago, de modo direto, no acerto da rescisão (art. 18, § 1º, Lei n. 8.036/90, com redação da Lei n. 9.491, de 9.9.97). Esse acréscimo rescisório tomará em consideração a globalidade dos depósitos mensais, corrigidos monetariamente e enriquecidos de juros, independentemente da ocorrência de saques ao longo do contrato (OJ n. 42, I, e ex-OJ n. 107, SDI-I/TST).⁽⁵⁰⁾

A Lei n. 8.036/90 — que tem recebido incessantes modificações ao longo de seu período de vigência — prevê inúmeras hipóteses tipificadas de saque do Fundo de Garantia. Elas serão, a seguir, sucintamente arroladas, destacando-se, em primeiro plano, aquelas hipóteses que tenham direta e clara vinculação com a extinção do contrato de trabalho.

Trata-se, pois, de: “despedida sem justa causa, inclusive a indireta, de culpa recíproca e de força maior” (inciso I, art. 20, Lei n. 8.036/90); extinção do contrato de trabalho por acordo entre empregado e empregador, nos termos do novo art. 484-A da CLT (novo inciso I-A, art. 20, Lei n. 8.036/90, conforme Lei n. 13.467/2017); extinção total da empresa, fechamento de quaisquer de seus estabelecimentos, filiais ou agências, supressão de parte de suas atividades, declaração de nulidade do contrato de trabalho nas condições do art. 19-A, ou ainda falecimento do empregador individual sempre que qualquer dessas ocorrências implique rescisão de contrato de trabalho comprovada por declaração escrita da empresa, suprida, quando for o caso, por decisão judicial transitada em julgado” (inciso II, art. 20, Lei n. 8.036/90,

depósitos” (§ 1º do art. 484-A), cabendo-lhe também, como dito, apenas 20% de acréscimo rescisório sobre o saldo do FGTS (inciso I, “b”, do art. 484-A, CLT).

(49) Segundo o STF, como visto, a aposentadoria voluntária do empregado deixou de ser fator extintivo do contrato de trabalho (ADIN 1.721-3, julgada em 11.10.2006). O saque do FGTS neste instante, porém, sendo derivado de texto especial da Lei n. 8.036/1990, continua preservado, é claro.

(50) Portanto, os saques legais efetuados no curso do contrato não afetarão o saldo global da conta vinculada, para fins do cálculo do acréscimo rescisório (40% ou 20%, conforme o caso). A CEF já fornece, naturalmente, esse saldo global para fins rescisórios, sem deduzir os saques ocorridos na respectiva conta. Entretanto, atenção: o novo crédito a ser feito pelo sistema do FGTS na conta vinculada do titular, em conformidade com a MPr. n. 763, de 22.12.2016 (novos §§ 5º, 6º e 7º do art. 13 da Lei n. 8.036/90, após mudanças feitas pela MPr. n. 763), relativo à distribuição de parte do resultado positivo auferido pelo sistema do Fundo de Garantia, no exercício seguinte ao de referência da diferença — crédito que se iniciou em 2017 —, *não será computado para fins de multa rescisória* (novo § 7º do art. 13 da Lei n. 8.036/90).

conforme Medida Provisória n. 2.164-41, de 24.8.2001⁽⁵¹⁾; “aposentadoria concedida pela Previdência Social” (inciso III, art. 20, Lei n. 8.036/90); “falecimento do trabalhador, sendo o saldo pago a seus dependentes, para esse fim habilitados perante a Previdência Social, segundo o critério adotado para a concessão de pensões por morte. Na falta de dependentes, farão jus ao recebimento do saldo da conta vinculada os seus sucessores previstos na lei civil, indicados em alvará judicial, expedido a requerimento do interessado, independente de inventário ou arrolamento” (inciso IV, art. 20, Lei n. 8.036/90).

Ainda vinculados, de certo modo, à extinção do contrato de trabalho, *ou situação similar*, há as seguintes hipóteses de saque: “extinção normal do contrato a termo, inclusive o dos trabalhadores temporários regidos pela Lei n. 6.019, de 3 de janeiro de 1974” (inciso IX, art. 20, Lei n. 8.036/90); “suspensão total ou parcial do trabalho avulso por período igual ou superior a noventa dias, comprovada por declaração do sindicato representativo da categoria profissional” (inciso X, art. 20, Lei n. 8.036/90); “declaração de nulidade do contrato de trabalho” do servidor irregularmente admitido na entidade estatal (inciso II, art. 20, e art. 19-A, Lei n. 8.036/90; art. 37, II e § 2º, CF/88).

De outra sorte, há diversas hipóteses de saque arroladas pelo mesmo art. 20 da Lei n. 8.036/90 que não apresentam relação direta com a extinção do contrato de trabalho, inclusive podendo ser exercitadas durante o regular desenvolvimento desse contrato.

Citem-se, por exemplo, os incisos V, VI e VII, que tratam de três situações correlatas de saque do Fundo de Garantia: *aquisição de casa própria*. Aqui, o resgate do FGTS justificar-se-á seja para pagamento de parte das prestações decorrentes de financiamento habitacional concedido no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação, seja para liquidação ou amortização extraordinária do saldo devedor de financiamento imobiliário, seja, finalmente, para pagamento total ou parcial do preço de moradia própria. Em todos esses casos tipificados, deverão ser respeitados, sempre, os demais requisitos e condições impostos pelos referidos incisos legais.

Citem-se, também, hipóteses de saque conectadas a graves problemas de saúde vivenciados pelo trabalhador ou sua família: “quando o trabalhador ou qualquer de seus dependentes for acometido de neoplasia maligna” (inciso XI); quando o trabalhador ou qualquer de seus dependentes for portador do vírus HIV (inciso XIII, inserido pela MP 2.164-41, de 24.8.2001); “quando o trabalhador

(51) O art. 19-A referido, proveniente da Medida Provisória n. 2.164-41, de 24.8.2001, dispõe ser “devido o depósito do FGTS na conta vinculada do trabalhador cujo contrato de trabalho seja declarado nulo nas hipóteses previstas no art. 37, § 2º, da Constituição Federal, quando mantido o direito a salário”. Isso significa que a orientação jurisprudencial inscrita na Súmula 363 do TST não exclui, mais, o direito do servidor irregularmente contratado a seus depósitos de FGTS (a nova redação da Súmula, de 2003, já passou a se referir à verba).

ou qualquer de seus dependentes estiver em estágio terminal, em razão de doença grave, nos termos do regulamento” (inciso XIV, inserido pela MP n. 2.164-41, de 24.8.2001).

Acresça-se, ainda, importante hipótese de saque, também sem relação direta necessária com a vida do contrato: “quando o trabalhador tiver idade igual ou superior a setenta anos” (inciso XV, inserido pela MP n. 2.164-41, citada)⁽⁵²⁾.

Existem, ademais, outras hipóteses de saque que, igualmente, não apresentam relação direta e imediata com o tipo de ruptura contratual. Trata-se, por exemplo, do levantamento do Fundo quando “o trabalhador permanecer três anos ininterruptos, a partir de 1º de junho de 1990, fora do regime do FGTS, podendo o saque, neste caso, ser efetuado a partir do mês de aniversário do titular da conta” (inciso VIII).⁽⁵³⁾ Ou, a possibilidade de saque para “aplicação em quotas de Fundos Mútuos de Privatização”, nos termos e condições fixados no inciso XII do art. 20 da Lei n. 8.036/90. Agregue-se ainda o saque em situação de “necessidade pessoal, cuja urgência e gravidade decorra de desastre natural”, observadas as condições fixadas no inciso XVI do art. 20 da Lei n. 8.036 e o disposto em regulamento (inciso XVI, inserido pela Lei n. 10.878/2004).

O Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei n. 13.146/2015), inserindo o inciso XVIII no art. 20 da Lei n. 8.036/90, introduziu nova hipótese de saque do Fundo de Garantia: “XVIII – quando o trabalhador com deficiência, por prescrição, necessite adquirir órtese ou prótese para promoção de acessibilidade e de inclusão social”.⁽⁵⁴⁾

Agregue-se, se não bastasse, a hipótese estabelecida pelo novo inciso XIX do art. 20 da Lei n. 8.036/90, acrescentado pela Lei n. 13.465/2017, referente ao pagamento total ou parcial do preço de aquisição de imóveis da União inscritos em regime de ocupação ou aforamento, nas hipóteses e condições fixadas em lei.

Há que se destacar, ainda, a hipótese de saque excepcionalmente criada pela MPr. n. 763, de 22.12.2016, permitindo o levantamento de contas vinculadas inativas de contratos extintos até 31.12.2015, independentemente da ca-

(52) A Medida Provisória n. 2.164-41, de 24.8.01, teve sua vigência *indeterminada* pelo art. 2º da Emenda Constitucional n. 32, de setembro de 2001, conforme já esclarecido neste Curso.

(53) Esta hipótese, aliás (conta inativa por três anos ininterruptos) foi ressalvada pela MPr. n. 763, de 22.12.2016. Inserindo novo § 22 no art. 20 da Lei n. 8.036/90, a MPr. n. 763 autorizou a movimentação antecipada de contas vinculadas a contrato de trabalho extinto até 31.12.2015 independentemente da carência de três anos de inatividade, “podendo o saque, nesta hipótese, ser efetuado segundo cronograma de atendimento estabelecido pelo agente operador do FGTS”. Nesse contexto, a CEF fixará cronograma para a efetivação desses saques administrativos ao longo do ano de 2017.

(54) A Lei n. 13.146, que aprovou o *Estatuto da Pessoa com Deficiência*, previu a vigência de várias de suas regras, inclusive a relativa ao FGTS (art. 99 da Lei n. 13.146), para 180 dias depois de sua publicação, ocorrida em 7.7.15. Assim, o início dessa vigência aconteceu em 4.1.2016 (art. 127, Lei n. 13.146).

rência de três anos fixada pelo art. 20, VIII, da Lei n. 8.036/90, em conformidade com cronograma a ser implementado pela CEF (novo § 22 do art. 20 da Lei n. 8.036/90, conforme MPr. n. 763/2016 e Lei de Conversão n. 13.446/2017).

2. O FGTS como Fundo Social com Destinação Variada

O Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, embora preservando nítida natureza trabalhista, também consubstancia, em seu conjunto global e indiferenciado de depósitos, um fundo social de destinação variada, que se especifica expressamente na ordem jurídica.

De fato, a Lei do FGTS dispõe que o Fundo é formado não somente dos recolhimentos mensais feitos pelo empregador ou tomador de serviços, mas de outras fontes monetárias (art. 2º, Lei n. 8.036/90, que fala, inclusive, em *dotações orçamentárias específicas*).

No conjunto dessas outras fontes monetárias têm se encontrado, inclusive, os *depósitos recursais trabalhistas*, caracterizados, assim, por notável relevância social, a par de seu decisivo papel de instrumento garantidor da efetividade do processo do trabalho (art. 899 e seus parágrafos, CLT). Nessa linha compreensiva, despontou até mesmo a Súmula n. 426 do TST.

Lamentavelmente, porém, a Lei n. 13.467/2017, conferindo nova redação ao § 4º do art. 899 da CLT e revogando o § 5º do mesmo artigo, excluiu o direcionamento dos depósitos recursais trabalhistas das contas vinculadas do FGTS, permitindo que tais depósitos passem a se fazer, simplesmente, “em conta vinculada ao juízo” (novo § 4º do art. 899 da CLT).⁽⁵⁵⁾

Apesar desses percalços sofridos pelo Fundo de Garantia recentemente, o fato é que, considerada a globalidade de seus valores, o FGTS constitui um fundo social dirigido a viabilizar, financeiramente, “a execução de programas de habitação popular, saneamento básico e infraestrutura urbana” (art. 6º, IV, VI e VII; art. 9º, § 2º, Lei n. 8.036/90).

Essa conformação diversificada e a destinação social do FGTS — as quais existem sem confronto com sua importante dimensão justralhista —, conferem a ele o caráter de um instituto efetivamente complexo, dotado de múltiplas dimensões, que não podem ser descuradas pelo operador jurídico.⁽⁵⁶⁾

(55) O desgaste do FGTS pela Lei n. 13.467/2017 não se resumiu a isso. É que o novo diploma também diminuiu, severamente, a base de cálculo do Fundo de Garantia por meio da transformação normativa, *em verbas não salariais*, de parcelas tidas como eminentemente salariais, tais como os *prêmios* e os *abonos* (nova redação dos §§ 1º e 2º do art. 457 da CLT, conforme Lei n. 13.467/2017).

(56) Esse caráter multidimensional do FGTS e seu estratégico papel de fundo público na economia e na sociedade brasileiras não foram, em certos instantes, lamentavelmente, bem aquilutados por setor da jurisprudência trabalhista. A partir do manejo algo desmesurado dos princípios processuais da instrumentalidade das formas e da simplificação dos atos no

A) Natureza Jurídica — O FGTS é instituto de *natureza multidimensional, complexa, com preponderante estrutura e fins justralhistas, os quais se combinam, porém, harmonicamente, a seu caráter de fundo social de destinação variada, tipificada em lei*. Por isso associa traços de mera figura trabalhista com traços de figura afeta às contribuições sociais, formando, porém, *instituto unitário*.

A dificuldade no enquadramento jurídico da figura é bem apontada por *Amauri Mascaro Nascimento*, que indica haver “mais de uma teoria sobre a natureza do Fundo de Garantia. Para alguns, é um tributo, uma contribuição parafiscal arrecadada pelo Estado. Para outros, tem a natureza jurídica previdenciária. Outros, ainda, sustentam que se trata de uma indenização ao trabalhador despedido”⁽⁵⁷⁾.

Sergio Pinto Martins considera-o, sob a perspectiva da contribuição do empregador, um tributo, “uma contribuição social, espécie do gênero tributo”⁽⁵⁸⁾. Tratar-se-ia de “uma contribuição social de intervenção no domínio econômico, cobrada com fundamento no art. 149 da Constituição”⁽⁵⁹⁾. O mesmo autor, porém, ao final, ressalva “a dificuldade de se especificar qual a real natureza jurídica do FGTS, que é, portanto, múltipla ou híbrida, devendo ser analisado por dois ângulos, o do empregador e o do empregado”⁽⁶⁰⁾.

Na verdade, há, *no mínimo*, uma tríplice dimensão de estrutura e objetivos no Fundo de Garantia, apta a gerar relações jurídicas próprias, distintas, embora obviamente combinadas. Existe a relação empregatícia, vinculando *empregado* e *empregador*, pela qual este é obrigado a efetuar os recolhimentos mensais e, às vezes, também obrigado com respeito ao acréscimo pecuniário da rescisão. Em contrapartida, desponta nessa relação, como credor, o empregado⁽⁶¹⁾.

processo judicial trabalhista, ganhou injustificado prestígio interpretação flexibilizadora das regras legais imperativas que determinam a efetivação dos depósitos recursais trabalhistas *na conta vinculada do empregado reclamante*. Ora, a ordem jurídica não criou, com essa exigência de vinculação dos depósitos recursais, formalismo desnecessário ou meramente caprichoso, construindo, ao invés, caminho lógico e sistemático de contínua irrigação de um dos mais importantes fundos públicos existentes no País, direcionado a fim estratégico de enorme impacto social. A formalidade eleita por norma cogente é, aqui, da essência do ato jurídico processual, que não pode ser interpretado em sua dimensão estritamente individualista. Felizmente, o Tribunal Superior do Trabalho, por meio da Súmula 426, editada em maio de 2011, estancou essa perigosa linha de interpretação. Não obstante, o fato é que a recente Lei da Reforma Trabalhista decidiu eliminar a efetivação dos depósitos recursais processuais trabalhistas nas contas vinculadas de FGTS, permitindo a sua concretização em mera conta vinculada ao juízo (nova redação do § 4º e revogação do § 5º, ambos do art. 899 da CLT, pela Lei n. 13.467/2017).

(57) NASCIMENTO, A. M. *Iniciação ao Direito do Trabalho*. 21. ed. São Paulo: LTr, p. 344.

(58) MARTINS, S. P. *Manual do FGTS*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 78.

(59) MARTINS, S. P. *Manual do FGTS*. 2. ed. cit., p. 75.

(60) MARTINS, S. P., *ob. cit.*, p. 79.

(61) Algumas vezes não se trata, tecnicamente, de *relação empregatícia*, como ocorre no caso do *trabalhador avulso* e do *diretor que labora sem subordinação*. Porém, esses casos singulares são efetivamente *residuais*.

Há, por outro lado, o vínculo jurídico entre *empregador* e *Estado*, em que o primeiro tem o dever de realizar os recolhimentos, ao passo que o segundo, o direito de os ver adimplidos, sob pena de, compulsoriamente, cobrá-los, com as apenações legais.

Existe, ainda, a relação jurídica entre o *Estado*, como gestor e aplicador dos recursos oriundos do fundo social constituído pela totalidade dos recursos do FGTS, e a *comunidade*, que deve ser beneficiária da destinação social do instituto, por meio do financiamento às áreas de habitação popular, saneamento básico e infraestrutura urbana.

Nesse caráter multidimensional do instituto é que se revela sua precisa natureza jurídica.

B) Prescrição – A natureza jurídica complexa do FGTS conduziu a ordem jurídica instituidora do Fundo, na época (Lei n. 5.107, de 1966, e Decreto-Lei n. 20, de 1966), a estender ao instituto os privilégios protetivos das contribuições previdenciárias, inclusive no tocante à prescrição para cobrança, pelo Órgão Gestor (naquela época, a Previdência Social), dos depósitos atrasados do Fundo de Garantia. Daí o prazo prescricional trintenário relativo a esse instituto que ostentava também inequívoca dimensão jurídica trabalhista.

Revogada a Lei n. 5.107/66 pela Lei n. 7.839/89 e esta, logo a seguir, pela Lei n. 8.036, de 1990, ficou mantido, na ordem jurídica, o prazo prescricional trintenário para cobrança das parcelas atrasadas do Fundo de Garantia (art. 23, § 5º, Lei n. 8.036/90). A jurisprudência do STF e do TST pacificou-se, por mais de duas décadas e meia, quanto à validade desse prazo prescricional trintenário relativamente aos depósitos do Fundo de Garantia mesmo a partir do império da Constituição de 1988. O TST, nessa linha, realizou o ajuste interpretativo necessário, admitindo a compatibilização constitucional do prazo de 30 anos, desde que o trabalhador protocolasse sua ação até dois anos após a terminação do vínculo empregatício (Súmulas 95, 206 e 262, TST). O princípio da norma mais favorável, claramente incorporado pela Constituição da República (*caput* do art. 7º do Texto Magno), ao lado da dimensão social notável do Fundo de Garantia, tudo pacificava, até então, a jurisprudência nessa diretriz.

Contudo, em sessão plenária ocorrida em 13.11.2014, o STF, alterando sua anterior jurisprudência, declarou inconstitucionais tanto o § 5º art. 23 da Lei n. 8.036/90 como o art. 55 do Decreto n. 99.684/90 (Regulamento do FGTS), ao fundamento de a regra prescricional trintenária agredir o art. 7º, XXIX, da Constituição, que trata da prescrição quinquenal. Modulou a Corte sua decisão com efeitos *ex nunc*, de maneira a atingir somente ações protocoladas a partir da data do julgamento (13.11.2014).

Em decorrência dessa mudança drástica da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto, o TST adequou o texto de sua Súmula 362 (Res. n. 198/2015), nos seguintes termos: “I — Para os casos em que a ciência da lesão ocorreu a partir de 13.11.2014, é quinquenal a prescrição do direito de reclamar contra o não-recolhimento de contribuição para o FGTS, observado o prazo de dois anos após o término do contrato; II — Para os casos em que o prazo prescricional já estava em curso em 13.11.2014, aplica-se o prazo prescricional que se consumir primeiro: trinta anos, contados do termo inicial, ou cinco anos, a partir de 13.11.2014 (STF-ARE-709212/DF)”.

Naturalmente que se sabe que não corre prescrição durante o processo de conhecimento trabalhista (Súmula n. 114, TST); em consequência desse fato, fica claro que, no tocante aos processos em curso na Justiça do Trabalho *antes de 13.11.2014*, com pleito de incidência da prescrição trintenária, esta deverá ser respeitada.⁽⁶²⁾

(62) Para adicional análise sobre a *prescrição* relativa ao FGTS, deve o leitor reportar-se ao Capítulo VIII, item VII.1.D do presente Curso (“Prescrição do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço”). Registre-se, de todo modo, que a Lei da Reforma Trabalhista passou a permitir o fluxo da prescrição intercorrente no processo do trabalho, *porém apenas durante a fase de execução* (a respeito, novo 11-A da CLT).



LIVRO III

DIREITO COLETIVO DO TRABALHO

DIREITO COLETIVO: ASPECTOS GERAIS

I. INTRODUÇÃO

Direito do Trabalho é o complexo de regras, princípios e institutos jurídicos que regulam as relações empregatícias, quer no plano especificamente das obrigações contratuais de caráter individual, quer no plano mais largo dos vínculos estabelecidos entre os entes coletivos que representam os sujeitos desse contrato. O Direito do Trabalho regula, ainda, outras relações laborativas não empregatícias *especificadas* em lei.

É ramo *especial* do Direito, desprendido desde meados do século XIX da matriz civilista originária, em direção à construção de uma cultura jurídica com regras, instituições, teorias, institutos e princípios próprios, os quais, em seu conjunto, asseguram-lhe autonomia no universo diversificado do Direito. Sua particularidade intensifica-se, inclusive, no tocante a seu direcionamento, vinculado ao objetivo histórico de aperfeiçoar as condições de pactuação da força de trabalho no sistema socioeconômico.

Engloba o Direito do Trabalho dois segmentos, um *individual* e um *coletivo*, cada um contando com regras, instituições, teorias, institutos e princípios próprios.

O Direito Individual do Trabalho trata da *regulação do contrato de emprego*, fixando direitos, obrigações e deveres das partes. Trata, também, por exceção, de outras relações laborativas especificamente determinadas em lei.

O Direito Coletivo do Trabalho, por sua vez, regula as relações inerentes à chamada *autonomia privada coletiva*, isto é, relações entre organizações coletivas de empregados e empregadores e/ou entre as organizações obreiras e empregadores diretamente, a par das demais relações surgidas na dinâmica da representação e atuação coletiva dos trabalhadores.

Prevalece, ainda, certa controvérsia acerca da autonomia do segmento juscoletivo trabalhista, com a existência ou não de princípios específicos, ou sobre a aplicabilidade plena dos princípios do Direito Individual do Trabalho sobre o segmento juscoletivo. Este debate será examinado, logo a seguir, neste capítulo e no próximo do presente Curso de Direito do Trabalho.

Registre-se que, independentemente da referida controvérsia, há institutos e particularidades do Direito Coletivo do Trabalho que reclamam exame circunstanciado. Trata-se, por exemplo, da negociação coletiva e seus instrumentos, dos sujeitos coletivos trabalhistas, especialmente os sindicatos,

da greve, da mediação e da arbitragem coletivas, do dissídio coletivo. Além da necessidade desse estudo técnico, é preciso que se aprofundem as reflexões sobre o Direito Coletivo no Brasil, em face de seu reiterado ofuscamento ao longo da evolução justralhista no País, desde o século XX.

II. DENOMINAÇÃO

Este segmento justralhista tem recebido distintas denominações desde seu surgimento no século XIX. Hoje, disputam hegemonia dois epítetos, *Direito Coletivo do Trabalho* e *Direito Sindical*, com certa concorrência, ainda, da expressão *Direito Social*.

1. Denominações Arcaicas

Há que se registrar, no estudo, a presença de certas denominações hoje consideradas arcaicas. Trata-se de epítetos que designaram, em épocas mais remotas, o Direito do Trabalho em geral, embora também se referindo ao Direito Coletivo. São: Direito Industrial, Direito Operário e Direito Corporativo. Nenhuma delas, entretanto, mereceu permanecer no tempo, em face de suas próprias debilidades.

O designativo *Direito Industrial* é, de fato, claramente inadequado para espelhar o objeto a que se pretende referir, seja todo o Direito do Trabalho, seja apenas seu segmento, Direito Coletivo.

O epíteto foi influenciado pela circunstância de que o ramo justralhista surgiu, na Europa de século e meio atrás, efetivamente vinculado à dinâmica da crescente industrialização. Mas esse ponto de referência mostrava-se inadequado para justificar a denominação escolhida, uma vez que ela era, sob certa perspectiva, muito mais ampla do que o fenômeno justralhista a que se queria reportar. De fato, na expressão *Direito Industrial* está sugerida a presença de regras, institutos e princípios que não se circunscrevem propriamente à área justralhista, interessando também ao Direito Comercial/Empresarial e Direito Econômico (por exemplo, invenções, patentes, relações tecnológicas, etc.). É inadequado para designar, portanto, não só o Direito do Trabalho como seu segmento juscoletivo.

Há uma segunda inadequação neste superado epíteto: ao mesmo tempo em que se mostra excessivamente amplo (sugerindo relações de Direito Econômico ou Comercial/Empresarial), ele também se mostra, por outro lado, inábil a captar todo o universo de relações justralhistas, que se estabelecem e se desenvolvem por muito além do estrito segmento industrial (ilustrativamente, setores de serviços e agropecuário). Ao fixar, desse modo, em um setor econômico (a indústria) o critério de escolha de sua denominação, o epíteto *Direito Industrial* lançou uma enganosa pista

acerca do ramo jurídico que pretendia identificar, comprometendo de modo definitivo a validade de sua própria existência, enquanto denominação desse universo jurídico.

A expressão *Direito Operário* tem história e destino semelhantes aos do epíteto anterior. Também influenciada pela circunstância de que o Direito do Trabalho, de fato, originalmente surgiu no segmento industrial, envolvendo, portanto, as relações entre *operários* e empregadores, este epíteto elegeu como critério para identificação do novo ramo jurídico o tipo específico de empregado da indústria, o operário.

Ao incorporar tal critério, esta segunda denominação também iria se mostrar inadequada à identificação do objeto a que pretendia se referir: de um lado, reduzia o fenômeno amplo e expansionista do Direito do Trabalho a seu exclusivo segmento original, o operariado (e logo, à indústria); de outro lado, enfocava preferentemente o novo ramo jurídico a partir somente de um de seus sujeitos (o empregado operário), em vez de enfatizar a sua categoria nuclear, a relação jurídica empregatícia. Por fim, a designação era incapaz de sugerir quase nada no tocante ao Direito Coletivo, propriamente.

A expressão *Direito Corporativo* é também flagrantemente inadequada. Tornou-se corrente durante as experiências juspolíticas características dos modelos de normatização estatal e subordinada, em especial o fascismo italiano do entreguerras do século XX. Este epíteto, entretanto, construiu-se mais como instrumento de elogio ao tipo de modelo de gestão sociopolítica a que se afiliava do que, na verdade, subordinado a uma preocupação científica de identificar com precisão um objeto determinado. De todo modo, a ideia de *corporação* apenas dissimulava a relação sociojurídica nuclear desenvolvida no estabelecimento e na empresa (a relação de emprego), não traduzindo, portanto, com adequação, o aspecto cardeal do ramo jurídico especializado do Direito do Trabalho. Comprometido com o ideário e práticas autoritárias do regime político a que servia, este epíteto eclipsou-se na cultura justralhista tão logo expurgada a experiência autocrática fascista no findar da Segunda Guerra Mundial.

2. Denominações Atuais

Conforme já exposto, as expressões *Direito Coletivo do Trabalho* e *Direito Sindical* disputam, atualmente, hegemonia quanto à designação do segmento juscoletivo trabalhista. A seu lado, insistindo na concorrência, existe também a expressão *Direito Social*.

A) Direito Coletivo do Trabalho — Trata-se de denominação de caráter objetivista, realçando o conteúdo do segmento jurídico identificado: relações sociojurídicas grupais, coletivas, de labor.

As denominações objetivistas tendem a ser superiores, tecnicamente, às subjetivistas, por enfocarem a estrutura e as relações do ramo jurídico a

que se reportam, em vez de apenas indicar um de seus sujeitos atuantes. E é o que se passa no presente caso. O caráter objetivista do epíteto adotado já chama atenção para as relações coletivas tratadas nesse segmento do Direito, seja através da atuação sindical, seja através de outras modalidades de ação coletiva de relevância.

B) Direito Sindical — A presente denominação tem caráter subjetivista, enfatizando um dos sujeitos do Direito Coletivo do Trabalho: o sindicato.

Efetivamente, a presença das entidades sindicais, especialmente as obreiras, é determinante no cenário coletivo trabalhista, uma vez que tendem a consubstanciar a efetividade do ser coletivo obreiro no cenário social. Há sistemas jurídicos — como o brasileiro, a propósito — que até mesmo subordinam a validade da negociação coletiva trabalhista à real participação no processo da entidade sindical dos trabalhadores. Esta circunstância, sem dúvida, reforça o apelo da denominação referida no sistema jurídico do País.

Contudo, do ponto de vista técnico, ela é menos abrangente do que a anterior, já que parece sugerir que o objeto do Direito Coletivo do Trabalho está inteiramente ligado às entidades sindicais — o que não é verdade. Há, por exemplo, sistemas jurídicos que reconhecem a entidades coletivas não sindicais aptidão jurídica para atos juscoletivos, sem desprezo da *hegemonia* sindical⁽¹⁾. Além disso, há atos ou institutos coletivos trabalhistas que não passam, necessariamente, pelo sindicato: ilustrativamente, as greves *selvagens*, feitas contra ou sem a direção sindical; ou as entidades representativas internas a empresas, sem a participação sindical.

De todo modo, pode-se encontrar na doutrina denominação mista, decorrente da reunião das duas expressões prevalecentes: *Direito Sindical* e *Coletivo do Trabalho*. Embora haja certa tautologia no epíteto misto, ele representa uma tentativa de superar o presente debate.

C) Direito Social — A expressão *Direito Social* marca-se pela dubiedade. Designa, às vezes, não somente todo o Direito do Trabalho (individual e coletivo), como também seu ramo associado, Direito Previdenciário e Acidentário do Trabalho. Pode ser utilizada também para se referir ao ramo juscoletivo trabalhista.

Além disso, é epíteto que se usa, ainda, para designar ampla área jurídica, formada por ramos autônomos, de forte conteúdo e impacto comunitários, tais como Direito do Trabalho, Direito Ambiental e Direito do Consumidor.

Há outra dubiedade apontada nesse epíteto: a circunstância de a expressão *social*, na essência, traduzir característica atávica a qualquer ramo

(1) Há entidades não necessariamente sindicais que podem participar de aspectos do processo negocial coletivo na Itália e Espanha, por exemplo. A respeito, consultar NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de Direito Sindical*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2000, p. 291-292. Do mesmo autor, *Iniciação ao Direito do Trabalho*. 27. ed. São Paulo: LTr, 2001, p. 506.

jurídico, não podendo, desse modo, identificar com singularidade apenas um deles. Ainda que se argumentasse que certos ramos têm um conteúdo social maior do que outros (o Direito do Trabalho em contraposição ao civilista Direito das Obrigações, por exemplo), não se poderia, em contrapartida, negar que tal característica não é exclusiva do ramo juslaboral, hoje. Observe-se que o conteúdo social do Direito do Consumidor ou do Direito Ambiental não é seguramente inferior àquele inerente ao Direito do Trabalho.

Toda essa dubiedade compromete o próprio uso e funcionalidade da presente expressão.

III. DEFINIÇÃO

Definir um fenômeno consiste na atividade intelectual de apreender e desvelar seus elementos componentes e o nexó lógico que os mantém integrados.

Na busca da essência e elementos componentes dos distintos ramos do Direito, os juristas tendem a adotar enfoques diferenciados: subjetivistas, objetivistas e mistos.

Nessa linha, as *definições subjetivistas* firmam seu enfoque nos sujeitos das relações jurídicas centrais do ramo definido. As *definições objetivistas*, por sua vez, enfatizam o conteúdo objetivo das relações jurídicas tratadas por esse mesmo ramo do Direito. Finalmente, as *definições mistas* procuram combinar os dois enfoques acima especificados.

O jurista *Cesarino Júnior* oferta exemplo de definição subjetivista do Direito Coletivo do Trabalho: *conjunto de leis sociais que consideram os empregados e empregadores coletivamente reunidos, principalmente na forma de entidades sindicais*⁽²⁾.

Esclareça-se que, à semelhança das *denominações* subjetivistas, que se referem à entidade sindical, também, aqui, a referência básica das definições subjetivistas será a essa entidade.

É definição objetivista a ofertada pelo jurista *Amauri Mascaro Nascimento*: *ramo do direito do trabalho que tem por objeto o estudo das normas e das relações jurídicas que dão forma ao modelo sindical*⁽³⁾.

A partir do critério misto, podemos, finalmente, definir Direito Coletivo do Trabalho como *o complexo de institutos, princípios e regras jurídicas que regulam as relações laborais de empregados e empregadores e outros grupos*

(2) Citado por NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de Direito Sindical*. São Paulo: LTr, 2000, p. 18.

(3) NASCIMENTO, A. M., *ob. cit.*, p. 19.

jurídicos normativamente especificados, considerada sua ação coletiva, realizada autonomamente ou através das respectivas entidades sindicais.

IV. CONTEÚDO

Todo sistema consiste em um conjunto de partes coordenadas, que se articulam organicamente formando um todo unitário⁽⁴⁾. Não obstante formado por um complexo de partes componentes, qualifica-se todo sistema por ter uma categoria básica, que lança sua marca específica e distintiva ao conjunto do sistema correspondente.

O Direito Individual do Trabalho tem na *relação empregatícia*, individualmente considerada (empregado e empregador), sua categoria básica. A partir dela constroem-se os institutos, princípios e regras essenciais desse ramo jurídico especializado, demarcando suas características próprias perante os demais ramos jurídicos correlatos.

Já o Direito Coletivo Laboral tem nas *relações grupais*, coletivas, entre empregados e empregadores, sua categoria básica, seu ponto diferenciador. Tais relações formaram-se na história do capitalismo a partir do *associacionismo sindical obreiro*, desde o século XIX. Passando a agir por meio de entidades associativas, grupais, os empregados ganharam caráter de *ser coletivo*, podendo se contrapor com maior força e eficiência político-profissionais ao ser coletivo empresarial. A ideia de sujeito coletivo, ser coletivo, derivada das relações grupais estabelecidas nesse segmento justralhista, integra-se à categoria básica acima especificada.

Conforme já exposto na obra *Introdução ao Direito do Trabalho*⁽⁵⁾, no transcorrer do século XIX, perceberam os trabalhadores que um dos sujeitos da relação de emprego (o empregador) *sempre foi um ser coletivo*, isto é, *ser cuja vontade era hábil a deflagrar ações e repercussões de impacto social*, seja certamente no âmbito da comunidade do trabalho, seja eventualmente até mesmo no âmbito comunitário mais amplo. Isso porque a vontade empresarial, ao se concretizar em ação, atinge um universo bastante amplo de pessoas no conjunto social em que atua. Em comparação a ela, a vontade obreira, *enquanto manifestação meramente individual*, não tem a natural aptidão para produzir efeitos além do âmbito restrito da própria relação bilateral pactuada entre empregador e empregado. Relembre-se que o Direito Civil, à época, antes do advento do ramo justralhista, tratava os dois sujeitos da relação de emprego como *seres individuais*, ocultando, em sua equação formalística, a essencial qualificação de ser coletivo detida naturalmente pelo empregador.

(4) Caldas Aulete conceitua sistema como um *conjunto de partes coordenadas entre si*. *Dicionário Contemporâneo de Língua Portuguesa*. 5. ed. Rio de Janeiro: Delta, 1986, p. 1793.

(5) DELGADO, M. G. *Introdução ao Direito do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2001, em seu Capítulo I, item I.3.

O movimento sindical, desse modo, desvelou como equívoca a equação do liberalismo individualista, que conferia validade social à ação do ser coletivo empresarial, mas negava impacto maior à ação do trabalhador individualmente considerado. Nessa linha, contrapôs ao ser coletivo empresarial também a ação do *ser coletivo obreiro*. Os trabalhadores passaram a agir coletivamente, emergindo na arena política e jurídica como vontade coletiva (e não mera vontade individual)⁽⁶⁾. A dinâmica de atuação grupal, caracterizada por embates envolvendo grupos sociais, que marca o Direito Coletivo do Trabalho, surgiu, portanto, em torno do ser coletivo obreiro, do sindicato.

O conteúdo do Direito Coletivo do Trabalho molda-se, é claro, a partir dessa sua característica sistemática específica, guardada sempre sua relação fundamental com o Direito Individual do Trabalho (afinal, os seres coletivos envolvidos são *trabalhistas*, e a matéria por eles tratada, da mesma natureza). Assim, será na regência jurídica das relações coletivas trabalhistas, assim como na produção jurídica por elas construída — produção oriunda, em geral, da negociação coletiva —, que se estruturará o conteúdo do ramo juscoletivo.

O conteúdo do Direito Coletivo do Trabalho é, pois, dado pelos *princípios, regras e institutos que regem a existência e desenvolvimento das entidades coletivas trabalhistas, inclusive suas inter-relações, além das regras jurídicas trabalhistas criadas em decorrência de tais vínculos*. São os princípios e normas reguladores dos sindicatos, da negociação coletiva, da greve, do dissídio coletivo, da mediação e arbitragem coletivas, ao lado dos dispositivos criados pela negociação coletiva e dissídios coletivos, por exemplo.

É claro que estas últimas regras, criadas pela própria dinâmica juscoletiva (negociação coletiva e sentença normativa, principalmente), irão se dirigir à regulação dos contratos individuais de trabalho submetidos à representação das respectivas entidades associativas; nessa medida, passarão a se integrar, sem dúvida, ao Direito Individual do Trabalho. Por tal razão é que se mostra tênue, efetivamente, a linha de separação entre os dois segmentos justrabalhistas, individual e coletivo.

V. FUNÇÃO

As funções do Direito Coletivo do Trabalho podem ser divididas em dois grandes grupos: gerais e específicas. As primeiras envolvem os objetivos inerentes a todo o Direito do Trabalho (Individual e Coletivo), ao passo que as segundas dizem respeito àquelas funções que despontam no segmento juscoletivo de modo particularizado.

(6) DELGADO, M. G., loc. cit.

1. Funções Justrabalistas Gerais

O Direito Coletivo do Trabalho cumpre as mesmas funções gerais típicas a todo o ramo justrabalista. Neste aspecto, enquadra-se, plenamente, no estuário próprio ao Direito do Trabalho.

O Direito, como se sabe, é necessariamente finalístico, teleológico, atendendo a fins preestabelecidos em determinado contexto histórico.

O Direito do Trabalho e seu segmento juscoletivo não escapam a isso; ao contrário, levam a certo clímax esse caráter teleológico que caracteriza o fenômeno do Direito. Conforme já dissertado na obra *Introdução ao Direito do Trabalho*⁽⁷⁾, o ramo justrabalista incorpora, no conjunto de suas regras, princípios e institutos, um valor finalístico essencial, que marca a direção de todo o sistema jurídico que compõe. Este valor — e a consequente direção teleológica imprimida a este ramo jurídico especializado — consiste na *melhoria das condições de pactuação da força de trabalho na ordem socioeconômica*. Sem tal valor e direção finalística, o Direito do Trabalho sequer se compreenderia, historicamente, e sequer se justificaria, socialmente, deixando, pois, de cumprir sua função principal na sociedade contemporânea.

A força desse valor e direção finalísticos está clara no *núcleo basilar* de princípios específicos do Direito do Trabalho, tornando excetivas normas justrabalistas vocacionadas a imprimir padrão restritivo de pactuação das relações empregatícias⁽⁸⁾.

Essa função central do Direito do Trabalho (melhoria das condições de pactuação da força de trabalho na ordem socioeconômica) não pode ser apreendida sob uma perspectiva meramente individualista, enfocando o trabalhador isolado. Como é próprio ao Direito — e fundamentalmente ao Direito do Trabalho, em que o ser coletivo prepondera sobre o ser individual —, a lógica básica do sistema jurídico deve ser captada tomando-se o conjunto de situações envolvidas, jamais uma fração isolada. Assim, deve-se considerar, no exame do cumprimento da função justrabalista, o ser coletivo obreiro, a categoria, o universo mais global de trabalhadores, independentemente dos estritos efeitos sobre o ser individual destacado.

Uma segunda função notável do Direito do Trabalho é seu caráter modernizante e progressista, do ponto de vista econômico e social. Nas formações socioeconômicas centrais (capitaneadas pela Grã-Bretanha, conforme

(7) DELGADO, M. G. *Introdução ao Direito do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2001, em seu Capítulo III, item II.4. As presentes reflexões, antes do ingresso no debate sobre o Direito Coletivo do Trabalho, reportam-se à referida obra, dispensadas repetidas citações.

(8) Sobre o núcleo basilar de princípios especiais justrabalistas, consultar o Capítulo II da obra deste autor, *Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2001 (na 3ª ed., de 2010, consultar Capítulo III). Neste Curso, reportar-se a seu Capítulo VI.

se sabe), a legislação trabalhista, desde o seu nascimento, cumpriu o relevante papel de generalizar ao conjunto do mercado de trabalho aquelas condutas e direitos alcançados pelos trabalhadores nos segmentos mais avançados da economia, impondo, desse modo, a partir do setor mais moderno e dinâmico da economia, condições mais modernas, ágeis e civilizadas de gestão da força de trabalho. É verdade que esse caráter progressista não se percebeu, ao longo do tempo, com tanta clareza no caso brasileiro, em face da conformação contraditória do modelo sindical do País (alguns de seus problemas ainda permanecem) e da parca efetividade do Direito do Trabalho, que perdurou por décadas no Brasil (mas que, durante o século XXI, teve importante momento de superação).⁽⁹⁾ Não obstante, tal caráter progressista e modernizante — hoje já manifesto, ao menos no plano do Direito Individual do Trabalho — mantém-se como luminar para o aperfeiçoamento legislativo no País (dirigido, pois, ao legislador) e como luminar para o próprio processo de interpretação das normas justralhistas existentes, adequando-as à evolução social ocorrida (dirigido, pois, ao intérprete e aplicador do Direito).

Pondere-se, contudo, que, mesmo no caso brasileiro — ao menos no plano do Direito Individual do Trabalho, regulador do contrato de emprego —, a ordem justralhista emerge como importante instrumento civilizatório no que tange à utilização da força de trabalho no mercado laborativo do País. Em conformidade com diagnóstico exposto por uma das maiores autoridades brasileiras acerca da equação emprego/desemprego e demais aspectos econômicos do mercado de trabalho, o economista *Marcio Pochmann*, no contexto de abrangente análise sobre a estrutura e funcionamento do mundo laborativo no Brasil, cabe “se reconhecer que o emprego assalariado formal representa o que de melhor o capitalismo brasileiro tem constituído para a sua classe trabalhadora, pois vem acompanhado de um conjunto de normas de proteção social e trabalhista...”⁽¹⁰⁾.

Retomando-se as funções do Direito do Trabalho, seria ingenuidade negar-se não tenha esse ramo jurídico, também e concomitantemente, uma função conservadora, à medida que confere legitimidade política

(9) Análise mais aprofundada sobre o caráter modernizante e progressista do Direito do Trabalho é encontrada, neste Curso, em seu Capítulo I (“Caracterização do Direito do Trabalho”), item V — “Funções”, para onde remetemos o leitor. Para a análise das antigas contradições do sistema trabalhista brasileiro e o processo de sua superação, ainda que parcial, a contar da Constituição de 1988, inclusive com as Emendas Constitucionais n. 24/1999 e 45/2004, consultar o Capítulo IV deste Curso: “Origem e Evolução do Direito do Trabalho no Brasil”. Sobre esses temas, ler também o texto “Direito do Trabalho e Inclusão Social: o desafio brasileiro”, que compõe o Capítulo IV do livro deste autor: *Capitalismo, Trabalho e Emprego* — entre o paradigma da destruição e os caminhos de reconstrução. 3. ed. São Paulo: LTr, 2017.

(10) POCHMANN, Marcio. *O Emprego na Globalização* — a nova divisão internacional do trabalho e os caminhos que o Brasil escolheu. 1. ed./1. reimpr., São Paulo: Boitempo, 2002, p. 98. Para maior exame a respeito das dificuldades relacionadas à *efetividade* do Direito Individual do Trabalho no País, consultar o final do item “V — FUNÇÕES” do Capítulo I deste Curso.

e cultural à relação de produção básica da sociedade contemporânea. O reconhecimento dessa função, entretanto, não invalida o diagnóstico de que a normatividade autônoma e heterônoma justralhista é que assegurou, ao longo dos dois últimos séculos, a elevação do padrão de gestão das relações empregatícias existentes e do próprio nível econômico conferido à retribuição paga aos trabalhadores por sua inserção no processo produtivo.

Extensão ao Direito Coletivo — Tais funções próprias ao Direito do Trabalho, em geral, aplicam-se ao segmento juscoletivo? Seguramente, sim.

A função justralhista central, consistente na *melhoria das condições de pactuação da força de trabalho na ordem socioeconômica*, comparece, indubitavelmente, ao Direito Coletivo. Insista-se que a desatenção, como um todo, a essa função primeira suprime a própria justificativa histórica de existência e vida de todo o segmento jurídico trabalhista.

Não existe, desse modo, particularidade tamanha no ramo juscoletivo que lhe permita, ainda que através da negociação coletiva, romper, drasticamente, com o *núcleo basilar de princípios* do Direito do Trabalho e com o *patamar civilizatório mínimo* fixado pela ordem jurídica heterônoma estatal.

É claro que ao Direito Coletivo cabe *certa* função de *adequação setorial* da generalidade de *determinadas* regras justralhistas. Cabe-lhe, inclusive, a função de pacificação de *controvérsias reais de caráter comunitário*, afastando a *res dubia* existente por meio de efetiva *transação coletiva*, em que se concedem, reciprocamente, vantagens às partes coletivamente representadas.

Mas isso não transforma o ramo juscoletivo em um perverso instrumento de destruição dos princípios, regras e institutos fundamentais do Direito do Trabalho, em conjuntura de refluxo e debilitação do movimento sindical.

Há limites, portanto, é óbvio, à adequação efetivada pela negociação coletiva. Apenas o respeito a esses limites é que permite preservar a harmonia entre os planos juscoletivos e jusindividuais do Direito do Trabalho.

Tais limites têm balizas naquilo que denominamos *princípio da adequação setorial negociada*⁽¹¹⁾.

Por esse princípio, as regras autônomas juscoletivas podem prevalecer sobre o padrão geral heterônomo justralhista, quanto à comunidade profissional e econômica envolvida, desde que implementem padrão setorial de

(11) Princípio examinado nas obras deste autor, já citadas, *Introdução ao Direito do Trabalho*, em seu Capítulo V, e *Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho*, em seu Capítulo IV (desde a 2ª edição desta obra, Capítulo V). Será retomado seu estudo também neste Curso, no Capítulo XXXIV, que trata dos princípios do Direito Coletivo do Trabalho. A propósito, no item V do Capítulo XXXIV, serão igualmente analisados os impactos que a Lei da Reforma Trabalhista (n. 13.467/2017) provocou na negociação coletiva trabalhista e em seu princípio da adequação setorial negociada.

direitos *superior* ao padrão geral oriundo da legislação heterônoma aplicável, ou desde que transacionem *setorialmente parcelas justralhistas de indisponibilidade apenas relativa* (e não de indisponibilidade absoluta).

No primeiro caso, as regras autônomas elevam o patamar setorial de direitos trabalhistas, em comparação com o padrão geral imperativo existente, não afrontando sequer, desse modo, o princípio da indisponibilidade de direitos, que é inerente ao Direito Individual do Trabalho.

No segundo caso, o princípio da indisponibilidade de direitos é afrontado, mas de modo a atingir somente parcelas de *indisponibilidade relativa*. Estas assim se qualificam, quer pela natureza própria à parcela (ilustrativamente, modalidade de pagamento salarial, tipo de jornada pactuada, fornecimento ou não de utilidades e suas repercussões no contrato, etc.), quer pela existência de expresso permissivo jurídico heterônomo a seu respeito (por exemplo, montante salarial: art. 7º, VI, CF/88; ou montante de jornada: art. 7º, XIII e XIV, CF/88).

Isso quer dizer que *não* prevalece a adequação setorial negociada se concernente a direitos revestidos de *indisponibilidade absoluta*, os quais não podem ser transacionados nem mesmo por negociação sindical coletiva. Tais parcelas são aquelas imantadas por uma tutela de interesse público, por se constituírem em um *patamar civilizatório mínimo* que a sociedade democrática não concebe ver reduzido em qualquer segmento econômico profissional, sob pena de se afrontarem diversos princípios constitucionais convergentes, como o da valorização do trabalho e do emprego, o da centralidade da pessoa humana na ordem jurídica e na vida socioeconômica, o do bem-estar individual e social, o da inviolabilidade física e psíquica do ser humano, o da segurança em sentido social (ao invés de apenas em seu antigo sentido meramente formal), a par do próprio princípio da dignidade da pessoa humana. Expressam, ilustrativamente, essas parcelas de indisponibilidade absoluta a anotação de CTPS, o pagamento do salário mínimo, as normas de saúde e segurança do trabalho.⁽¹²⁾

Conforme já reiteradamente exposto, no caso brasileiro, esse patamar civilizatório mínimo está dado, essencialmente, por três grupos convergentes de normas trabalhistas heterônomas: *as normas constitucionais em geral* (respeitadas, é claro, as ressalvas *parciais* expressamente feitas pela própria Constituição: art. 7º, VI, XIII e XIV, por exemplo); *as normas de tratados e convenções internacionais vigentes no plano interno brasileiro* (referidas pelo art. 5º, §§ 2º e 3º, CF/88, já expressando um patamar civilizatório no próprio mundo ocidental em que se integra o Brasil); *as normas legais infraconstitucionais que asseguram patamares de cidadania ao indivíduo que labora* (preceitos relativos à saúde

(12) Sobre os princípios constitucionais do trabalho que, naturalmente, têm de ser considerados pela negociação coletiva trabalhista em seu processo de adequação setorial negociada, consultar DELGADO, M. G. *Princípios Constitucionais do Trabalho e Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2017.

de e segurança no trabalho, normas concernentes a bases salariais, normas de identificação profissional, dispositivos antidiscriminatórios, etc.).

É bem verdade que a recente reforma legal trabalhista implementada no País (Lei n. 13.467, vigorante desde 11.11.2017), buscou alargar os poderes da negociação coletiva trabalhista na direção atenuadora ou flexibilizadora de direitos e garantias laborais para os trabalhadores. Para tanto fixou rol mais largo de matérias passíveis de regulamentação por CCTs e ACTs com cláusulas menos favoráveis do que as estabelecidas em texto legal. E o fez por meio da inserção de novo art. 611-A na Consolidação, a par do parágrafo único do novo art. 611-B também inserido na CLT. Tais modificações serão, porém, examinadas de modo mais analítico no capítulo seguinte deste Curso.⁽¹³⁾

2. Funções Juscoletivas Específicas

O Direito Coletivo do Trabalho cumpre, também, certas funções que lhe são específicas, oriundas de suas características distintivas e próprias.

Podem ser elas arroladas no seguinte grupo de funções: geração de normas jurídicas; pacificação de conflitos de natureza sociocoletiva; função sociopolítica; função econômica.

A *geração de normas jurídicas* é o marco distintivo do Direito Coletivo do Trabalho em todo o universo jurídico. Trata-se de um dos poucos segmentos do Direito que possuem, em seu interior, essa aptidão, esse poder, que desde a Idade Moderna tende a se concentrar no Estado. A geração de regras jurídicas, que se distanciam em qualidades e poderes das meras cláusulas obrigacionais, dirigindo-se a normatizar os contratos de trabalho das respectivas bases representadas na negociação coletiva, é um marco de afirmação do segmento juscoletivo, que confere a ele papel econômico, social e político muito relevante na sociedade democrática.

Ao lado da criação de normas, também gera o Direito Coletivo, por intermédio da negociação coletiva, cláusulas obrigacionais, que irão se dirigir essencialmente aos sujeitos da própria negociação efetivada e não ao universo de trabalhadores geridos pelos instrumentos coletivos. Contudo, a criação de cláusulas obrigacionais não é particularidade do segmento juscoletivo; na verdade, quase todos os ramos do Direito têm essa mesma característica: viabilizar a origem de contratos entre sujeitos específicos, com seus correspondentes dispositivos obrigacionais, regulando, em alguma medida, tais contratos.

(13) Para mais largo exame do tema, consultar o Capítulo XXXIV, que analisa os princípios do Direito Coletivo do Trabalho, constante deste Curso de Direito do Trabalho. No referido Capítulo serão igualmente analisadas decisões recentes do STF com respeito à negociação coletiva trabalhista, a par dos impactos da reforma trabalhista de 2017 nessa importante seara temática.

Outra função específica notável é a *pacificação de conflitos de natureza sociocoletiva*. Os diversos instrumentos do Direito Coletivo do Trabalho são meios de solução de importantes conflitos sociais, que são aqueles que surgem em torno da relação de emprego, ganhando projeção grupal, coletiva.

É evidente que a negociação coletiva, enquanto instrumento de autocomposição, constitui-se no mais relevante desses instrumentos pacificadores. Entretanto, o Direito Coletivo apresenta outros meios de solução de conflitos, de significação diferenciada, é claro, mas que, em seu conjunto, cumprem a função pacificadora referida. Trata-se, por exemplo, da arbitragem e da mediação trabalhistas, do dissídio coletivo e sua sentença normativa, das comissões ou delegados intraempresariais de solução de conflitos (que não são comuns, é verdade, na tradição brasileira, porém comuns em outras experiências democráticas mais consolidadas, como Itália, Inglaterra, Alemanha etc.).⁽¹⁴⁾

O Direito Coletivo do Trabalho cumpre *função social e política* de grande importância. Ele é um dos mais relevantes instrumentos de democratização de poder, no âmbito social, existente nas modernas sociedades democráticas — desde que estruturado de modo também democrático, é claro. Assim como o Direito Individual do Trabalho é um dos mais clássicos e eficazes instrumentos criados no sistema capitalista para a distribuição de renda e de riqueza, no plano da realidade socioeconômica, o Direito Coletivo do Trabalho é um dos mais significativos instrumentos de democratização social gerados na história desse mesmo sistema socioeconômico.

Conforme exposto mais à frente, no Capítulo XXXVI deste Curso, em seu item II (*“Importância da Negociação Coletiva”*), a estruturação eficaz, dinâmica, forte, participativa, do Direito Coletivo do Trabalho tende a influir na própria caracterização democrática do conjunto societário. Ao reverso, a estruturação corporativista e autoritária do segmento juscoletivo tende a coincidir com regimes autoritários em todo o âmbito sociopolítico (nazismo, fascismo, autoritarismos espanhóis, portugueses e brasileiros do século XX, etc.). Mesmo quando instauradas as liberdades democráticas formais, caso não sejam acompanhadas de um Direito Coletivo igualmente democrático, cria-se uma contradição político-cultural intrincada no plano da sociedade, que restringe, de modo significativo, a própria consolidação da Democracia naquela experiência social (note-se o caso brasileiro, que insistiu com o modelo corporativista de Direito Coletivo, mesmo após derrubada a ditadura estadonovista em 1945).

(14) A Lei da Reforma Trabalhista regulou figura nova na Consolidação das Leis do Trabalho — as comissões de representação de empregados nas empresas com mais de 200 empregados (novo Título IV-A da CLT, integrado pelos arts. 510-A a 510-E). Tais comissões serão examinadas neste Curso, em seu Capítulo XXXV (*“Direito Coletivo e Sindicato”*), dentro do novo item IX (*“Comissão de Representação de Empregados na Empresa”*).

O Direito Coletivo cumpre, ainda, importante *papel econômico*, consistente em sua aptidão para produzir a adequação às particularidades regionais ou históricas de regras de indisponibilidade apenas relativa características do Direito Individual do Trabalho. Com a negociação coletiva, esse segmento ajusta vários aspectos próprios à generalidade das leis trabalhistas a setores ou momentos específicos vivenciados no mercado laborativo. Nesse quadro, ele confere dinamismo econômico ao próprio Direito do Trabalho⁽¹⁵⁾.

VI. CONFLITOS COLETIVOS DE TRABALHO E SUA RESOLUÇÃO

O Direito Coletivo do Trabalho estrutura-se em torno dos seres coletivos trabalhistas, atuando na resolução dos conflitos coletivos no âmbito das relações laborais.

Esses conflitos podem ser, basicamente, de caráter jurídico ou de caráter econômico.

Os tipos de mecanismos para sua resolução concentram-se, essencialmente, em fórmulas de autocomposição e heterocomposição, em meio às quais, eventualmente, podem ser utilizadas técnicas de autotutela, como a greve, por exemplo.

1. Modalidades de Conflitos Coletivos

São conflitos coletivos trabalhistas aqueles que atingem comunidades específicas de trabalhadores e empregadores ou tomadores de serviços, quer no âmbito restrito do estabelecimento ou empresa, quer em âmbito mais largo, envolvendo a categoria ou, até mesmo, comunidade obreira mais ampla⁽¹⁶⁾.

São distintos dos conflitos meramente *interindividuais*, que colocam em confronto as partes contratuais trabalhistas isoladamente consideradas (empregado e empregador). Os conflitos interindividuais tendem a abranger aspectos específicos do contrato bilateral entre as partes ou condições específicas da prestação de serviços pelo obreiro, sem que alcancem, regra geral, projeção no seio da comunidade circundante, empresarial e de trabalhadores. É claro que a repetição constante de idênticos ou semelhantes problemas individuais pode assumir dimensão grupal, dando origem, às vezes, a um conflito coletivo trabalhista.

(15) O jurista Amauri Mascaro Nascimento prefere arrolar várias dessas características que consideramos *específicas ao Direito Coletivo do Trabalho* como inerentes a um único instituto seu, a negociação coletiva trabalhista. *Compêndio de Direito Sindical*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2000, p. 308-310.

(16) No sistema jurídico brasileiro, contudo, a *categoria* tende a ser a unidade mais ampla de agregação de trabalhadores, para os fins dos conflitos coletivos laborais.

Os conflitos coletivos trabalhistas comportam dois grandes tipos, como visto: os de caráter *jurídico* e os de caráter *econômico*.

Os *conflitos de natureza jurídica* dizem respeito a divergência de interpretação sobre regras ou princípios jurídicos já existentes, quer incrustados ou não em diplomas coletivos negociados. A interpretação divergente, é claro, repercute de modo diferenciado nas relações grupais entre trabalhadores e empregadores.

No caso dos *conflitos de natureza econômica*, trata-se de divergência acerca de condições objetivas que envolvem o ambiente laborativo e contratos de trabalho, com repercussões de evidente fundo material. Aqui, a divergência abrange reivindicações econômico-profissionais dos trabalhadores, ou pleitos empresariais perante aqueles, visando alterar condições existentes na respectiva empresa ou categoria. São também chamados de *conflitos de interesse*, uma vez que *os trabalhadores reivindicam novas e melhores condições de trabalho*⁽¹⁷⁾.

2. Modalidades de Resolução de Conflitos Coletivos

Os conflitos coletivos trabalhistas solucionam-se, regra geral, segundo dois grandes tipos de fórmulas: as *autocompositivas* e as *heterocompositivas*.

A *autocomposição* ocorre quando as partes coletivas contrapostas ajustam suas divergências de modo autônomo, diretamente, por força e atuação próprias, celebrando documento pacificador, que é o *diploma coletivo negociado*. Trata-se, pois, da *negociação coletiva trabalhista*.

A fórmula autocompositiva da negociação trabalhista pode receber certos impulsos ou estímulos, caracterizados por mecanismos de autotutela, como a greve, ou próximos à heterocomposição, como a mediação. Entretanto, a presença desses diferentes mecanismos não desnatura a autocomposição realizada, que se celebra autonomamente pelas partes, ainda que sob certa pressão social verificada ao longo da dinâmica negocial.

A *heterocomposição* ocorre quando as partes coletivas contrapostas, não conseguindo ajustar, autonomamente, suas divergências, entregam a um terceiro o encargo da resolução do conflito; ocorre também a heterocomposição quando as partes não conseguem impedir, com seu impasse, que o terceiro intervenha (casos próprios a dissídios coletivos). São fórmulas heterocompositivas a *arbitragem* e o processo judicial próprio ao sistema trabalhista brasileiro, chamado *dissídio coletivo*.

Também aqui é comum surgir a presença de técnicas de autotutela (greve) ou próximas à heterocomposição (mediação), no contexto da resolução

(17) NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de Direito Sindical*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2000, p. 254.

conflitual via arbitragem ou dissídio coletivo. Anote-se, ainda, que tem sido muito comum a composição das partes no desenrolar do processo heterocompositivo, celebrando, antes de seu final, a negociação coletiva trabalhista.

Registre-se que seria possível indicar-se neste estudo, é claro, a presença de um terceiro grupo de fórmulas de resolução de conflitos coletivos trabalhistas: a *autotutela*. Seriam seus exemplos a *greve* e o *locaute* (este, em geral, proibido pelo Direito).

Contudo, do ponto de vista prático, este terceiro grupo (principalmente a greve, uma vez que o locaute tende a ser vedado) atua mais comumente como *instrumento para pressionar o encontro de uma solução favorável para o conflito através de algumas das duas fórmulas dominantes*, e não como meio próprio de resolução desse conflito coletivo.

No presente Curso, serão estudados diversos desses mecanismos de solução de conflitos coletivos e técnicas correlatas: negociação coletiva trabalhista e seus diplomas característicos (Capítulo XXXVI); arbitragem e mediação (Capítulo XXXVIII); greve e locaute (Capítulo XXXVII). Apenas não será objeto de estudo particularizado, em capítulo próprio, a fórmula heterocompositiva de *natureza eminentemente processual*, que consiste no processo judicial de dissídio coletivo e sua sentença normativa.

Uma Fórmula Controvertida: dissídio coletivo — A presente fórmula de resolução de conflitos coletivos trabalhistas corresponde a figura quase singular ao Direito do Trabalho brasileiro, nos dias atuais.

Este instituto, regra geral, no Ocidente, mostrou-se restrito a países cujas ordens justralhistas tiveram formação doutrinária e legal autoritárias, de inspiração organicista ou corporativista, como próprio às experiências autocráticas de natureza fascista de primeira metade do século XX, na Europa. Suplantadas aquelas experiências no continente europeu, a fórmula judicial de solução de conflitos coletivos trabalhistas tendeu a ser extirpada das respectivas ordens jurídicas.

Naturalmente que há referências à presença de semelhante poder normativo em experiências longínquas da Oceania (Austrália e Nova Zelândia), desde fins do século XIX até o desenrolar do século XX, sem qualquer vinculação com vieses doutrinários ou legais de natureza autoritária, registre-se. Contudo, essa peculiar circunstância não é hábil a desfazer a singularidade do instituto no próprio Direito Comparado.

No Brasil, porém, embora instituída no cenário autoritário das décadas de 1930 e 1940, a fórmula do dissídio coletivo permaneceu durante todo o período posterior, inclusive com a Constituição de 1988.

Note-se que a atribuição constitucional deferida ao Poder Judiciário de fixar *regras jurídicas*, no âmbito das relações laborais — como ocorre nos processos de dissídios coletivos e respectivas sentenças normativas —, não

se confunde com a clássica atuação jurisprudencial. Nesta última atuação, o que se passa é uma dinâmica de reiteração, pelos tribunais, de julgados individuais em semelhante ou idêntica direção, no exercício de função típica e tradicional ao Judiciário. Já a sentença normativa, resultante do dissídio coletivo, institui um conjunto de regras gerais, abstratas, impessoais, obrigatórias, como resultado de um único e específico processo posto a exame do tribunal trabalhista para aquele preciso e especificado fim, no exercício de função típica e tradicional do Poder Legislativo (e não do Judiciário).

Tecnicamente, sentença é o ato pelo qual o juiz resolve fase específica do processo judicial, com ou sem enfrentamento do mérito da causa ou da respectiva fase processual. Trata-se, pois, decisão proferida pelo Poder Judiciário, no exercício da jurisdição, em face de questões concretas submetidas a seu julgamento. Prolatada em segunda instância, pelos tribunais, assume a denominação de acórdão. Se cotejada a esse parâmetro teórico, a sentença normativa aproximar-se-ia da sentença clássica, na proporção em que é proferida pelo Poder Judiciário trabalhista (Tribunais Regionais e Tribunal Superior do Trabalho), em processos de dissídio coletivo, traduzindo exercício de poder decisório atribuído ao Estado. Dessa maneira, do ponto de vista formal (isto é, pelo modo de sua formação e exteriorização), a sentença normativa classificar-se-ia como sentença.

Distingue-se, entretanto, a sentença normativa da sentença clássica, no que tange à sua substância, seu conteúdo. É que ela não traduz a aplicação de norma jurídica existente sobre relação fático-jurídica configurada (como verificado nas sentenças clássicas); não é, por isso, rigorosamente, exercício de poder *jurisdicional*. Ela, na verdade, expressa, ao contrário, a própria criação de regras jurídicas gerais, abstratas, impessoais, obrigatórias, para incidência sobre relações *ad futurum*. Por essa razão, a sentença normativa, do ponto de vista material (isto é, substantivamente, sob a perspectiva de seu conteúdo), equipara-se à lei em sentido material.

A sentença normativa, portanto, é *ato-regra (Duguit), comando abstrato (Carnelutti)*, constituindo-se em ato judicial (aspecto formal) criador de regras gerais, impessoais, obrigatórias e abstratas (aspecto material). É lei em sentido material, embora se preserve como ato judicial, do ponto de vista de sua forma de produção e exteriorização.

No tocante à vigência da sentença normativa e à integração aos contratos de trabalho de suas regras jurídicas componentes, a jurisprudência, por cerca de 20 anos, desde 1988, seguiu o critério da *aderência contratual limitada pelo prazo*, negando, em consequência, qualquer ultratividade a tais regras por além do prazo prefixado para a sentença (usualmente, do ponto de vista prático, esse prazo era firmado em apenas *um ano* pelos instrumentos normativos judiciais, embora a CLT autorize, em princípio, prazo até quatro

anos: art. 868, parágrafo único). Esta era a diretriz que se estipulava no texto original da Súmula 277 do TST, editada em março de 1988.⁽¹⁸⁾

A Seção de Dissídios Coletivos da Corte Superior Trabalhista, porém, a contar de abril de 2008, alterou tal compreensão interpretativa, introduzindo, ainda que em parte, critério jurídico mais consentâneo com o espírito e o direcionamento constitucionais, qual seja, o da *aderência contratual limitada por revogação*, também chamado de *ultratividade relativa* das normas jurídicas prolatadas.⁽¹⁹⁾ Naturalmente que, no novo consenso jurisprudencial então alcançado, preferiu-se resguardar o prazo máximo de vigência de quatro anos explicitamente fixado no art. 868 da CLT.

Reiterada essa nova compreensão em várias sentenças normativas subsequentes, decidiu, em 2011, o TST elevar a nova diretriz interpretativa ao *status* de precedente judicial, aprovando, desse modo, o Precedente Normativo 120 da SDC, na mesma direção.⁽²⁰⁾

A propósito, esse significativo ajuste hermenêutico oriundo da SDC/TST terminou por influenciar, positivamente, a jurisprudência da Corte Superior Trabalhista no tocante também aos efeitos temporais das regras jurídicas dos instrumentos coletivos negociados nos contratos de trabalho, de maneira a superar, definitivamente, a diretriz original da Súmula 277 (diretriz que influenciara, durante anos, como se sabe, todas as normas coletivas na verdade, sejam as oriundas de sentença normativa, sejam as provenientes de convenções e acordos coletivos de trabalho). Assim é que o Tribunal Superior do Trabalho, completando importante ciclo de evolução jurisprudencial de mais de quatro anos, conferiu, em setembro de 2012, nova redação à Súmula 277, plenamente harmônica à evolução sedimentada: “*As cláusulas normativas dos acordos coletivos ou convenções coletivas integram*

(18) Eis o texto primitivo da Súmula 277, de 1988: “*As condições de trabalho alcançadas por força de sentença normativa vigoram no prazo assinado, não integrando, de forma definitiva, os contratos*”.

(19) Tal nova compreensão interpretativa, postando-se contrariamente ao estabelecido na antiga Súmula 277, expressou-se, inicialmente, na seguinte ementa de acórdão: SENTENÇA NORMATIVA — DURAÇÃO NO TEMPO — POSSIBILIDADES E LIMITES — *No Direito brasileiro pode a sentença normativa vigorar, desde seu termo inicial, até que novo diploma coletivo, judicial ou privado (sentença normativa, convenção coletiva de trabalho ou acordo coletivo de trabalho), produza sua revogação expressa ou tácita, respeitado, porém, o prazo máximo legal de quatro anos de vigência. Recurso ordinário em dissídio coletivo a que se dá provimento* (TST-RODC-1439/2004-000-04-00.0. Sessão de 10.4.2008. DOU/DJ de 9.5.2008. Relator: Ministro Mauricio Godinho Delgado). Nos meses e anos seguintes a abril de 2008, consolidou-se na SDC, em inúmeros acórdãos, esta orientação interpretativa.

(20) Eis o texto do Precedente Normativo 120 da SDC, de maio de 2011: “*SENTENÇA NORMATIVA. DURAÇÃO. POSSIBILIDADES E LIMITES (positivo) — (Res. 176/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.5.2011) A sentença normativa vigora, desde seu termo inicial até que sentença normativa, convenção coletiva de trabalho ou acordo coletivo de trabalho superveniente produza sua revogação, expressa ou tácita, respeitado, porém, o prazo máximo legal de quatro anos de vigência.*”

os contratos individuais de trabalho e somente poderão ser modificadas ou suprimidas mediante negociação coletiva de trabalho".⁽²¹⁾

Retomando-se a análise específica das sentenças normativas, cabe registrar que a Constituição de 1988 tem determinado a observância, nesses diplomas coletivos judiciais, do critério de *incorporação das vantagens precedentes* ("... respeitadas as disposições convencionais e legais mínimas de proteção ao trabalho" — estipulava o texto original do art. 114, § 2º, *in fine*, CF/88). Tal critério foi enfatizado pela EC n. 45/2004 ("*reforma do Judiciário*"), ao fazer constar no texto do § 2º do art. 114 do Texto Máximo o poder de a "... Justiça do Trabalho decidir o conflito, *respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente*" (grifos acrescidos).

A figura da sentença normativa tem sido muito criticada, contemporaneamente, por traduzir fórmula de desmesurada intervenção do Estado na gestão coletiva dos conflitos trabalhistas.

Incorporando, de certo modo, parcialmente, tais críticas, a Constituição de 1988, em sua origem, passou a viabilizar a propositura do dissídio coletivo somente após a recusa "... de qualquer das partes à negociação ou à arbitragem..." (art. 114, § 2º, *ab initio*, CF/88).

A EC n. 45/2004 aprofundou a incorporação de tais críticas ao singular instituto, criando restrição nova ao ajuizamento do dissídio coletivo *de natureza econômica*: havendo recusa de qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é-lhes facultado, *de comum acordo*, ajuizar a referida ação coletiva (art. 114, § 2º, *ab initio*, CF/88, conforme EC n. 45/2004). Com essa nova exigência à instauração da instância pelas partes — de difícil cumprimento, na prática —, diminuiu significativamente o papel do dissídio coletivo na ordem jurídica, social e econômica do País. Desse modo, a Constituição da República, dezesseis anos após 5 de outubro de 1988, pela EC n. 45/2004, remeteu, decididamente, à negociação coletiva o papel de geração de normas jurídicas coletivas trabalhistas no Brasil.

A perda da importância do dissídio coletivo, com a acentuada valorização da negociação coletiva trabalhista — ambas as medidas manifestas e crescentes na Constituição da República — têm conduzido, paulatinamente, a necessários ajustes na jurisprudência trabalhista. Importante

(21) A Súmula 277, registre-se, em sua nova redação, não trata da sentença normativa, porém apenas de preceitos componentes de CCTs e ACTs. De toda maneira, no tocante a essa sua nova redação, aprovada pelo TST em setembro de 2012, o fato é que teve os seus efeitos suspensos, quatro anos depois, por decisão liminar do Ministro do STF Gilmar Mendes, prolatada em setembro de 2016, na ADPF n. 323-DF. Menos de um ano depois, após curto período de tramitação no Parlamento, foi promulgada a Lei n. 13.467, de 13.7.2017 (vigência a partir de 11.11.2017), que inseriu novo § 3º no art. 614 da CLT, determinando não se poder estipular "duração de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho superior a dois anos, *sendo vedada a ultratividade*". (grifos acrescidos).

ajuste interpretativo consumou-se, conforme visto, mediante a nova redação da Súmula 277, após o direcionamento introduzido pelo Precedente Normativo 120 da SDC e a renovação jurisprudencial deflagrada pela Seção de Dissídios Coletivos, nessa temática, desde abril de 2008. Essa nova diretriz interpretativa reforça o *princípio da equivalência entre os contratantes coletivos trabalhistas* e estimula a negociação coletiva, por esta se tratar, agora, do único meio de se modificar cláusulas de ACT ou CCT que não sejam de interesse de qualquer das partes coletivas (o sindicato obreiro e também o empresariado), ou que tenham se tornado desajustadas ou inconvenientes no desenrolar das mudanças na vida socioeconômica real.⁽²²⁾

Outro importante ajuste interpretativo afirmou-se pelo cancelamento da OJ 12 da SDC, de maneira a propiciar a qualquer sujeito coletivo trabalhista, inclusive o sindicato obreiro, que proponha a ação de dissídio coletivo nos casos de movimento grevista em andamento – na linha inferida pelos princípios e regras da Constituição (art. 5º, XXXV; art. 9º; art. 114, §§ 2º e 3º, CF/88), da CLT (arts. 856 e 857, *caput*) e da própria Lei de Greve (art. 8º, *ab initio*, Lei n. 7.783/89). A antiga OJ 12 da SDC, na verdade, desequilibrava a equivalência dos contratantes coletivos trabalhistas, ao vedar ao sindicato de trabalhadores a propositura da ação coletiva especial nos casos de greve na respectiva base profissional representada.⁽²³⁾

VII. O PROBLEMA DA AUTONOMIA DO DIREITO COLETIVO DO TRABALHO

Um determinado conjunto de regras, princípios e institutos jurídicos assume caráter de ramo jurídico específico e próprio quando alcança *autonomia* perante os demais ramos do Direito que lhe sejam próximos ou contrapostos. Um determinado conjunto de proposições, métodos e enfoques de pesquisa sobre um universo de problemas assume o caráter de ramo de conhecimento específico e próprio quando também alcança *autonomia* perante os demais ramos de pesquisa e saber que lhe sejam correlatos ou contrapostos.

Autonomia (do grego *auto*, próprio, e *nomé*, regra), no Direito, traduz a *qualidade atingida por determinado ramo jurídico de ter enfoques, regras, teorias e condutas metodológicas próprias de estruturação e dinâmica*. A conquista da autonomia confirma a maturidade alcançada pelo ramo jurídico,

(22) Entretanto, não foi o que compreendeu o Ministro Relator da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF n. 323-DF), Gilmar Mendes, que, em setembro de 2016, concedeu medida liminar suspendendo os efeitos da Súmula n. 277 do TST. Essa decisão liminar será examinada no Capítulo XXXIV deste Curso (“Princípios Especiais do Direito Coletivo do Trabalho”), em seu item IV.2, intitulado “2. Princípio da Equivalência dos Contratantes Coletivos”.

(23) A OJ 12 da SDC foi cancelada pela Resolução 166 do TST, publicada em maio de 2010.

que se desgarrar dos laços mais rígidos que o prendiam a ramo ou ramos próximos, sedimentando uma via própria de construção e desenvolvimento de seus componentes específicos.

O debate sobre a autonomia do Direito Coletivo do Trabalho em contraponto ao Direito Individual do Trabalho não cessou, embora claramente prevaleça o entendimento relativo à falta dessa autonomia.

O jurista *Amauri Mascaro Nascimento*, por exemplo, nega a autonomia, considerado o quadro jurídico corrente. Mas menciona a possibilidade eventual de, no futuro, o ramo juscoletivo destacar-se do Direito do Trabalho, como ocorrido com o Direito Previdenciário⁽²⁴⁾.

A posição negativista, em geral, arrola distintos argumentos: *falta de identidade legislativa* (corpo normativo do Direito Coletivo seria o mesmo do restante do Direito do Trabalho — vide CLT); *falta de identidade doutrinária* (o segmento juscoletivo estaria inserido no conjunto doutrinário do Direito do Trabalho); *ausência de identidade jurisdicional* (não há ramo judiciário próprio a tratar das relações juscoletivas, senão o trabalhista); *falta de autonomia didática* (não corresponderia a disciplina curricular própria nas Faculdades de Direito); *carência de instituições próprias*, que sejam distintas das clássicas trabalhistas; por fim, *carência de princípios próprios*, distintos dos trabalhistas clássicos⁽²⁵⁾.

Embora tais argumentos tenham certa consistência, são, indubitavelmente, passíveis de críticas. É que eles supõem uma concepção extremada de autonomia, como se se tratasse de ramo jurídico desgarrado e incomunicável com o restante do Direito do Trabalho. Em vez disso, o que cabe aqui falar é em *autonomia relativa*, já que ambos os segmentos (Direito Individual e Direito Coletivo) lidam com idêntica matéria social, fulcrada essencialmente na relação de emprego.

No que diz respeito à falta de identidade legislativa, não é relevante, dado que a CLT engloba distintos segmentos vinculados à área trabalhista, alguns claramente autônomos entre si: veja-se, a propósito, a presença naquele diploma não só do Direito do Trabalho (em suas áreas individual e coletiva), mas também do Direito Processual do Trabalho.

No que tange à falta de identidade doutrinária, ver-se-á, a seguir, que o segmento juscoletivo tem, ao contrário, razoável complexo de matérias específicas, com teorias e métodos próprios, além de princípios próprios — o que lhe garante inegável identidade nesse campo.

(24) NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de Direito Sindical*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2000, p. 27.

(25) Amauri Mascaro Nascimento aponta quatro dimensões para o exame da autonomia de um ramo do Direito: legislativa, doutrinária, didática e jurisdicional. In: *Compêndio de Direito Sindical*. 2. ed., cit., p. 30.

Quanto à falta de identidade jurisdicional, também não é relevante. Afinal, a Justiça Comum examina matérias dos mais diversos ramos do Direito, sem que isso comprometa a autonomia de cada um deles. Além disso, é conveniente que a Justiça Especializada do Trabalho absorva a cognição e julgamento de todas as lides que envolvam matéria trabalhista (individual, coletiva ou até mesmo conexa), em face das vantagens da especialização do conhecimento. A esse propósito, o argumento negativista é até mesmo incorreto, já que, lamentavelmente, no Brasil, lides intersindicais (próprias ao Direito Coletivo) tradicionalmente sempre foram examinadas pela Justiça Comum e não pela Trabalhista (este equívoco político, institucional e técnico-jurídico foi, por fim, corrigido pela EC n. 45/2004: novo art. 114, I, II e III, CF/88).

No que é concernente à falta de autonomia didática, o argumento está ultrapassado. Há, sim, na estrutura curricular das Faculdades de Direito mais modernas e bem organizadas, disciplinas específicas ao Direito Coletivo do Trabalho, tanto na graduação como, principalmente, na pós-graduação. O que ocorre, muitas vezes, no âmbito restrito da graduação é apenas a inserção da *matéria* Direito Coletivo na segunda parte da *disciplina* Direito do Trabalho II, em face do maior volume de temas do Direito Individual do Trabalho — sem prejuízo da inegável diferenciação entre os campos de estudo.⁽²⁶⁾

Quanto à alegada carência de instituições próprias, o argumento é frágil. O Direito Coletivo apresenta instituições eminentemente específicas, como, por exemplo, sindicatos e comissões internas de atuação coletiva (menos comuns no Brasil, é verdade, em contraponto aos países europeus ocidentais). E tem, ainda, institutos muito característicos, como a negociação coletiva trabalhista, a greve e a sentença normativa. Até mesmo quanto às *comissões internas de atuação coletiva obreira*, elas existiam, pontualmente, no País, em alguns poucos segmentos sindicais; recentemente, passaram a receber regulação legal, com o advento das comissões de representação dos empregados, normatizadas pelo novo Título IV-A da CLT, inserido pela Lei n. 13.467/2017).⁽²⁷⁾

Por fim, no que toca à ausência de princípios próprios, a proposição é simplesmente incorreta. Conforme será estudado neste Curso, mais à frente, o Direito Coletivo do Trabalho possui rol significativo de princípios específicos (Capítulo XXXIV).

(26) Naturalmente que currículos jurídicos mais rudimentares, com baixo grau de cientificidade, abrem modesto espaço para o Direito do Trabalho, circunscrevendo-o a uma única disciplina de 60 horas-aulas semestrais. Entretanto, Faculdades e Cursos de Direito mais arejados, modernos, dinâmicos e consistentes tendem a apresentar, como se sabe, na graduação, o clássico par de disciplinas de Direito Material do Trabalho (Direito do Trabalho I e Direito do Trabalho II, com matérias do segmento individual e, ao fim, do segmento coletivo), além da disciplina específica de Direito Processual do Trabalho, sem contar interessante elenco de disciplinas eletivas diversificadas na área just trabalhista (Direito Ambiental do Trabalho, Direito Internacional do Trabalho, Contratos Especiais de Trabalho, etc.).

(27) Essas novas comissões internas ora normatizadas serão objeto de análise no Capítulo XXXV deste Curso, em seu item IX (“Comissão de Representação de Empregados na Empresa”).

O Direito Coletivo atende, também, aos principais requisitos que o jurista italiano *Alfredo Rocco* sintetizou, com rara felicidade, como inevitáveis supostos para o alcance da autonomia de qualquer ramo examinado: a existência de um *campo temático vasto e específico*; a elaboração de *teorias próprias* ao mesmo ramo; a observância de uma *metodologia própria* de construção e reprodução de sua estrutura e dinâmica⁽²⁸⁾.

O campo temático do Direito Coletivo do Trabalho é, inegavelmente, vasto e específico. Citem-se, para ilustração, os seguintes temas: sindicalismo, greve, negociação coletiva e seus institutos, representação obreira na empresa, sentença normativa.

O Direito Coletivo tem teorias próprias, conforme bem demonstram os debates envolvendo as possibilidades e limites jurídicos da negociação coletiva trabalhista. Ao lado disso, seus princípios específicos, enquanto proposições ideais conformadoras do Direito, são afirmações de elaboração teórica própria, no contexto do universo jurídico.

É inegável a presença de uma metodologia própria de construção e reprodução da estrutura e dinâmica do Direito Coletivo. A negociação coletiva o demonstra, uma vez que se trata de excepcional metodologia de construção do próprio Direito do Trabalho. A seu lado, o instituto da greve, essencial ao Direito Coletivo, que traduz relevante instrumento de autocomposição de conflitos de interesses.

Insista-se que não se está falando de uma autonomia que conduza ao *isolamento* do ramo juscoletivo em face do restante do Direito do Trabalho. Este, sem dúvida, forma um complexo especializado do Direito, composto de partes que têm regras e princípios próprios, mas que se interagem permanentemente. A autonomia propugnada é *relativa*, portanto. Não há como se pensar o Direito Coletivo sem seu ramo associado, o Direito Individual, ambos formando o complexo jurídico conhecido pelo epíteto simples de Direito do Trabalho.⁽²⁹⁾

(28) ROCCO, Alfredo. *Corso di Diritto Commerciale* — parte generale. Padova: Litotipo-Editrice Universitaria, 1921, p. 76. A proposição de Rocco, como se sabe, é largamente difundida entre inúmeros autores de Direito.

(29) A autonomia existente entre o Direito Individual do Trabalho e o Direito Coletivo do Trabalho assemelha-se àquela que se encontra entre segmentos componentes do Direito Civil, especialmente o contraponto entre o Direito Obrigacional, o Direito de Família e o Direito das Sucessões. Embora todos componham a mesma matriz jurídica (o Direito Civil), caracterizam-se, em boa medida, por princípios, perspectivas e regras jurídicas de natureza diversa. Trata-se, é claro, de autonomia *relativa*, porém indubitável.

CAPÍTULO XXXIV

PRINCÍPIOS ESPECIAIS DO DIREITO COLETIVO DO TRABALHO

I. INTRODUÇÃO

O Direito do Trabalho, como já exposto, engloba dois segmentos, um individual e um coletivo, cada um deles contando com regras, institutos e princípios próprios⁽¹⁾.

Conforme visto, toda a estrutura normativa do Direito Individual do Trabalho constrói-se a partir da constatação fática da diferenciação social, econômica e política básica entre os dois sujeitos da relação jurídica central desse ramo jurídico específico — a relação de emprego.

De fato, em tal relação o sujeito empregador age naturalmente como um *ser coletivo*, isto é, um agente socioeconômico e político cujas ações, ainda que intraempresariais, têm a natural aptidão de produzir impacto na comunidade mais ampla. Em contrapartida, no outro polo da relação inscreve-se um *ser individual*, consubstanciado no trabalhador que, enquanto sujeito desse vínculo sociojurídico, não é capaz, isoladamente, de produzir, como regra, ações de impacto comunitário. Essa disparidade de posições na realidade concreta fez despontar um Direito Individual do Trabalho largamente protetivo, caracterizado por métodos, princípios e regras que buscam reequilibrar, juridicamente, a relação desigual vivenciada na prática cotidiana da relação de emprego.

O Direito Coletivo, ao contrário, é ramo jurídico construído a partir de uma relação entre seres teoricamente equivalentes: *seres coletivos ambos, o empregador de um lado e, de outro, o ser coletivo obreiro, mediante as organizações sindicais*. Em correspondência a esse quadro fático distinto, emergem, obviamente, no Direito Coletivo, categorias teóricas, processos e princípios também distintos.

No estudo global dos princípios justralhistas é importante respeitar-se a diferenciação entre Direito Individual e Direito Coletivo. Entretanto é também fundamental que na análise particularizada de qualquer um dos

(1) Este capítulo extrai-se, originalmente, do livro deste autor, *Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2001, em seu Capítulo IV. Entretanto, a tipologia que compõe este capítulo, fundada em três grandes grupos de princípios especiais do Direito Coletivo, foi inicialmente divulgada no artigo deste autor, de 1994, *Princípios do Direito do Trabalho*, *Jornal Trabalhista*, Brasília: Centro de Assessoria Trabalhista/Consulex, ano XI, n. 535, 12.12.1994, p. 1202-1208.

dois segmentos sempre se preserve a perspectiva referenciada ao outro segmento justralhista correlato. Direito Individual e Direito Coletivo são, afinal, partes integrantes de uma mesma realidade jurídica especializada, o Direito do Trabalho.

O Direito Coletivo atua, porém, de maneira intensa sobre o Direito Individual do Trabalho, uma vez que é cenário de produção de um destacado universo de regras jurídicas, consubstanciado no conjunto de diplomas autônomos que compõem sua estrutura normativa (no Brasil, notadamente, a convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho). Desse modo, o Direito Coletivo do Trabalho pode alterar o conteúdo do Direito Individual do Trabalho, ao menos naqueles setores econômico-profissionais em que incidam seus específicos diplomas. Desde a Constituição de 1988, a propósito, ampliou-se o potencial criativo do Direito Coletivo do Trabalho, lançando ao estudioso a necessidade de pesquisar os critérios objetivos de convivência e assimilação entre as normas autônomas negociadas e as normas heterônomas tradicionais da ordem jurídica do País.

II. PRINCÍPIOS ESPECIAIS DO DIREITO COLETIVO — TIPOLOGIA

O Direito Coletivo do Trabalho, enquanto segmento jurídico especializado, constitui um todo unitário, um sistema, composto de princípios, categorias e regras organicamente integradas entre si. Sua unidade — como em qualquer sistema — sela-se em função de um elemento básico, sem o qual seria impensável a existência do próprio sistema. Neste ramo jurídico a categoria básica centra-se na noção de *relação jurídica coletiva*, a que se acopla a de *ser coletivo*, presente em qualquer dos polos da relação jurídica nuclear deste Direito. Ser coletivo empresarial (com ou sem representação pelo respectivo sindicato) e ser coletivo obreiro, mediante as organizações coletivas da classe trabalhadora — especialmente os sindicatos.

Os princípios do Direito Coletivo do Trabalho constroem-se, desse modo, em torno da noção de ser coletivo e das prerrogativas e papéis assumidos por tais sujeitos no contexto de suas relações recíprocas e em face dos interesses que representam.

A tradição autoritária da história brasileira ao longo do século XX comprometeu, significativamente, o florescimento e maturação do Direito Coletivo no País. Isso levou até mesmo a que se chegasse a pensar (e teorizar) sobre a inexistência de *princípios próprios* ao Direito Coletivo. Esse viés teórico (compreensível, em vista da longa cristalização autoritária no plano das relações coletivas no Brasil) não deve prejudicar, contudo, hoje, o desvelamento dos princípios informativos do ramo coletivo negociado, uma vez que, desde a Constituição de 1988, essa pesquisa e revelação tornaram cruciais para o entendimento do novo Direito Coletivo do Trabalho em construção no País.

Mais: o desconhecimento sobre os princípios especiais do Direito Coletivo do Trabalho irá certamente comprometer o correto e democrático enfrentamento dos novos problemas propostos pela democratização do sistema trabalhista no Brasil. A não compreensão *da essencialidade da noção de ser coletivo*, da relevância de ser ele *representativo e consistente* para de fato assegurar *condições de equivalência* entre os sujeitos do ramo juscoletivo trabalhista, simplesmente dilapida toda a noção de Direito Coletivo do Trabalho e de agentes coletivos atuando em nome dos trabalhadores.

Tipologia de Princípios — Os princípios do Direito Coletivo do Trabalho podem ser classificados em três grandes grupos, segundo a matéria e objetivos neles enfocados⁽²⁾.

Em primeiro lugar, o rol de *princípios assecuratórios das condições de emergência e afirmação da figura do ser coletivo obreiro*. Trata-se de princípios cuja observância viabiliza o florescimento das organizações coletivas dos trabalhadores, a partir das quais serão tecidas as relações grupais que caracterizam esse segmento jurídico específico.

Neste rol, estão os princípios *da liberdade associativa e sindical e da autonomia sindical*.

Logo a seguir, destacam-se os *princípios que tratam das relações entre os seres coletivos obreiros e empresariais, no contexto da negociação coletiva*. São princípios que regem as relações grupais características do Direito Coletivo, iluminando o *status*, poderes e parâmetros de conduta dos seres coletivos trabalhistas.

Citam-se neste segmento o princípio da *interveniência sindical na normatização coletiva*, o da *equivalência dos contratantes coletivos* e, finalmente, o da *lealdade e transparência nas negociações coletivas*.

Há, por fim, o conjunto de *princípios que tratam das relações e efeitos perante o universo e comunidade jurídicas das normas produzidas pelos contratantes coletivos*. Este grupo de princípios ilumina, em síntese, as relações e efeitos entre as normas produzidas pelo Direito Coletivo, por meio da negociação coletiva, e as normas heterônomas tradicionais do próprio Direito Individual do Trabalho.

Neste rol, encontram-se princípios como o da *criatividade jurídica da negociação coletiva* e o princípio da *adequação setorial negociada*.

(2) A presente tipologia, integrante deste Capítulo XXXIV, fundada nestes três grandes grupos de princípios especiais do Direito Coletivo, foi inicialmente divulgada no artigo deste autor, de 1994, *Princípios do Direito do Trabalho*, *Jornal Trabalhista*, Brasília: Consulex, ano XI, n. 535, 12.12.1994, p. 1202-1208. Posteriormente, foi inserida no Capítulo IV da 1ª edição do livro deste autor, *Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho* (São Paulo: LTr, 2001), além do Capítulo II da obra deste autor, *Direito Coletivo do Trabalho* (São Paulo: LTr, 2001). Alguns dos princípios arrolados na tipologia ainda não eram referidos pela doutrina, à época.

III. PRINCÍPIOS ASSECURATÓRIOS DA EXISTÊNCIA DO SER COLETIVO OBREIRO

O primeiro grupo, como visto, diz respeito aos princípios que visam a assegurar a existência de condições objetivas e subjetivas para o surgimento e afirmação da figura do ser coletivo.

O enfoque aqui centra-se no *ser coletivo obreiro*, isto é, na criação e fortalecimento de organizações de trabalhadores que possam exprimir uma real vontade coletiva desse segmento social. Trata-se, pois, do surgimento e afirmação de entidades associativas obreiras que se demarquem por efetivo potencial de atuação e representação dos trabalhadores, globalmente considerados.

Tais princípios não se formulam, portanto, direcionados à criação e fortalecimento do ser coletivo empresarial. Este já existe, necessariamente, desde que haja a simples figura da empresa. O ser coletivo empresarial não depende de indução ou garantias externas *especiais*, providas de norma jurídica; ele já existe, automaticamente, desde que exista organização empresarial no mercado econômico. É que o empregador, como se sabe, é, por definição, necessariamente um ser coletivo (excetuado o doméstico, é claro). Trata-se de natural (e poderosíssimo) ser coletivo por consistir em *um agregador e direcionador dos instrumentos de produção, distribuição, consumo e de serviços*, sendo, por isso mesmo, por sua própria natureza (ou, pelo menos, tendencialmente), uma *organização*. Além dessa sua fundamental característica, o empregador também regularmente pratica, com o simples exercício de sua vontade particular, atos de *repercussão comunitária ou social*⁽³⁾.

Em contraponto a isso, os trabalhadores somente se tornam uma *organização* caso se estruturem, grupalmente, nesse sentido. E somente serão capazes a produzir, com regularidade, atos de repercussão comunitária ou social caso se organizem de modo racional e coletivo para tais fins. Por todas essas razões, os princípios do Direito Coletivo do Trabalho que visam assegurar o surgimento e afirmação social do ser coletivo trabalhista enfocam seu comando normativo em direção às entidades organizativas e representativas dos trabalhadores.

O presente grupo de princípios engloba, portanto, diretrizes que têm na liberdade e autonomia associativas sua proposição essencial. Abrangem, principalmente, *os princípios da liberdade associativa e sindical e da autonomia sindical*.

(3) Como expuseram Orlando Gomes e Elson Gottschalk, reportando-se a Paul Pic, o empresário, enquanto detentor de riquezas, constitui-se, por si só, em uma *coalização*, cabendo, em contrapartida, como única solução eficaz para igualar as forças das partes contratantes, formar-se a *coalizão operária*. *Curso de Direito do Trabalho*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1972, p. 31.

1. Princípio da Liberdade Associativa e Sindical

O primeiro desses princípios postula pela ampla prerrogativa obreira de associação e, por consequência, sindicalização.

O princípio pode ser desdobrado em dois: liberdade de associação, mais abrangente; e liberdade sindical.

O **princípio da liberdade de associação** assegura consequência jurídico-institucional a qualquer iniciativa de agregação estável e pacífica entre pessoas, independentemente de seu segmento social ou dos temas causadores da aproximação. Não se restringe, portanto, à área e temáticas econômico-profissionais (onde se situa a ideia de liberdade sindical).

O princípio associativo envolve as noções conexas de **reunião** e **associação**. Por **reunião** entende-se a agregação episódica de pessoas em face de problemas e objetivos comuns; por **associação**, a agregação permanente (ou, pelo menos, de largo prazo) de pessoas em face de problemas e objetivos comuns.

Noções interligadas, a liberdade de reunião sempre foi pressuposto importante à consecução da liberdade de associação — trata-se daquilo que *José Afonso da Silva* chama de “liberdade-condição, porque, sendo um direito em si, constitui também condição para o exercício de outras liberdades”⁽⁴⁾. As duas ideias e dinâmicas têm lastro na própria matriz social do ser humano, sendo também fundamentais à estruturação e desenvolvimento da democracia. São, ao mesmo tempo, uma afirmação da essência humana dos indivíduos e uma seiva oxigenadora da convivência democrática no plano social.

O direito de reunião pacífica e de associação sem caráter paramilitar está assegurado na Constituição (art. 5º, XVI e XVII), estando, de certo modo, referenciado nas constituições brasileiras desde o primeiro texto republicano (art. 72, § 8º, CR/1891)⁽⁵⁾.

A liberdade associativista tem uma **dimensão positiva** (prerrogativa de livre criação e/ou vinculação a uma entidade associativa) ao lado de uma **dimensão negativa** (prerrogativa de livre desfiliação da mesma entidade). Ambas estão mencionadas no Texto Magno (“ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado” — art. 5º, XX, CF/88).

(4) SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 268. Amauri Mascaro Nascimento também afirma que “associação e reunião sempre foram garantias conexas, embora não identificáveis”. *Compêndio de Direito Sindical*. São Paulo: LTr, 2000, p. 140.

(5) A respeito, SILVA, José Afonso da. *ob. cit.*, p. 269-271. Também BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil* — promulgada em 5 de outubro de 1988, 2º vol. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 90-109.

Tal liberdade, é claro, envolve outras garantias da ordem jurídica: livre estruturação interna, livre atuação externa, autossustentação, direito à auto-extinção (ou garantia de extinção por causas ou agentes externos somente após regular processo judicial).

Direcionado ao universo do sindicalismo, o princípio mais amplo especifica-se na diretriz **da liberdade sindical (ou princípio da liberdade associativa e sindical)**.

Tal princípio engloba as mesmas dimensões positivas e negativas já referidas, concentradas no universo da realidade do sindicalismo. Abrange, desse modo, a liberdade de criação de sindicatos e de sua autoextinção (com a garantia de extinção externa somente por intermédio de sentença judicial regularmente formulada). Abrange, ainda, a prerrogativa de livre vinculação a um sindicato assim como a livre desfiliação de seus quadros (o art. 8º, V, da Constituição especifica o comando já lançado genericamente em seu art. 5º, XX: “ninguém será obrigado a filiar-se ou a manter-se filiado a sindicato”).

Registre-se que matérias relativas à estruturação interna dos sindicatos e suas relações com o Estado e, também, de certo modo, com os empregadores, têm sido englobadas em um princípio afim, o da *autonomia sindical*, a ser examinado no item 2, à frente.

Liberdade Individual e Liberdade Coletiva — É preciso se atentar para o fato de que se tem enfatizado, no Direito, o cunho individual da ideia de liberdade, negligenciando-se, em certa medida, a sua também importante dimensão coletiva (dimensão coletiva que é bastante decisiva no plano da liberdade e autonomia sindicais). De maneira geral, a ideia de liberdade tem traduzido o conjunto de prerrogativas abertas à pessoa humana para praticar atos e escolhas, em sua vida pessoal, familiar, comunitária e cívica, nos limites do respeito à liberdade dos outros e dos demais mandamentos explicitados pela ordem jurídica ou por ela reconhecidos como válidos.

Não há dúvida, porém, de que essa ideia não se limita apenas às prerrogativas individuais da pessoa humana. A noção de liberdade favorece também às coletividades, tais como empresas, instituições diversas, inclusive sindicatos, e à própria organização do Estado.

Uma das inovações mais relevantes que o Direito Coletivo do Trabalho, em sua estruturação, desde a segunda metade do século XIX e desenrolar do século XX até os dias atuais, trouxe para o Direito, em geral, e para o próprio Direito Constitucional foi o implemento da **liberdade coletiva no âmbito da economia e da sociedade, a liberdade dos grupos sociais** — no caso trabalhista, liderados pelos sindicatos.

Essa noção coletiva de liberdade deve estar associada à noção também individual da liberdade, no contexto do exame dos atos coletivos dos traba-

lhadores e de suas entidades sindicais. É o que se passa, ilustrativamente, com a análise de movimento tipicamente coletivo, como a greve. Ora, a interpretação estritamente individualista da liberdade, se exacerbada e desproporcional, pode comprometer a própria ideia de liberdade coletiva, de atos coletivos, de organização coletiva, em síntese, a própria ideia estruturante de Direito Coletivo do Trabalho. É o que se passa também com a ideia de custeio da entidade sindical, particularmente com a denominada *cota de solidariedade*, advinda do instrumento coletivo negociado, nos casos em que ele se estenda a todos os membros da categoria (CCTs) ou a todos os empregados da empresa (ACTs). No exame desses assuntos peculiares ao Direito Coletivo do Trabalho, a ideia de liberdade coletiva também deve estar presente, ao invés da ideia isolada de liberdade no sentido estritamente individual.⁽⁶⁾

A) Cláusulas de Sindicalização Forçada — Há sistemáticas de incentivos à sindicalização (apelidadas de *cláusulas de segurança sindical* ou de *sindicalização forçada*) que são controvertidas no que tange à sua compatibilidade com o princípio da liberdade sindical.

Trata-se, por exemplo, das cláusulas negociais coletivas denominadas *closed shop*, *union shop*, *preferencial shop* e, por fim, *maintenance of membership*.

Pela *closed shop* (empresa fechada), o empregador se obriga perante o sindicato obreiro a somente contratar trabalhadores a este filiados. Nos EUA, tal dispositivo foi considerado ilegal pela Lei Taft-Hartley, de 1947⁽⁷⁾.

Pela *union shop* (empresa sindicalizada), o empregador se compromete a manter apenas empregados que, após prazo razoável de sua admissão, se filiem ao respectivo sindicato obreiro. Não se obstrui o ingresso de trabalhador não sindicalizado, mas inviabiliza-se sua continuidade no emprego caso não proceda, em certo período, à sua filiação sindical⁽⁸⁾.

Próxima a esta, há a cláusula *preferencial shop* (empresa preferencial), que favorece a contratação de obreiros filiados ao respectivo sindicato⁽⁹⁾.

Neste rol destaca-se ainda a cláusula *maintenance of membership* (manutenção de filiação), pela qual o empregado inscrito em certo sindicato deve preservar sua filiação durante o prazo de vigência da respectiva convenção coletiva, sob pena de perda do emprego⁽¹⁰⁾.

(6) No tocante ao *custeio das entidades sindicais*, consultar, neste livro, no Capítulo XXXV (“Direito Coletivo e Sindicato”), o item IV.3.B, intitulado “Receitas Sindicais”. No que tange ao *instituto da greve*, consultar, neste Curso, o Capítulo XXXVII (“A Greve no Direito Coletivo”), em seu item III.1.A, intitulado “Caráter Coletivo do Movimento”.

(7) NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de Direito Sindical*. São Paulo: LTr, 2000, p. 146.

(8) Segundo Orlando Gomes e Elson Gottschalk, a cláusula *union shop* seria compatível com a Lei Taft-Hartley. *Curso de Direito do Trabalho*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1972, p. 481.

(9) NASCIMENTO, A. M. *Compêndio de Direito Sindical*, cit., p. 146.

(10) Conforme NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de Direito Sindical*, cit., p. 148.

Tais dispositivos de *sindicalização forçada* colocam em confronto, inegavelmente, liberdade individual obreira de filiação e/ou desfiliação e reforço da organização coletiva dos próprios trabalhadores — em suma, *liberdade individual versus fortalecimento sindical*. Neste embate há sistemas jurídico-políticos de tradição democrática (como os anglo-americanos) que se mostraram mais tolerantes com a prevalência da *liberdade do grupo profissional sobre a liberdade individual*. Contudo, na tradição juspolítica latina também democrática, a começar pela França, a concepção dominante volta-se à direção de negar validade a tais cláusulas⁽¹¹⁾. No Brasil, tem prevalecido o entendimento denegatório de validade às citadas cláusulas de *sindicalização forçada* — ao menos como regra geral.

B) Práticas Antissindicais — Há, por outro lado, sistemáticas de desestímulo à sindicalização e desgaste à atuação dos sindicatos (denominadas de *práticas antissindicais*) que entram em claro choque com o princípio da liberdade sindical. Trata-se, por exemplo, dos chamados *yellow dog contracts*, das *company unions* e, ainda, da prática *mise à l'index*.

No primeiro caso (*contratos de cães amarelos*), o trabalhador firma com seu empregador compromisso de não filiação a seu sindicato como critério de admissão e manutenção do emprego.

A expressão inglesa, entretanto (*yellow dog contracts*), sugere uma crítica ao trabalhador que subscreve essa cláusula de não filiação sindical. Na experiência histórica de outros países, contudo (inclusive o Brasil), sabe-se que os fatos tendem a se passar de maneira diversa: é comum ouvir-se falar em práticas meramente informais, inviabilizando, pela pressão surda no ambiente laborativo, a efetiva possibilidade de adesão de empregados a seu respectivo sindicato.

No segundo caso (*sindicatos de empresa* — no Brasil, *sindicatos amarelos*), o próprio empregador estimula e controla (mesmo que indiretamente) a organização e ações do respectivo sindicato obreiro.

No terceiro caso (*colocar no index* — no Brasil, *lista suja*), as empresas divulgariam entre si os nomes dos trabalhadores com significativa atuação sindical, de modo a praticamente excluí-los do respectivo mercado de trabalho⁽¹²⁾.

(11) A contraposição, neste tema, entre as experiências inglesas e norte-americanas de após a Segunda Guerra Mundial e a distinta experiência vivenciada na França, nesse período, está bem lançada por GOMES e GOTTSCHALK, *ob. cit.*, p. 479-482.

(12) Gomes e Gottschalk informam que na França a prática *mise à l'index* também se tornou conhecida como instrumento utilizado pelo próprio sindicalismo para desgaste ou pressão sobre trabalhadores não filiados: “o sindicato apela para os associados a fim de que não mantenham relações sociais, camaradagem, confraternização, com o empregado indigitado... (visando)... constranger o não sindicalizado à sindicalização...”. *Curso de Direito do Trabalho*. 5. ed. cit., p. 481-482.

Tais cláusulas ou práticas (e outras congêneres) são, sem dúvida, inválidas, por agredirem o princípio da liberdade sindical, constitucionalmente assegurado.

C) Garantias à Atuação Sindical — O princípio da liberdade associativa e sindical propugna pela franca prerrogativa de criação e desenvolvimento das entidades sindicais, para que se tornem efetivos sujeitos do Direito Coletivo do Trabalho.

Como qualquer princípio, na qualidade de *comando jurídico instigador*, a presente diretriz também determina ao ordenamento jurídico que confira consistência ao conteúdo e objetivo normativos que enuncia. Ou seja, que estipule garantias mínimas à estruturação e atuação dos sindicatos, sob pena de não poderem cumprir seu papel de real expressão da vontade coletiva dos respectivos trabalhadores.

Algumas dessas garantias já estão normatizadas no Brasil. A principal delas é a vedação à dispensa sem justa causa do dirigente sindical, desde a data de sua inscrição eleitoral até um ano após o término do correspondente mandato (art. 8º, VIII, CF/88). Esta garantia conta, inclusive, com medida judicial eficaz do Juiz do Trabalho, mediante a qual se pode determinar, liminarmente, a reintegração obreira em contextos de afastamento, suspensão ou dispensa pelo empregador (art. 659, X, CLT, conforme Lei n. 9.270/1996).

Conexa à presente garantia existe a intransferibilidade do dirigente sindical para fora da base territorial de seu sindicato (art. 543, CLT).

Diversas dessas relevantes garantias essenciais estão expressamente consignadas em textos normativos construídos ao longo de décadas pela Organização Internacional do Trabalho (Convenções ns. 11, 87, 98, 135, 141 e 151, por exemplo). Além disso, têm sido inseridas, classicamente, em experiências democráticas consolidadas no mundo ocidental (ilustrativamente, Estatuto dos Trabalhadores da Itália — Lei n. 300, de 1970).⁽¹³⁾

A Convenção 98, OIT, por exemplo (que trata do “direito de sindicalização e de negociação coletiva”), vigente no Brasil desde a década de 1950⁽¹⁴⁾, estipula critérios para tais garantias sindicais:

“Art. 2º-1. As organizações de trabalhadores e de empregadores deverão gozar de proteção adequada contra quaisquer atos de ingerência de umas e outras, quer diretamente quer por meio de seus agentes ou membros, em sua formação, funcionamento e administração.

(13) Entre as Convenções da OIT ora citadas, apenas uma ainda não se encontra ratificada pelo Brasil: a de n. 87 (sobre *liberdade sindical*). A de n. 151 (sobre *relações de trabalho na função pública*) foi ratificada recentemente, em 2010, por meio do Decreto Legislativo n. 206, de 7.4.10.

(14) A Convenção n. 98 vigora no Brasil desde 1953, após aprovada por Decreto Legislativo n. 49/1952 e promulgada pelo Decreto n. 33.196/1953. SÜSSEKIND, Arnaldo. *Convenções da OIT*. São Paulo: LTr, 1994, p. 204.

2. Serão particularmente identificados a atos de ingerência, nos termos do presente artigo, 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 colocar essas organizações sob o controle de um empregador ou de uma organização de empregadores” (grifos acrescidos).

O mesmo texto convencional reprime eventuais restrições empresariais a obreiros em face da participação ou não participação em tal ou qual sindicato (art. 1, 2, “a”, Convenção 98, OIT) ou em atividades sindicais (art. 1, 2, “b” da Convenção).

A Convenção n. 135, por sua vez (vigente no Brasil desde 18.3.1991)⁽¹⁵⁾, que trata da “proteção de representantes de trabalhadores”, estipula a seguinte garantia:

“Art. 1º Os representantes dos trabalhadores na empresa devem ser beneficiados com uma proteção eficiente contra quaisquer medidas que poderiam vir a prejudicá-los, inclusive o licenciamento (na verdade, despedida, isto é, “*licenciement*”), e que seriam motivadas por sua qualidade ou suas atividades como representantes dos trabalhadores sua filiação sindical, ou participação em atividades sindicais, conquanto ajam de acordo com as leis, convenções coletivas ou outros arranjos convencionais vigorando.”⁽¹⁶⁾

O princípio da liberdade associativa e sindical determina, portanto, coerentemente, o implemento de regras jurídicas assecuratórias da plena existência e potencialidade do ser coletivo obreiro. Registre-se, a propósito, que *não há qualquer antinomia entre a fixação de plena liberdade e autonomia ao sindicalismo com o implemento de garantias legais assecuratórias da mais larga e transparente representatividade sindical e o mais eficaz dinamismo reivindicativo das entidades sindicais obreiras.*

Ao contrário, o implemento dessas garantias normativas corresponde à exata observância do comando jurídico instigador contido no princípio especial da liberdade associativa e sindical que compõe o Direito Coletivo do Trabalho.

2. Princípio da Autonomia Sindical

O segundo dos princípios especiais do Direito Coletivo do Trabalho que cumpre o papel de assegurar condições à própria existência do ser coletivo obreiro é o da autonomia sindical.

Tal princípio sustenta a *garantia de autogestão às organizações associativas e sindicais dos trabalhadores, sem interferências empresariais ou do*

(15) Aprovada pelo Decreto Legislativo n. 86/1989, promulgando-se pelo Decreto n. 131/1991. SÜSSEKIND, Arnaldo, *ob. cit.*, p. 307.

(16) A observação em parênteses, referindo-se à equivocada tradução feita pelo legislador pátrio do texto da Convenção n. 135, OIT (*licenciement* como *licenciamento*, ao invés de *despedida*), reporta-se à ressalva feita nessa direção por Arnaldo Süssekind, em sua obra *Convenções da OIT*. São Paulo: LTr, 1994, p. 308.

Estado. Trata o princípio, dessa maneira, da livre atuação externa, sua sustentação econômico-financeira e sua desvinculação de controles administrativos estatais ou em face do empregador.

É verdade que quando se fala no princípio genérico da liberdade de associação nele se englobam, naturalmente, as matérias relativas à estruturação interna das entidades associativas e suas relações com o Estado. Entretanto, na história do Direito do Trabalho desdobrou-se o princípio geral em dois, conforme já sugerido: o da liberdade sindical e o da autonomia dos sindicatos.

Reconheça-se que tal segmentação resulta de particularidades importantes da história do sindicalismo, que não se destacaram com tanta ênfase na história das demais associações civis, culturais, políticas, religiosas e de outra natureza. É que, além do problema da liberdade sindical no sentido estrito (isto é, liberdade de criação de entidades sindicais com a consequente dinâmica de filiação e desfiliação de trabalhadores a tais entidades), sempre foram cruciais à sorte do sindicalismo no Ocidente as lutas pela autonomia dos sindicatos não apenas perante o Estado, bem como igualmente perante os próprios empregadores. O dilema da autonomia *versus* controle político-administrativo dos sindicatos sempre foi um dos desafios centrais da história do sindicalismo nos países do Ocidente (no Brasil, inclusive, acentuadamente — como se sabe); do mesmo modo, o dilema da autonomia das entidades sindicais *versus* o controle informal ou práticas informais (ou explícitas) antissindicais pelos próprios empregadores. Por essas duas razões combinadas é que o princípio maior da liberdade sindical se desdobrou em duas diretrizes correlatas: a da liberdade de associação e sindical, em si, e a diretriz especificamente relacionada à questões da autonomia das entidades sindicais de trabalhadores.

O princípio da autonomia sindical sempre sofreu graves restrições na história jurídica e política brasileira.

Antes de 1930 o princípio padecia em meio às próprias debilidades de todo o Direito do Trabalho, que sequer se estruturava como um ramo jurídico próprio e complexo. Em sua fase inicial de manifestações incipientes e esparsas, o futuro ramo just trabalhista ainda não possuía um conjunto sistemático de regras, princípios e institutos que assegurassem plena cidadania à atuação coletiva dos trabalhadores no País. Dominava a política institucional da Primeira República (1889-1930), como se sabe, certa concepção liberal individualista que não encontrava justificativa em favor da regulação normativa do mercado de trabalho, nem espaço político para a absorção institucional dos movimentos sociais produzidos pelos trabalhadores dos incipientes segmentos industriais da época e de certos setores de serviços (ferroviário e portuário, principalmente). A inegável existência de sindicatos livres, no período, não chegou a formar uma tradição sólida de autonomia, seja pela incipiência do

sistema industrial e do mercado de trabalho correspondente, seja pelo fato de que a autonomia se fazia *fora do Direito*, não se institucionalizando em um modelo jurídico bem definido e estruturado⁽¹⁷⁾.

Adécada de 1930 vê instaurar-se no Brasil, como se conhece, um sistema sindical de estrutura e dinâmica centralizadas, sob direto e minucioso controle político e administrativo do Estado, nos moldes corporativistas, embebido do modelo fascista importado da Itália da época. Neste sistema, falar-se em princípio de autonomia sindical era simplesmente um contrassenso, uma vez que o caráter publicista dos sindicatos colocava-os sob a égide do Ministério do Trabalho, que ostentava poderes incontrastáveis de criação, extinção e intervenção cotidiana na vida de tais entidades.

Mesmo após o fim da ditadura Vargas (1930-1945), o princípio da autonomia sindical não chegou a ser efetivamente incorporado na ordem jurídica brasileira (aliás, esta foi uma das singularidades da democracia brasileira pós-1945: mecanismos democráticos formais no plano político-institucional e estrutura corporativista centralizadora no plano do mercado de trabalho). Assim, não obstante o princípio formalmente constasse do texto da Constituição subsequente à instauração do sistema trabalhista brasileiro tradicional (Texto Máximo de 1946), ele era relativamente esvaziado em seu conteúdo já que esdruxulamente compatibilizado com as regras do corporativismo autoritário sindical estabelecido.

Com o advento do regime militar, em 1964, o sindicalismo sofreu profunda e extensa repressão política, com centenas de intervenções nas entidades sindicais, além de prisões e cassações políticas de suas lideranças mais combativas. Não houve, na época, contudo, alteração na estrutura formal do sistema sindical brasileiro, que permaneceu controlado e silenciado, em sua grande maioria, até, pelo menos, o final da década de 1970 e início dos anos 1980. Do ponto de vista jurídico, tal estrutura formal do sistema sindical permaneceu a mesma nas duas Cartas Constitucionais então editadas (1967 e 1969 — EC n. 1).

Somente a partir da Constituição de 1988 é que teria sentido sustentar-se que o princípio autonomista sindical ganhou corpo real na ordem jurídica do País. De fato, a nova Constituição eliminou o controle político-administrativo do Estado sobre a estrutura dos sindicatos, quer quanto à sua criação, quer quanto à sua gestão (art. 8º, I). Além disso, alargou as prerrogativas de atuação dessas entidades, seja em questões judiciais e administrativas (art. 8º, III), seja na negociação coletiva (art. 8º, VI, e 7º, XXVI), seja pela amplitude assegurada ao direito de greve (art. 9º).

(17) Relembre-se a sugestiva frase *atribuída* ao Presidente Washington Luiz de que *a questão operária é uma questão de polícia*. Para o exame da evolução do Direito do Trabalho no período, consultar a obra deste autor, *Introdução ao Direito do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2001, em seu Capítulo II, *O Direito do Trabalho no Brasil*. Neste Curso, examinar seu Capítulo IV.

Entretanto, curiosamente, a mesma Constituição, em seu texto original, manteve traços relevantes do antigo sistema corporativista do País. É o que se passa com a unicidade sindical (art. 8º, II), com o sistema de financiamento compulsório e genérico de toda a estrutura, inclusive sua cúpula (art. 8º, IV), com o amplo poder normativo dos tribunais trabalhistas e, finalmente, com os mecanismos de representação corporativa no seio do aparelho de Estado — no caso, por meio da chamada representação classista na Justiça do Trabalho. Eram estruturas e instrumentos mantidos pelo texto original de 1988 que se chocavam, de modo patente, com as experiências históricas vivenciadas por algumas das mais sedimentadas democracias ocidentais (como França, Alemanha e Itália, por exemplo), com o princípio da autonomia sindical.

É bem verdade que o poder reformador constitucional brasileiro, tempos após 1988, corrigiu alguns desses nódulos do texto original da Constituição. Realmente, pela EC n. 24, de dezembro de 1999, foi extinta a representação classista na Justiça do Trabalho, ao passo que, pela EC n. 45, de dezembro de 2004, foi severamente restringido o poder normativo judicial trabalhista⁽¹⁸⁾.

Com as importantes modificações constitucionais efetivadas (EC n. 24 e EC n. 45), pode-se afirmar que as antinomias do sistema trabalhista brasileiro, contemporaneamente, sob a perspectiva democrática e inclusiva, restringem-se, essencialmente, apenas a aspectos do sistema sindical do País, ao invés de grande parte dele.⁽¹⁹⁾

(18) Sobre as antinomias do texto original da Constituição de 1988 (sem considerar, portanto, os hoje já sedimentados efeitos das reformas democráticas implementadas pela EC n. 24/99 e pela EC n. 45/04), consultar a obra deste autor, *Introdução ao Direito do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2001, especialmente o Capítulo II, em seu item III, “A Carta Constitucional de 1988 e a Transição Democrática Justrabalhista”. No presente *Curso de Direito do Trabalho*, consultar seu Capítulo IV, item IV. Examinar também NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de Direito Sindical*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2000, p. 162-168 (item 52, “O Sistema Brasileiro”). Consultar ainda SIQUEIRA NETO, José Francisco. *Direito do Trabalho & Democracia* — apontamentos e pareceres. São Paulo: LTr, 1996, especialmente em seus capítulos 6 e 7, p. 156-248. Analisar também diversos estudos de Arion Sayão Romita. Ilustrativamente: *Sindicalismo, Economia, Estado Democrático* — estudos. São Paulo: LTr, 1993; *Breves Considerações sobre Organização Sindical Brasileira*, in *Genesis — Revista de Direito do Trabalho*. Curitiba: Genesis, n. 84, dezembro/1999, p. 809-820; “O Sindicalismo na Atualidade”, in *Genesis — Revista de Direito do Trabalho*. Curitiba: Genesis, n. 90, junho/2000, p. 821-829. Um panorama das concepções político-interpretativas sobre o tema encontra-se em Leticia Godinho de Souza, *Direito do Trabalho, Justiça e Democracia* — o sentido da regulação trabalhista no Brasil. São Paulo: LTr, 2006.

(19) Um balanço do Direito Coletivo do Trabalho no Brasil, elaborado em 2015, quando já sedimentados os avanços produzidos pelo texto original de 1988, pelas reformas constitucionais deflagradas pelas ECs n. 24/1999 e 45/2004, além de considerados outros avanços ocorridos nas últimas duas décadas e meia desde 1988 (por exemplo, o advento da *Lei das Centrais Sindicais*, de 2008, e a ratificação da *Convenção Internacional da OIT n. 151*, ocorrida em 2010), encontra-se no artigo de DELGADO, Mauricio Godinho, “Constituição da República, Sistema Trabalhista Brasileiro e Direito Coletivo do Trabalho — reflexões complementares”, que foi inserido na 6ª edição do livro *Direito Coletivo do Trabalho* (São Paulo: LTr, 2015), em seu Capítulo VIII — que se reproduziu nas edições subseqüentes do livro.

É bem verdade que, em 2017, a reforma trabalhista legalmente implementada (Lei n. 13.467, vigente desde 11.11.17) atingiu de frente o sindicalismo do País. É que ela não apenas exacerbou os poderes da negociação coletiva trabalhista, no sentido da flexibilização e diminuição de direitos e garantias dos trabalhadores, bem como restringiu as fontes de custeio do sistema sindical — aspectos que serão examinados, neste Curso, mais à frente.⁽²⁰⁾

IV. PRINCÍPIOS REGENTES DAS RELAÇÕES ENTRE OS SERES COLETIVOS TRABALHISTAS

O segundo grupo de princípios do Direito Coletivo do Trabalho reporta-se às próprias *relações entre os sujeitos coletivos e aos processos consubstanciadores dessas relações*.

À medida que essas relações e processos se passam no cenário da negociação entre sindicatos obreiros e empregadores ou sindicatos representativos destes, tais princípios resultam em conformar, direta ou indiretamente, os próprios parâmetros da negociação coletiva trabalhista.

Esse rol engloba, como visto, os princípios da *interveniência sindical na normatização coletiva*, da *equivalência entre os contratantes coletivos* e, finalmente, da *lealdade e transparência nas negociações coletivas*.

1. Princípio da Interveniência Sindical na Normatização Coletiva

O princípio da *interveniência sindical na normatização coletiva* propõe que a validade do processo negocial coletivo submeta-se à necessária intervenção do ser coletivo institucionalizado obreiro — no caso brasileiro, o sindicato.

Assumido, expressamente, pela Constituição de 1988 (art. 8º, III e VI, CF/88), o princípio visa a assegurar a existência de efetiva equivalência entre os sujeitos contrapostos, evitando a negociação informal do empregador com grupos coletivos obreiros estruturados apenas de modo episódico, eventual, sem a força de uma institucionalização democrática como a propiciada pelo sindicato (com garantias especiais de emprego, transparência negocial, etc.).

Em face de tal princípio não constitui, para o Direito, *negociação coletiva trabalhista* qualquer fórmula de tratamento direto entre o empregador e seus

(20) Quanto à exacerbação dos poderes da negociação coletiva trabalhista, afastando-a de seu papel clássico de mecanismo de elevação e aperfeiçoamento das condições de trabalho no País, consultar o item V deste Capítulo XXXIV, intitulado “Princípios Regentes das Relações Entre os Seres Coletivos Trabalhistas”, em particular o seu tópico 2 (“Princípio da Adequação Setorial Negociada”), em seu novo subitem intitulado “Impactos da Lei da Reforma Trabalhista”. No que concerne à restrição das fontes de custeio das entidades sindicais, consultar, neste Curso, em seu Capítulo XXXV (“Direito Coletivo e Sindicato”), o item IV.3.B (“Receitas Sindicais”).

empregados, ainda que se trate de fórmula formalmente democrática (um plebiscito intraempresarial, por exemplo). Os poderes da autonomia privada coletiva, no Direito brasileiro, passam necessariamente pelas entidades sindicais obreiras.

Neste quadro, qualquer ajuste feito informalmente entre empregador e empregado terá caráter de mera cláusula contratual, sem o condão de instituir norma jurídica coletiva negociada. Na qualidade jurídica de mera cláusula contratual, este ajuste informal submete-se a todas as restrições postas pelo ramo justralhista às alterações do contrato de trabalho, inclusive o rigoroso princípio da inalterabilidade contratual lesiva.

A presente diretriz atua, pois, como verdadeiro princípio de resistência trabalhista. E corretamente, pois não pode a ordem jurídica conferir a particulares o poderoso veículo de criação de normas jurídicas (e não simples cláusulas contratuais) sem uma consistente garantia de que os interesses sociais mais amplos não estejam sendo adequadamente resguardados. E a presença e a atuação dos sindicatos têm sido consideradas na história do Direito do Trabalho uma das mais significativas garantias alcançadas pelos trabalhadores em suas relações com o poder empresarial.

Observe-se que a recente institucionalização das comissões de representação dos empregados em empresas com mais de 200 empregados, conforme exposto no novo Título IV-A da CLT (integrado pelos arts. 510-A a 510-D da Consolidação — segundo inserção feita pela Lei n. 13.467, vigente desde 11.11.2017), não pode significar, a nenhum título, afronta ao princípio da interveniência sindical na normatização coletiva. É o que se infere da norma constitucional destacada (art. 8º, III e VI, CF/88).⁽²¹⁾

Registre-se, não obstante, a presença na jurisprudência de significativo entendimento no sentido de restringir o princípio mencionado. Em situações excepcionais, em que o sindicato apresente *inconsistente* recusa a participar da negociação coletiva trabalhista, há decisões compreendendo aplicável a regra excetiva do art. 617, § 1º, da CLT. Em quadro de omissão ou recusa do sindicato no tocante à pactuação de certo Acordo Coletivo de Trabalho, seguido de idêntica conduta omissiva ou denegatória pela respectiva federação ou confederação, este preceito consolidado permite que os interessados prossigam “... diretamente na negociação coletiva, até final” (§ 1º do art. 617 da CLT).

(21) Por curtíssimo período (de 14.11.2017 até 23.04.2018) vigorou a MPr. n. 808/2017, produzindo modificações na CLT, especialmente nos dispositivos recém-insertos pela Lei n. 13.467/2017. Em face de sua curtíssima vigência e eficácia, essa Medida Provisória não será examinada neste Curso. Para a análise detalhada da reforma trabalhista, inclusive com os preceitos, *em separado*, da MPr. n. 808, consultar DELGADO, M. G. e DELGADO, G. N. *A Reforma Trabalhista no Brasil* — com os comentários à Lei n. 13.467/2017, em sua 2ª edição, publicada em abril de 2018.

A recepção constitucional da regra do art. 617 e seus parágrafos não chega a traduzir, porém, autorização à pactuação normativa de cláusulas irregulares — que agridam, por exemplo, a ordem jurídica heterônoma estatal. Os mesmos limites que se impõem à negociação coletiva padrão destacam-se perante esse diploma coletivo singular⁽²²⁾.

2. Princípio da Equivalência entre os Contratantes Coletivos

O princípio da *equivalência entre os contratantes coletivos* postula pelo reconhecimento de um estatuto sociojurídico semelhante a ambos os contratantes coletivos (o obreiro e o empresarial).

Tal equivalência resulta de dois aspectos fundamentais: a natureza e os processos característicos aos seres coletivos trabalhistas.

Em primeiro lugar, de fato, os sujeitos do Direito Coletivo do Trabalho têm a mesma natureza, são todos *seres coletivos*. Há, como visto, o empregador que, isoladamente, já é um ser coletivo, por sua própria natureza, independentemente de se agrupar em alguma associação sindical. É claro que pode também atuar através de sua entidade representativa; contudo, mesmo atuando de forma isolada, terá natureza e agirá como ser coletivo.

No que tange aos trabalhadores, sua face coletiva institucionalizada surge mediante seus entes associativos; no caso brasileiro, os sindicatos.

Evidentemente que *essa natureza coletiva dos sindicatos deve ser real, ao invés de mera formalidade ilusória. Nessa medida, os sindicatos de trabalhadores têm de ostentar solidez e consistência, com estrutura organizativa relevante, além de efetiva representatividade no que diz respeito à sua base profissional trabalhista.* Afinal, sabe-se que a entidade sindical frágil e sem representatividade verdadeira consiste na antítese da ideia de sindicato e de ente integrante do sindicalismo, dificilmente sendo apta a realmente deter a natureza de ser coletivo obreiro.

Nesse contexto, atendidas essas peculiaridades, considera-se que os seres coletivos obreiros e empresariais apresentam a mesma natureza.

(22) A respeito dessa compreensão em favor da recepção parcial do art. 617 e seus parágrafos pela Constituição de 1988, consultar o seguinte acórdão da Seção de Dissídios Coletivos do Tribunal Superior do Trabalho: TST-ROAA-32800-97.2008.5.03.0000, cujo relator, Ministro Mauricio Godinho Delgado, ressaltou seu entendimento vencido quanto à recepção do preceito celetista. Registre-se, de todo modo, que no *decisum* foram invalidadas distintas cláusulas consideradas irregulares em contraponto à ordem jurídica heterônoma imperativa. Para exame dos limites da negociação coletiva trabalhista — aplicáveis também ao diploma celebrado no rito especial do art. 617, § 1º da CLT —, consultar o princípio da *adequação setorial negociada*, no item V.2 do presente Capítulo.

O segundo aspecto essencial a fundamentar o presente princípio é a circunstância de contarem os dois seres contrapostos (até mesmo o ser coletivo obreiro) com instrumentos eficazes de atuação e pressão (e, portanto, negociação).

Os instrumentos colocados à disposição do sujeito coletivo dos trabalhadores (garantias de emprego, prerrogativas de atuação sindical, possibilidades de mobilização e pressão sobre a sociedade civil e Estado, greve, etc.) reduziriam, no plano juscoletivo, a disparidade lancinante que separa o trabalhador, como indivíduo, do empresário. Isso possibilitaria ao Direito Coletivo conferir tratamento jurídico mais equilibrado às partes nele envolvidas. Nessa linha, perderia sentido no Direito Coletivo do Trabalho a acentuada diretriz protecionista e intervencionista que tanto caracteriza o Direito Individual do Trabalho.

É bem verdade que, no caso brasileiro, mais de 25 anos após a Constituição de 1988, ainda não se completou a transição para um Direito Coletivo pleno, equânime e eficaz — *assecuratório de real equivalência entre os contratantes coletivos trabalhistas*. É que, embora a nova Constituição tenha afirmado, pela primeira vez desde a década de 1930, de modo transparente, alguns dos princípios fundamentais do Direito Coletivo no País, ela não foi seguida, ainda, de uma *Carta de Direitos Sindicais*, que produza a adequação da legislação sindical (em particular, o Título V da CLT) às necessidades da real democratização desse subsistema da sociedade civil, com o amplo fortalecimento e representatividade das entidades sindicais e, por consequência, sua melhor equivalência de poder no contexto da negociação coletiva trabalhista.

Nesse quadro, podem-se apontar quatro aspectos, pelo menos, que conspiram contra a efetividade do princípio jurídico da equivalência entre os contratantes coletivos.

De um lado, o critério de reunião dos trabalhadores adotado pela jurisprudência do País (STF e TST) para definir e enquadrar, como mais legítima, a respectiva entidade sindical. Ao invés de se perfilar pelo *critério da agregação* na análise do conceito de categoria profissional e na busca do sindicato mais legítimo, em contexto de disputas intersindicais — critério que levaria, sem dúvida, à estruturação de sindicatos grandes, realmente fortes, consistentes e bastante representativos no País —, a jurisprudência do STF e do TST, desafortunadamente, pacificou-se em torno do *critério da especialidade* (que propõe que a entidade mais específica seja considerada como a mais representativa), decisão interpretativa que permitiu, senão impulsionou, a acentuada fragmentação do sindicalismo no Brasil.

Com isso, em contraponto à manifesta intenção constitucional de fortalecer os sindicatos no País, a linha interpretativa jurisprudencial dominante tem contribuído para o enfraquecimento palmar e contínuo das entidades

sindicais de primeiro grau no território brasileiro — exatamente aquelas que, segundo a Constituição (art. 8º, VI), ostentam a aptidão para realizar a negociação coletiva trabalhista. À diferença de importantes países europeus (*vide* Alemanha, por exemplo) e, até mesmo, América Latina (Argentina, ilustrativamente), que se caracterizam pela presença de entidades sindicais extremamente fortes, o Brasil, mais de 25 anos depois do advento da Constituição, passou a apresentar uma miríade de sindicatos fracos, mitigados, pulverizados (mais de 10 mil entidades sindicais obreiras) – embora, naturalmente, se trate, em geral, de sindicatos bastante *específicos*.⁽²³⁾

Não há como se falar na efetividade do princípio da equivalência entre os contratantes coletivos se a realidade do sindicalismo no País é formada por entidades sindicais extremamente frágeis, pequenas, modestas. Ora, conforme já se mencionou neste Curso, entidade sindical frágil e sem representatividade consiste na antítese da ideia de sindicato e de ente integrante do sindicalismo, dificilmente sendo apta a realmente desfrutar da natureza de ser coletivo obreiro e de cumprir o princípio cardeal da equivalência entre os seres coletivos trabalhistas.⁽²⁴⁾

Em segundo lugar, há que se perceber que a garantia de emprego relativa aos dirigentes sindicais, afirmada pela Constituição de 1988 (art. 8º, VIII), envolve um número exíguo de trabalhadores, se considerados os casos de sindicatos realmente grandes, abrangentes e com larga base obreira representada.

A verdade é que a superação, pelo art. 8º da Constituição, do antigo critério do art. 522, CLT (que confere garantia apenas ao máximo de *sete diretores* e três conselheiros fiscais eleitos, e respectivos suplentes), ainda não conduziu ao vislumbre do novo critério surgido em harmonia com a

(23) Consideradas apenas as entidades de primeiro grau com reconhecimento expresso, em 2016, no então Ministério do Trabalho, existem 10.926 sindicatos de trabalhadores no País, em conformidade com dados divulgados pelo órgão oficial, em seu sítio da *internet*, em respaldo à apuração do índice de representatividade das Centrais Sindicais relativamente a 2016, conforme despacho do Ministro do Trabalho publicado no Diário Oficial da União em 01.04.2016. A lista do número de sindicatos obreiros do País consta da “Relação de Centrais Sindicais Certificadas”, com referência a 2016, em conformidade com determinação estipulada pela Lei das Centrais Sindicais (n. 11.648/08), abrangendo os respectivos sindicatos filiados a cada uma das centrais. Esclareça-se que, nessa lista, há 2.791 sindicatos sem declaração de filiação a qualquer das centrais sindicais ou que se referem a central sindical não cadastrada no órgão público. *Fonte*: Ministério do Trabalho. “Representatividade. Divulgada relação das centrais sindicais certificadas para 2016 (</noticias/3202-divulgada-relacao-das-centrais-sindicais-certificadas-para-2016)” (<http://trabalho.gov.br/>). Acesso em: 07.11.2016.

(24) Para melhor análise dos critérios da *agregação* ou da *especialização* (ou especialidade) como instrumental para a pesquisa acerca do *sindicato mais representativo* e, portanto, do sindicato efetivamente legítimo, consultar, neste Curso, no Capítulo XXXV, o item III (“Sistemas Sindicais”), em seu subitem 1 (“Critérios de Agregação dos Trabalhadores no Brasil”), alínea “B”, que trata do assunto “Sindicatos por Categoria Profissional”. No livro deste mesmo autor, *Direito Coletivo do Trabalho* (7. ed. São Paulo: LTr, 2017), o assunto está tratado no Capítulo III, item III (“Sistemas Sindicais”), subitem 1.B.a, intitulado “a) Agregação *versus* Especialização”.

vontade constitucional de 1988. Não há dúvida de que se mostra evidente a inadequação da acanhada garantia do art. 522 da Consolidação perante o largo espectro constitucional (e perante a sociedade complexa hoje existente no Brasil). Contudo a ausência de um parâmetro alternativo claro (que evite também, ao reverso, o abuso do direito pelos sindicalistas) tem inclinado os tribunais à acomodação com o velho texto da CLT — o que frustra, obviamente, o princípio da efetiva equivalência entre os seres coletivos trabalhistas.

Ora, enquanto não surge texto legal adequado ao comando firme da Constituição, dever-se-ia relegar, em respeito à Lei Magna, ao estatuto do sindicato a fixação do número necessário de diretores da respectiva entidade, *atento o intérprete ao uso não abusivo da prerrogativa constitucional*. Sendo razoável, consistente, equânime o número escolhido, em correspondência com as características, dimensões e abrangência do sindicato, estende-se a garantia magna a todos eles. Sendo abusivo o número, esvai-se tal garantia sobre o montante superior ao legalmente estipulado pela CLT. Entretanto, conforme evidenciado, não é assim que compreende a jurisprudência dominante no País⁽²⁵⁾.

Em terceiro lugar, ainda não se criaram, no Direito Coletivo do Trabalho do País, fórmulas eficazes de representação sindical obreira nas empresas. E nem se estendeu, regra geral, a tais representantes ou delegados sindicais obreiros o manto protetor da estabilidade provisória. É bem verdade que a recente Lei da Reforma Trabalhista institucionalizou as comissões de representação de empregados no âmbito de empresas com mais de 200 empregados, dando um passo à frente no suprimento dessa lacuna normativa (Lei n. 13.467/2017, inserindo os arts. 510-A a 510-D na Consolidação). Porém, infelizmente, o novo diploma normativo regulou tais comissões apenas em empresas relativamente grandes (mais de 200 empregados); a par disso, deixou dúvidas sobre a incorporação (ou não) dos trabalhadores terceirizados permanentes situados na mesma empresa; se não bastasse, deixou de prever a natural vinculação de tais comissões aos sindicato profissional concernente aos trabalhadores da referida empresa. São defeitos na regência normativa lançada nos novos arts. 510-A a 510-D da CLT que merecem ainda ser superados.

Em quarto lugar, há que se reconhecer a injustificável resistência da cultura jurídica do Brasil em conferir efetividade ao princípio da equivalência

(25) Sobre a noção de abuso do direito e sua aplicação à área justrabalhista, consultar a obra deste autor, *Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho* (4. ed., São Paulo: LTr, 2013), em seu Capítulo V — “Princípios Gerais do Direito (ou de Outros Ramos Jurídicos) Aplicáveis ao Direito do Trabalho”. De toda maneira, por lealdade ao leitor, deve ser enfatizado que a jurisprudência ainda preserva a restrição da garantia sindical de emprego apenas aos sete titulares e sete suplentes ocupantes de cargos de direção das entidades sindicais (Súmula n. 369, II, TST). E, também, nega tal garantia estabilitária aos membros de conselho fiscal de sindicatos (OJ n. 365, SDI-I, TST).

entre os contratantes coletivos, mediante a adoção do *critério da ultratividade das cláusulas negociais coletivas até que, pelo menos, sobrevenha nova convenção coletiva ou novo acordo coletivo de trabalho (ou sentença normativa específica) na realidade jurídica da categoria ou dos empregados da empresa empregadora*. É que, sem essa ultratividade temporária (também chamada de *ultratividade relativa*), torna-se quimérico falar em equivalência entre os contratantes coletivos, uma vez que o advento da data fatal de vigência do ACT ou da CCT suprime automaticamente dezenas de direitos e garantias aos trabalhadores, colocando-os, e também seu sindicato, em posição de grave desvantagem de poder em face de seu empregador.

Conforme se sabe, o legislador presidencial da década de 1990 (por meio de medidas provisórias) recusou-se a permitir o prevalectimento temporário das normas coletivas negociadas enquanto não celebrado novo acordo coletivo ou convenção coletiva de trabalho no contexto da respectiva categoria ou empresa. Mais de dez anos depois, felizmente, a jurisprudência trabalhista consagrou o critério da *ultratividade temporária* das cláusulas dos instrumentos coletivos trabalhistas; e o fez inicialmente por meio de decisões reiteradas da Seção de Dissídios Coletivos do TST, a contar de 2008, e, tempos depois, pela consagração, no ano de 2012, de nova redação à Súmula 277 do próprio Tribunal Superior do Trabalho.

Entretanto, em outubro de 2016, a Súmula 277 teve os seus efeitos suspensos por medida liminar conferida na ADPF n. 323-DF (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental), inviabilizando, uma vez mais, a busca de maior efetividade ao princípio jurídico fundamental da equivalência entre os contratantes coletivos.

Poucos meses depois da decisão monocrática de outubro de 2016, foi promulgada a Lei n. 13.467, de 13.7.2017, vedando a ultratividade de CCTs ou ACTs (novo § 3º do art. 614 da CLT, inserido pela Lei da Reforma Trabalhista).⁽²⁶⁾

Todas essas (e outras) situações de lacunas, imprecisões, contradições normativas e/ou incompreensões no universo da ordem jurídica no País comprometem a real observância do princípio da equivalência entre os contratantes coletivos trabalhistas na vida social, econômica e jurídica brasileira.

(26) A decisão liminar foi prolatada pelo Ministro Gilmar Mendes, do STF, em 14.10.2016, na ADPF n. 323-DF, ajuizada por entidade confederativa patronal. Sobre a mencionada liminar, consultar, neste Capítulo XXXIV, o item VI, intitulado “Novas Interpretações sobre os Princípios do Direito Coletivo do Trabalho: decisões recentes do STF”. A respeito do presente debate, que envolve as relações temporais entre as normas coletivas negociadas e os contratos de trabalho, contrapondo três critérios distintos (o da *aderência irrestrita*, o da *aderência limitada pelo prazo* e o da *aderência limitada por revogação* — este também chamado de *ultratividade temporária* ou *relativa*) —, ler o item VI.3, intitulado “Regras Negociais Coletivas e Contrato de Trabalho: relações”, dentro do Capítulo XXXVI deste Curso.

3. **Princípio da Lealdade e Transparência na Negociação Coletiva**

O *princípio da lealdade e transparência nas negociações coletivas* vincula-se ao anteriormente examinado. Visa a assegurar, inclusive, condições efetivas de concretização prática da equivalência teoricamente assumida entre os sujeitos do Direito Coletivo do Trabalho.

Há duas faces no princípio: *lealdade* e *transparência*. Ambas são premissas essenciais ao desenvolvimento democrático e eficaz do próprio processo negocial coletivo. Afinal, o Direito Coletivo objetiva formular *normas jurídicas* — e não apenas cláusulas obrigacionais —, razão por que a lealdade e o acesso a informações inscrevem-se no núcleo de sua dinâmica de evolução.

A lisura na conduta negocial atinge qualquer das duas partes coletivas envolvidas. Não se pode aqui, regra geral, invocar o princípio tutelar (próprio ao Direito Individual) para negar validade a certo dispositivo ou diploma anteriormente celebrado na negociação coletiva — as partes são teoricamente equivalentes (ao contrário do que ocorre no ramo trabalhista individual).

Em derivação ao princípio da *lealdade e boa-fé na negociação coletiva* (outra denominação do princípio) não seria válida a greve em período de vigência de diploma coletivo negociado, em vista da pacificação traduzida por esse próprio diploma. É claro que uma mudança substantiva nas condições fáticas vivenciadas pela categoria poderia trazer a seu alcance a exceção da cláusula *rebus sic stantibus*. Acresça-se que o descumprimento reiterado ou, ainda que tópico mas relevante, dos dispositivos convencionais pelo empregador reabre aos trabalhadores a prerrogativa da greve. Fundamenta isto a lógica própria ao Direito (“exceção do contrato não cumprido”), a natureza e objetivos da greve, a par do texto explícito da Lei n. 7.783/89 (art. 14, parágrafo único, I)⁽²⁷⁾.

A noção de transparência é também de grande importância no conteúdo desse princípio (podendo, inclusive, ser inferida da simples ideia de lealdade e boa-fé).

É evidente que a responsabilidade social de se produzirem normas (e não meras cláusulas) conduz à necessidade de clareza quanto às condições subjetivas e objetivas envolvidas na negociação. Não se trata aqui de singela pactuação de negócio jurídico entre indivíduos, onde a privacidade prepondera; trata-se de negócio jurídico coletivo, no exercício da chamada autonomia privada coletiva, dirigida a produzir universos normativos regentes de importantes comunidades humanas. A transparência aqui exigida é, sem dúvida, maior do que a que cerca negócios jurídicos estritamente individuais.

(27) A OJ n. 1 da Seção de Dissídios Coletivos do TST, considerando inválida a greve relativa ao descumprimento de dispositivo convencional, em virtude de haver na ordem trabalhista a *ação de cumprimento*, foi cancelada, corretamente, em maio de 2004, pelo Tribunal Superior do Trabalho.

Por isso aqui é mais largo o acesso a informações adequadas à formulação de normas compatíveis ao segmento social envolvido.

V. PRINCÍPIOS REGENTES DAS RELAÇÕES ENTRE NORMAS COLETIVAS NEGOCIADAS E NORMAS ESTATAIS

O terceiro grupo de princípios do Direito Coletivo dirige-se às *relações e efeitos das normas coletivas negociadas perante a comunidade e universo jurídicos em que atuam*. Ou seja, o potencial criativo das normas provindas da negociação coletiva e seu relacionamento hierárquico com o estuário heterônomo do Direito do Trabalho.

São princípios que informam, portanto, os resultados normativos do processo negocial coletivo, fixando diretrizes quanto à sua validade e extensão. Em síntese, tratam das *relações e efeitos entre as normas produzidas pelo Direito Coletivo — por intermédio da negociação coletiva — e as normas heterônomas tradicionais do próprio Direito Individual do Trabalho*.

Este conjunto reúne princípios como o *da criatividade jurídica da negociação coletiva* e o princípio da *adequação setorial negociada*.

1. Princípio da Criatividade Jurídica da Negociação Coletiva

O *princípio da criatividade jurídica da negociação coletiva* traduz a noção de que os processos negociais coletivos e seus instrumentos (contrato coletivo, acordo coletivo e convenção coletiva do trabalho) têm real poder de criar *norma jurídica* (com qualidades, prerrogativas e efeitos próprios a estas), em harmonia com a normatividade heterônoma estatal.

Tal princípio, na verdade, consubstancia a própria justificativa de existência do Direito Coletivo do Trabalho. A criação de normas jurídicas pelos atores coletivos componentes de uma dada comunidade econômico-profissional realiza o princípio democrático de descentralização política e de avanço da autogestão social pelas comunidades localizadas. A antítese ao Direito Coletivo é a inibição absoluta ao processo negocial coletivo e à autonormatização social, conforme foi tão característico ao modelo de normatização subordinada estatal que prevaleceu nas experiências corporativistas e fascistas europeias da primeira metade do século XX⁽²⁸⁾. No Brasil, a tradição justralhista sempre tendeu a mitigar o papel do Direito Coletivo do Trabalho, denegando, inclusive, as prerrogativas mínimas de liberdade associativa e sindical e de autonomia sindical aos trabalhadores e suas organizações. Com a Constituição de 1988 é que esse processo começou a

(28) Um estudo sobre os padrões principais de sistemas trabalhistas no mundo ocidental desenvolvido encontra-se no Capítulo XXXVI deste Curso, em seu item II, sob o título, “Importância da Negociação Coletiva”.

se inverter, conforme se observam de distintos dispositivos da Constituição (ilustrativamente, art. 7º, VI e XIII; art. 8º, I, III, VI; art. 9º).

Na análise desse princípio é pertinente retomar-se importante diferenciação — às vezes não suficientemente ponderada na doutrina: a que separa *norma jurídica* de *cláusula contratual* (isto é, cláusula obrigacional).

Em nossa obra *Introdução ao Direito do Trabalho* já ressaltávamos não ser meramente acadêmica a distinção, mas fundamental: “é que o Direito confere efeitos distintos às *normas* (componentes das fontes jurídicas formais) e às *cláusulas* (componentes dos contratos). Basta indicar que as normas não aderem permanentemente à relação jurídica pactuada entre as partes (podendo, pois, ser revogadas — extirpando-se, a contar de então, do mundo jurídico). Em contraponto a isso, as cláusulas contratuais sujeitam-se a um efeito adesivo permanente nos contratos, não podendo, pois, ser suprimidas pela vontade que as instituiu. A ordem jurídica confere poder revocatório essencialmente às normas jurídicas e não às cláusulas contratuais. Trata-se, afinal, de poder político-jurídico de notável relevância, já que as normas podem suprimir do mundo fático-jurídico até as cláusulas (além das próprias normas precedentes, é claro), ao passo que o inverso não ocorre (excetuada a prevalência de *vantagem* trabalhista superior criada pela vontade privada no contrato)”⁽²⁹⁾.

No mesmo texto, completávamos acerca do contrato (assim como figuras a ele equiparadas pela jurisprudência trabalhista, a saber, o regulamento empresarial): o contrato de fato “não se qualifica como diploma instituidor de atos-regra, de comandos abstratos, gerais, impessoais; ao contrário, compõe-se de *cláusulas* concretas, específicas e pessoais, envolvendo apenas as partes contratantes. Não se configura, assim, como fonte de normas jurídicas, mas como fonte de obrigações e direitos específicos, concretos e pessoais, com abrangência a seus contratantes”⁽³⁰⁾.

Desse modo, a negociação coletiva trabalhista, processada com a participação do sindicato de trabalhadores, tem esse singular poder de produzir normas jurídicas, e não simples cláusulas contratuais (ao contrário do que, em geral, o Direito autoriza a agentes particulares).

Em decorrência desse princípio, a regra coletiva negociada que instituir vantagem trabalhista efetivamente nova, não tipificada ou regulada por regra heterônoma estatal, pode moldar e reger a estrutura e os efeitos jurídicos da parcela instituída, ainda que restringindo suas potenciais repercussões nos contratos de trabalho. É o que classicamente vem sendo reconhecido pela jurisprudência trabalhista (por exemplo, OJ n. 123, SDI-I/TST: validade

(29) DELGADO, M. G. *Introdução ao Direito do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2001, em seu Capítulo IV, item 3.C.b.

(30) DELGADO, M. G. *Ob. cit.*, p. 131.

de ajuda alimentação de caráter indenizatório da categoria bancária, criada por negociação coletiva; OJ n. 346, SDI-I/TST: validade de abono estipulado em parcela única, com natureza indenizatória e extensão restrita aos empregados em atividade). Se tais verbas fossem instituídas pela só vontade do empregador, inapelavelmente teriam natureza salarial, conforme se sabe, pois a vontade estritamente particular não tem o poder de determinar a natureza jurídica de parcela trabalhista.

Evidente que em se tratando de parcela antiga ou de verba ou parâmetro criados por lei, os poderes da negociação coletiva atenuam-se ou se recolhem, em face da imperatividade superior que é própria à normatividade estatal. Também é o que vem reconhecendo com absoluta clareza e objetividade a jurisprudência trabalhista (ilustrativamente, OJ 413, SDI-I/TST: invalidade de alteração da natureza jurídica salarial de auxílio-alimentação antes concedido pela empresa, em moldes salariais — nos contornos da Súmula 241 do TST —, em face de subsequente CCT ou ACT voltada a eliminar o caráter salarial da parcela; OJ 372, SDI-I/TST: invalidade de regra coletiva negociada que busca elastecer os cinco minutos residuais antecedentes e sucessivos à jornada de trabalho, para fins de apuração de horas extras, em desrespeito aos limites impostos pelo art. 58, § 1º, da CLT; Súmula 437, II/TST e antiga OJ 342, I, da SDI-I/TST: invalidade de regra coletiva negociada que suprima ou reduza intervalo intrajornada fixado por lei).

Em virtude de todas essas interações é que se torna necessário discutir-se a respeito da harmonização de tais normas coletivas negociadas ao conjunto da normatividade estatal trabalhista — o que será tratado pelo princípio a seguir disposto, da *adequação setorial negociada*.

Pontue-se, entretanto – conforme já foi bastante enfatizado nesse Curso —, que a recente *reforma trabalhista* (Lei n. 13.467, vigente desde 11.11.2017), buscou desregular e/ou flexibilizar distintas e tradicionais parcelas contratuais e legais laborativas, dentro de seu objetivo de enfraquecer o valor trabalho e elevar os ganhos empresariais no interior da relação empregatícia. Essas modificações terão de ser examinadas topicamente, ao longo do tempo, pela prática doutrinária e jurisprudencial trabalhista no País. A esse respeito, consultar o item 2, logo a seguir, sobre o *princípio da adequação setorial negociada*.

2. Princípio da Adequação Setorial Negociada

Este princípio trata das possibilidades e limites jurídicos da negociação coletiva. Ou seja, os critérios de harmonização entre as normas jurídicas oriundas da negociação coletiva (mediante a consumação do princípio de sua criatividade jurídica) e as normas jurídicas provenientes da legislação heterônoma estatal.

É princípio novo na história justralhista do País exatamente porque apenas nos últimos anos (a contar da Constituição de 1988) é que surgiu a possibilidade de ocorrência dos problemas por ele enfrentados. Embora ainda não universalizado na doutrina⁽³¹⁾, deriva ele do critério geral interpretativo que se tem percebido na prática dos tribunais, quando enfrentando o dilema das relações entre normas trabalhistas negociadas e a normatividade heterônoma do Estado.

De fato, um dos pontos centrais de inter-relação entre o Direito Coletivo e o Direito Individual do Trabalho reside na fórmula de penetração e harmonização das normas juscoletivas negociadas perante o estuário normativo heterônomo clássico ao Direito Individual do Trabalho. Reside, em síntese, na pesquisa e aferição sobre os critérios de validade jurídica e extensão de eficácia das normas oriundas de convenção, acordo ou contrato coletivo do trabalho em face da legislação estatal imperativa, que tanto demarca o ramo justralhista individual especializado.

Em que medida as normas juscoletivas podem se contrapor às normas jusindividuais imperativas estatais existentes? Desse dilema é que trata o que denominamos *princípio da adequação setorial negociada* — configurado, por essa razão, como o princípio de Direito Coletivo que mais de perto atua e influencia a dinâmica específica ao Direito Individual do Trabalho.

Pelo *princípio da adequação setorial negociada* as normas autônomas juscoletivas construídas para incidirem sobre certa comunidade econômico-profissional podem prevalecer sobre o padrão geral heterônomo justralhista desde que respeitadas certos critérios objetivamente fixados. São dois esses critérios autorizativos: a) quando as normas autônomas juscoletivas implementam um padrão setorial de direitos superior ao padrão geral oriundo da legislação heterônoma aplicável; b) quando as normas autônomas juscoletivas transacionam setorialmente parcelas justralhistas de indisponibilidade apenas relativa (e não de indisponibilidade absoluta).

No primeiro caso especificado (*quando as normas autônomas juscoletivas implementam um padrão setorial de direitos superior ao padrão geral oriundo da legislação heterônoma aplicável*), as normas autônomas elevam o patamar setorial de direitos trabalhistas, em comparação com o padrão geral imperativo existente. Assim o fazendo, não afrontam sequer o princípio da indisponibilidade de direitos que é inerente ao Direito Individual do Trabalho.

(31) A primeira referência feita ao princípio da adequação setorial negociada consta do artigo deste autor, Princípios do Direito do Trabalho. *Jornal Trabalhista*, Brasília: Centro de Assessoria Trabalhista, ano XI, n. 535, 12.12.1994, p. 1202-1208, estudo posteriormente inserido na obra *Introdução ao Direito do Trabalho*, no capítulo dedicado aos princípios aplicáveis ao Direito do Trabalho (São Paulo: LTr — 1. edição: 1995; 2. edição: 1999; 3. edição: 2001). Consultar ainda a respeito a obra de TEODORO, Maria Cecília Máximo. *O Princípio da Adequação Setorial Negociada no Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2007.

Já no segundo caso (*quando as normas autônomas juscoletivas transacionam setorialmente parcelas justrabalthistas de indisponibilidade apenas relativa — e não de indisponibilidade absoluta*), o princípio da indisponibilidade de direitos é realmente afrontado, mas de modo a atingir somente parcelas de *indisponibilidade relativa*. Estas assim se qualificam quer pela natureza própria à parcela mesma (ilustrativamente, modalidade de pagamento salarial, tipo de jornada pactuada, fornecimento ou não de utilidades e suas repercussões no contrato, etc.), quer pela existência de expresse permissivo jurídico heterônomo a seu respeito (por exemplo, montante salarial: art. 7º, VI, CF/88; ou montante de jornada: art. 7º, XIII e XIV, CF/88).

São amplas, portanto, as possibilidades de validade e eficácia jurídicas das normas autônomas coletivas em face das normas heterônomas imperativas, à luz do princípio da adequação setorial negociada. Entretanto, está também claro que essas possibilidades não são plenas e irrefreáveis. Há *limites objetivos* à adequação setorial negociada; limites jurídicos objetivos à criatividade jurídica da negociação coletiva trabalhista.

Desse modo, *ela não prevalece se concretizada mediante ato estrito de renúncia (e não transação)*. É que ao processo negocial coletivo falecem poderes de *renúncia* sobre direitos de terceiros (isto é, despojamento unilateral sem contrapartida do agente adverso). Cabe-lhe, essencialmente, promover *transação* (ou seja, despojamento bilateral ou multilateral, com reciprocidade entre os agentes envolvidos), hábil a gerar normas jurídicas.

Também *não prevalece a adequação setorial negociada se concernente a direitos revestidos de indisponibilidade absoluta (e não indisponibilidade relativa)*, os quais não podem ser transacionados nem mesmo por negociação sindical coletiva. Tais parcelas são aquelas imantadas por uma tutela de interesse público, por constituírem um *patamar civilizatório mínimo* que a sociedade democrática não concebe ver reduzido em qualquer segmento econômico-profissional, sob pena de se afrontarem a própria dignidade da pessoa humana e a valorização adequada deferível ao trabalho (arts. 1º, III e 170, *caput*, CF/88). Expressam, ilustrativamente, essas parcelas de indisponibilidade absoluta a anotação de CTPS, o pagamento do salário mínimo, as normas de saúde e segurança no ambiente do trabalho.

No caso brasileiro, esse patamar civilizatório mínimo está dado, essencialmente, por três grupos convergentes de normas trabalhistas heterônomas: *as normas constitucionais em geral* (respeitadas, é claro, as ressalvas *parciais* expressamente feitas pela própria Constituição: art. 7º, VI, XIII e XIV, por exemplo); *as normas de tratados e convenções internacionais vigentes no plano interno brasileiro* (referidas pelo art. 5º, § 2º, CF/88, já expressando um patamar civilizatório no próprio mundo ocidental em que se integra o Brasil); *as normas legais infraconstitucionais que asseguram patamares de*

cidadania ao indivíduo que labora (preceitos relativos à saúde e segurança no trabalho, normas concernentes a bases salariais mínimas, normas de identificação profissional, dispositivos antidiscriminatórios, etc.).

Observe-se, nesse quadro, que a jurisprudência trabalhista, passadas duas décadas de eficácia da Constituição, tem buscado aferir a adequação setorial negociada de modo bastante objetivo e transparente. Nessa linha, de maneira geral, tem considerado que, *estando a parcela assegurada por norma imperativa estatal* (Constituição, Leis Federais, Tratados e Convenções Internacionais ratificados), *ela prevalece soberanamente, sem possibilidade jurídica de supressão ou restrição pela negociação coletiva trabalhista — salvo se a própria regra heterônoma estatal abrir espaço à interveniência da norma coletiva negociada*⁽³²⁾.

Em conclusão, a negociação coletiva trabalhista concerne a poder inerente à sociedade civil e que é amplamente reconhecido e respeitado pela ordem jurídica do País, inclusive a constitucional. Porém não se trata de poder absoluto, incontrolável e avassalador, ou seja, um inusitado tipo de superpoder que ostente a prerrogativa de atuar no sentido antitético às próprias conquistas firmadas pela Constituição da República, pelas Convenções Internacionais da OIT ratificadas pelo Estado Brasileiro e pela legislação heterônoma estatal da República Federativa do Brasil.⁽³³⁾

Impactos da Lei da Reforma Trabalhista — A recente alteração da legislação trabalhista, por meio da Lei n. 13.467 (vigorante desde 11.11.2017) — conforme já se viu ao longo deste Curso —, buscou reduzir a extensão da imperatividade de distintas regras justralhistas, de maneira a permitir à negociação coletiva trabalhista (e, lamentavelmente, às vezes, até mesmo ao poder empregatício no interior do contrato de adesão laborativo) flexibilizar e restringir direitos e garantias individuais e sociais asseguradas aos trabalhadores no universo das relações empregatícias.

(32) Essa transparente e objetiva compreensão jurisprudencial está bem expressa tanto na Súmula 449 do TST (antiga OJ 372 da SDI-I, aprovada em 2008), como na Súmula 437, II, do TST (item resultante do texto original da antiga OJ 342 da SDI-I da Corte Superior Trabalhista, de 2004, posteriormente renumerada para OJ 342, I). Naturalmente que antigas súmulas ou orientações jurisprudenciais ainda não incorporavam essa visão mais consistente da jurisprudência, abrindo espaço injustificado à flexibilização pela via autônoma, até mesmo em matéria de saúde e segurança no trabalho (nesse antigo quadro, as Súmulas 349 e 364, II, do TST, além da OJT 04 da SDI-I da Corte Superior). Felizmente, o TST, em maio de 2011 cancelou os três censurados verbetes sumulares, a saber: Súmula 349; item II da Súmula 364; OJ Transitória 04 da SDI-I.

(33) A respeito do presente tema, consultar, no livro deste autor, *Direito Coletivo do Trabalho* (7. ed. São Paulo: LTr, 2017), em seu Capítulo IV (“Negociação Coletiva Trabalhista”), o item VIII (“Negociação Coletiva — possibilidades e limites”), que conta com três subitens: “1. Possibilidade Jurídicas da Negociação Coletiva”; “2. Limites Jurídicos da Negociação Coletiva”; “3. Um Debate em Recidiva: o negociado sobre o legislado”.

Tais alterações, embora se façam presentes em vários títulos da CLT, concentram-se especialmente no Título VI, que trata diretamente da negociação coletiva e dos acordos coletivos e convenções coletivas de trabalho (arts. 611 até 625 da Consolidação). Nos novos art. 611-A, *caput*, incisos I a XV, além de §§ 1º a 5º, alinham-se os assuntos a respeito dos quais a negociação coletiva (CCT e ACT) “têm prevalência sobre a lei”; acresça-se a isso a ressalva mencionada pelo parágrafo único do art. 611-B, ao enunciar que regras “sobre duração do trabalho e intervalos não são consideradas como normas de saúde, higiene e segurança do trabalho para os fins do disposto neste artigo” (artigo que elenca as vedações à supressão ou à redução de direitos).

Mesmo diante das vedações elencadas no art. 611-B, *caput* e incisos I a XXX, da CLT, fica clara a ampliação das margens da negociação coletiva trabalhista — se prevalecer a interpretação literal do novo texto da lei.

Naturalmente que a ordem jurídica consiste em um conjunto lógico e sistemático de princípios e regras de Direito, inclusive de Direito Constitucional e de Direito Internacional do Trabalho, circunstâncias que deverão, em modo e ritmo adequados, civilizar o extremismo da Lei da Reforma Trabalhista, ajustando-a ao padrão humanístico e social que corresponde à Constituição da República, aos Tratados e Convenções Internacionais sobre Direitos Humanos Econômicos, Sociais e Culturais, inclusive trabalhistas, e ao próprio Direito do Trabalho.

VI. NOVAS INTERPRETAÇÕES SOBRE OS PRINCÍPIOS DO DIREITO COLETIVO DO TRABALHO: DECISÕES RECENTES DO STF

Os princípios do Direito Coletivo do Trabalho, estudados no presente capítulo, ostentam suporte na jurisprudência trabalhista amplamente dominante no País e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal elaborada nos 27 anos de vigência da Constituição da República Federativa do Brasil (1988-2015).

Naturalmente que o STF não elaborou jurisprudência exaustiva sobre temas jurídicos trabalhistas ao longo de mais de duas décadas da promulgação da Constituição da República. Porém afirmou, em decisões reiteradas importantes, o princípio da liberdade e autonomia sindicais, o caráter amplo da substituição processual trabalhista, entre outros aspectos temáticos de relevo.

Mais recentemente, contudo, Corte Suprema prolatou decisões de impacto que envolvem três princípios do Direito Coletivo do Trabalho: o da *adequação setorial negociada*, o da *equivalência entre os contratantes coletivos trabalhistas* e o da *lealdade e boa-fé entre os contratantes coletivos*. Os respectivos princípios jurídicos e as mencionadas decisões contêm clara correlação entre si, instigando análise no presente capítulo. É o que será feito a seguir.

No RE n. 590.415-SC — em que é recorrente entidade empresarial bancária nacional (sucessora de entidade empresarial bancária estadual) e recorridos, trabalhadora bancária e outro(a/s), tratando da amplitude da quitação trabalhista firmada pela trabalhadora em Plano de Desligamento Incentivado (os conhecidos PDIs, PDVs e epítetos correlatos) instituído por negociação coletiva trabalhista, correspondente ao tema 152 de repercussão geral —, o Tribunal Pleno do STF, em sessão ocorrida em 30.04.2015, a partir de voto do Ministro Relator Luis Roberto Barroso, “*por unanimidade e nos termos do voto do Relator, conheceu do recurso extraordinário e a ele deu provimento, fixando-se a tese de que a transação extrajudicial que importa rescisão do contrato de trabalho em razão de adesão voluntária do empregado a plano de dispensa incentivada enseja quitação ampla e irrestrita de todas as parcelas objeto do contrato de emprego caso essa condição tenha constado expressamente do acordo coletivo que aprovou o plano, bem como dos demais instrumentos celebrados com o empregado*”.⁽³⁴⁾

Eis a ementa do acórdão prolatado (Ministro Relator Luis Roberto Barroso), com a explicitação da tese aprovada pela Corte Suprema, na sessão de 30.04.2016:

Ementa: DIREITO DO TRABALHO. ACORDO COLETIVO. PLANO DE DISPENSA INCENTIVADA. VALIDADE E EFEITOS.

1. *Plano de dispensa incentivada aprovado em acordo coletivo que contou com ampla participação dos empregados. Previsão de vantagens aos trabalhadores, bem como quitação de toda e qualquer parcela decorrente de relação de emprego. Faculdade do empregado de optar ou não pelo plano.*

2. *Validade da quitação ampla. Não incidência, na hipótese, do art. 477, § 2º da Consolidação das Leis do Trabalho, que restringe a eficácia liberatória da quitação aos valores e às parcelas discriminadas no termo de rescisão exclusivamente.*

3. *No âmbito do direito coletivo do trabalho não se verifica a mesma situação de assimetria de poder presente nas relações individuais de trabalho. Como consequência, a autonomia coletiva da vontade não se encontra sujeita aos mesmos limites que a autonomia individual.*

4. *A Constituição de 1988, em seu art. 7º, XXVI, prestigiou a autonomia coletiva da vontade e a autocomposição dos conflitos trabalhistas, acompanhando a tendência mundial ao crescente reconhecimento dos mecanismos de negociação coletiva, retratada na Convenção n. 98/1949 e na Convenção n. 154/1981 da Organização Internacional do Trabalho. O reconhecimento dos acordos e convenções coletivas permite que os trabalhadores contribuam para a formulação das normas que regerão a sua própria vida.*

5. *Os planos de dispensa incentivada permitem reduzir as repercussões sociais das dispensas, assegurando àqueles que optam por seu desligamento da empresa condições econômicas mais vantajosas do que aquelas que decorreriam do mero desligamento*

(34) Por razões distintas, não participaram do julgamento a Ministra Rosa Weber (impedimento) e os Ministros Celso de Mello e Dias Toffoli (ambos em vista de compromisso oficial internacional).

por decisão do empregador. É importante, por isso, assegurar a credibilidade de tais planos, a fim de preservar a sua função protetiva e de não desestimular o seu uso.

7. Provimento do recurso extraordinário. Afirmação, em repercussão geral, da seguinte tese: “A transação extrajudicial que importa rescisão do contrato de trabalho, em razão de adesão voluntária do empregado a plano de dispensa incentivada, enseja quitação ampla e irrestrita de todas as parcelas objeto do contrato de emprego, caso essa condição tenha constado expressamente do acordo coletivo que aprovou o plano, bem como dos demais instrumentos celebrados com o empregado”.

A decisão do STF, conforme se nota, trata de *instituto supralegal* (Plano de Desligamento Incentivado), não regulado seja pela Constituição, seja pelas Convenções da OIT ratificadas pelo Brasil, seja pelas leis federais trabalhistas do País (apenas a partir de 11.11.2017, é que foi inserido o art. 477-A na CLT, referindo-se, explicitamente, à regulação dos PDVs e PDIs — Lei n. 13.467/2017).

Em conformidade com o princípio da adequação setorial negociada, as *parcelas supralegais* efetivamente proporcionam maior margem de atuação para a negociação coletiva trabalhista. E o caso concreto não trata, de fato, de situação jurídica em que a negociação coletiva afronte direitos fixados imperativamente em norma heterônoma estatal ou internacional ratificada, pois a decisão da Corte Suprema aborda instituto jurídico (PDV/PDI) que envolve o encerramento do contrato de trabalho, e que, no Direito brasileiro, não era instituído ou regulado por norma imperativa, mas criado e regulado por negociação coletiva trabalhista (às vezes, na prática, o PDV/PDI é, até mesmo, instituído e regulado pela própria empresa, sem respaldo na negociação coletiva sindical).

Nessa medida, embora a decisão vinculante do STF, realmente, abra uma exceção à compreensão jurisprudencial expressada na OJ 270 da SDI-I do TST acerca dos PDVs/PDIs e seus efeitos rescisórios, não traduz, em si, autorização genérica para a flexibilização, desregulamentação ou descaracterização de direitos individuais e sociais fundamentais trabalhistas que sejam, nessa dimensão, instituídos e regulados por norma imperativa heterônoma estatal.⁽³⁵⁾

Observe-se, de toda maneira, que a decisão da Corte Suprema apresenta requisitos importantes para a validade do PDI/PDV. De um lado, é fundamental a participação explícita e formal do respectivo sindicato de trabalhadores, mediante instrumento negocial coletivo solenemente aprovado e subscrito (ACT ou CCT). De outro lado, é necessário que haja a efetiva e clara menção à cláusula de estruturação e operação do PDI/PDV, com a explicitação a respeito da quitação geral e irrestrita das parcelas abrangentes do contrato de trabalho. Ademais, é preciso que exista também a clara e expressa inserção dessa amplitude da quitação nos demais instrumentos escritos rescisórios firmados com o empregado.

(35) Não há dúvida de que, a partir da decisão do STF no RE 590.415-SC, cabe uma adequação na OJ n. 270 do TST, mantendo-se, em um inciso, o disposto originariamente naquela OJ, ao passo que, em novo inciso, deve-se explicitar a situação excetiva enfatizada pelo julgamento do RE 590.415-SC.

Se não bastassem esses importantes aspectos, torna-se claro também, pela decisão do STF, que se deve tratar de PDI/PDV com efetivas e notáveis vantagens para o trabalhador aderente ao Plano (“... condições econômicas mais vantajosas do que aquelas que decorreriam do mero desligamento por decisão do empregador”, diz o acórdão).⁽³⁶⁾

No caso em análise, tornou-se igualmente explícito que o PDI/PDV foi amplamente debatido pelos empregados da entidade empresarial bancária estadual, com ampla e reiterada participação efetiva dos trabalhadores do Banco, envolvendo sindicatos conhecidos por sua sólida tradição, consistência organizativa e representatividade perante toda a categoria. Não se está diante de uma categoria sem tradição organizativa sindical, nem de sindicatos sem tradição de representatividade e legitimidade reais no contexto da respectiva categoria profissional. Ou seja, este emerge como outro aspecto essencial à validade da transação coletiva negociada.⁽³⁷⁾

Por outro lado, no RE n. 895.759-PE, em que é recorrente entidade empresarial usineira e recorrido trabalhador específico, tratando do tema da flexibilização da parcela de horas *in itinere* e seus reflexos legais em face de dispositivos de acordo coletivo de trabalho, o Ministro Relator Teori Zavascki, em decisão monocrática tomada em 08.09.2016, também se referiu aos

(36) No processo em análise pelo STF, segundo informa o acórdão, a trabalhadora recebeu, em seu documento rescisório do PDI/PDV, valor monetário líquido equivalente a, aproximadamente, **78 vezes** (!) o seu salário mensal no Banco.

(37) O Ministro Relator Luis Roberto Barroso explicita: “3. *Especificamente sobre a vontade manifestada pela categoria em favor da celebração do acordo coletivo, o acórdão confirma que as negociações desenvolveram-se ao longo de vários meses, com ampla participação dos empregados; que as entidades sindicais foram pressionadas pelos trabalhadores a convocar assembleias para deliberar sobre a proposta de PDI; e que, quando convocadas as assembleias, compareceram 97,14% dos associados dos sindicatos réus — que correspondiam a 77,85% do quadro funcional do BESC lotado nas respectivas bases — tendo-se decidido por 97,69% dos presentes pela aprovação do acordo coletivo nas condições propostas pelo Banco*”. Por outro lado, sabe-se que os sindicatos de bancários se inscrevem, no sindicalismo brasileiro, entre os mais destacados por sua firme tradição, sua consistência organizativa e sua ampla representatividade perante a categoria profissional e os respectivos empregadores e a categoria econômica. Afinal, os bancários distinguem-se, no País, por serem uma das raras categorias profissionais que, mesmo possuindo sindicatos supramunicipais ou regionais em todo o território brasileiro, conseguem realizar negociações coletivas anuais com os Bancos, em nível nacional, muitas vezes com a concretização de greves também nacionais, além de conseguirem a observância de uma pauta nacional de negociação e, grande parte das vezes, a celebração de instrumentos coletivos negociados de caráter nacional (com a interveniência das *Confederações*, naturalmente). Trata-se, pois, de maneira geral, de sindicatos realmente sólidos, bem estruturados e realmente representativos. Não fazem parte, conforme se sabe, da regra geral do sindicalismo brasileiro, com seus sindicatos modestos, sem solidez organizacional e com parca representatividade — a ponto de o País atingir, em 2016, segundo já exposto neste Curso, a inacreditável marca de 10.926 sindicatos de trabalhadores no território nacional, ao invés de um número bem mais reduzido de entidades sindicais, porém realmente fortes, com manifesta consistência organizacional e bastante representatividade no que tange à sua base profissional de obreiros.

poderes da negociação coletiva trabalhista, mas, nesse caso, em torno de parcela explicitamente instituída e regulada por lei federal trabalhista (art. 58, §§ 2º e 3º, CLT).⁽³⁸⁾

Reportando-se ao precedente lavrado no julgamento do RE n. 590.415-SC, que trata da amplitude da quitação trabalhista firmada pelo trabalhador em Plano de Desligamento Incentivado instituído por negociação coletiva trabalhista — processo este sob relatoria do Min. Luis Roberto Barroso, acima examinado —, o Ministro Teori Zavaski, Relator do RE n. 895.759-PE, decidiu, com efeitos de repercussão geral, monocraticamente, conferir provimento “ao recurso extraordinário para *afastar a condenação da recorrente ao pagamento das horas in itinere e dos respectivos reflexos salariais*” (grifos acrescentados).

Explicitou o Ministro Relator do RE n. 895.759-PE que:

“3. No presente caso, a recorrente firmou acordo coletivo de trabalho com o sindicato da categoria à qual pertence a parte recorrida para que fosse suprimido o pagamento das horas in itinere e, em contrapartida, fossem concedidas outras vantagens aos empregados, “tais como ‘fornecimento de cesta básica durante a entressafra; seguro de vida e acidentes além do obrigatório e sem custo para o empregado; pagamento do abono anual aos trabalhadores com ganho mensal superior a dois salários-mínimos; pagamento do salário-família além do limite legal; fornecimento de repositores energéticos; adoção de tabela progressiva de produção além da prevista na Convenção Coletiva (fl. 7, doc. 29).”

Tendo a Corte Trabalhista originária entendido pela invalidade do ACT, nesse ponto temático, ao fundamento de serem as horas *in itinere* direito indisponível do trabalhador, regulado pelo art. 58, § 2º, da CLT, prolatou decisão, segundo o Ministro Teori Zavascki do STF, em contrariedade à *ratio decidendi* do precedente firmado no RE n. 590.415-SC:

“O acórdão recorrido não se encontra em conformidade com a ratio adotada no julgamento do RE 590.415, no qual esta Corte conferiu especial relevância ao princípio da autonomia da vontade no âmbito do direito coletivo do trabalho. Ainda que o acordo coletivo de trabalho tenha afastado direito assegurado aos trabalhadores pela CLT, concedeu-lhe outras vantagens com vistas a compensar essa supressão. Ademais, a validade da votação da Assembleia Geral que deliberou pela celebração do acordo coletivo de trabalho não foi rechaçada nesta demanda, razão pela qual se deve presumir legítima a manifestação de vontade proferida pela entidade sindical.

Registre-se que a própria Constituição Federal admite que as normas coletivas de trabalho disponham sobre salário (art. 7º, VI) e jornada de trabalho (art. 7º, XIII e XIV), inclusive reduzindo temporariamente remuneração e fixando jornada diversa da constitucionalmente estabelecida. Não se constata, por outro lado, que o acordo coletivo em questão tenha

(38) Esclareça-se que os agravos regimentais interpostos contra a decisão monocrática do Ministro Relator no RE n. 895.759-PE não foram providos, por unanimidade, pela 2ª Turma do STF, em julgamento ocorrido em 9.12.16. Fonte: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verImpresao.asp>>. (dado capturado em 12.12.2016).

extrapolado os limites da razoabilidade, uma vez que, embora tenha limitado direito legalmente previsto, concedeu outras vantagens em seu lugar, por meio de manifestação de vontade válida da entidade sindical." (Decisão Monocrática no RE n. 895.759).⁽³⁹⁾

Entretanto, há aspectos relevantes a distinguir a *ratio decidendi* do precedente firmado no RE n. 590.415-SC — que é relacionado aos efeitos da quitação passada em PDI/PDV — em contraponto com a situação processual inerente ao RE 895.759-PE.

No RE 895.759-PE — à diferença do que se passa no RE n. 590.415-SC —, a negociação coletiva invade a esfera de direito individual e social fundamental, explicitamente regulado por regra imperativa heterônoma do Estado, pois horas in itinere são parte integrante da jornada de trabalho, tendo assento na Constituição da República (art. 7º, XIII) e na própria Consolidação das Leis do Trabalho (art. 58, §§ 2º e 3º). Não se trata, pois, de parcela supralegal, que tenha sido originalmente e exclusivamente instituída e regulada pela própria negociação coletiva.

Ao invadir a esfera da normatividade heterônoma estatal, *excluindo integralmente o direito trabalhista de fundo legal e constitucional, descaracterizando, ademais, a natureza salarial da parcela* — tudo isso em contrapartida à oferta de algumas concessões modestas, sem natureza salarial e, até mesmo, provisórias —, a negociação coletiva trabalhista assume a roupagem e a força de um inusitado superpoder oriundo da sociedade civil, apto a inviabilizar, excluir ou descaracterizar direitos individuais e sociais fundamentais trabalhistas. A um só tempo, a negociação coletiva suprime ou descaracteriza direito individual e social de origem legal, como também suprime, pela sua descaracterização salarial, verba de interesse da sociedade e do Estado, eliminando-a como base de cálculo de parcelas de natureza fiscal e de natureza previdenciária.

Entretanto, no contexto de um Estado Democrático de Direito, de origem e regência constitucionais, não há espaço, logicamente, para semelhante e avassalador *super-poder* oriundo da sociedade civil.

No RE 895.759-PE, por outro lado, verifica-se a clara presença de um sindicato frágil, modesto, pouco representativo — a propósito, amostra típica da fragilidade que prepondera, como regra, no universo dos 10.926 sindicatos profissionais brasileiros. E é essa entidade que, curiosamente, assume o papel de desrespeitar o *princípio constitucional da norma mais favorável*, claramente incorporado pela Constituição da República (art. 7º, *caput*), agravando, ao invés de fazer elevar as condições de vida e trabalho de seus representados constitucionais.⁽⁴⁰⁾

(39) Conforme esclarecido, os agravos regimentais interpostos contra a decisão monocrática do Ministro Relator no RE n. 895.759-PE não foram providos, por unanimidade, pela 2ª Turma do STF, em 9.12.16.

(40) O exame da negociação coletiva posta em julgamento evidencia que existem, no ACT, cláusulas do seguinte teor: dispensa por justa causa em caso de greve não dirigida pelo sindicato

Registre-se que, em se tratando de horas *in itinere*, a jurisprudência trabalhista admite a atuação proporcional da negociação coletiva trabalhista, de maneira a reduzir ou eliminar o risco da incerteza quanto ao tempo de duração de tais horas de transporte, por ser essa duração muito variada, na prática, em face de os trabalhadores tomarem a condução em pontos distintos ao longo da estrada até o efetivo local de trabalho (e *vice-versa*). Assim, pelo princípio constitucional da proporcionalidade, essa jurisprudência admite que o ACT ou a CCT fixem em até 50% do tempo concreto verificado o montante das horas *in itinere* — insistindo, porém, que elas devem preservar, de todo modo, a sua imprescindível natureza salarial e seu importante potencial tributário, previdenciário e trabalhista, no sentido de propiciar reflexos em verbas próprias do contrato de trabalho.⁽⁴¹⁾

A presente decisão do STF, portanto (RE n. 895.415-PE), sinaliza larga ampliação dos poderes da negociação coletiva trabalhista relativamente às horas *in itinere* — parcela que, conforme se sabe, foi eliminada pela nova redação do art. 58 da CLT, conferida pela Lei n. 13.467, de 13.7.2017.⁽⁴²⁾

Finalmente, na ADPF (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental) n. 323-DF, em que é requerente entidade confederativa patronal, o Relator, Ministro Gilmar Mendes, em 14.10.2016, conferiu medida liminar para determinar “a suspensão de todos os processos em curso e dos efeitos de decisões judiciais proferidas no âmbito da Justiça do Trabalho que versem sobre a aplicação da ultratividade de normas de acordos e de convenções coletivas, sem prejuízo do término de sua fase instrutória, bem como das execuções já iniciadas.”

(Cláusula 44); proibição de acesso ao Poder Judiciário (Cláusula 38); e a própria cláusula que substitui parcela salarial e de jornada de trabalho, denominada de horas *in itinere*, por verbas modestas e, mesmo assim, sem conotação salarial.

(41) Essa jurisprudência trabalhista consolidada sobre horas *in itinere* evidencia que os Tribunais do Trabalho compreendem, sim, os poderes da negociação coletiva trabalhista, poderes que lhe permitem realizar a denominada *adequação setorial negociada*. Mas, evidentemente, para essa jurisprudência trabalhista, não se trata de poderes ilimitados, avassaladores, aptos a solaparem toda a lógica e sentido humanísticos e sociais da Constituição da República, das Convenções Internacionais da OIT ratificadas pelo Brasil e da legislação trabalhista federal imperativa do País.

(42) Na hipótese das horas *in itinere*, é de se reconhecer que a própria lei permite, em determinada medida, à negociação coletiva trabalhista realizar certa adequação setorial negociada. De fato, o § 3º do art. 58 da CLT (inserido pela LC n. 123, de 2006), em acréscimo à regulação feita pelo § 2º do mesmo artigo, assim dispõe: “§ 3º. Poderão ser fixados, para as microempresas e empresas de pequeno porte, por meio de acordo ou convenção coletiva, em caso de transporte fornecido pelo empregador, em local de difícil acesso ou não servido por transporte público, o tempo médio despendido pelo empregado, bem como a forma e a natureza da remuneração” (grifos acrescidos). Este fundamento, contudo, não foi tratado na fundamentação da decisão ministerial então divulgada.

Com tal decisão liminar prolatada em outubro de 2016, o Ministro Relator suspendeu, efetivamente, a aplicação da interpretação contida na Súmula 277 do TST, em sua nova redação, que fora implementada quatro anos antes, em setembro de 2012.⁽⁴³⁾

O Ministro Relator da ADPF n. 323-DF, nas razões de decidir de seu provimento liminar, reporta-se, entre outros fundamentos, também à decisão plenária do STF prolatada no RE n. 590.415-SC (Relator Min. Luis Roberto Barroso) e à decisão monocrática prolatada no RE n. 895.759-PE (Relator Min. Teori Zavascki), acentuando que as novas decisões da Corte Suprema têm incentivado a negociação coletiva trabalhista.

Mantendo-se o debate acadêmico e científico nesse específico ponto — ou seja, incentivo à negociação coletiva trabalhista e vedação à interpretação concernente à ultratividade provisória de regras de ACT ou CCT (interpretação constante da Súmula 277 do TST, ora suspensa) —, cabe perceber que a negociação coletiva trabalhista supõe o respeito a certos princípios e/ou requisitos, sob pena de se transformar em perverso instrumento de *precarização* de direitos individuais e sociais fundamentais trabalhistas, sem contar de manifesta inversão da lógica e estrutura normativas e principiológicas da Constituição da República, que são fundadas, como se sabe, *na centralidade da pessoa humana na ordem social e na ordem jurídica*.

Nessa medida, a aderência contratual das cláusulas instituídas por ACT ou CCT, mas limitada pela revogação promovida pelo subsequente ACT ou CCT (ou seja, o que se denomina também de *ultratatividade provisória* ou *ultratatividade relativa* das cláusulas coletivas negociadas), é condição *sine qua non* para melhor se assegurar o princípio da *equivalência entre os contratantes coletivos*.

Manter-se um critério interpretativo mediante o qual, em um único dia, dezenas de cláusulas e direitos inerentes a certo ACT ou CCT desapareceriam da regência normativa das categorias e dos contratos de trabalho, abrindo-se dramático limbo jurídico nesse segmento socioeconômico e profissional, consiste em desequilibrar, demasiadamente, de maneira manifestamente *desproporcional*, a balança de poder entre o sindicato de trabalhadores e a respectiva empresa empregadora ou a correspondente categoria econômica.

É necessário se recordar, nesse debate, que a Constituição da República, em seu texto original de 1988, apresentava às categorias profissionais do Brasil dois canais de atuação coletiva, caso a negociação coletiva se frustrasse: ou a greve (art. 9º, CF) ou a propositura do dissídio coletivo de natureza econômica

(43) Eis o texto da Súmula 277 do TST, na redação conferida em 2012: “*CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO OU ACORDO COLETIVO DE TRABALHO. EFICÁCIA. ULTRATIVIDADE (redação alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012). Res. 185/2012 — DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012. As cláusulas normativas dos acordos coletivos ou convenções coletivas integram os contratos individuais de trabalho e somente poderão ser modificadas ou suprimidas mediante negociação coletiva de trabalho*”.

(art. 114, § 2º, CF). Ora, por meio dessa ação coletiva peculiar, a Justiça do Trabalho, mediante o poder normativo judicial, poderia “... *estabelecer normas e condições, respeitadas as disposições convencionais e legais mínimas de proteção ao trabalho*” (texto original de 1988 do art. 114, § 2º, *in fine*, CF).

O segundo caminho apresentado — ação de dissídio coletivo de natureza econômica, mesmo sem a ocorrência de greve — era bastante amplo, no regime constitucional original, exigindo-se apenas dos sindicatos de trabalhadores, a par de meros requisitos formais fixados em lei, a prova da ocorrência de *efetiva tentativa de negociação coletiva*. É o que se nota do enfático texto normativo original do § 2º do art. 114 da Constituição: “*Recusando-se qualquer das partes à negociação ou à arbitragem, é facultado aos respectivos sindicatos ajuizar dissídio coletivo*, podendo a Justiça do Trabalho estabelecer normas e condições, respeitadas as disposições convencionais e legais mínimas de proteção ao trabalho” (grifos acrescentados).

Nesse contexto jurídico, então, favorável aos trabalhadores — de maneira a equilibrar, um pouco mais, as condições de equivalência entre os contratantes coletivos (caso não fosse viável a negociação, poder-se-ia, tranquilamente, propor a ação de dissídio coletivo de natureza econômica, ficando determinado, pela Constituição, à Justiça do Trabalho “... *estabelecer normas e condições, respeitadas as disposições convencionais e legais mínimas de proteção ao trabalho*” — antigo § 2º do art. 114 da CF) —, era razoável e proporcional manter-se a redação primitiva da Súmula 277 do TST. Assim, em conformidade com essa antiga redação, as cláusulas de ACT ou CCT perdiam validade no prazo final estipulado no documento coletivo, inclusive quanto aos trabalhadores com contratos anteriores e ainda vigentes (interpretação pela ausência de qualquer ultratividade). Naquele contexto histórico, o limbo jurídico não aconteceria, pois a ação de dissídio coletivo era largamente franqueada pela Constituição da República.

Entretanto, com a Emenda Constitucional n. 45, de dezembro de 2004 (*reforma do Judiciário*), fechou-se, sobremaneira, a possibilidade real de se propor o dissídio coletivo de natureza econômica, caso frustrada a negociação coletiva ou a arbitragem. É que o novo texto do § 2º do art. 114 da Constituição passou a exigir pressuposto processual praticamente irrealizável e intransponível: a presença de “comum acordo” entre as partes coletivas para a propositura do dissídio coletivo de natureza econômica.⁽⁴⁴⁾

Pretendeu a EC n. 45, com essa reforma, agregar maior incentivo à negociação coletiva trabalhista, por intermédio da redução do anteriormente

(44) Eis o texto do novo art. 114, § 2º, da Constituição, depois da mudança realizada pela EC n. 45/2004: “Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, *de comum acordo*, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, *respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente*” (grifos acrescentados).

amplo canal de acesso ao poder normativo da Justiça do Trabalho — que ficaria, desde então, na prática, usualmente aberto apenas às situações fáticas de greve no contexto da empresa ou da categoria.

Embora meritória a reforma constitucional, ela implicava a mudança interpretativa consubstanciada na antiga redação da Súmula 277, sob pena de se promover um dramático desequilíbrio de poder entre os seres coletivos trabalhistas (sindicato de trabalhadores *versus* entidade empresarial ou sindicato da categoria econômica). Ora, tamanho desequilíbrio de poder evidenciava-se manifestamente incompatível com o princípio da equivalência entre os contratantes coletivos; mais do que isso, revela clara desarmonia com o princípio constitucional da proporcionalidade, além dos princípios humanísticos e sociais da Constituição da República, sem contar sua evidente desarmonia com a lógica constitucional referente ao conceito basilar de Estado Democrático de Direito.

Foi o que, felizmente, percebeu a Seção de Dissídios Coletivos do TST, a qual, desde abril de 2008, passou a conferir nova interpretação ao tema da integração provisória das cláusulas de sentença normativa aos contratos, respeitada a possibilidade de revogação por meio de nova sentença normativa ou novo ACT ou CCT. Essa reiterada jurisprudência de quatro anos de sedimentação, terminou por dar origem ao novo Precedente Normativo 120 da SDC-TST, no ano de 2011.

A equilibrada, proporcional e razoável nova interpretação deflagrada, por vários anos, pela SDC do TST (desde 2008, repita-se) foi, finalmente, incorporada pelo conjunto da Corte Superior Trabalhista, em setembro de 2012, momento em que esta atualizou o sentido de sua antiga Súmula 277, harmonizando-a ao novo contexto jurídico existente no País após a *reforma do Judiciário* (EC n. 45/2004).

Desse modo, a suspensão dos efeitos jurídicos da interpretação contida na atual redação da Súmula 277 do TST promove, lamentavelmente, desproporcional e injusto desequilíbrio de poder entre os contratantes coletivos trabalhistas na ordem jurídica e na sociedade brasileira, no contexto do Direito Constitucional e do Direito Coletivo do Trabalho da República Federativa do Brasil. Além disso, desprestigia a negociação coletiva trabalhista, pois se torna manifestamente irracional que qualquer empresa ou qualquer categoria econômica se lance à negociação coletiva sindical quando ostenta tamanha vantagem na ordem jurídica — quer dizer, simplesmente a automática e absoluta supressão de todas as dezenas de cláusulas do ACT ou CCT anterior, na data prefixada no instrumento coletivo.⁽⁴⁵⁾

(45) Poucos meses depois da concessão, em outubro de 2016, da liminar suspendendo os efeitos da Súmula 277/TST, foi aprovada a vedação da ultratividade de ACTs e CCTs, por meio do novo § 3º, *in fine*, do art. 614 da CLT, conforme inserção feita pela Lei n. 13.467, de 13.7.2017 (vigência desde 11.11.2017).

DIREITO COLETIVO E SINDICATO

I. INTRODUÇÃO

Direito Coletivo do Trabalho é o conjunto de regras, princípios e institutos regulatórios das relações entre os seres coletivos trabalhistas: de um lado, os obreiros, representados pelas entidades sindicais, e, de outro, os seres coletivos empresariais, atuando quer isoladamente, quer através de seus sindicatos.

Os sujeitos do Direito Coletivo são, portanto, essencialmente os *sindicatos*, embora também os empregadores possam ocupar essa posição, mesmo que agindo de modo isolado. Tal diferenciação ocorre porque os trabalhadores somente ganham corpo, estrutura e *potência* de ser coletivo por intermédio de suas organizações associativas de caráter profissional, no caso, os sindicatos. Em contraponto a isso, os empregadores, regra geral, já se definem como empresários, organizadores dos meios, instrumentos e métodos de produção, circulação e distribuição de bens e serviços; logo, são seres com aptidão natural de produzir atos coletivos em sua dinâmica regular de existência no mercado econômico e laborativo.

Por isso é que, quando se estudam os sujeitos do Direito Coletivo do Trabalho, concentra-se a análise nas *entidades sindicais*, as únicas que se distinguem dos sujeitos do Direito Individual do Trabalho, agindo em nome e em favor dos empregados. Já os empregadores podem agir no Direito Coletivo, quer isoladamente, quer mediante a representação de suas entidades sindicais.

É claro que existem ordens jurídicas que não circunscrevem todos os atos próprios à seara juscoletiva apenas à participação dos sindicatos obreiros, permitindo, assim, que surjam outros sujeitos juscoletivos distintos dessas entidades e da figura do empregador. São comissões de empresas, delegados representativos do pessoal de certo estabelecimento ou empresa, a par de fórmulas organizativas congêneres. É o que se passa, por exemplo, na Grã-Bretanha (delegados de empresas — *shop stewards*), na Itália (comissões de empresas) e outras experiências de países capitalistas desenvolvidos⁽¹⁾. Trata-se de entes coletivos trabalhistas, não necessariamente restritos aos sindicatos (embora a prática histórica de tais países demonstre que os próprios

(1) Descrição de experimentos correlatos de representação não sindical em distintos países está muito bem traçada por Amauri Mascaro Nascimento. *Compêndio de Direito Sindical*, cit., p. 242-245.

sindicatos, reconhecendo a força de tais fórmulas representativas, busquem participar de sua composição, mediante a apresentação de candidaturas próprias).

No Brasil, porém, a atuação obreira nas questões juscoletivas está fundamentalmente restrita às *entidades sindicais*. É claro que podem existir, na prática, entidades organizativas não sindicais em lugares e segmentos não abrangidos por sindicatos; porém, no País, esses entes estão destituídos dos poderes jurídicos que o Direito confere aos sindicatos. A própria Constituição de 1988 cuidou, por precaução, de restringir à *participação dos sindicatos obreiros* os atos inerentes à principal dinâmica juscoletiva, a negociação coletiva. Efetivamente, dispõe a CF/88 ser *obrigatória* a participação dos *sindicatos* nas negociações coletivas de trabalho (art. 8º, VI, CF/88).

Note-se, a propósito, que a recente Lei da Reforma Trabalhista institucionalizou as comissões de representação dos empregados em empresas com mais de 200 empregados (novo Título IV-A da CLT, composto pelos novos arts. 510-A até 510-D), mediante inserção feita pela Lei n. 13.467, vigente desde 11.11.2017. Contudo, tal comissão obreira interna não ostenta os poderes de negociação coletiva trabalhista, que são peculiares aos sindicatos (art. 8º, III e VI, CF/88; novo art. 510-E, CLT).⁽²⁾

II. DEFINIÇÃO

Sindicatos são *entidades associativas permanentes, que representam trabalhadores vinculados por laços profissionais e laborativos comuns, visando tratar de problemas coletivos das respectivas bases representadas, defendendo seus interesses trabalhistas e conexos, com o objetivo de lhes alcançar melhores condições de labor e vida.*

A definição constrói-se tendo em vista os *sindicatos obreiros*, cuja presença confere a marca distintiva do Direito Coletivo, em sua dinâmica atual e em sua própria evolução histórica ao longo do capitalismo.

Entretanto, à medida que existem também, é claro, *sindicatos empresariais*, pode-se construir definição mais larga, que abranja os dois polos trabalhistas, de obreiros e de empregadores.

Nessa linha mais ampla, envolvendo empregadores, empregados e outros obreiros que se vinculam sindicalmente (como profissionais liberais e trabalhadores avulsos), *sindicatos seriam entidades associativas permanentes, que representam, respectivamente, trabalhadores, “lato sensu”, e empregadores, visando a defesa de seus correspondentes interesses coletivos.*

(2) No item IX deste Capítulo XXXV se examina o novo instituto da comissão de representação de empregados inserida no Título IV-A da CLT.

É evidente, porém, que a definição de qualquer figura regulada pelo Direito passa, sem dúvida, pelas particularidades normativas de cada experiência histórica e cada sociedade. Assim, no Brasil, a definição de sindicato envolve, também, a incorporação da ideia de *categoria*, inerente ao sistema jurídico vigente no País desde a década de 1930.

Nesse quadro, a partir da concepção de associação sindical prevista na CLT, que leva em conta a noção de categoria profissional, diferenciada e de trabalhadores autônomos, além da categoria dos empregadores, chamada econômica (art. 511 e seguintes), pode-se inferir uma definição legal desse sujeito do Direito Coletivo Trabalhista. Assim, a lei brasileira define sindicato *como associação para fins de estudo, defesa e coordenação de 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, *caput*, CLT).

III. SISTEMAS SINDICAIS

A evolução do sindicalismo no mundo ocidental permite apreender a presença de certos padrões de organização dos distintos sistemas sindicais. Tais padrões levam em consideração, mais uma vez, os sindicatos de trabalhadores, exatamente porque neste polo é que se encontra o cerne de todo o desenvolvimento do Direito Coletivo do Trabalho.

É que, na verdade, os empregadores, enquanto empresários, organizam-se de inúmeras e diversificadas maneiras, de modo a alcançar a multiplicação de seu poder no âmbito do conjunto da sociedade e do Estado. Eles organizam-se, em primeiro lugar, *individualmente*, na qualidade de agentes estruturadores e administradores do processo produtivo em seus estabelecimentos e empresas (por isso é que são, naturalmente, seres coletivos trabalhistas). Eles agregam-se, em seguida, a *distintas e concomitantes associações empresariais* (de caráter permanente ou meramente circunstancial), segundo pontos de contato considerados relevantes para a defesa de seus interesses. Eles podem se agregar, por fim, em conformidade com o modelo sindical seguido na respectiva ordem jurídica, em *sindicatos empresariais*, voltados às relações com seus respectivos trabalhadores e os demais da correspondente categoria econômica.

O estudo dos padrões de organização sindical obreira deve ser dividido em dois tópicos, correspondentes a duas perspectivas diferenciadas de se examinar o problema.

De um lado, situam-se as fórmulas de estruturação dos sindicatos de trabalhadores, isto é, os critérios de agregação de obreiros em determinado sindicato. Nesta perspectiva, podem ser encontrados, essencialmente, sindicatos

que agregam trabalhadores seja por *ofício ou profissão*, seja por *categoria profissional*, seja também por *empresa* e, finalmente, cite-se o importante critério de agregação por *ramo ou segmento de atividade empresarial*.

De outro lado, situa-se a contraposição entre dois modelos, segundo a regulação legal do unitarismo ou pluralismo sindicais. Há, em um polo, o sistema jurídico de sindicalismo único representativo de trabalhadores, imposto por lei. Em outro polo, há o modelo jurídico que não impõe, legalmente, o unitarismo, viabilizando a pluralidade sindical ou a unidade construída pela prática mesma do movimento obreiro. Trata-se, em suma, do conhecido debate entre a *unicidade*, que é determinada por lei, e a *não prefixação legal da unidade ou pluralidade sindicais*.

1. Critérios de Agregação dos Trabalhadores no Sindicato

Conforme exposto, há, basicamente, quatro padrões de agregação de trabalhadores a seus respectivos sindicatos. Esses padrões não são, necessariamente, *todos eles*, excludentes entre si; alguns deles, pelo menos, podem se combinar em uma certa realidade sociojurídica.

A) Sindicatos por Ofício ou Profissão — Nesse quadro, há os sindicatos que agregam trabalhadores em virtude de seu *ofício* ou *profissão*. É claro que o sistema pode exigir identidade profissional ou apenas uma relevante similitude de profissões.

Trata-se de modelo sindical prestigiado nos primeiros momentos do sindicalismo, com perda de densidade nos períodos subsequentes, ao menos nos países capitalistas centrais. Contudo, sempre preservou grande influência no berço do movimento operário ocidental, a Grã-Bretanha⁽³⁾. No Brasil, esse padrão tem certa importância no conjunto das entidades sindicais, embora não seja, de modo algum, dominante.

São sindicatos que agregam trabalhadores em vista de sua profissão, no Brasil, ilustrativamente, os chamados *sindicatos de categoria diferenciada*, como professores, motoristas, aeronautas, aviários, jornalistas profissionais, músicos profissionais, etc.

A CLT arrola, em seu final, no quadro a que se refere seu art. 577, um grupo de *categorias diferenciadas*. Esclarece a Consolidação que categoria diferenciada é a que se forma dos empregados que exerçam profissões ou funções diferenciadas por força de estatuto profissional especial ou em consequência de condições de vida singulares (art. 511, § 3º)⁽⁴⁾.

(3) A respeito, consultar NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de Direito Sindical*, cit., p. 178.

(4) O enquadramento sindical realizado, administrativamente, pelo Ministério do Trabalho foi considerado inconstitucional, desde a Constituição de 1988 (fenômeno da não recepção).

Esse tipo de associação tem recebido o epíteto de *sindicatos horizontais*, porque se estendem no mercado de trabalho em meio a várias e distintas empresas, *atingindo apenas certos trabalhadores dessas entidades econômicas, exatamente aqueles que guardam e exercem a mesma profissão*. Sua extensão no mercado laborativo é horizontal em relação aos inúmeros empregadores existentes, uma vez que, raramente, eles abrangem todos os trabalhadores de uma mesma empresa ou estabelecimento.

B) Sindicatos por Categoria Profissional — Em segundo lugar, há os sindicatos que agregam trabalhadores em virtude de sua *categoria profissional*. Formam, por exemplo, no Brasil, o conjunto mais significativo dos sindicatos, segundo o modelo jurídico oriundo dos anos de 1930 e 40.

A CLT (art. 511, § 2º) concebe *categoria profissional* como uma “*expressão social elementar*”. E estabelece que ela é composta pela “*similitude de condições de vida oriunda da profissão ou trabalho em comum, em situação de emprego na mesma atividade econômica ou em atividades econômicas similares ou conexas*” (art. 511, § 2º, CLT)⁽⁵⁾.

O ponto de agregação na categoria profissional é a *similitude laborativa, em função da vinculação a empregadores que tenham atividades econômicas idênticas, similares ou conexas*. A categoria profissional, regra geral, identifica-se, pois, não pelo preciso tipo de labor ou atividade que exerce o obreiro (e nem por sua exata profissão), mas pela vinculação a certo tipo de empregador. Se o *empregado* de indústria metalúrgica labora como porteiro na planta empresarial (e não em efetivas atividades metalúrgicas), é, ainda assim, representado, legalmente, pelo sindicato de metalúrgicos, uma vez que seu ofício de porteiro não o enquadra como categoria diferenciada. Nesta linha é que sintetiza *Amauri Mascaro Nascimento*: “*sindicato por categoria é o que representa os trabalhadores de empresas de um mesmo setor de atividade produtiva ou prestação de serviços. As empresas, do mesmo setor, por seu lado, formam a categoria econômica correspondente*”⁽⁶⁾.

Esse tipo de associação é chamado de *sindicato vertical*. Efetivamente, ele se estende no mercado de trabalho abrangendo, regra geral, a ampla maioria dos empregados das várias empresas, na respectiva base territorial da entidade, que tenham similitude de atividades econômicas. Portanto, ele atinge, verticalmente, as empresas economicamente afins (empresas bancárias, comerciais, metalúrgicas etc.).

Portanto, os sindicatos de categorias diferenciadas, hoje, no Brasil, organizam-se a partir, por exemplo, da existência de lei específica regulando o funcionamento da profissão, não prevalecendo, mais, simplesmente, o antigo critério administrativo.

(5) A mesma lei esclarece que a *solidariedade de interesses econômicos dos que empreendem atividades idênticas, similares ou conexas, constitui o vínculo social básico que se denomina categoria econômica* (§ 1º do art. 511).

(6) NASCIMENTO, A. M. *Compêndio de Direito Sindical*, cit., p. 172.

No contexto da extinção do controle administrativo sobre os sindicatos, no Brasil, e do lógico fim da comissão de enquadramento sindical do Ministério do Trabalho, em face da Constituição de 1988 (art. 8º, I e II), tem se espalhado, no âmbito do sindicalismo, uma interpretação restritiva de categoria profissional, com o conseqüente fracionamento de sindicatos obreiros anteriormente importantes. Ilustrativamente, sindicatos de tecelões sendo pulverizados em inúmeros sindicatos, como de cerzideiras, de pespontadeiras, de overloquistas etc. Há claro enfraquecimento do sindicalismo no Brasil, em decorrência desse processo de desdobramento e fragmentação das categorias profissionais⁽⁷⁾.

É óbvio que, do ponto de vista jurídico, pode-se interpretar a noção de categoria profissional não só de modo restritivo (como tendente, hoje, no Brasil); é possível também realizar interpretação ampliativa da mesma noção, de modo a reforçar a atuação dos sindicatos. Essa interpretação ampliativa, a propósito, seria mais consentânea com o próprio Direito Coletivo do Trabalho, uma vez que a história e conceito de associações sindicais remetem-se ao apelo da união, da unidade, da agregação — e não seu inverso.

De fato, a ideia de similitude de condições de vida e labor, em função de vínculo dos obreiros a atividades econômicas empresariais similares ou conexas (ideia que forma o núcleo do conceito de categoria), permite o alargamento dos sindicatos — e não, necessariamente, seu definhamento, como verificado nas últimas décadas.

No campo temático do enquadramento sindical, a propósito, desponta como mais consentâneo com a Constituição da República o *princípio da agregação*, ao invés da diretriz civilista tradicional da *especialização*. A diretriz da especialização pode ser útil para a análise de certos aspectos de outras relações jurídicas, sendo inadequada, porém, senão incompatível, para a investigação da estrutura sindical mais legítima e representativa, apta a melhor realizar o critério da unicidade sindical determinado pela CF/88 (art. 8º, I e II) e concretizar a consistência representativa que têm de possuir os sindicatos (art. 8º, III e VI, CF/88). Para esta investigação sobre a legitimidade e a representatividade dos sindicatos torna-se imprescindível, portanto, o manejo efetivo e proporcional do *princípio da agregação*, inerente ao Direito Coletivo do Trabalho.

Pelo princípio da agregação despontaria como mais representativo e consentâneo com a unicidade sindical brandida pela Constituição o sindicato mais amplo, mais largo, mais abrangente, de base mais extensa e de maior número de filiados. Embora tais qualidades tendam, historicamente, a coincidir com sindicatos mais antigos, ao invés de entidades sindicais mais recentes e

(7) Esse desdobramento e dissociação de categorias, com a multiplicação de sindicatos no Brasil, após 1988, por meio de tal mecanismo, também é examinado por NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de Direito Sindical*, cit., p. 164-165.

fracionadas, não se pode, do ponto de vista técnico-jurídico, por outro lado, considerar essa coincidência como irremediavelmente necessária e imperiosa.⁽⁸⁾

C) Sindicato por Empresa — Em terceiro lugar, há os sindicatos que se agregam em vista da empresa a que se vinculam os trabalhadores. Trata-se dos *sindicatos por empresa*.

Tais sindicatos são relevantes especialmente no sistema norte-americano. Na Europa continental ocidental eles não têm sido forma importante de organização do sindicalismo, o qual se estrutura a partir de noções mais amplas, como a de categoria, ou a ainda mais larga, de ramo de atividade empresarial.

No Brasil, são juridicamente inviáveis, hoje, os sindicatos por empresa. É que a Constituição fixa o critério de *categoria profissional* para a estruturação dos sindicatos; além disso, também estabelece o *município* como base territorial mínima para a organização dessas entidades (art. 8º, II).

A vedação brasileira a sindicatos por empresas origina-se da década de 1930. Não obstante, a tradição sindical anterior ao período getulista, embora incipiente, também não apontava prestígio relevante ao sindicalismo de empresa no âmbito do mercado de trabalho.

A estruturação sindical por empresa tem sido criticada por reduzir a possibilidade de generalização de conquistas trabalhistas para um âmbito econômico-profissional mais amplo, enfraquecendo o papel progressista do Direito do Trabalho. Obviamente, ela diminui também a solidariedade entre os trabalhadores de empresas distintas, acentuando o individualismo no âmbito das propostas de atuação sindical. Neste quadro, tal modalidade de agregação favoreceria os trabalhadores das grandes empresas, que poderiam, pelo isolamento sindical, obter vantagens específicas e diferenciadas em contraponto ao restante do mercado de trabalho — ampliando a diferenciação social característica do capitalismo. De todo modo, é o critério de organização sindical que se mostra mais suscetível à cooptação empresarial. Por tudo isso é que se argumenta tratar-se do critério menos politizado e de menor projeção social entre todos existentes no sindicalismo.

(8) Registre-se ainda, por lealdade ao leitor, que a jurisprudência comumente tem se valido do arsenal teórico do Direito Civil para investigar, aferir e declarar o sindicato mais representativo, no contexto das disputas intersindicais, mesmo após a transferência constitucional da competência para a Justiça do Trabalho (art. 114, III, CF/88, após EC n. 45/2004), qual seja, o chamado *princípio da especialização* (ao invés da diretriz da *agregação*). Na verdade, a jurisprudência do STF e a dominante no TST — além da orientação administrativa do Ministério do Trabalho, que recebe os pedidos de registros sindicais (art. 8º, I, CF/88) —, todos têm se perfilado pela linha da especialização, considerando mais consentânea com o princípio da liberdade sindical a permissão para o desmembramento e fracionamento das entidades sindicais, desde que haja real *especificidade* quanto ao novo sindicato e seja respeitada a base territorial mínima do Município (art. 8º, II, CF/88). Contudo, o enfoque pela especialização conferido ao presente problema acentua, lamentavelmente, o impressionante processo de pulverização das entidades sindicais na realidade socioeconômica e institucional do Brasil.

É claro que se aponta a seu favor o fato da diferenciação interempresarial, que torna por vezes artificial a propositura de pleitos trabalhistas semelhantes em face de empresas muito distintas.⁽⁹⁾

D) Sindicatos por Ramo Empresarial de Atividades — Finalmente, há os sindicatos de trabalhadores que se agregam em função do *ramo ou segmento empresarial de atividades*. Ilustrativamente, sindicatos dos trabalhadores do segmento industrial, dos trabalhadores do segmento financeiro, do segmento comercial, do setor agropecuário, etc.

Este critério de agregação sindical favorece a criação de grandes sindicatos, que tendem a ser significativamente fortes, dotados de grande abrangência territorial, seja regional ou até mesmo nacional, com sensível poder de negociação coletiva, em qualquer âmbito geográfico que se considere, perante qualquer empresa ou entidade representativa empresarial. A Alemanha, por exemplo, que segue, na prática, critério congênere de agregação sindical, tem apenas 16 grandes sindicatos nacionais, que se filiam à Federação Alemã de Sindicatos (DGB), os quais são conhecidos por seu notável poder de representação, atuação e negociação coletivas⁽¹⁰⁾.

O presente tipo de agregação sindical tende a levar ao máximo as vantagens do sindicalismo para os trabalhadores, potencializando também o papel progressista e generalizante do Direito do Trabalho. Ele também favorece a solidariedade entre empregados de empresas distintas, atenuando as perspectivas estritamente individualistas de atuação sindical. Em síntese, a força organizativa dos sindicatos resultantes deste critério permite o mais perfeito cumprimento do princípio da real equivalência entre os contratantes coletivos.

2. Unicidade versus Pluralidade. A Unidade Sindical

Outro ponto de diferenciação importante entre os sistemas sindicais reside na disjuntiva unicidade *versus* pluralidade de sindicatos.

A *unicidade* corresponde à previsão normativa obrigatória de existência de um único sindicato representativo dos correspondentes obreiros, seja por empresa, seja por profissão, seja por categoria profissional. Trata-se da

(9) Mesmo esse argumento do “artificialismo” ostenta valor muito relativo, pois se mostra corriqueiro nos instrumentos coletivos negociados a fixação de regras e vantagens trabalhistas, além de percentuais de reajustes de parcelas concedidas, em conformidade com o tamanho das empresas da respectiva categoria econômica – técnica que enfrenta com realismo e racionalidade o fato concernente à grande diferenciação interempresarial eventualmente verificada.

(10) A respeito, DÄUBLER, Wolfgang. *Direito do Trabalho e Sociedade na Alemanha*. São Paulo: Fundação Friedrich Ebert/ILDES/LTr, 1997, p. 55. O Autor demonstra que a DGB congrega cerca de “35% de todos os empregados e funcionários públicos”, enquanto as duas outras centrais sindicais, Federação Alemã de Trabalhadores (DAG) e Federação Alemã de Funcionários (DBB), “chegam a congregar apenas uns 2,5% cada uma” (loc. cit.).

definição legal imperativa do tipo de sindicato passível de organização na sociedade, vedando-se a existência de entidades sindicais concorrentes ou de outros tipos sindicais. É, em síntese, o sistema de sindicato único, com monopólio de representação sindical dos sujeitos trabalhistas.

No Brasil vigora, desde a década de 1930, inclusive após a Constituição de 1988, o sistema de unicidade sindical, sindicato único por força de norma jurídica — respeitado o critério organizativo da categoria profissional, como visto⁽¹¹⁾.

O sistema da *liberdade sindical*, seja com *pluralismo*, seja com *unidade prática* de sindicatos, prepondera na maioria dos países ocidentais desenvolvidos (França, Inglaterra, Alemanha, EUA, etc.). Nos países em que há *unidade prática* de sindicatos (caso da Alemanha), ela resulta da experiência histórica do sindicalismo, e não de determinação legal⁽¹²⁾. Esse sistema de liberdade sindical plena encontra-se propugnado pela Convenção 87 da OIT, de 1948, ainda não subscrita pelo Brasil.

É necessário, porém, distinguir-se entre *unicidade* e *unidade sindicais*. A primeira expressão (unicidade) traduz o sistema pelo qual a lei impõe a presença na sociedade do sindicato único. A segunda expressão (unidade) traduz a estruturação ou operação unitárias dos sindicatos, em sua prática, fruto de sua maturidade, e não de imposição legal.

Isso significa que o sistema de *liberdade sindical plena* (Convenção 87, OIT, por exemplo) não sustenta que a lei deva impor a pluralidade sindical. De modo algum: ele sustenta, apenas, que não cabe à lei regular a estruturação e organização internas aos sindicatos, cabendo a estes eleger, sozinhos, a melhor forma de se instituírem (podendo, em consequência, firmar a unidade organizacional e prática, como já mencionado).

A) Unicidade no Brasil: modelo tradicional — O sistema da unicidade sindical, implantado no Brasil nos anos ditatoriais de 1930 até 1945, e mantido nas décadas seguintes, apresentou, durante cerca de 60 anos, alguns pontos estruturais.

São eles: a) Modelo de *sindicato único*, organizado por categoria profissional ou diferenciada, com monopólio de representação na respectiva base territorial. b) Vinculação direta ou indireta do sindicalismo ao Estado. Esta se dava pelo *controle político-administrativo exercitado pelo Ministério do Trabalho*, além da *cooptação política, ideológica e administrativa dos quadros sindicais, por meio de sua participação no aparelho de Estado*, especialmente

(11) A Constituição de 1934 previa, ao revés, a pluralidade sindical. Contudo, foi suspensa logo após o início de sua vigência, com o estado de sítio de 1935. Pouco tempo depois foi definitivamente revogada, com o advento do Estado Novo, em novembro de 1937.

(12) Como já foi esclarecido no item anterior, na Alemanha há sindicatos alternativos ao grande sistema unitário prevalecente, mas que têm escassa representatividade no contexto do sindicalismo daquele país.

na Justiça do Trabalho, pela representação classista. c) Financiamento compulsório do sistema, mediante *contribuição sindical obrigatória*, de origem legal. d) Existência de *amplo poder normativo do Judiciário Trabalhista*, em concorrência direta com a negociação coletiva sindical.

B) A Posição da Constituição de 1988 — A Constituição de 1988 iniciou, sem dúvida, a transição para a democratização do sistema sindical brasileiro, mas sem concluir o processo. Na verdade, em um primeiro momento, construiu certo sincretismo de regras, com o afastamento de alguns dos traços mais marcantes do autoritarismo do velho modelo, preservando, porém, outras características significativas de sua antiga matriz.

Nesse quadro, a Constituição afastou a possibilidade jurídica de intervenção e interferências político-administrativas do Estado, via Ministério do Trabalho, no sindicalismo (art. 8º, I, CF/88). Reforçou o papel dos sindicatos na defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais e administrativas (art. 8º, III, CF/88). Alargou os poderes da negociação coletiva trabalhista, sempre sob o manto da participação sindical obreira (art. 8º, VI; art. 7º, VI, XIII, XIV e XXVI, CF/88). Assegurou amplamente o direito de greve (art. 9º, CF/88).

Entretanto, manteve a Constituição, em sua redação original de 1988, o sistema de unicidade sindical (art. 8º, II, CF/88), o financiamento compulsório de suas entidades sindicais integrantes (art. 8º, IV, CF/88), o amplo poder normativo da Justiça do Trabalho — concorrential à negociação coletiva (art. 114, § 2º, CF/88) —, além do mecanismo de cooptação de sindicalistas, conhecido como *representação classista*.

É bem verdade que o poder reformador constitucional, tempos depois de 1988, suprimiu ou restringiu dois desses mecanismos questionáveis: pela EC n. 24/1999, eliminou a representação classista na Justiça do Trabalho; pela EC n. 45/2004, contingenciou, fortemente, o poder normativo judicial trabalhista, mantendo-o apenas para situações excepcionais, como em casos de *greve* ou de ocorrência de *comum acordo* (fato raro) entre as partes coletivas para a propositura do dissídio coletivo de natureza econômica (nova redação do § 2º do art. 114 da CF).

Fica claro, portanto, que, passados 25 anos de vigência da Constituição da República (1988-2013/2015), somente quanto ao *sistema sindical* é que certos traços corporativistas se mantiveram preservados.

C) Liberdade Sindical no Brasil: requisitos — É evidente que o processo de democratização do sistema sindical brasileiro passa pela alteração desses antigos traços da matriz corporativista oriunda das décadas de 1930 e 40, e que foram preservados no Texto Constitucional de 1988.

A propósito, a combinação de regras, princípios e institutos que sempre se mostraram contraditórios na história do sindicalismo (alguns democráticos,

outros de origem autoritária-corporativa), tentada pelo Texto Máximo original de 1988, somente fez aprofundar a crise de legitimidade e de força do sistema sindical brasileiro. Por isso, parece inevitável o caminho para a reforma do sistema sindical, de modo a adequá-lo à plena liberdade de associação e à plena liberdade sindical.

Garantias à Atuação Sindical — Contudo, a reforma do sistema sindical do País não passa somente pela reestruturação acima debatida, *como também pelo implemento de certas garantias democráticas à atuação sindical, em contexto de plenas autonomia e liberdade associativas.*

Tais garantias devem compor também o núcleo da reforma democratizante do sistema, sob pena de se produzir transição excessivamente longa e dolorosa, sem qualquer avanço material efetivo no plano do desenvolvimento do Direito do Trabalho enquanto instrumento de elevação das condições de pactuação da força do trabalho no universo social.

Note-se que tais garantias estão expressamente consignadas em textos normativos construídos ao longo de várias décadas do século XX pela Organização Internacional do Trabalho (Convenções ns. 11, 87, 98, 135, 141 e 151, por exemplo — todas ratificadas pelo Brasil, salvo a de n. 87). Além disso, inserem-se tais garantias, classicamente, em experiências democráticas consolidadas no mundo ocidental (ilustrativamente, Estatuto dos Trabalhadores da Itália — Lei n. 300, de 1970).

Registre-se que *não há, pois, qualquer contradição entre o implemento de plena liberdade e autonomia ao sindicalismo com a presença de garantias legais claras e inequívocas, aptas a assegurarem a mais transparente legitimidade representativa sindical e o mais eficaz dinamismo reivindicativo das entidades sindicais obreiras.*

A Convenção 98, OIT, por exemplo (que trata do *direito de sindicalização e de negociação coletiva*), vigente no Brasil desde a década de 1950⁽¹³⁾, estipula:

“Art. 2-1. As organizações de trabalhadores e de empregadores deverão gozar de proteção adequada contra quaisquer atos de ingerência de umas e outras, quer diretamente quer por meio de seus agentes ou membros, em sua formação, funcionamento e administração.

2. *Serão particularmente identificados a atos de ingerência, nos termos do presente artigo, 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 colocar essas organizações sob o controle de um empregador ou de uma organização de empregadores*” (grifos acrescidos).

(13) A Convenção n. 98 vigora no Brasil desde 1953, após aprovada pelo Decreto Legislativo 49/1952 e promulgada pelo Decreto n. 33.196/1953. SÜSSEKIND, Arnaldo. *Convenções da OIT*. São Paulo: LTR, 1994, p. 204.

O mesmo texto convencional reprime eventuais restrições empresariais a obreiros em face da participação ou não participação em tal ou qual sindicato (art. 1, 2, “a”, Convenção 98, OIT) ou em atividades sindicais (art. 1, 2, “b” da Convenção n. 98).

A Convenção 135, por sua vez (vigência no Brasil desde 18.3.1991), que trata da “proteção de representantes de trabalhadores”, estipula a seguinte determinação de garantia:

“Art. 1º Os representantes dos trabalhadores na empresa devem ser beneficiados com uma proteção eficiente contra quaisquer medidas que poderiam vir a prejudicá-los, inclusive o licenciamento (na verdade, despedida, isto é, “licenciement”), e que seriam motivadas por sua qualidade ou suas atividades como representantes dos trabalhadores sua filiação sindical, ou participação em atividades sindicais, conquanto ajam de acordo com as leis, convenções coletivas ou outros arranjos convencionais vigorando..”⁽¹⁴⁾

A transição democrática, portanto, somente seria completada com a adoção de medidas harmônicas e combinadas no sistema constitucional e legal brasileiros: não apenas a plena suplantação dos traços corporativistas e disfuncionais que restam no modelo sindical, como também, na mesma intensidade, o implemento de medidas eficazes de proteção à estruturação e atuação democráticas do sindicalismo no País.⁽¹⁵⁾

IV. ORGANIZAÇÃO SINDICAL BRASILEIRA ATUAL

O estudo jurídico da organização sindical brasileira, hoje, passa, em primeiro plano, pelo acerto de um fundamental debate, presente em outros temas do Direito Coletivo do Trabalho do Brasil: o estabelecimento da precisa extensão das modificações constitucionais de 1988 na legislação heterônoma provinda das várias décadas anteriores.

Em que extensão a Constituição Democrática de 1988 teria revogado (ou não recepcionado) dispositivos da CLT, regulatórios da estruturação e funcionamento do sistema sindical do País? A resposta a essa pergunta é que permitirá saber-se o real estuário normativo que rege as entidades sindicais brasileiras.

O ponto cardeal do presente debate é interpretar-se a correta extensão do art. 8º, I, da Constituição, que vedou ao Estado *a interferência e a intervenção na organização sindical*. Isso em contraponto ao Título V da CLT, que regula

(14) A observação em parênteses, referindo-se à equivocada tradução feita pelo legislador pátrio do texto da Convenção n. 135, OIT (*licenciement* como *licenciamento* e *não despedida*), reporta-se à ressalva feita nessa direção por Arnaldo SÜSSEKIND, em sua obra *Convenções da OIT*. São Paulo: LTr, 1994, p. 308.

(15) Para maior análise sobre esses temas relativos ao sindicalismo brasileiro (“agregação *versus* especialização”; “liberdade sindical no Brasil: problemas, conquistas e desafios”), consultar DELGADO, M. G. *Direito Coletivo do Trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2017, especialmente em seu Capítulo III, item III (“Sistemas Sindicais”).

a organização sindical e assemelha-se, muitas vezes, a um estuário de dispositivos censórios, restritivos e, até mesmo, em certas circunstâncias, inviabilizadores de razoáveis organização e operação sindicais.

Passadas mais de duas décadas do início de vigência da Constituição (1988-2015), algumas conclusões importantes já podem ser traçadas em torno desse debate.

Em primeiro lugar, parece claro que o comando constitucional de não interferência e intervenção do Estado na organização sindical, corolário do princípio da autonomia dos sindicatos, é franco e cristalino no tocante a interferências político-administrativas estatais, por meio de seu aparelho administrativo, o Ministério do Trabalho — estas não podem, efetivamente, ocorrer. Este aspecto parece pacificado na doutrina e jurisprudência.⁽¹⁶⁾

Não chega a invalidar a presente conclusão o caminho jurisprudencial seguido quanto ao *registro no órgão competente* (determinado pelo mesmo art. 8º, I). Mesmo considerando-se certo eufemismo na interpretação desse aspecto normativo, fixando-se a pertinência do depósito dos estatutos sindicais naquele órgão ministerial trabalhista, não se retrocedeu a ponto de autorizar qualquer intervenção administrativa na organização das entidades sindicais. Entendeu-se que o depósito documental atendia apenas a meros fins cadastrais, servindo como marco de respeito à unicidade sindical, mantida pela mesma Constituição (art. 8º, II)⁽¹⁷⁾.

Há diversos aspectos sobre a organização dos sindicatos e seu funcionamento que provocam o ressurgimento do debate acima. Ilustrativamente, o número de órgãos sindicais internos e o montante de seus componentes, assim como o conjunto de atividades e prerrogativas franqueadas aos sindicatos (tais problemas serão enfrentados, nos itens abaixo).

O que parece óbvio é que há dispositivos celetistas claramente não recepcionados pela nova Constituição, por traduzirem inquestionáveis inter-

(16) Na história brasileira, o Ministério do Trabalho já ostentou distintas denominações: Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio (a primeira, oriunda de 1930), Ministério do Trabalho e Previdência Social, Ministério do Trabalho e Emprego ou, simplesmente, Ministério do Trabalho (atual denominação, depois da reforma administrativa de 2016). Neste Curso, não se fará distinção entre as múltiplas denominações, podendo-se até mesmo se adotar, por razões práticas, simplesmente a denominação *Ministério do Trabalho*. Note-se, por fim, que o novo governo federal, iniciado em 01.01.2019, simplesmente extinguiu o mais antigo órgão ministerial existente no País (criado em 1930).

(17) STF (Pleno) — MI 144-8-SP, DJU, I, 28.5.93, p. 10.381 — Rel.: Min. Sepúlveda Pertence. A Instrução Normativa n. 1, de 17.7.97, do Ministério do Trabalho, implementou, então, na época, o critério jurisprudencial prevaletente. Ver também Súmula n. 677, STF. De toda maneira, tendo qualquer entidade sindical restrições à atuação do Ministério do Trabalho nesse mister procedimental e estatístico, em determinado caso concreto, pode propor ação eficaz perante o Poder Judiciário — hoje de competência da Justiça do Trabalho (art. 114, III e IV, CF, desde EC n. 45/2014).

venção e interferência administrativa do Estado na organização das entidades sindicais. É o que se passa, por exemplo, com os diversos preceitos da CLT que regulam o reconhecimento e investidura sindicais, com seus ritos e atos próprios (art. 515 e seguintes, CLT).

Existem, por outro lado, outros dispositivos do Título V da CLT (título elaborado sob inequívoca inspiração autoritária, relembre-se) que, *embora não traduzam interferência da autoridade administrativa* (Ministério do Trabalho), são fortemente restritivos da autonomia sindical e, em certa medida e sob certas circunstâncias, até mesmo inviabilizadores da natural atuação coletiva dos sindicatos. Nessa dimensão, eles não teriam sido recepcionados pela Constituição de 1988. Finalmente, há dispositivos da CLT que não chegam a apresentar tamanha contradição com o princípio geral da autonomia dos sindicatos; nessa medida, podem ser considerados compatíveis com a Constituição. Tais aspectos serão examinados nos subitens 1 a 3, a seguir.

1. Estrutura Sindical

O presente estudo envolve a estrutura externa do sistema sindical e sua composição e funcionamento internos.

A) Estrutura Externa — A estrutura externa do sistema sindical do País manteve-se, regra geral, dentro dos moldes corporativistas, que não foram inteiramente revogados (não recepcionados) pela Constituição de 1988, como visto.

Há, no sistema, uma pirâmide, que se compõe do *sindicato*, em seu piso, da *federação*, em seu meio, e da *confederação*, em sua cúpula. As *centrais sindicais* não compõem o modelo corporativista, sendo, de certo modo, seu contraponto. A jurisprudência não lhes tem reconhecido os poderes inerentes às entidades sindicais, principalmente a representação jurídica e a prerrogativa negocial coletiva.

Desse modo, existe na *base* do sistema um *sindicato único*, organizado por *categoria profissional* ou *categoria diferenciada*, em se tratando de trabalhadores, ou por *categoria econômica*, em se tratando de empregadores.

A base *territorial mínima* dos sindicatos brasileiros é o *município* (art. 8º, II, CF/88). Neste aspecto, a Constituição não recepcionou regra da CLT, que permitia base mais acanhada, o distrito municipal (art. 517, CLT). É possível base territorial mais larga, inclusive até mesmo o próprio território nacional (sindicatos nacionais).

As federações resultam da conjugação de, pelo menos, cinco sindicatos da mesma categoria profissional, diferenciada ou econômica (art. 534, CLT). Já as confederações resultam da conjugação de, pelo menos, três federações, respeitadas as respectivas categorias, tendo sede em Brasília (art. 535, CLT).

Centrais Sindicais — As centrais sindicais, repita-se, não compõem o modelo corporativista. De certo modo, representam até mesmo o seu contraponto, a tentativa de sua superação. Porém constituem, do ponto de vista social, político e ideológico, entidades líderes do movimento sindical, que atuam e influem em toda a pirâmide regulada pela ordem jurídica.

A jurisprudência não lhes tem dado a devida importância e reconhecimento, caudatárias que são dos princípios de liberdade de associação e de autonomia sindical. Não há por que dizer que não sejam acolhidas pelos princípios constitucionais citados, embora certamente não o sejam pelo texto sindical restritivo do Título V da CLT. Elas, de certo modo, unificam, pelo alto, a atuação das entidades sindicais, enquanto não superado o modelo corporativista. Mas não têm, segundo a jurisprudência, poderes de representação; não participam, desse modo, *do ponto de vista formal*, das negociações coletivas trabalhistas.

A importância das *centrais sindicais* é notável, sendo, de maneira geral, componente decisivo da Democracia contemporânea.

No plano interno de suas atividades, não apenas fixam linhas gerais de atuação para o sindicalismo em contextos geográficos e sociais mais amplos, como podem erigir instrumentos culturais e logísticos de grande significado para as respectivas bases envolvidas. No plano externo de suas atividades, participam da fundamental dinâmica democrática ao dialogarem com as grandes forças institucionais do País, quer as de natureza pública, quer as de natureza privada⁽¹⁸⁾.

Finalmente, quase vinte anos após a Constituição de 1988, a ordem jurídica infraconstitucional veio produzir novo avanço no processo de transição democrática do sistema sindical brasileiro, ao realizar o “*reconhecimento formal das centrais sindicais*” — embora sem poderes de negociação coletiva (Lei n. 11.648, de 31.3.2008 — *ementa*).

A teor do Direito brasileiro, portanto (Lei n. 11.648/08, art. 1º, *caput* e parágrafo único, combinado com art. 2º), considera-se central sindical a *entidade de representação dos trabalhadores, constituída em âmbito nacional, como ente associativo privado, composto por organizações sindicais de trabalhadores e que atenda os requisitos de filiação mínimos legalmente estabelecidos*.

Esses requisitos mínimos legalmente fixados correspondem a: I — filiação de, pelo menos, 100 sindicatos distribuídos nas cinco regiões do país;

(18) A primeira experiência mais consistente de criação de uma central sindical no Brasil ocorreu durante a República Democrático-Desenvolvimentista (1946-1964), com o antigo CGT, extinto com o advento do Regime Militar. A respeito, consultar DELGADO, Lucília de Almeida Neves, *O Comando Geral dos Trabalhadores no Brasil* — 1961-1964. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1986.

II — filiação em pelo menos três regiões do país de, no mínimo, 20 sindicatos em cada uma; III — filiação de sindicatos em, no mínimo, cinco setores de atividade econômica; IV — filiação de sindicatos que representem, no mínimo, sete por cento do total de empregados sindicalizados em âmbito nacional (art. 2º, incisos I a IV, Lei n. 11.648/08).

Note-se que a aferição desses requisitos mínimos de representatividade será feita pelo Ministério do Trabalho (art. 4º, Lei n. 11.648/08).

Prevê o diploma normativo as seguintes *atribuições e prerrogativas* para a central sindical: I — *coordenar a representação dos trabalhadores por meio das organizações sindicais a ela filiadas*; II — *participar de negociações em fóruns, colegiados de órgãos públicos e demais espaços de diálogo social que possuam composição tripartite, nos quais estejam em discussão assuntos de interesse geral dos trabalhadores* (art. 1º, I e II, Lei n. 11.648/2008).

B) Estrutura e Funcionamento Internos — A estipulação pelo Título V da CLT dos órgãos internos dos sindicatos determina um dos mais significativos pontos de conflito acerca da validade do preceito legal em face da Constituição.

De fato, a lei da década de 1940 fixa que a administração do sindicato será exercida por *uma diretoria* (não acolhe, em princípio, outras modalidades de direção). Segue dispondo que sua composição será, *no máximo, de sete e, no mínimo, de três membros*. Termina concluindo pela existência de um *conselho fiscal*, composto de três membros. Todos esses órgãos serão eleitos pela assembleia geral (art. 522, CLT). Refere-se ainda o diploma celetista aos *delegados sindicais*, que não são eleitos pela assembleia, mas *designados* pela diretoria (art. 523, CLT).

O texto celetista afronta o princípio da autonomia sindical, constitucionalmente assegurado? Em certa medida, sim, sem dúvida, principalmente no instante em que inviabiliza a segura, ágil e eficaz organização e operação da entidade sindical. *A matéria é própria para os estatutos sindicais, em vista do princípio da autonomia organizativa que favorece tais associações*. Os estatutos é que melhor levarão em conta a extensão da base sindical, o número de associados e de potenciais representados, a diversidade empresarial envolvida e fatores correlatos. É claro que se trata, como sempre, de autonomia relativa — já que a ordem jurídica, muito menos a Constituição, não acolhe o exercício abusivo de qualquer direito. Desse modo, se os estatutos adotam critério abusivo, desproporcional às reais e sensatas necessidades do sindicato, transformando sua direção em mero instrumento de alcance da vantagem estabilitária conferida pelo Texto Máximo de 1988 (art. 8º, VIII), a retificação do ato abusivo deve ser judicialmente efetivada⁽¹⁹⁾.

(19) Nesta mesma direção, PINTO, José Augusto Rodrigues. *Direito Sindical e Coletivo do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1998, p. 144-145.

Reitere-se, aqui, o que já foi exposto no Capítulo XXXIV, item IV.2, deste Curso, quando se estudavam os princípios do Direito Coletivo do Trabalho. Lá se ressaltava a clara inadequação da tímida garantia do art. 522 da CLT ao largo espectro do comando constitucional autonômico, além da complexidade da sociedade de massas hoje existente no Brasil. Neste quadro, a pura e simples acomodação da jurisprudência ao censurável texto do Título V da CLT, enquanto não desponta diploma legal mais compatível, frustra, obviamente, o princípio da efetiva equivalência entre os seres coletivos trabalhistas. Na verdade, enquanto não for construído, pelo Parlamento, texto legal respeitoso e adequado ao comando firme da Constituição, deve-se relegar, em reverência obrigatória à CF/1988, ao estatuto do sindicato a fixação do número necessário de diretores da respectiva entidade, *atento, porém, o intérprete ao uso não abusivo da prerrogativa constitucional*. Sendo razoável, consistente, equânime o número escolhido pelo estatuto, em contraponto com as características, dimensões e abrangência do sindicato, estende-se a garantia magna a todos eles. Sendo abusivo o número, esvai-se tal garantia sobre o número superior ao teto legal hoje estipulado pela CLT⁽²⁰⁾.

2. Registro Sindical

No tocante à criação, registro e início de funcionamento da entidade sindical a ordem jurídica alterou-se significativamente, em seguida à nova Constituição.

De fato, desde a implantação do sindicato único no Brasil, o reconhecimento e investidura sindicais eram atos formais, minuciosamente dirigidos pelo Estado, por meio do Ministério do Trabalho. O Estado geria, com discricionariedade, vigilância e rigor, desde a formação das primitivas associações profissionais até sua passagem ao *status* sindical, com o reconhecimento e investidura reguladas na CLT (arts. 515 a 521, CLT).

Nada disso hoje mais prevalece. Aqui a não recepção constitucional foi ampla, em face do princípio da autonomia organizacional incorporada pelo art. 8º, I, da Constituição, com a proibição expressa ali contida de não interferência e intervenção nos sindicatos.

Nesse quadro, os estatutos sindicais, no Brasil, devem ser registrados no correspondente Cartório de Registro Civil de Pessoas Jurídicas, como qualquer outra entidade associativa.

(20) Sobre a acomodação da jurisprudência ao texto do Título V da CLT ("Da Organização Sindical"), ver ex-OJ 266, SDI-I/TST e Súmula 369, II, do TST. Este item II explicita: "O art. 522 da CLT foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988. Fica limitada, assim, a estabilidade a que alude o art. 543, § 3º, da CLT a sete dirigentes sindicais e igual número de suplentes". Relembre-se, ademais, que os membros do conselho fiscal, segundo a jurisprudência também dominante, não estão protegidos pela garantia provisória de emprego (OJ 365, SDI-I/TST).

Contudo, o mesmo dispositivo constitucional fez referência normativa algo enigmática em seu interior. De fato, ao proibir à lei que fizesse exigência de autorização do Estado para a fundação de sindicato, observou: *ressalvado o registro no órgão competente* (art. 8º, I, CF/88).

As primeiras interpretações acerca de tal *registro* consideravam-no já atendido pela inscrição dos estatutos sindicais no respectivo Cartório. O próprio Ministério do Trabalho chegou a editar Portaria nessa direção, isentando-se de acolher qualquer novo estatuto sindical em seus arquivos (Portaria n. 3.301, de novembro de 1988, posteriormente revogada).

Algumas dificuldades práticas surgiram, no período, em especial com respeito ao controle da unicidade sindical, que fora mantida pelo texto da mesma Constituição (art. 8º, II). Nesse quadro de incertezas, o Supremo Tribunal Federal pacificou a matéria, definindo que os estatutos sindicais, independentemente da inscrição no Cartório de Pessoas Jurídicas, teriam de ser levados a depósito no órgão correspondente do Ministério do Trabalho, para fins essencialmente cadastrais e de verificação da unicidade sindical (STF — Pleno — MI 144-8-SP. DJU I, 28.5.1993, p. 10381; posteriormente, Súmula 677, STF). É evidente que caberia, contra qualquer ato ou omissão do órgão administrativo, medida eficaz perante o Judiciário.⁽²¹⁾

3. Funções, Prerrogativas e Receitas Sindicais

A CLT tradicionalmente sempre regulou tais matérias, influenciada por seu espírito intervencionista e controlador da vida e dinâmica operacional dos sindicatos. Nessa medida, alguns de seus preceitos — especialmente os de caráter restritivo — encontram-se, inegavelmente, revogados (*rectius*: não recepcionados) pela nova Constituição.

A) Funções e Prerrogativas — A principal função (e prerrogativa) dos sindicatos é a de representação, no sentido amplo, de suas bases trabalhistas. O sindicato organiza-se para falar e agir em nome de sua categoria; para defender seus interesses no plano da relação de trabalho e, até mesmo, em plano social mais largo. Nessa linha é que a própria Constituição enfatiza a *função representativa* dos sindicatos (art. 8º, III), pela qual lhes cabe a *defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas*.

Essa função representativa, *lato sensu*, abrange inúmeras dimensões. A privada, em que o sindicato se coloca em diálogo ou confronto com os empregadores, em vista dos interesses coletivos da categoria (aqui, a função

(21) A partir da EC 45/2004, a competência para conhecer e julgar lides entre entidades sindicais pela prerrogativa de representação sindical passou para a Justiça do Trabalho (art. 114, III e IV, CF/88).

confunde-se com a negocial, a ser vista logo a seguir). A administrativa, em que o sindicato busca relacionar-se com o Estado, visando a solução de problemas trabalhistas em sua área de atuação. A pública, em que ele tenta dialogar com a sociedade civil, na procura de suporte para suas ações e teses laborativas. A judicial, em que atua o sindicato também na defesa dos interesses da categoria ou de seus filiados.

No tocante à atuação judicial, ela se faz pelos meios processuais existentes. O mais importante caminho é o da atuação direta em favor dos membros da categoria, ainda que não associados, como sujeito coletivo próprio, tal como se passa nos dissídios coletivos e casos de *substituição processual* (esta, alargada também pela Constituição — art. 8º, III). Não obstante, é também relevante a atuação judicial por representação no sentido estrito, pela qual a entidade age, sob mandato, em favor dos trabalhadores.

Outra função importante dos sindicatos (imbricada, é claro, na representativa) é a negocial. Por meio dela, esses entes buscam diálogo com os empregadores e/ou sindicatos empresariais com vistas à celebração dos diplomas negociais coletivos, compostos por regras jurídicas que irão reger os contratos de trabalho das respectivas bases representadas. A função negocial coletiva, do ponto de vista dos trabalhadores, é exclusiva das entidades sindicais, no sistema jurídico brasileiro (art. 8º, VI, CF/88).

O fato de a função negocial gerar regras jurídicas, dando origem a importante universo de fontes justralhistas (os diplomas coletivos negociados), confere especial destaque ao presente papel dos sindicatos.

A função assistencial é a terceira reconhecida pela ordem jurídica. Consiste na prestação de serviços a seus associados ou, de modo extensivo, em alguns casos, a todos os membros da categoria. Trata-se, ilustrativamente, de serviços educacionais, médicos, jurídicos e diversos outros.

Alguns desses serviços são tidos pela CLT como *deveres* dos sindicatos. Por exemplo, manter serviços assistenciais de caráter jurídico, promover a fundação de cooperativas de consumo, fundar e manter escolas de alfabetização e pré-vocacionais (art. 514). Entretanto, nesta extensão (*dever* e não mera função potencial), o diploma celetista não foi recepcionado pela Constituição de 1988; é que tais atividades não são, exatamente, *deveres*, mas somente funções e prerrogativas que podem ser, naturalmente, assumidas pelas entidades sindicais.

Na mesma linha assistencial, há a homologação sindical (ou administrativa) de rescisões contratuais trabalhistas (art. 477, §§ 1º, 3º e 7º, CLT, em sua antiga redação). Observe-se, a propósito, que a Lei da Reforma Trabalhista (n. 13.467/2017), ao conferir nova redação aos dispositivos do art. 477 da CLT, eliminou a obrigatoriedade da homologação administrativa ou sindical de rescisões de contratos de trabalho com prazo superior a um ano.

Porém, a negociação coletiva trabalhista pode, em determinada categoria, manter essa obrigatoriedade, relativamente aos respectivos sindicatos e categorias profissionais.

Além dessas três funções reconhecidas pelo Direito Coletivo do Trabalho, há duas outras a respeito das quais há certa controvérsia. Trata-se das *funções econômicas* e das *funções políticas*.

É que ambas estariam vedadas, expressamente, pelo texto legal construído nos períodos de autoritarismo no Brasil. Vejam-se, a propósito, o art. 564 da CLT, proibindo atividade econômica e, a seu lado, os arts. 511 e 521, “d”, vedando atividades políticas.

Tais preceitos celetistas vedatórios de atividades sindicais econômicas e políticas foram recebidos pela Constituição de 1988?

A resposta é, seguramente, negativa. Não há como, na vigência efetiva dos princípios de liberdade de associação e de autonomia sindical, assegurados pela Constituição, restringir, nessa extensão, as atividades sindicais. Meras razões de conveniência do legislador infraconstitucional não são suficientes para inibir a força de tais princípios constitucionais.

A circunstância de o sindicato exercer atividades econômicas para melhor prover suas funções sindicais melhor se combina, inclusive, com a noção de sindicato livre, pessoa jurídica de direito privado. Ao reverso, a noção de sindicato como braço do Estado, pessoa jurídica de Direito Público ou exercente de atividades estatais, é que se choca com a autonomia econômica da entidade sindical. Neste caso, a proibição de atividades econômicas é um dos instrumentos de controle mais eficazes sobre a organização e vida do sindicalismo — situação incompatível com a regência constitucional deflagrada pelos princípios de liberdade e autonomia sindicais.

A mesma reflexão aplica-se às atividades políticas. O fato de não ser *recomendável* a vinculação de sindicatos a partidos políticos e sua subordinação a linhas político-partidárias, pelo desgaste que isso pode trazer à própria instituição sindical, não se confunde com a ideia de *proibição normativa* de exercício eventual de ações políticas. A propósito, inúmeras questões aparentemente de cunho apenas político podem, sem dúvida, influenciar, de modo relevante, a vida dos trabalhadores e de seus sindicatos. Ilustrativamente, é o que se passa com a política econômica oficial de certo Estado, que pode alterar, de maneira importante, a curva de emprego/desemprego na respectiva sociedade. Nesse quadro é lícito vedar ao sindicato postar-se contra ou a favor de tal política? Certamente que não, sob pena de os princípios de liberdade sindical e de autonomia dessas entidades se transformarem em inegável simulacro.

B) Receitas Sindicais — A ordem justralhista brasileira faz menção a quatro tipos de contribuições dos trabalhadores para sua respectiva entidade sindical.

Trata-se da *contribuição sindical obrigatória* (tornada meramente facultativa pela Lei n. 13.467/2017), da *contribuição confederativa*, da chamada *contribuição assistencial* (também conhecida como *cota de solidariedade*) e das *mensalidades dos associados do sindicato*.

A *contribuição sindical obrigatória* é a mais controvertida, do ponto de vista político-ideológico, dessas receitas. Prevista na ordem jurídica desde a implantação do tradicional sistema sindical corporativista, há várias décadas, inicialmente sob a denominação de *imposto sindical*, foi, tempos depois, rebatizada com epíteto mais eufemístico. Encontrava-se regulada de modo minucioso pela CLT (arts. 578 a 610) — embora tenha sofrido substancial mudança com a Lei da Reforma Trabalhista de 2017.

Considerado apenas o período anterior à Lei n. 13.467/17 (vigente desde 11.11.2017), essa contribuição consiste em receita recolhida uma única vez, anualmente, em favor do sistema sindical, nos meses e montantes fixados na CLT, quer se trate de empregado, profissional liberal ou empregador (art. 580 e seguintes). Ilustrativamente, no caso de empregado, este sofre o respectivo desconto, na folha de pagamento do mês de março, à base do salário equivalente a um dia de labor.

Derivada de *lei* e incidindo também sobre os *trabalhadores não sindicalizados*, a receita tem indisfarçável matiz *parafiscal*. Com isso, atrai severas críticas quanto à agressão que propiciaria aos princípios da liberdade associativa e da autonomia dos sindicatos. Entretanto, contraditoriamente, sua manutenção na ordem jurídica foi autorizada pela CF/88 (art. 8º, IV, *in fine*: “*independentemente da contribuição prevista em lei*”) — embora a regra constitucional não impeça a revogação dos preceitos legais instituidores da verba.

Com a Lei n. 13.467, vigorante desde 11.11.2017, a contribuição sindical obrigatória foi convolada em contribuição sindical voluntária, passível de desconto apenas mediante expressa e prévia autorização dos participantes das categoriais econômicas e profissionais (novas redações conferidas aos arts. 545, *caput*, 578, 579, 582, *caput*, 583, *caput*, 587 e 602, *caput*, CLT; além disso, foram revogados os arts. 601 e 604 da CLT).

Nesse novo quadro normativo, tal receita obrigatória desapareceu da ordem jurídica em 11.11.2017, já não sendo descontada durante o ano de 2018. O STF, a esse propósito, por maioria (6 X 3), considerou constitucionais os dispositivos lançados pela Lei n. 13.467/2017, relativamente à mudança da obrigatoriedade dessa antiga contribuição sindical.⁽²²⁾

(22) Trata-se da ADI n. 5794, à qual foram apensadas outras 18 ADIs, e da ADC n. 55, todas tendo como redator para o acórdão o Min. Luiz Fux, com julgamento encerrado em 29.06.2018 (vencidos os Ministros Édson Fachin — redator original —, Dias Toffoli e Rosa Weber; ausentes os Ministros Ricardo Lewandowsky e Celso de Mello). Agregue-se que a contribuição sindical obrigatória, até o ano de 2017, respondia, em média, por mais de 75% da receita das entidades

A contribuição confederativa surgiu por previsão da própria CF/88, em seu art. 8º, IV: a assembleia 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.

É bastante óbvia a contradição do texto original da Lei Maior, sob o ângulo democrático: não só manteve, como visto, a velha contribuição sindical de origem celetista; foi além, permitindo a fixação de nova contribuição, voltada ao financiamento da *cúpula* do sistema.

A jurisprudência dos Tribunais Superiores tem compreendido que a contribuição *confederativa* somente é devida, entretanto, pelos trabalhadores sindicalizados, não sendo válida sua cobrança aos demais obreiros (Precedente Normativo n. 119, SDC/TST; Súmula n. 666, STF).

No tocante à *contribuição assistencial*, diz respeito, em regra, a recolhimento aprovado por convenção ou acordo coletivo, normalmente para desconto em folha de pagamento em uma ou poucas mais parcelas ao longo do ano. Recebe também outras denominações, na prática trabalhista, como *contribuição de fortalecimento sindical*, *cota de solidariedade*, etc.

Tem previsão genérica na CLT (art. 513, “e”). Embora o diploma celetista estipule ser prerrogativa dos sindicatos *impor contribuições a todos aqueles que participam das categorias econômicas ou profissionais ou das profissões liberais representadas*, está claro que o recolhimento tem de ser aprovado na respectiva assembleia geral de trabalhadores.

A jurisprudência do TST, contudo, tem considerado inválida tal contribuição quando dirigida a trabalhadores não sindicalizados, na esteira do que também compreende com relação à contribuição confederativa (PN 119, SDC/TST; OJ n. 17, SDC/TST). O argumento é de que fere a liberdade sindical constitucionalmente assegurada a cobrança encetada contra trabalhadores não sindicalizados, mesmo sendo efetivos integrantes da respectiva base sindical.⁽²³⁾

A diretriz dessa jurisprudência trabalhista dominante, entretanto — ao reverso do que sustenta — não prestigia os princípios da liberdades sindical e da autonomia dos sindicatos. Ao contrário, aponta restrição incomum no

sindicais de trabalhadores. No tocante às entidades sindicais patronais, ela respondia, em média, por apenas cerca de 25% de sua receita total, em face dos valores muito mais pujantes por estas recebidas mediante a contribuição para o “sistema S” (SESC, SESI, SENAI, SENAC, etc.), sob controle das entidades sindicais econômicas — contribuição que não foi afetada pela Lei da Reforma Trabalhista.

(23) Note-se que a Súmula n. 666 do STF refere-se somente à contribuição de cúpula do sistema sindical, a contribuição confederativa (art. 8º, IV, CF), impedindo-a de ser dirigida aos não sindicalizados. Porém, a OJ n. 17 da SDC/TST e o PN n. 119 da mesma SDC/TST referem-se a quaisquer contribuições fixadas em instrumentos normativos, sendo, dessa maneira, bastante mais restritivos do que a súmula do STF.

contexto do sindicalismo dos países ocidentais com experiência democrática mais consolidada, não sendo também harmônica à compreensão jurídica da OIT acerca do financiamento autônomo das entidades sindicais por suas próprias bases representadas. Além disso, não se ajusta à lógica do sistema constitucional trabalhista brasileiro e à melhor interpretação dos princípios da liberdade e autonomia sindicais na estrutura da Constituição da República.

É que, pelo sistema constitucional trabalhista do Brasil, a negociação coletiva sindical favorece a todos os trabalhadores integrantes da correspondente base sindical, independentemente de serem (ou não) filiados ao respectivo sindicato profissional. Dessa maneira, torna-se proporcional, equânime e justo (além de manifestamente legal: texto expresso do art. 513, “e”, da CLT) que esses trabalhadores também contribuam para a dinâmica da negociação coletiva trabalhista, mediante a cota de solidariedade estabelecida no instrumento coletivo negociado. Aliás, por isso mesmo é que a verba é apelidada também de *cota de solidariedade*.

A Lei da Reforma Trabalhista, entretanto, veio proibir, de modo expresso, a cobrança de contribuição assistencial (ou de qualquer outra contribuição de caráter e destino sindicais) sem a prévia e expressa anuência do trabalhador — novo art. 611-B, XXVI, *in fine*, CLT.⁽²⁴⁾

Naturalmente que sendo abusivo o montante fixado, pode ser judicialmente corrigido quanto ao excesso, uma vez que a ordem jurídica não autoriza, em qualquer situação, o abuso do direito.

Por fim, como última das quatro contribuições dos trabalhadores, há que se citar as *mensalidades dos associados do sindicato*. Consistem em parcelas mensais pagas estritamente pelos trabalhadores sindicalizados. São modalidades voluntárias de contribuições, comuns a qualquer tipo de associação, de qualquer natureza, e não somente sindicatos.

V. GARANTIAS SINDICAIS

Os princípios da liberdade associativa e da autonomia sindical determinam a franca prerrogativa de criação, estruturação e desenvolvimento das entidades sindicais, para que se tornem efetivos sujeitos do Direito Coletivo do Trabalho.

(24) Independentemente da leitura hirta e rigorosa que se faça do princípio da liberdade sindical, é claro que se houver no instrumento coletivo negociado *dispositivo autorizando a insurgência do trabalhador não sindicalizado contra a referida contribuição assistencial* (mediante manifestação simples e acessível, em prazo razoável), não haveria por que se negar validade, por uma segunda razão, aos mencionados dispositivo e contribuição convencionais. Porém não é assim que entendem a OJ n. 17 e o PN n. 119 da SDC do TST.

Os princípios, como se sabe, são *comandos jurídicos instigadores* e não meros receituários idealísticos e programáticos⁽²⁵⁾. Por isso, esses dois princípios do Direito Coletivo do Trabalho determinam ao ordenamento jurídico que confira consistência ao conteúdo e objetivo normativos neles enunciados. Ou seja, que a ordem jurídica estipule garantias mínimas à estruturação, desenvolvimento e atuação dos sindicatos, sob pena de estes não poderem cumprir seu papel de real expressão da vontade coletiva dos respectivos trabalhadores.

Algumas dessas garantias já estão normatizadas no Brasil.

1. Garantia Provisória de Emprego

A principal delas é a *vedação à 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* (art. 8º, VIII, CF/88). Esta garantia tem sido chamada também de *estabilidade sindical*.

Pelo texto constitucional, a garantia abrange apenas empregados sindicalizados com registro a *cargos eletivos, titulares ou suplentes*, de direção ou representação sindical. Em princípio, não atingiria, desse modo, participantes da administração sindical que não tivessem sido *eleitos* pela respectiva categoria. O insucesso na eleição compromete, é claro, a correspondente garantia constitucional.

Em se tratando de dirigente sindical de categoria diferenciada, a proteção estaria restrita aos casos em que o sindicalista exercesse em seu emprego atividade relacionada à sua específica categoria. Ilustrativamente, dirigente de sindicato de motoristas, que exercesse, junto a seu empregador, exatamente a função de motorista (categoria diferenciada)⁽²⁶⁾.

A estabilidade provisória enfocada elimina, é claro, o poder *resiliatório* do contrato por parte do empregador. A restrição é significativa: somente por falta grave do obreiro (*resolução contratual*), apurada em ação judicial de inquérito, é que poderá consumir-se a extinção contratual do sindicalista (Súmula 197, STF; ex-OJ 114, SDI-I/TST; Súmula 379, TST).

A jurisprudência, porém, tem elaborado algumas conclusões restritivas com respeito à garantia constitucional em exame.

Em primeiro lugar, não tem considerado subsistente a proteção caso o registro da candidatura tenha ocorrido após a dação do aviso-prévio pelo

(25) A respeito do caráter de *comandos jurídicos instigadores* que têm os princípios, consultar DELGADO, M. G. *Princípios Constitucionais do Trabalho e Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2017, em seu primeiro capítulo.

(26) Súmula 369, III, TST; ex-OJ 145, SDI-I/TST.

empregador⁽²⁷⁾. Ora, a mesma jurisprudência tem repisado, ao longo de décadas, que *o aviso-prévio integra o contrato para todos os efeitos* — mas, aqui, estabeleceu injustificável restrição.

Nesta restrição, deixou, porém, de atentar para o crucial fato de que, muito antes do registro da candidatura, ocorrem diversas reuniões para a formação das chapas sindicais, divulgando-se, obviamente, o processo e nomes de seus participantes; em consequência, verificam-se, muitas vezes, dispensas obstativas da ação sindical, que ficam injustamente respaldadas pela interpretação restritiva ora exposta. À medida que práticas antissindicais são vedadas pelos princípios constitucionais da liberdade de associação e autonomia sindicais, sendo também proibidos pelas Convenções da OIT de ns. 98 e 135 — e vedados até mesmo pelo originalmente autoritário Título V da CLT (art. 543, § 6º, por exemplo) —, não se justifica a apontada restrição estabilitária.

Em segundo lugar, a jurisprudência considerava imprescindível à estabilidade sindical o respeito à formalidade prescrita pelo art. 543, § 5º, CLT: comunicação, pelo sindicato, ao empregador, em 24 horas, dos respectivos registros de chapas, assim como eleição e posse sindicais⁽²⁸⁾. Ora, tal comunicação, desde a Constituição de 1988, tem *mero caráter obrigacional*, podendo sua falta gerar responsabilidade entre pessoas jurídicas (do sindicato em favor da empresa empregadora); porém não tem aptidão para restringir firmes direito e garantia estabelecidos pela CF/1988.

Uma vez mais a restrição pode respaldar práticas abusivas, agora potencialmente oriundas do próprio sindicato, em detrimento da democracia sindical. Basta à direção dominante da entidade não comunicar o registro e, depois, silenciar-se sobre a eleição e posse da chapa *oposicionista*, para conseguir frustrar, automaticamente, em um passe de mágica, a consistente proteção provinda do Texto Máximo.

Felizmente, a jurisprudência, atenta a tais dificuldades e ardis práticos, aperfeiçoou a redação do item I da Súmula 369 do TST, considerando atendida a formalidade legal desde que a ciência conferida ao empregador do sindicalista candidato ocorra, *por qualquer meio*, durante a vigência do contrato de trabalho.⁽²⁹⁾

Em terceiro lugar, a jurisprudência tem considerado que a extinção da empresa ou do estabelecimento na base territorial do sindicato torna insubsistente a estabilidade provisória em análise⁽³⁰⁾.

(27) Súmulas 369, V e 371, TST; ex-OJs ns. 35 e 40, SDI-I/TST.

(28) Antigo texto da Súmula 369, I, TST; ex-OJ n. 34, SDI-I/TST.

(29) Eis a nova redação da Súmula 369, I, aprovada em setembro de 2012: “*É assegurada a estabilidade provisória ao empregado dirigente sindical, ainda que a comunicação do registro da candidatura ou da eleição e da posse seja realizada fora do prazo previsto no art. 543, § 5º, da CLT, desde que a ciência ao empregador, por qualquer meio, ocorra na vigência do contrato de trabalho*”.

(30) Nesta linha, Súmula 369, IV, TST e ex-OJ n. 86, SDI-I/TST.

Há importante debate ainda não satisfatoriamente resolvido: trata-se do número de dirigentes sindicais beneficiados pela estabilidade provisória. É que a CLT fixa limite máximo de sete diretores à entidade sindical, além do conselho fiscal, com três membros (art. 522, CLT). A tais titulares, somam-se os respectivos suplentes, é claro. Esta exígua limitação legal, em país de diferenciações regionais, sociais, empresariais e profissionais tão significativas, como o Brasil, não traduziria indevida restrição aos princípios de liberdade associativa e autonomia dos sindicatos?

Conforme já exposto anteriormente, parece claro que sim. É que essa restrição da lei, em contraponto à garantia constitucional, pode praticamente inviabilizar a firme, ágil e eficaz atuação de certos sindicatos, em especial quando representativos de categorias numericamente densas ou que se localizem em extensa base territorial. Sendo inadequado o texto da lei ao comando da Constituição, deveria prevalecer o número fixado nos estatutos sindicais, *exceto se houver exercício abusivo do direito na fixação desse número*.

Registre-se, entretanto, por lealdade ao leitor, que a jurisprudência, a partir de fins da década de 1990, tem revelado crescente acomodação ao texto gravemente restritivo do art. 522 da CLT (nesta linha, ex-OJ n. 266, SDI-I/TST e Súmula 369, II, TST). Para a jurisprudência dominante, repita-se, a imunidade sindical atinge somente sete dirigentes sindicais titulares eleitos e seus sete suplentes (Súmula 369, II, TST); e não favorece, ainda, os membros do conselho fiscal (OJ n. 365, SDI-I/TST).

A *estabilidade sindical* fixada no art. 8º, VIII, da Constituição, passou a contar com importante medida judicial assecuratória de sua observância. Efetivamente, *pode* o Juiz do Trabalho determinar, liminarmente, em ação trabalhista (não se trata de ação cautelar, como claro decorre da lei), a reintegração imediata do trabalhador protegido, em contextos de afastamento, suspensão ou dispensa pelo empregador (art. 659, X, CLT, conforme Lei n. 9.270, de 1996). É evidente que a autoridade judicial deverá examinar as circunstâncias do caso concreto, de modo a concluir pelo cabimento ou não da mencionada reintegração. O importante é que, com essa nova norma jurídica, perdeu sentido questionar-se o caráter efetivamente satisfativo da medida judicial decretada; a regra legal autoriza, expressamente, a ordem reintegratória — a qual se submeterá, é claro, ao prudente arbítrio do juiz.

2. Inamovibilidade do Dirigente Sindical

Deriva da lógica da estabilidade do sindicalista a proibição de sua remoção para funções incompatíveis com a atuação sindical ou para fora da base territorial do respectivo sindicato. É que tais mudanças poderiam inviabilizar, ou restringir significativamente, o razoável exercício de suas funções sindicais específicas.

Tal garantia conexa está, de todo modo, lançada expressamente no texto da lei. De fato, a CLT dispõe que o dirigente sindical *não poderá ser impedido do exercício de suas funções, nem transferido para lugar ou mister que lhe dificulte ou torne impossível o desempenho das suas atribuições sindicais* (art. 543, *caput*, *in fine*).

Em coerência, estabelece a lei que o dirigente que solicitar ou aquiescer com tais mudanças perderá o correspondente mandato sindical (art. 543, § 1º, CLT). Trata-se de inferência também estritamente lógica: mesmo contando com amplas garantias da ordem jurídica, o trabalhador acolhe a modificação contratual incompatível (ou, até mesmo, a solicita); seu gesto, ou sua omissão, traduzem ato tácito de renúncia ao exercício de suas funções sindicais.

3. Garantias Oriundas de Normas da OIT

Diversas dessas relevantes garantias essenciais estão expressamente consignadas em textos normativos construídos ao longo de décadas pela Organização Internacional do Trabalho (Convenções ns. 11, 87, 98, 135, 141 e 151, por exemplo). Além disso, têm sido inseridas, classicamente, em experiências democráticas consolidadas no mundo ocidental (ilustrativamente, Estatuto dos Trabalhadores da Itália — Lei n. 300, de 1970)⁽³¹⁾.

A Convenção 98, OIT, que trata do *direito de sindicalização e de negociação coletiva*, vigente no Brasil há cerca de 50 anos⁽³²⁾, estipula critérios para tais garantias sindicais, conforme já foi exposto neste Curso:

“Art. 2-1. As organizações de trabalhadores e de empregadores deverão gozar de proteção adequada contra quaisquer atos de ingerência de umas e outras, quer diretamente quer por meio de seus agentes ou membros, em sua formação, funcionamento e administração.

2. Serão particularmente identificados a atos de ingerência, nos termos do presente artigo, 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 colocar essas organizações sob o controle de um empregador ou de uma organização de empregadores.” (grifos acrescidos.)

O mesmo texto convencional reprime eventuais restrições empresariais a obreiros em face da participação ou não participação em tal ou qual sindicato (art. 1, 2, “a”, Convenção 98, OIT) ou em atividades sindicais (art. 1, 2, “b” da Convenção 98).

(31) No mencionado rol de Convenções da OIT, apenas um diploma ainda não se encontra ainda ratificado pelo Brasil: trata-se da Convenção 87 (sobre *liberdade sindical*). No tocante à Convenção 151 (sobre *relações de trabalho na função pública*), foi finalmente ratificada em 2010, por meio do Decreto Legislativo 206, publicado no Diário Oficial de 08.04.10.

(32) A Convenção n. 98 vigora no Brasil desde 1953, por força do Decreto Legislativo n. 49/1952, promulgando-se pelo Decreto 33.196/1953. SÜSSEKIND, A. *Convenções da OIT*. São Paulo: LTr, 1994, p. 204.

A Convenção 135, por sua vez (vigente no Brasil desde 18.03.1991)⁽³³⁾, que trata da *proteção de representantes de trabalhadores*, estipula a seguinte garantia, também já mencionada neste Curso:

“Art. 1º Os representantes dos trabalhadores na empresa devem ser beneficiados com uma proteção eficiente contra quaisquer medidas que poderiam vir a prejudicá-los, inclusive o licenciamento (na verdade, *despedida*, isto é, “*licenciement*”), e que seriam motivadas por sua qualidade ou suas atividades como representantes dos trabalhadores sua filiação sindical, ou participação em atividades sindicais, conquanto ajam de acordo com as leis, convenções coletivas ou outros arranjos convencionais vigorando.”⁽³⁴⁾

O princípio da liberdade associativa e sindical determina, portanto, coerentemente, o implemento de regras jurídicas assecuratórias da plena existência e potencialidade do ser coletivo obreiro. Registre-se, a propósito, que *não há qualquer antinomia entre a fixação de plena liberdade e autonomia ao sindicalismo com o implemento de garantias legais assecuratórias da mais larga e transparente representatividade sindical e o mais eficaz dinamismo reivindicativo das entidades sindicais obreiras.*

Ao contrário, o implemento dessas garantias normativas corresponde à exata observância do comando jurídico instigador contido no princípio especial do Direito Coletivo do Trabalho.

VI. NATUREZA JURÍDICA DO SINDICATO

O sindicato consiste em *associação coletiva*, de *natureza privada*, voltada à *defesa e incremento de interesses coletivos profissionais e materiais de trabalhadores*, sejam *subordinados* ou *autônomos*, e de *empregadores*.

Tais elementos — que, em seu conjunto, formam uma definição da entidade sindical — também indicam sua natureza, isto é, seu posicionamento classificatório no conjunto de figuras próximas.

É *associação*, sem dúvida, e nesta medida aproxima-se de qualquer outra modalidade de agregação permanente de pessoas. Na linha das associações existentes na sociedade civil (em contraponto ao Estado), é também *entidade de natureza privada*, não se confundindo com organismos estatais.

Distancia-se, porém, das demais associações por ser necessariamente entidade *coletiva*, e não simples agrupamento permanente de duas ou de algumas pessoas. Distancia-se mais ainda das outras associações por seus *objetivos essenciais* estarem concentrados na *defesa e incremento de interesses coletivos profissionais e econômicos de trabalhadores assalariados* (principalmente

(33) Aprovada pelo Decreto Legislativo n. 86/1989, promulgando-se pelo Decreto n. 131/1991. SÜSSEKIND, A., *ob. cit.*, p. 307.

(34) *Licenciement* significa *despedida* e não *licenciamento*, ao inverso, pois, da equivocada tradução feita pelo legislador pátrio do texto da Convenção n. 135, OIT. Nesta direção SÜSSEKIND, Arnaldo. *Convenções da OIT*. São Paulo: LTr, 1994, p. 308.

estes, na história do sindicalismo), mas também *outros trabalhadores subordinados*, a par de *profissionais autônomos*, além dos próprios *empregadores*.

Na tradição cultural democrática, hoje preponderante no Ocidente, compreende-se, desse modo, que a natureza jurídica dos sindicatos é de associação privada de caráter coletivo, com funções de defesa e incremento dos interesses profissionais e econômicos de seus representados, empregados e outros trabalhadores subordinados ou autônomos, além de empregadores.

Em períodos autoritários vivenciados na história ocidental, particularmente na primeira metade do século XX, teve também grande influência a *concepção publicística* sobre a natureza jurídica dos sindicatos. A partir das construções teóricas do corporativismo, atadas ao ideário político-ideológico do fascismo, assim como do segmento cultural correlato, nazismo, entendeu-se que as entidades sindicais eram pessoas jurídicas de Direito Público, realizadoras de funções delegadas do poder público.

Ainda que sendo entidades integradas por seres da sociedade civil (trabalhadores subordinados ou autônomos, e empregadores), os sindicatos tinham estrutura e funcionamento de órgãos estatais ou paraestatais, com funções de caráter público. Daí sua natureza publicística.

Em derivação da natureza pública dos sindicatos (ou semipública, nas versões mais atenuadas desse tipo de concepção), tais entidades submetiam-se, inteiramente, ao poder direto e incontestável do Estado, que as controlava, como se se tratasse de seu próprio organismo interno.

Tal concepção publicística do sindicalismo perdeu prestígio na Europa com o fim das principais experiências fascistas (na Itália e Alemanha), remanescendo somente em países de menor influência cultural (Espanha e Portugal, até início da década de 1970). No Brasil, ainda preservou algum prestígio na doutrina, e razoável influência na jurisprudência, até poucos anos antes de promulgada a Constituição de 1988, em virtude da manutenção do modelo sindical corporativista, construído entre 1930-45, nas décadas seguintes à derrubada daquela ditadura. Hoje, porém, é concepção inteiramente superada no Direito brasileiro, em decorrência das mudanças trazidas pela nova Constituição da República.

Nesse debate sobre o posicionamento privado ou público do Direito do Trabalho e de seus institutos (no caso, o sindicato), sempre ressurgem também uma terceira vertente, relacionada à concepção de *Direito Social*. Para tal concepção, o sindicato seria entidade com natureza de Direito Social, não se enquadrando quer no segmento público, quer no privado do Direito.

Amauri Mascaro Nascimento descreve essa corrente, por meio de dois juristas que já granjearam enorme prestígio décadas atrás no Direito do Trabalho, *Mario de La Cueva* e *Cesarino Júnior*:

“Outra posição é a do sindicato como pessoa jurídica de direito social. Um de seus defensores é o mexicano Mario de La Cueva. Justifica-a

com o poder normativo dos sindicatos assim considerado o poder de, mediante negociações coletivas, pactuar convênios coletivos, instrumentos de direito privado. A mesma tese foi defendida por Cesarino Júnior, para quem o sindicato é um ente jurídico que não se pode classificar exatamente nem entre as pessoas jurídicas de direito privado nem entre as pessoas jurídicas de direito público.”⁽³⁵⁾

A explicação teórica fundada na noção de Direito Social, contudo, é caracterizada por importantes problemas. Na versão dos dois autores citados, esses problemas agravavam-se, por estar ainda claramente influenciada por certo viés publicístico, tendente a enxergar o exercício de algumas funções públicas pelas entidades sindicais.

Além disso, a visão de Direito Social, se pertinente, não englobaria apenas o Direito do Trabalho (e seu segmento juscoletivo), mas diversos outros de forte matiz sociocoletivo, como o Direito Ambiental e o Direito do Consumidor.

De todo modo, não é concepção prestigiada na doutrina atual do Direito Coletivo brasileiro.

VII. SINDICATO: RETROSPECTIVA HISTÓRICA

O sindicato e o movimento social que lhe é próprio, o sindicalismo, são produtos da sociedade capitalista, assim como todo o Direito do Trabalho. Todos eles somente se compreendem no quadro contextual dessa sociedade. É que somente surgiram e justificam-se em face da diferenciação econômica, de poder e de funções entre os seres que formam a principal *relação socioeconômica de trabalho* situada no *sistema de produção, circulação e reprodução de riquezas* dessa mesma sociedade — respectivamente, a relação de emprego e o sistema capitalista⁽³⁶⁾.

É claro que se pode investigar acerca da existência de tipos de associação entre seres humanos ao longo da história; muitos desses tipos terão existido, desde a Antiguidade Oriental, passando pela Antiguidade Clássica, Idade Média até as proximidades de emergência histórica do capitalismo. Mas, certamente, os exemplos associativistas encontrados sempre guardarão diferenças fundamentais, *essenciais*, perante os contemporâneos sindicatos. É que jamais houve antes, na História, sistema econômico-social com o conjunto de características específicas do capitalismo, assim como jamais houve antes, na História, relação socioeconômica de produção — relação de trabalho — com as características específicas da relação de emprego, ocupando o papel nuclear que esta ocupa no sistema econômico dos últimos dois ou três séculos.

(35) NASCIMENTO, A. M. *Compêndio de Direito Sindical*, cit., p. 217.

(36) Nesta linha, Orlando Gomes e Elson Gottschalk, que afirmam que o *quadro sociológico em que se desenvolveu o sindicalismo moderno foi aberto pela Revolução Industrial... Curso de Direito do Trabalho*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1972, p. 473.

Ilustrativamente, podem-se lembrar traços associativistas em diversas sociedades orientais, como fazem *Batalha* e *Batalha*, a partir de obra de *Jean Gaudemet*:

Nas culturas mais adiantadas do mundo antigo, as diferenças de classes, na Mesopotâmia, no Egito, entre os Hebreus, criaram organizações para a manutenção dos privilégios de classe. Na XVII dinastia egípcia — em que floresceram as artes e o sentido da beleza —, já se encontravam vestígios de corporações de artes e ofício⁽³⁷⁾.

Podem-se acentuar, também, esses traços na importante experiência dos *colégios*, em Roma, que eram, não obstante, associações multifacetárias, de composição e objetivos variados⁽³⁸⁾.

Do mesmo modo, as guildas, entre os povos germânicos e saxônicos. Com finalidades, inicialmente, do tipo religioso e de assistência recíproca, tiveram, depois, segundo *Mozart Victor Russomano*, *inequívocos fins políticos, comerciais, artesanais, etc., o que parece se haver definido a partir do século X, dando margem, na centúria seguinte, ao aparecimento de guildas mercantis e guildas de ofícios*⁽³⁹⁾.

A partir de meados da Idade Média na Europa Ocidental (após o ressurgimento do comércio e das cidades, em seguida ao século XI), até fins da Idade Moderna, as corporações de ofícios tornaram-se formas associativas notáveis, de longa duração e influência nos séculos anteriores ao advento do capitalismo industrial. Entretanto, eram, em certa medida, associações de produtores ou, até mesmo, *forma de organização da produção* incrustada nas cidades europeias do período. Elas integravam-se, hierarquicamente, por três segmentos de indivíduos: aprendizes, companheiros e mestres — o que, por si só, já demarca sua grande distância do moderno sindicalismo⁽⁴⁰⁾.

1. Evolução Sindical nos Países de Capitalismo Central

Produto da sociedade capitalista, o sindicalismo dá seus primeiros sinais claros de existência no berço primitivo desse sistema: a Grã-Bretanha.

Russomano aponta que, “no ano remoto de 1720, os mestres-alfaiates se dirigiram ao Parlamento Britânico, através de uma associação que reunia mais

(37) BATALHA, Wilson de Souza Campos e BATALHA, Sílvia Labate. *Sindicatos. Sindicalismo*. São Paulo: LTr, 1994, p. 20, citados por PINTO, J. A. R. *Direito Sindical e Coletivo do Trabalho*. São Paulo: LTr, p. 25.

(38) Nesta linha, RUSSOMANO, Mozart Victor. *Princípios Gerais de Direito Sindical*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 4-9.

(39) RUSSOMANO, M. V., *ob. cit.*, p. 9.

(40) Sobre as corporações de ofício, ver RUSSOMANO, M. V., *ob. cit.*, p. 11-14. A distância entre as corporações de ofícios e o moderno sindicalismo está bem fixada tanto por RUSSOMANO, *ob. cit.*, p. 15-17, quanto por GOMES e GOTTSCHALK, *ob. cit.*, p. 472-474.

de sete mil trabalhadores, pleiteando a obtenção de maior salário e a redução de uma hora na jornada diária de trabalho⁽⁴¹⁾. Considera o autor ser este o “ponto de partida das ‘trade unions’ britânicas”, propagando-se seu exemplo pelo país⁽⁴²⁾.

O ano e o país escolhidos por *M. V. Russomano* (1720) para demarcar o ponto inicial do sindicalismo têm, certamente, algo de significativo e emblemático, uma vez que esse movimento social e sua estrutura organizativa, os sindicatos, encontram-se, de fato, organicamente atados à *Revolução Industrial* e suas consequências econômicas, sociais e políticas. E esta revolução industrial tem seu *marco tecnológico* na criação da *máquina a vapor*, poucos anos antes, em 1712, por *Thomas Newcomen*, que seria, tempos depois, em fins do século XVIII, aperfeiçoada por *James Watt* (estendendo-se por todo o século XVIII aquilo que seria, posteriormente, conhecido como a *primeira revolução tecnológica do capitalismo*)⁽⁴³⁾.

Porém é razoável argumentar-se não caber a busca de marco tão remoto para a criação dos sindicatos (1720), porque ainda não reunidas, no início do século XVIII, todas as condições econômicas, sociais, políticas e ideológicas que propiciaram a descoberta da *ação coletiva* pelos novos trabalhadores assalariados do novo sistema industrial emergente. Isso porque tais condições foram deflagradas não apenas pelo *surgimento* do capitalismo (que se fez, em seu alvorecer, em pequenas plantas industriais), porém, principalmente, em função do processo acelerado de *desenvolvimento, propagação e concentração capitalistas* que se seguiu logo à frente.

Mas ainda que se discorde quanto à data precisa do marco inicial de existência do sindicato (situando-o, mais à frente, na evolução sócio-histórica do capitalismo britânico), ele está, sem dúvida, fixado na Grã-Bretanha, no contexto de desenvolvimento da revolução industrial e da sociedade capitalista, daí espalhando-se para o restante da Europa Ocidental, norte dos Estados Unidos e, tempos depois, para outras partes do globo terrestre.

(41) RUSSOMANO, M. V., *ob. cit.*, p. 17.

(42) RUSSOMANO, M. V., *loc. cit.*

(43) A respeito, GOMES e GOTTSCHALK, *ob. cit.*, p. 02. A primeira revolução tecnológica, ocorrida na fase de nascimento do capitalismo, no século XVIII, na Inglaterra, teve, entre outros, os seguintes marcos inventivos, segundo Gomes e Gottschalk: máquina a vapor, de Thomas Newcomen, em 1712; lançadeira volante (*fly-shuttle*), de John Ray, em 1733; tear mecânico, de John Wyatt e Lewis Paul, em 1738; máquina de fiar, *spinning-jenny*, de James Hargreaves, em 1770; outra fiadeira mecânica, *water-frame*, mais aperfeiçoada, atribuída a Richard Arkwright, em torno desse período, sendo que Samuel Crompton agregou-lhe novas melhorias, com a *mule*, em 1774 e 1779; Edmund Cartwright, no mesmo campo da tecelagem mecânica, com a máquina *power-loom*, de 1785. Por fim, em 1769 e 1781, James Watt inventou (ou aperfeiçoou, significativamente) a máquina a vapor criada, em 1712, por Thomas Newcomen. Este acontecimento é considerado por Gomes e Gottschalk como *capital e conclusivo para a Revolução Industrial*. GOMES, O. e GOTTSCHALK, E., *ob. cit.*, p. 02 e 474.

A *primeira fase de desenvolvimento* das associações sindicais foi extremamente difícil, porque não reconhecida sua validade pelas ordens jurídicas da época.

Trata-se da *fase da proibição sindical*, eventualmente acoplada com a própria *criminalização da prática de atos sindicais*.

Na França, em 1791, foram abolidas as corporações de ofício, pela conhecida *Lei Le Chapelier*, assegurando-se, em decorrência, plena *liberdade de trabalho* (registre-se que, em virtude de assegurar o fim das corporações e da vinculação do indivíduo aos instrumentos de produção, institucionalizando a figura jurídica do *trabalhador livre*, essa lei passou a ser, eventualmente, considerada um dos marcos de florescimento do sindicalismo). Entretanto, o mesmo diploma legal poderia ser interpretado como *proibitivo de associações sindicais*, uma vez que entendidas conspiratórias da noção do trabalho efetivamente livre. Pouco tempo depois, na esteira dessa ideologia político-jurídica, foram as coalizões operárias criminalizadas na França, por meio do Código Penal Napoleônico, de 1810⁽⁴⁴⁾.

Na Inglaterra (Grã-Bretanha), o *Combination Act*, de 1799, interditou as associações sindicais de trabalhadores livres⁽⁴⁵⁾. Em seguida, o *Sedition Meeting Act*, de 1817, recrudescou o combate ao sindicalismo, enquadrando-o entre os crimes de sedição ou conspiração⁽⁴⁶⁾.

Na verdade, as mesmas ideias liberalistas, preponderantes na França em fins do século XVIII e, em certa medida, desde o século anterior na Inglaterra⁽⁴⁷⁾, defensoras da noção plena de *trabalho livre*, ideias que conduziram à extinção das corporações de ofício ao longo do século XVIII, na Europa Ocidental, *também conduziram, em um primeiro instante, à proibição de um novo tipo de associativismo, formado por trabalhadores livres mas assalariados, os sindicatos*⁽⁴⁸⁾.

A segunda fase do sindicalismo no Ocidente correspondeu à *tolerância jurídica* com os sindicatos e sua *descriminalização*.

Trata-se, na verdade, de *fase de transição*, em direção ao pleno reconhecimento do direito de livre associação e de auto-organização dos sindicatos.

A Grã-Bretanha, uma vez mais, foi pioneira, nesse processo, extinguindo o delito de coalização de trabalhadores na década de 1820. Comentam Gomes e

(44) Conforme GOMES e GOTTSCHALK, *ob. cit.*, p. 475.

(45) Conforme GOMES e GOTTSCHALK, *ob. cit.*, p. 475.

(46) GOMES e GOTTSCHALK, *loc. cit.*

(47) Relembre-se que a influência do liberalismo político-ideológico, estribado nas ideias de John Locke, por exemplo, fez carreira mais rápida na Inglaterra do que na França. Não é por outra razão que os historiadores tendem a fixar a revolução liberal burguesa na Inglaterra já no século XVII, ao passo que semelhante processo consumar-se-ia na França apenas no final do século XVIII.

(48) Nesta mesma linha, NASCIMENTO, Amauri Mascaro, *ob. cit.*, p. 40, *in fine*, e 41.

Gottschalk que a lei britânica de 1824, extintiva do anterior delito, “foi modificada no ano seguinte, 1825, para punir a violência, a ameaça, os atos de intimidação, etc., que porventura acompanhassem o movimento grevista, que, por sua vez, foi modificada em 1859 pelo *Molestation of Workmen Act*, em sentido mais favorável ao operário⁽⁴⁹⁾. *Russomano*, por sua vez, corrobora que, “nos anos de 1825 e 1826, o direito inglês, mesmo sem atribuir personalidade jurídica aos sindicatos, reconheceu o direito de associação”, antecipando-se por décadas às conquistas alcançadas pelo sindicalismo no continente europeu⁽⁵⁰⁾.

A terceira fase do sindicalismo, ultrapassada a transição anterior, é a do reconhecimento do direito de coalizção e livre organização sindical. Esta fase de liberdade e autonomia sindicais firma-se, como regra geral, na segunda metade do século XIX, atingindo diversos países europeus (é evidente, que não se pode deixar de demarcar o pioneirismo das leis inglesas de 1824/25). Não é por simples coincidência, a propósito, que o estágio denominado de sistematização e consolidação do Direito do Trabalho, nos planos individual e coletivo, que se demarca entre 1848 e 1919, estabelece-se exatamente em torno desse período de maior afirmação sindical⁽⁵¹⁾.

Ilustra esta fase a experiência jurídica de distintos países. Por exemplo, em conformidade com *Gomes e Gottschalk*, em 1874 o direito de livre associação sindical é regulado na Dinamarca (editando-se, nesse ano, nova lei a respeito também na Inglaterra); na França, tal direito consolida-se em 1884; na Espanha e Portugal, em 1887; na Bélgica, em 1898⁽⁵²⁾. Segundo *Amauri Mascaro Nascimento*, na Alemanha, em 1869, e na Itália, em 1889, as coalizções de trabalhadores deixaram de ser delito⁽⁵³⁾.

Por fim, algumas décadas após, em 1919, com o Tratado de Versalhes e a fundação da Organização Internacional do Trabalho, a par do fenômeno da constitucionalização do Direito do Trabalho (Constituições do México e Alemanha, de 1917 e 1919, respectivamente), os direitos de livre e autonômica associação e sindicalização tornam-se sedimentados na cultura jurídica ocidental.

Tempos depois, ultrapassada a fase regressiva das experiências auto-cráticas nazifascistas e corporativistas, no entreguerras (décadas de 1920 até 1945), tais direitos transformaram-se em verdadeiros princípios democráticos, incrustando-se até mesmo nas Constituições mais recentes, editadas após as traumáticas experiências ditatoriais então vivenciadas (Constituições de França, Alemanha e Itália, da segunda metade da década de 1940, e de Portugal e Espanha, da década de 1970, por exemplo).

(49) GOMES e GOTTSCHALK, *ob. cit.*, p. 475.

(50) RUSSOMANO, M. V., *ob. cit.*, p. 17.

(51) Sobre as fases históricas de evolução do Direito do Trabalho, Individual e Coletivo, consultar o Capítulo III deste Curso, em seu item V.

(52) Conforme GOMES e GOTTSCHALK, *ob. cit.*, p. 475.

(53) NASCIMENTO, A. M., *Compêndio de Direito Sindical*, cit., p. 42.

Conforme já antecipado, percebe-se, claramente, que a consolidação do livre e autônomo sindicalismo combina-se com a fase de *sistematização e consolidação de todo o Direito do Trabalho*, que se estende de 1848 a 1919. Esse longo período caracterizou-se, é claro, por avanços e recuos entre a ação do movimento operário, do movimento sindical, do próprio movimento socialista e, ao mesmo tempo, a estratégia de atuação do Estado. Processo em que a ação vinda de baixo (sociedade civil) e a atuação oriunda de cima (Estado) interagem-se reciprocamente, dinamicamente, dando origem a um ramo jurídico específico, Direito do Trabalho, que tanto incorpora a visão própria ao Estado, como assimila um amplo espaço de atuação para a pressão trabalhista vinda de baixo.

Autoritarismo e Refluxo Sindical — A evolução sindical nos países capitalistas centrais demonstra uma clara linha de coerência entre o processo de democratização daquelas sociedades e Estados com o reconhecimento e resguardo dos direitos e princípios da livre e autônoma associação sindical.

Essa mesma linha evolutiva demonstra, porém, que as regressões políticas autoritárias eventualmente ocorridas em países europeus sempre se fizeram acompanhar do implemento de regras jurídicas inviabilizadoras ou restritivas desses princípios e direitos sindicais — o nazifascismo e o corporativismo são exemplar prova de tais conclusões. Por sua vez, os novos autoritarismos emergentes na segunda década do século XXI também são prova exemplar dessa correlação (autoritarismo e refluxo sindical).

Assim, não necessariamente será simétrica a linha de evolução do sindicalismo contemporâneo, uma vez que as rupturas antidemocráticas podem comprometer décadas de avanço jurídico alcançado nesse campo.⁽⁵⁴⁾

2. Evolução Sindical no Brasil

Os dois marcos principais da evolução sindical no Brasil são os mesmos do Direito do Trabalho: 1930 e 1988.

A) Período Inicial do Sindicalismo Brasileiro — Antes de 1930, o ramo justralhista ainda se encontrava em fase de *manifestações incipientes e esparsas*, sem alcançar a complexidade de regras, práticas, institutos e princípios aptos a lhe conferirem autonomia no plano do Direito. Isso era

(54) A partir do final dos anos de 1970, nos países desenvolvidos, há que se agregar um dado novo — e fortemente adverso ao autônomo sindicalismo —, que consiste no advento da hegemonia neoliberalista, assumidamente mercadológica, estruturando poderosa antítese ao sindicalismo e ao próprio Direito do Trabalho no seio ideológico tanto da sociedade civil quanto, inclusive, da própria sociedade política. Tal dado novo desembarcou na América Latina a partir de finais dos anos de 1980 e década de 1990. A respeito, consultar, DELGADO, M. G. *Direito Coletivo do Trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2017, em seu Capítulo III, item VII (“VII. Sindicato: balanço histórico-analítico”).

compreensível, uma vez que o País mal extirpara a escravatura como principal relação de produção em sua economia (o que ocorreria apenas em 1888), deixando de tornar hegemônica a relação de emprego (base do Direito do Trabalho e do sindicalismo) no conjunto de seus vínculos socioeconômicos.

Ao lado disso, seu processo industrial, embora crescente, era também relativamente limitado, expandindo-se nas brechas e limites conferidos pela dominante economia agroexportadora.

Do mesmo modo que as regras e instituições trabalhistas eram esparsas e incipientes (sequer havia a competência exclusiva da União para legislar sobre o ramo jurídico, o que somente surgiu com a Emenda Constitucional de 1926), assim também era o próprio sindicalismo.

As primeiras associações de trabalhadores livres mas assalariados, mesmo que não se intitulando *sindicatos*⁽⁵⁵⁾, surgiram nas décadas finais do século XIX, ampliando-se a experiência associativa ao longo do início do século XX. Tratava-se de ligas operárias, sociedades de socorro mútuo, sociedades cooperativas de obreiros, enfim, diversos tipos de entidades associativas que agregavam trabalhadores por critérios diferenciados⁽⁵⁶⁾. Na formação e desenvolvimento dessas entidades coletivas teve importância crucial a presença da imigração europeia, que trouxe ideias e concepções plasmadas nas lutas operárias do velho continente.

A ordem jurídica regulatória do sindicalismo, na época, não era do tipo interventivo, inexistindo modelo oficial de sindicato a ser implementado (ao contrário do que ocorreria tempos depois, a contar de 1930). De fato, ainda em 1890, o Decreto n. 1.162 derogou a tipificação da greve como ilícito penal, mantendo como crime apenas os atos de violência praticados no desenrolar do movimento⁽⁵⁷⁾. Logo em seguida, a Constituição Republicana de 1891 iria assegurar os *direitos de reunião e associação* (art. 72, § 8º). Algum tempo depois, o Decreto n. 979, de 1903, facultaria a criação de sindicatos rurais (onde se situava, na época, a parte mais significativa da força de trabalho do País)⁽⁵⁸⁾, ao passo que, em 1907, o Decreto Legislativo n. 1.637 estenderia a vantagem à área urbana, facultando a criação de sindicatos profissionais e sociedades cooperativas⁽⁵⁹⁾.

Os historiadores explicam que o sindicalismo pré-1930 tornou-se relativamente estruturado em alguns específicos segmentos, em particular atados à

(55) A palavra *sindicato* iria se generalizar apenas no século XX, a partir de 1903, segundo Amauri Mascaro Nascimento, *ob. cit.*, p. 75.

(56) NASCIMENTO, A. M., *ob. cit.*, p. 75.

(57) VIANNA, Luiz Werneck. *Liberalismo e Sindicato no Brasil*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989, p. 46.

(58) Conforme PINTO, José Augusto Rodrigues, *ob. cit.*, p. 57.

(59) Conforme PINTO, J. A. R., *loc. cit.* e FAUSTO, Bóris. *Trabalho Urbano e Conflito Social — 1890-1920*. São Paulo: Difel, 1976, p. 223-224.

dinâmica central da economia da época. Nesse quadro, os setores de ferrovias e portos, vinculados à agroexportação de café, apresentaram evolução organizativa consistente. *Bóris Fausto*, a esse respeito, expõe: “*As docas de Santos reuniram o primeiro grupo importante de trabalhadores em todo o Estado, cujas lutas se iniciaram em fins do século e permaneceram constantes no correr dos anos*”.⁽⁶⁰⁾ Completa o mesmo autor: “*O setor serviços (ferrovias e portos) é estrategicamente o mais relevante, dele dependendo o funcionamento básico da economia agroexportadora, assim como o que representa o maior grau de concentração de trabalhadores*”⁽⁶¹⁾.

Ao lado desse sindicalismo mais proeminente, surgem também entidades sindicais em torno do parque industrial que se forma entre 1890 e 1930 no País, principalmente em São Paulo. No conjunto, esse incipiente movimento sindical teve participação eventualmente importante em certos períodos da Primeira República (*República Velha*). Os autores, por exemplo, apontam a greve pelas oito horas de trabalho, abrangendo São Paulo, Santos, Ribeirão Preto e Campinas, em 1907, e a conjuntura de intensos movimentos trabalhistas passada de 1917 a 1920 como alguns dos pontos mais significativos da atuação coletiva obreira nessa fase inicial do sindicalismo e do ramo justralhista⁽⁶²⁾.

Como exposto por este autor em outra oportunidade⁽⁶³⁾, é característica desse período a presença de um movimento operário ainda sem profunda e constante capacidade de organização e pressão, quer pela incipiência de seu surgimento e dimensão no quadro econômico-social da época, quer pela forte influência anarquista hegemônica no segmento mais mobilizado de suas lideranças próprias. Nesse contexto, as manifestações autonomistas e de negociação privada vivenciadas no novo plano industrial não têm ainda a suficiente consistência para firmarem um conjunto diversificado e duradouro de práticas e resultados normativos, oscilando em ciclos esparsos de avanços e refluxos⁽⁶⁴⁾.

B) 1930: implantação e reprodução de modelo sindical — O modelo trabalhista brasileiro preponderante no século XX construiu-se, como se sabe, nas décadas de 1930 e 40, no desenrolar do Governo *Getúlio Vargas*. O mais importante pilar desse modelo era o *sistema sindical*, que se entrelaçava com seus demais sustentáculos.

(60) FAUSTO, Bóris, *ob. cit.*, p. 13.

(61) FAUSTO, Bóris, *ob. cit.*, p. 122.

(62) A esse respeito, consultar FAUSTO, Bóris, *ob. cit.*, p. 146-150 e 157-217.

(63) DELGADO, Maurício Godinho. *Introdução ao Direito do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, em seu Capítulo II, item 2.A.

(64) DELGADO, M. G. *Introdução ao Direito do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, Capítulo II, item 2.A.

Essa fase de construção institucional, já iniciada em 1930, consubstancia, em seus primeiros treze a quinze anos (ou pelo menos até 1943, com a Consolidação das Leis do Trabalho), intensa atividade do Estado, em consonância com o novo padrão de gestão sociopolítica que se instaura no País com a derrocada, em 1930, da hegemonia exclusivista do segmento agroexportador de café.

O Estado largamente intervencionista que se forma estende sua atuação também à área da chamada *questão social*. Nesta área implementa vasto e profundo conjunto de ações diversificadas mas nitidamente combinadas: de um lado, através de profunda repressão sobre quaisquer manifestações autonomistas do movimento operário; de outro lado, por meio de minuciosa legislação instaurando um abrangente novo modelo de organização do sistema justralhista, estreitamente controlado pelo Estado.

Essa evolução sofreu pequeno — e pouco consistente — interregno de menos de dois anos, entre 1934 e 1935, com a Constituição de 1934, quando voltou a florescer maior liberdade e autonomia sindicais (a própria pluralidade sindical foi acolhida por esta Constituição)⁽⁶⁵⁾.

Entretanto, logo imediatamente o governo federal retomou seu controle pleno sobre as ações trabalhistas, mediante o *estado de sítio de 1935*, dirigido preferencialmente às lideranças políticas e operárias adversárias da política oficial. Mais que isso, com o estado de sítio de 1935, continuado pela ditadura aberta de 1937, pôde o governo federal eliminar qualquer foco de resistência à sua estratégia político-jurídica, firmando solidamente a larga estrutura do modelo justralhista, cujas bases iniciara logo após o movimento de outubro de 1930.

O modelo justralhista mencionado forma-se a partir de políticas integradas, administrativamente dirigidas em pelo menos seis direções. Todas essas políticas mostraram-se coerentemente lançadas e estruturadas nos quinze anos do governo instalado em 1930.

A primeira área contemplada pela ação governamental seria a própria administração federal, de modo a viabilizar a coordenação das ações institucionais a serem desenvolvidas nos anos seguintes. Criou-se, assim, o *Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio*, pelo Decreto n. 19.443, de 26.11.1930. Meses após, em 4.2.1931, instituiu-se o Departamento Nacional do Trabalho (Decreto n. 19.671-A)⁽⁶⁶⁾.

(65) Ressalte-se, porém, que mesmo a Constituição de 1934 já se encontrava fortemente influenciada pelo corporativismo profissional e sindical, que seria a marca do novo modelo justralhista. No caso, o *governo provisório* cuidou de lançar, por exemplo, na representação componente do Parlamento, como meio de contrabalançar a representação política dos dois grandes Estados, Minas e São Paulo, a *representação profissional*, estreitamente harmônica à direção do executivo federal.

(66) MORAES FILHO, Evaristo de. *Tratado Elementar de Direito do Trabalho*. V. I. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960, p. 316.

A *área sindical* seria também imediatamente objeto de normatização federal, pelo Decreto n. 19.770, de 19.3.1931, que cria uma estrutura sindical oficial, baseada no sindicato único (embora ainda não obrigatório), submetido ao reconhecimento pelo Estado e compreendido como órgão colaborador deste⁽⁶⁷⁾. Passado o interregno da Constituição de 1934, aprofundou-se o modelo sindical oficial corporativista, por meio da Carta de 1937 e do Decreto n. 1.402, de 5.7.1939. A essa altura já se tornara juridicamente explícito o que fora prática institucional desde 1935: a inviabilidade de coexistência de qualquer outro sindicato com o sindicalismo oficial.

Como terceira área de desenvolvimento da política trabalhista oficial, criou-se um *sistema de solução judicial de conflitos trabalhistas*. Esse sistema seria instaurado, inicialmente, mediante a criação das Comissões Mistas de Conciliação e Julgamento (Decreto n. 21.396, de 21.3.1932), *em que só poderiam demandar os empregados integrantes do sindicalismo oficial* (Decreto n. 22.132, de 25.11.1932). A Carta de 1937 (não aplicada, é verdade), referindo-se a uma Justiça do Trabalho, induziria, alguns anos após, ao aperfeiçoamento do sistema, à medida que elevava seu patamar institucional. A Justiça do Trabalho seria, por fim, efetivamente regulamentada pelo Decreto-Lei n. 1.237, de 1.5.1939, sendo realmente instalada e passando a operar em 1º de maio de 1941.⁽⁶⁸⁾

O *sistema previdenciário*, também de formação corporativa, vinculado às respectivas áreas profissionais e aos correspondentes sindicatos oficiais, do mesmo modo que as demais instituições do modelo justralhista, começou a ser estruturado logo após 1930. Nesse caso, a estruturação procedeu-se a partir da ampliação e reformulação das antigas Caixas de Aposentadoria e Pensões, vindas da época precedente e ainda organizadas essencialmente por empresas (Lei Elói Chaves, de 1923).

Já em 1931, pelo Decreto n. 20.465, de 1.10.31, o novo governo promoveu a primeira reforma ampliativa do anterior sistema previdenciário, firmando,

(67) VIANNA, Luiz Werneck. *Liberalismo e Sindicato no Brasil*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989, p. 146-147.

(68) Somente em 1946, com a Constituição daquele ano (art. 94, V, CF/46), é que a Justiça do Trabalho iria passar a integrar o Poder Judiciário (“Art. 94. O Poder Judiciário é exercido pelos seguintes órgãos: ... V — Juizes e Tribunais do trabalho”). Registre-se que, embora o TST, desde a Constituição de 1946, já estivesse englobado na expressão “Juizes e Tribunais do trabalho”, a recente EC n. 92, de 12.7.2016, preferiu realizar explícita menção no art. 92 da CF/88, mediante a inserção de novo inciso II-A. Nesse quadro, o art. 92 da Constituição de 1988 passou a explicitar, quanto à Justiça do Trabalho, o seguinte: “Art. 92. São órgãos do Poder Judiciário: (...) II-A — o Tribunal Superior do Trabalho; (...) IV — os Tribunais e Juizes do Trabalho”. Sobre a instalação, estrutura no País e crescimento da Justiça do Trabalho, desde 1941 até a presente década, consultar DELGADO, M. G.; DELGADO, G. N. *Estruturação e desenvolvimento da justiça do trabalho no Brasil*. In: DELGADO, M. G.; DELGADO, G. N. *Constituição da República e direitos fundamentais — dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2017.

contudo, a categoria profissional como parâmetro⁽⁶⁹⁾. O núcleo essencial do novo sistema reformulado e ampliado seriam os diversos Institutos de Aposentadorias e Pensões, abrangendo categorias específicas e tendo âmbito nacional. Com essa nova denominação, o primeiro desses órgãos a ser instaurado foi o Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Marítimos (IAPM), mediante o Decreto n. 22.872, de 29.6.1933. Inúmeros outros órgãos semelhantes seguiram-se nos anos subseqüentes.

A legislação profissional minuciosa desponta por toda essa época, como mais uma área de atuação da política trabalhista do novo governo. Citem-se, ilustrativamente, alguns dos inúmeros diplomas justralhistas: Decreto n. 21.471, de 17.5.1932, regulamentando o trabalho feminino; Decreto n. 21.186, de 22.3.1932, fixando a jornada de oito horas para os comerciários, preceito que seria, em seguida, estendido aos industriários (Decreto n. 21.364, de 4.5.1932); Decreto n. 21.175, de 21.3.1932, criando as carteiras profissionais; Decreto n. 23.103, de 19.8.1933, estabelecendo férias para os bancários, e diversos outros diplomas que se sucederam ao longo da década de 30 até 1943.

A última das direções seguidas pela política oficial tendente a implantar o modelo trabalhista corporativista e autocrático da época traduzia-se nas *distintas ações voltadas a sufocar manifestações políticas ou operárias autonomistas ou simplesmente adversas à estratégia oficial concebida*. O primeiro marco dessas ações combinadas residiria na Lei de Nacionalização do Trabalho, reduzindo a participação de imigrantes no segmento obreiro do País (Decreto n. 19.482, de 12.12.1930, estabelecendo um mínimo de 2/3 de trabalhadores nacionais no conjunto de assalariados de cada empresa). A essa medida estrutural seguiram-se os diversos incentivos ao sindicalismo oficial (monopólio de ação junto às Comissões Mistas de Conciliação; exclusivismo de participação nos Institutos de Aposentadorias e Pensões, etc.), incentivos que seriam transformados, logo após, em expreso monopólio jurídico de organização, atuação e representação sindical. Finalmente, por quase todo o período getulista, uma contínua e perseverante repressão estatal sobre as lideranças e organizações autonomistas ou adversas obreiras.

O modelo justralhista então estruturado reuniu-se, anos após, em um único diploma normativo, a Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-Lei n. 5.452, de 1.5.1943). Embora o nome reverenciasse a obra legislativa anterior (*consolidação*), a CLT, na verdade, também alterou e ampliou a legislação trabalhista existente, assumindo, desse modo, a natureza própria de um *código do trabalho*.

(69) A respeito de tais fases e reformulações previdenciárias, ver ALLY, Raimundo Cerqueira. *Normas Previdenciárias no Direito do Trabalho*. São Paulo: IOB — Informações Objetivas, 1989, p. 25-26. Consultar também DELGADO, Ignacio Godinho. *Previdência Social e Mercado no Brasil* — a presença empresarial na trajetória da política social brasileira. São Paulo: LTr, 2001, especialmente em seu Capítulo 2.

Continuidade do Modelo nas Décadas Subsequentes — O modelo justralhista construído entre 1930 e 1945 manteve-se quase intocado nas décadas posteriores. A fase de oficialização autoritária e corporativista do Direito do Trabalho brasileiro e de seu modelo sindical estende-se, assim, de 1930 até pelo menos a Constituição de 1988.

Sobre essa continuidade comenta o cientista político *Leôncio Martins Rodrigues*:

“Um dos fatos que chamam a atenção na história do sindicalismo brasileiro é a extraordinária persistência do tipo de sindicato esboçado após a vitória de Vargas e completado durante o Estado Novo. Atribuiu-se sua criação à influência das doutrinas fascistas então em moda, principalmente à Carta do Trabalho italiana. No entanto, depois de 1945, com a chamada redemocratização do país, o modelo de organização sindical que parecia ter sido uma imposição artificial da ditadura varguista (sob influência fascista) não sofreu alterações que afetassem sua essência.”⁽⁷⁰⁾

Na verdade, o conjunto do modelo justralhista oriundo entre 1930 e 1945 é que se manteve quase intocado. À exceção do sistema previdenciário que, na década de 1960, foi afastado da estrutura corporativa sindical e dissociado desse tradicional modelo justralhista, não se assiste, quer na fase democrático-desenvolvimentista de 1945-1964⁽⁷¹⁾, quer na fase do regime militar implantado em 1964, à implementação de modificações substantivas no modelo justralhista imperante no País.

C) Constituição de 1988: deflagração e aprofundamento de mudanças — A Constituição de 1988 é o mais relevante ponto de mudança no modelo trabalhista e sindical brasileiro, desde 1930/45. A parte mais importante dessas modificações foi deflagrada pelo próprio texto original da Constituição; duas outras significativas mudanças foram, contudo, realizadas vários anos após 1988, por meio de Emendas Constitucionais.

Efetivamente, não se pode negar os claros pontos de avanço democrático e inclusivo da Constituição brasileira: a nova Constituição confirma em seu texto o primeiro momento na história brasileira após 1930 em que se afasta, estruturalmente, a possibilidade jurídica de intervenção do Estado — por

(70) RODRIGUES, Leôncio Martins. *Trabalhadores, Sindicatos e Industrialização*. São Paulo: Brasiliense, 1974, p. 94. A observação em parênteses está no original.

(71) No período da República Democrático-Desenvolvimentista (1945-1964), esse modelo viu-se acrescer de uma instituição de nítido caráter político-eleitoral, o Partido Trabalhista Brasileiro. A respeito, ver DELGADO, Lucília de Almeida Neves. *PTB: do Getulismo ao Reformismo — 1945-1964*. São Paulo: Marco Zero, 1989. Torna-se necessário registrar, porém, que, no final da República Democrático-Desenvolvimentista, houve uma reforma democratizante significativa no sistema justralhista oriundo da década de 1930: a extensão da legislação trabalhista ao campo brasileiro, por meio da Lei n. 4.214/1963 (*Estatuto do Trabalhador Rural*), que entrou em vigência em 2.6.63.

meio do Ministério do Trabalho — sobre as entidades sindicais. Rompe-se, assim, na Constituição, com um dos pilares do velho modelo: o controle político-administrativo do Estado sobre a estrutura sindical.

Ao lado disso, a nova Constituição, pela primeira vez em seis décadas, fixa reconhecimento e incentivos jurídicos efetivos ao processo negocial coletivo autônomo, no seio da sociedade civil (art. 7º, VI, XIII, XIV e XXVI; art. 8º, III e VI; art. 9º, todos do Texto Máximo de 1988). Neste bojo, incorporou como direito coletivo fundamental o direito de greve (art. 9º, CF).

Ademais, a Constituição franqueou a ampla atuação coletiva das entidades sindicais por intermédio da substituição processual firmemente reconhecida em seu art. 8º, III.

A par disso, a Lei Magna determinou a generalização da estrutura da Justiça do Trabalho por todo o território brasileiro, de maneira a garantir a presença ágil e eficiente de notável instrumento de solução de conflitos e de efetivação do Direito do Trabalho em todos os segmentos econômicos e profissionais do Brasil.

Finalmente, o Texto Magno institucionalizou e induziu a generalização de novo ator coletivo de exponencial relevância também para a efetividade do Direito do Trabalho: o Ministério Público do Trabalho, com suas novas e largas funções de órgão agente (art. 127, *caput* e art. 129, II, III e IX, CF/88).

Tempos após 1988, o poder reformador constitucional modificou dois outros pilares do antigo modelo trabalhista brasileiro: inicialmente, extinguiu a representação corporativa classista na Justiça do Trabalho, tornando-a instituição mais técnica e eficiente (EC n. 24, de dezembro de 1999); noutro passo, restringiu a anterior amplitude do poder normativo judicial trabalhista, mediante a inserção de pressuposto processual de difícil cumprimento prático para a propositura de dissídio coletivo de natureza econômica — o *prévio comum acordo* entre as partes coletivas (EC n. 45, de dezembro de 2004).⁽⁷²⁾

a) *Avanços Democráticos* — Do ponto de vista da criação de condições favoráveis à mais ampla participação dos grupos sociais na geração de normas jurídicas a comporem o universo normativo do País, democratizando o sistema de gestão trabalhista vigente, parece claro que a nova Lei Maior teve flagrante *intenção* de colocar a sociedade brasileira nesse caminho. Já em seu *Preâmbulo*, a Constituição fala em exercício de direitos *sociais* e individuais, faz menção a uma *sociedade pluralista* e defende a solução

(72) Ao mesmo tempo em que a EC n. 45/2004 atenuou a *competência normativa* da Justiça do Trabalho (novo § 2º do art. 114, CF: poder normativo judicial), teve a sabedoria de alargar sobremaneira a *competência jurisdicional* desse segmento do Poder Judiciário (novo texto do art. 114, incisos I até IX, CF), conferindo-lhe maior organicidade, coerência e eficiência em seu papel institucional e social, considerado o plano do exercício da *jurisdição*.

pacífica de conflitos. Nos *Princípios Fundamentais*, refere-se a valores *sociais* do trabalho e da livre-iniciativa, a uma sociedade livre, *justa* e solidária, reiterando a noção de solução pacífica de conflitos.

Mais que isso, a Constituição de 1988 inova — de modo muito destacado — perante todos os Textos Constitucionais anteriores ao estatuir que todo o poder emana do povo, que o exercerá por meio de seus representantes *ou diretamente*. Ora, à medida que se sabe que a norma jurídica é a consumação de um processo político bem-sucedido, pode-se concluir que pretendeu também a Constituição *valorizar formas autônomas de exercício do poder*, não apenas por meio de instrumentos políticos clássicos (ainda que raramente utilizados na história brasileira, como o plebiscito e o *referendum* — art. 14, CF/88), como ainda mediante mecanismos de produção autônoma do Direito — que traduzem um meio notável de exercício direto do poder. Mais à frente, a Constituição confirmará essa intenção, ao acentuar a importância das convenções e acordos coletivos (arts. 7º, XXVI e 8º, VI, CF/88)⁽⁷³⁾.

No Capítulo II, do Título II (artigos 6º até 11), o Texto Máximo de 1988 insculpiu seus principais preceitos de natureza trabalhista. Nesse espectro de regras, ressaltam-se aquelas que favorecem o caminho da normatização autônoma, em especial: art. 7º, incisos VI, XIII, XIV, XXVI; art. 8º; art. 9º; art. 10 e, finalmente, art. 11. Todos são preceitos que valorizam a atuação sindical, a participação obreira nos locais de trabalho e a negociação coletiva. O inciso VI do art. 7º autoriza, inclusive, em certa medida, a redução salarial, mediante convenção ou acordo coletivo, dado que excepciona, nos casos de normas autônomas expressas contrárias, o princípio de irredutibilidade salarial.

Proíbe a Constituição, ainda, em coerência a sua manifesta intenção democrática, qualquer interferência e intervenção do Estado nas organizações sindicais (art. 8º, I). Incorpora norma clássica de garantia do emprego ao dirigente sindical (art. 8º, VIII). Estende-a, também, ao empregado *eleito* para cargo de direção em CIPA (art. 10, II, “a”, ADCT, CF/88), suplantando, sobremaneira, nesse ponto, a timidez legislativa anterior. Silencia-se, contudo, sobre a garantia ao representante obreiro eleito em empresas com mais de duzentos empregados (art. 11, CF/88) — figura criada, originalmente, pelo mesmo Texto Constitucional de 1988.

Carta de Direitos — Ao lado de todos esses aspectos apontados, a Constituição de 5.10.1988 afirmou-se, também, como a mais significativa *Carta de Direitos* já escrita na história jurídico-política do País.

(73) Sobre esse caráter inovador da Constituição de 1988, no que tange a formas institucionais de participação direta da população no exercício do poder, ver BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita. *A Cidadania Ativa* — Referendo, Plebiscito e Iniciativa Popular. São Paulo: Ática, 1991 e, ainda, MOISÉS, José Álvaro. *Cidadania e Participação* — Ensaio sobre o Referendo, o Plebiscito e a Iniciativa Popular. São Paulo: Marco Zero, 1990.

Conforme já exposto neste Curso, não se conduziu, porém, a nova Constituição pela matriz individualista preponderante em outras Constituições não autocráticas (como a de 1946). Nessa linha, superou a equívoca dissociação (propiciada pela Constituição de 1946) entre liberdade e igualdade, direito individual e direitos coletivos ou sociais. A nova Constituição estabeleceu largo espectro de direitos individuais, cotejados a uma visão e normatização que não perde a relevância do nível social e coletivo em que grande parte das questões individuais deve ser proposta. Nesse contexto é que ganhou coerência a inscrição que produziu de diversificado painel de direitos sociotrabalhistas, ampliando garantias já existentes na ordem jurídica, a par de criar novas no espectro normativo dominante.

Na linha isonômica, que é sua marca pronunciada, igualizou direitos entre empregados urbanos e rurais (art. 7º, *caput*, CF/88), estendendo a mesma conduta aos trabalhadores avulsos (art. 7º, XXXIV). De par disso, avançou, significativamente, o rol de direitos cabíveis à categoria empregatícia doméstica (parágrafo único, art. 7º, CF/88: oito novos direitos em contraponto aos quatro então existentes).

Ampliou as garantias jurídicas à empregada gestante, não só por alargar para 120 dias a licença-previdenciária (art. 7º, XVIII, CF/88), como por instituir prazo significativo de manutenção do emprego, fixado em cinco meses após o parto (art. 10, II, “b”, ADCT, CF/88). Ao lado disso, ampliou de um para cinco dias a interrupção do contrato de trabalho para o pai, no momento do nascimento do filho (art. 7º, XIX e art. 10, § 1º, ADCT, combinados com art. 473, III, CLT).

Suprimiu, ainda, o aviso-prévio de oito dias (art. 487, I, CLT), generalizando o prazo deste instituto para trinta dias (art. 7º, XXI, CF/88). Também ampliou o prazo prescricional do art. 11, CLT, mitigando os efeitos perversos do antigo preceito legal notavelmente restritivo (art. 7º, XXIX, “a”, CF/88)⁽⁷⁴⁾.

Na temática da extinção do contrato de emprego, a Constituição de 1988 caracterizou-se, contudo, por certa perplexidade, não firmando, de imediato, conduta definitiva sobre o tema. Estendeu o FGTS, como visto, a todo empregado (art. 7º, III, CF/88), ampliando o percentual do acréscimo rescisório cabível (art. 10, I, ADCT-CF/88), com o que minorou os efeitos negativos da dispensa para o empregado. Mas, em contrapartida, extinguiu a velha indenização celetista (art. 7º, I, CF/88; antigo art. 477, *caput*, CLT), remetendo à legislação complementar a fixação de indenização compensatória. Com isso, deu caráter de relativa permanência à reforma da

(74) A Emenda Constitucional n. 28, de maio de 2000, viria retirar do Texto Constitucional a imprescritibilidade rúrcola, inserida no Direito do País pelo antigo Estatuto do Trabalhador Rural, de 1963.

legislação laboral promovida pela Lei n. 5.107, de 1966, reguladora do Fundo de Garantia (hoje substituída pela Lei n. 8.036/90)⁽⁷⁵⁾.

b) *Contradições Antidemocráticas do Texto Original de 1988* — A Constituição de 1988, em seu texto original, manteve, porém, alguns dos pilares do sistema corporativista do País, em conformidade com o já dissertado neste Curso.

Trata-se dos seguintes mecanismos: a) *enquadramento sindical por categorias, respeitada a unicidade sindical* (art. 8º, II e I, CF/88); b) *contribuição sindical obrigatória*, de origem legal (art. 8º, IV, *in fine*, CF/88); c) *representação sindical corporativa no seio da Justiça do Trabalho* (arts. 111 a 117, CF/88); d) *amplo poder normativo da Justiça do Trabalho* (art. 114, § 2º, CF/88).

Esses nódulos, se não extirpados ou, pelo menos, submetidos a atenuações e ajustes, poderiam comprometer ou prejudicar o projeto constitucional democrático e inclusivo de 1988, em vista das contradições que expressavam relativamente a toda a progressista matriz cultural, social e institucional da nova Constituição da República.

Felizmente, o poder constitucional reformador subsequente a 1998 produziu mudanças importantes quanto a dois desses antigos pilares. Nessa linha, a EC n. 24, de dezembro de 1999, extinguiu, peremptoriamente, a representação classista na Justiça do Trabalho, assegurando a essa instituição estrutura organizacional mais técnica e eficiente, ao mesmo tempo em que extirpou censurável veículo de cooptação de lideranças sindicais pelo Estado.

Cinco anos depois, a EC n. 45, de dezembro de 2004, restringiu significativamente a *competência normativa* (atribuição de criação de normas jurídicas) da Justiça do Trabalho, no mesmo instante em que lhe ampliou, com lógica e coerência, sua *competência jurisdicional* (atribuição de interpretar e aplicar o Direito, ao invés de criá-lo).⁽⁷⁶⁾

(75) No tocante às *dispensas coletivas*, surgiu na jurisprudência, 20 anos após 1988, novas leituras constitucionais, aptas a enxergar na Constituição certas restrições às despedidas massivas que, sendo matéria de Direito Coletivo do Trabalho (e não apenas do Direito Individual Trabalhista), teriam de passar pela prévia negociação coletiva, capaz de atenuar seus agressivos impactos sociais. Nesta linha, consultar neste Curso o tópico *Dispensa Coletiva: inferências constitucionais*, integrante do Capítulo XXIX, item III.1.B, *Despedidas Individuais e Coletivas*, onde também se menciona a regra trazida sobre esse assunto pela Lei da Reforma Trabalhista de 2017.

(76) Realmente, cerca de 16 anos após o advento da nova Constituição, houve significativa mudança e forte restrição quanto ao poder normativo da Justiça do Trabalho, de maneira a lhe diminuir o papel de concorrente da negociação coletiva trabalhista e instrumento interventivo do Estado nas questões coletivas trabalhistas. Por meio da EC n. 45, de dezembro de 2004, estabeleceu-se o pressuposto processual intransponível do *comum acordo* entre as partes coletivas para a propositura do dissídio coletivo — exigência que reduziu, notavelmente, as possibilidades de veiculação dessa ação coletiva na Justiça Especializada. Desde então o

Consideradas essas duas notáveis mudanças, pode-se dizer que os nódulos ainda preservados com respeito ao sistema trabalhista do País concentram-se, desde as ECs n. 24 e 45, apenas no interior do *sistema sindical*, que ainda reclama por alterações e ajustes em conformidade com a matriz democrática e inclusiva preponderante na Constituição da República.⁽⁷⁷⁾

D) Novo Modelo Sindical: democratização com garantias legais

— A superação do modelo corporativista sindical brasileiro é, desse modo, desafio inadiável à construção de uma sólida e consistente experiência democrática no País.

Contudo, não se trata, singelamente, de suprimir os pontos retrógrados do antigo sistema, já exaustivamente debatidos. Trata-se, também, ao mesmo tempo e na mesma medida, de elaborar-se um conjunto de *garantias jurídicas à efetivação, organização e fortalecimento sindicais*, para que os princípios da livre associação, da autonomia sindical e da real equivalência entre os contratantes coletivos trabalhistas não sejam mero simulacro, uma vez mais, na história brasileira.

Tais garantias devem compor também o núcleo da reforma democratizante do sistema sindical, conforme já exposto largamente neste Capítulo XXXV, em seus itens III.2.B e C e item V. É que sua ausência produzirá transição excessivamente longa e dolorosa, sem qualquer avanço material efetivo no plano do desenvolvimento do Direito do Trabalho enquanto instrumento de elevação das condições de pactuação da força do trabalho no universo social.

Conforme já foi explicitado, tais garantias são clássicas nas ordens justalhistas democráticas, estando expressamente lançadas em diplomas normativos construídos pela Organização Internacional do Trabalho e já ratificados pelo Brasil (Convenções n. 11, 98, 135, 141 e 151, por exemplo). Além disso, inserem-se, classicamente, em experiências democráticas consolidadas do mundo ocidental (ilustrativamente, Estatuto dos Trabalhadores da Itália — Lei n. 300, de 1970).

poder normativo judicial atua, de fato, somente nos raros dissídios coletivos em que haja mesmo o *comum acordo*, seja expresso ou tácito, ou nos casos de movimento grevista deflagrado. A respeito do tema, consultar neste Curso, em seu Capítulo XXXIII, no item VI.2, Modalidades de Resolução de Conflitos Coletivos, o tópico intitulado *Uma Fórmula Controvertida: dissídio coletivo*. (77) Agregue-se que, a partir de 11.11.2017, a Lei da Reforma Trabalhista transformou em *meramente voluntária* a tradicional contribuição sindical obrigatória existente há mais de 75 anos na CLT (novas redações conferidas aos arts. 545, *caput*, 578, 579, 582, *caput*, 583, *caput*, 587 e 602, *caput*, CLT, *c./c.* a revogação dos arts. 601 e 604 da mesma CLT). Entretanto, essa medida foi somada à proibição expressa da cobrança da contribuição assistencial aprovada em instrumentos coletivos negociados (usualmente conhecida como *cota de solidariedade*) relativamente aos empregados não inscritos no respectivo sindicato, apesar de também se beneficiarem de todos os direitos e garantias lançados nos ACTs ou CCTs (novo art. 661-B, XXVI, da CLT). Com essa coincidência de supressões de fontes de custeio, a Lei n. 13.467/2017 evidentemente comprometeu a consistência econômica do sindicalismo de trabalhadores do País.

Isso quer dizer que *não há, portanto, qualquer contradição entre o implemento de plena liberdade e autonomia ao sindicalismo com a presença de garantias legais claras e firmes aptas a assegurarem a mais transparente legitimidade representativa sindical e o mais eficaz dinamismo reivindicativo das entidades sindicais obreiras.*

Insista-se que a transição democrática, no Brasil, somente seria completada com a adoção de medidas harmônicas e combinadas no sistema constitucional e legal do País: de um lado, o afastamento dos traços corporativistas restantes do antigo modelo sindical; de outro lado — porém, ao mesmo tempo e na mesma intensidade —, o implemento de medidas eficazes de proteção e reforço à estruturação e atuação democráticas do sindicalismo na sociedade brasileira.⁽⁷⁸⁾

VIII. SINDICATO E DIREITO DO TRABALHO — AVALIAÇÃO

A análise e avaliação do modelo sindical no Brasil, pondere-se, impõe necessária diferenciação entre Direito Coletivo do Trabalho e Direito Individual do Trabalho, entre o modelo especificamente *sindical* e o conjunto do sistema trabalhista característico do País.

Os pilares do modelo trabalhista tradicional, como exaustivamente exposto, eram essencialmente cinco: a) uma estrutura sindical corporativista, fundada no parâmetro da categoria e umbilicalmente atada ao Estado, quer pelo controle exercido pelo Ministério do Trabalho, quer pelos distintos canais de integração das burocracias sindicais à burocracia pública; b) um Ministério do Trabalho, órgão do Poder Executivo, gerenciador e interventor do sistema, em especial no tocante ao sindicalismo; c) um ramo especializado do Judiciário incumbido de realizar forte intervenção nas questões coletivas das categorias profissionais, por meio do processo de dissídio coletivo e sua sentença normativa, além de incorporar em seu interior parte significativa das burocracias sindicais (representação classista); d) um sistema previdenciário organizado por categorias profissionais (Institutos de Aposentadorias e Pensões), também incorporando em seu interior as burocracias sindicais; e) uma legislação econômico-profissional reguladora dos contratos de emprego.

Esse sistema, principalmente por meio de sua legislação imperativa (o Direito Individual do Trabalho), regente das relações empregatícias, teve notável papel de inclusão social dos setores populares no Brasil desde 1930,

(78) A Lei de Reforma Trabalhista trouxe desafios novos ao sindicalismo: de um lado, ao suprimir, de uma só vez (a partir de 11.11.2017), duas fontes de custeio do conjunto do sistema sindical (ao invés de ter, no bojo da reforma, consagrado, legalmente, a *cota de solidariedade* instituída nos instrumentos coletivos negociados, tal como previa a Lei das Centrais Sindicais); de outro lado, por ter aberto aos sindicatos, via negociação coletiva trabalhista, a aparente prerrogativa de precarizar as condições de vida e de trabalho dos trabalhadores seus representados, mediante as novas prerrogativas flexibilizatórias inseridas na CLT.

produzindo, no contexto da industrialização e da urbanização potenciadas, a mais importante mudança socioeconômica vivenciada pelo País em sua história. Deve ser ressaltado, portanto, equilibradamente, esse papel progressista do Direito do Trabalho em nossa economia e sociedade nas últimas oito/nove décadas, como instrumento de organização do sistema econômico, de democratização do poder nas relações sociais e de distribuição de renda em nossa economia.

O que não pode ser descurado, entretanto, é que o sistema corporativista — que foi parte relevante do conjunto da obra —, com sua inquebrantável presença na estrutura sindical e inúmeras ramificações no aparelho de Estado, reduziu, em boa medida, este papel progressista do Direito do Trabalho, não só por comprometer a força, representatividade e amadurecimento dos sindicatos, como por distorcer significativamente os próprios fins e efetividade dos organismos estatais envolvidos.

Neste contexto, a crítica ao sistema corporativista dos anos de 1930 e 40 no Brasil atinge, sim, as características da estrutura sindical, o poder de gestão e controle do então Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio sobre o sindicalismo, as vinculações administrativas do aparelho sindical com o sistema previdenciário brasileiro, a representação classista na Justiça do Trabalho, além da desmesurada intervenção desta no plano coletivo trabalhista, pela *criação de normas jurídicas* (dissídio coletivo).

Tudo isso — *salvo o sistema sindical* — já foi objeto de superação e mudanças, em decorrência do processo de renovação da ordem jurídica brasileira deflagrado pela Constituição de 1988 e aprofundado pelas Emendas Constitucionais ns. 24/1999 e 45/2004.

Dessa maneira, é preciso que fique bem claro que a crítica aos resquícios do corporativismo mantidos no sistema trabalhista brasileiro (estrutura sindical prevalecte) não atinge ou desmerece a relevância da intervenção da norma jurídica trabalhista, de caráter imperativo, nas relações laborativas do sistema socioeconômico, com todo o aparato existente para a busca de sua efetividade (sindicatos, Justiça do Trabalho, Auditoria Fiscal Trabalhista, Ministério Público do Trabalho — este, só ganhando estas reais funções a partir da Constituição de 1988). Neste plano da gestão da relação de emprego, conferindo-lhe um patamar civilizatório mínimo, o Direito do Trabalho tem sido insubstituível no capitalismo e na Democracia, mantendo-se como o principal e mais eficiente instrumento de distribuição de poder e de renda na história desse sistema econômico-social.⁽⁷⁹⁾

(79) Além da diferenciação entre Direito Individual e Direito Coletivo (onde se integra a estrutura sindical) — aspecto importante na análise do sistema trabalhista do Brasil —, tem pertinência no debate sobre o sindicalismo a reflexão sobre a chamada *crise do movimento sindical em geral*, inclusive no plano dos países desenvolvidos. Este específico assunto está estudado na

IX. COMISSÃO DE REPRESENTAÇÃO DE EMPREGADOS NA EMPRESA

Um dos pontos em que se apontava lacuna no Direito Coletivo do Trabalho do País dizia respeito à ausência de mecanismos institucionalizados de organização e representação dos trabalhadores no ambiente empregatício, quer nas empresas quer em seus estabelecimentos específicos.

A Lei da Reforma Trabalhista, a respeito desse tema, inseriu o novo Título IV-A na CLT (“Título IV-A — Da Representação dos Empregados”), integrado pelos arts. 510-A até 510-D.

Eis a regulamentação legal do novo instituto trabalhista:

“Art. 510-A. Nas empresas com mais de duzentos empregados, é assegurada a eleição de uma comissão para representá-los, com a finalidade de promover-lhes o entendimento direto com os empregadores.

§ 1º A comissão será composta:

- I — nas empresas com mais de duzentos e até três mil empregados, por três membros;
- II — nas empresas com mais de três mil e até cinco mil empregados, por cinco membros;
- III — nas empresas com mais de cinco mil empregados, por sete membros.

§ 2º No caso de a empresa possuir empregados em vários Estados da Federação e no Distrito Federal, será assegurada a eleição de uma comissão de representantes dos empregados por Estado ou no Distrito Federal, na mesma forma estabelecida no § 1º deste artigo.”

“Art. 510-B. A comissão de representantes dos empregados terá as seguintes atribuições:

- I — representar os empregados perante a administração da empresa;
- II — aprimorar o relacionamento entre a empresa e seus empregados com base nos princípios da boa-fé e do respeito mútuo;
- III — promover o diálogo e o entendimento no ambiente de trabalho com o fim de prevenir conflitos;
- IV — buscar soluções para os conflitos decorrentes da relação de trabalho, de forma rápida e eficaz, visando à efetiva aplicação das normas legais e contratuais;

obra deste autor, *Direito Coletivo do Trabalho* (4. ed., São Paulo: LTr, 2011; também 6. ed., 2015), em seu Capítulo III, item VIII (“Atualidade do Sindicato no Capitalismo Contemporâneo”) — estudo que foi bastante ampliado na 7. ed. do livro, de 2017 (Capítulo III, itens VII — “Sindicato: balanço histórico-analítico”, VIII — “O Sindicato no Brasil: balanço histórico-analítico”, e IX — “Atualidade do Sindicato no Capitalismo e Democracia Contemporâneos”). No mesmo livro, a partir de sua 6ª edição, de 2015, consultar o novo Capítulo VIII, intitulado “Constituição da República, Sistema Trabalhista Brasileiro e Direito Coletivo do Trabalho — Reflexões Complementares”, que faz um balanço das mudanças deflagradas pela CF/1988, seja em seus princípios e regras originais do final dos anos de 1980, seja em vista das reformas constitucionais realizadas pelas ECs ns. 24/1999 e 45/2004, seja pelo incremento de outras modificações normativas importantes promovidas na segunda década do século XXI, tais como a aprovação da Lei das Centrais Sindicais, de 2008, e a ratificação da Convenção da OIT de n. 151, ocorrida em 2010.

V — assegurar tratamento justo e imparcial aos empregados, impedindo qualquer forma de discriminação por motivo de sexo, idade, religião, opinião política ou atuação sindical;

VI — encaminhar reivindicações específicas dos empregados de seu âmbito de representação;

VII — acompanhar o cumprimento das leis trabalhistas, previdenciárias e das convenções coletivas e acordos coletivos de trabalho.

§ 1º As decisões da comissão de representantes dos empregados serão sempre colegiadas, observada a maioria simples.

§ 2º A comissão organizará sua atuação de forma independente.”

“Art. 510-C. A eleição será convocada, com antecedência mínima de trinta dias, contados do término do mandato anterior, por meio de edital que deverá ser fixado na empresa, com ampla publicidade, para inscrição de candidatura.

§ 1º Será formada comissão eleitoral, integrada por cinco empregados, não candidatos, para a organização e o acompanhamento do processo eleitoral, vedada a interferência da empresa e do sindicato da categoria.

§ 2º Os empregados da empresa poderão candidatar-se, exceto aqueles com contrato de trabalho por prazo determinado, com contrato suspenso ou que estejam em período de aviso prévio, ainda que indenizado.

§ 3º Serão eleitos membros da comissão de representantes dos empregados os candidatos mais votados, em votação secreta, vedado o voto por representação.

§ 4º A comissão tomará posse no primeiro dia útil seguinte à eleição ou ao término do mandato anterior.

§ 5º Se não houver candidatos suficientes, a comissão de representantes dos empregados poderá ser formada com número de membros inferior ao previsto no art. 510-A desta Consolidação.”

“Art. 510-D. O mandato dos membros da comissão de representantes dos empregados será de um ano.

§ 1º O membro que houver exercido a função de representante dos empregados na comissão não poderá ser candidato nos dois períodos subsequentes.

§ 2º O mandato de membro de comissão de representantes dos empregados não implica suspensão ou interrupção do contrato de trabalho, devendo o empregado permanecer no exercício de suas funções.

§ 3º Desde o registro da candidatura até um ano após o fim do mandato, o membro da comissão de representantes dos empregados não poderá sofrer despedida arbitrária, entendendo-se como tal a que não se fundar em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro.

§ 4º Os documentos referentes ao processo eleitoral devem ser emitidos em duas vias, as quais permanecerão sob a guarda dos empregados e da empresa pelo prazo de cinco anos, à disposição para consulta de qualquer trabalhador interessado, do Ministério Público do Trabalho e do Ministério do Trabalho.”

Apesar de o novo instituto traduzir o preenchimento de uma lacuna percebida na legislação anterior, torna-se necessário aclarar pontos importantes a fim de que a comissão de representação cumpra papel adequado no Direito Coletivo do Trabalho.

Em primeiro lugar, sua relação de estreita parceria com o(s) respectivo(s) sindicatos(s) de trabalhadores existente(s) na empresa. Embora a correta interpretação do novo Título IV-A da CLT possa explicitar, sem dúvida, uma importante dimensão dessa parceria (com a prevalência dos sindicatos na função representativa e, inclusive, o seu protagonismo nas negociações coletivas trabalhistas), o fato é que o art. 510-C, § 1º, *in fine*, passa a ideia equivocada de que o sindicato não pode participar do pleito para a composição da comissão de representantes dos empregados – o que seria regra ou dinâmica jurídica manifestamente antissindical, ferindo não só a Constituição de 1988 como também as Convenções 98 e 135 da OIT.

Em segundo lugar, a necessária abertura à participação dos trabalhadores terceirizados que atuem de maneira permanente na empresa tomadora de serviços (empresa contratante) — sob pena de se configurar também clara regra ou dinâmica antissindical, além de traduzir discriminação vedada pela Constituição da República (art. 3º, IV, *in fine*, c./c. art. 7º, XXXII, da CF/88).

Em terceiro lugar, a coerência de se interpretar a garantia de emprego inserida no art. 510-D, § 3º, igualmente para os suplentes dos representantes titulares da representação dos empregados, sob pena de se esvaziar o próprio instituto jurídico.⁽⁸⁰⁾

(80) Sobre o assunto, consultar DELGADO, M. G. e DELGADO, G. N. *A Reforma Trabalhista no Brasil* — com os comentários à Lei n. 13.467/2017. 2. ed., São Paulo: LTr, 2018, em seu Capítulo V, item III, que aborda o novo instituto regulado pelo Título IV-A da CLT. O livro faz, inclusive, referência, em separado, à mudança promovida pela MPr. n. 808, que vigorou por curto período (de 14.11.2017 a 23.04.2018).

CAPÍTULO XXXVI

NEGOCIAÇÃO COLETIVA TRABALHISTA

I. INTRODUÇÃO

A *negociação coletiva* é um dos mais importantes métodos de solução de conflitos existentes na sociedade contemporânea. Sem dúvida, é o mais destacado no tocante a *conflitos trabalhistas de natureza coletiva*.

São distintos, como se sabe, os métodos de solução de conflitos interindividuais e sociais hoje conhecidos. Classificam-se em três grandes grupos: *autotutela*, *heterocomposição* e *autocomposição*. A negociação coletiva enquadra-se no grupo dos instrumentos de autocomposição.

A diferenciação essencial entre tais grupos de métodos encontra-se nos *sujeitos envolvidos* e na *sistemática operacional* do processo de solução do conflito. É que nas modalidades da autotutela e autocomposição apenas os sujeitos originais em confronto relacionam-se na busca da extinção do conflito. Isso dá origem a uma *sistemática de análise e solução da controvérsia autogerida pelas próprias partes* (na autotutela, na verdade, gerida por uma única das partes).

Já na heterocomposição verifica-se a intervenção de um *agente exterior* aos sujeitos originais na dinâmica de solução do conflito, o que acaba por transferir, em maior ou menor grau, para este agente exterior a direção dessa própria dinâmica. Ou seja, a sistemática de análise e solução da controvérsia não é mais exclusivamente gerida pelas partes, porém transferida para a entidade interveniente (transferência de gestão que se dá em graus variados, é claro, segundo a modalidade heterocompositiva).

A *autotutela* ocorre quando o próprio sujeito busca afirmar, unilateralmente, seu interesse, impondo-o (e impondo-se) à parte contestante e à própria comunidade que o cerca. Como se vê, a autotutela permite, de certo modo, o exercício de coerção por um particular, em defesa de seus interesses. Não é por outra razão que a antiga fórmula da *justiça privada* correspondia à mais tradicional modalidade de autotutela.

A *heterocomposição* ocorre quando o conflito é solucionado através da intervenção de um *agente exterior* à relação conflituosa. Em vez de pacificarem isoladamente a solução de sua controvérsia, as partes (ou até mesmo uma delas, unilateralmente, como na jurisdição) submetem a terceiro seu conflito. Em decorrência, a solução será por este firmada ou, pelo menos, por ele instigada ou favorecida.

Na heterocomposição, também não há exercício de coerção *pelos sujeitos envolvidos*. Entretanto pode haver, sim, exercício coercitivo pelo agente exterior ao conflito original — como se passa no caso da *jurisdição*. A heterocomposição, em sua *fórmula jurisdicional*, distingue-se, pois, da autocomposição (e até mesmo das demais modalidades heterocompositivas) pelo fato de comportar exercício institucionalizado de coerção ao longo do processo de análise do conflito, assim como no instante de efetivação concreta do resultado final estabelecido.

São modalidades de heterocomposição a *jurisdição*, a *arbitragem*, a *conciliação* e, também, de certo modo, a *mediação*⁽¹⁾.

A *autocomposição* ocorre quando o conflito é solucionado pelas próprias partes, sem intervenção de outros agentes no processo de pacificação da controvérsia.

Ela se verifica de três maneiras, às vezes significativamente distintas entre si. De um lado, o despojamento unilateral em favor de outrem da vantagem por este almejada (*renúncia*). De outro lado, a aceitação ou resignação de uma das partes ao interesse da outra (*aceitação*, *resignação* ou, ainda, *submissão*). Por fim, a autocomposição também ocorre através da *concessão recíproca* efetuada pelas partes (*transação*).

A negociação coletiva enquadra-se, como citado, no grupo das fórmulas autocompositivas. Contudo, é fórmula autocompositiva essencialmente *democrática*, gerindo interesses profissionais e econômicos de significativa relevância social. Por isso não se confunde com a *renúncia* e muito menos com a *submissão*, devendo cingir-se, essencialmente, à *transação* (por isso fala-se em *transação coletiva negociada*).

É claro que a negociação coletiva, sendo dinâmica social relativamente complexa, relaciona-se, comumente, a algumas das citadas fórmulas heterocompositivas ou mesmo autocompositivas. É o que se verifica com a mediação, a greve e a arbitragem (embora esta ainda não seja frequente nas negociações coletivas verificadas no Brasil). Estes três mecanismos podem ser considerados, desse modo, *instrumentos-meios* da negociação coletiva trabalhista.

Por sua vez, a negociação tem, é claro, seus *instrumentos-fins*, aqueles que consumam o sucesso da dinâmica negocial. Trata-se, no Brasil, da convenção coletiva de trabalho e do acordo coletivo do trabalho (o contrato coletivo do trabalho é figura ainda não institucionalizada no País).

(1) O enquadramento de todas essas quatro figuras jurídicas no grupo dos métodos heterocompositivos não é, porém, consensual na doutrina, havendo entendimentos de que a conciliação e a mediação seriam meios autocompositivos, reservando-se à heterocomposição apenas a jurisdição e a arbitragem. Este debate será examinado, porém, no Capítulo XXXVIII, reservado à mediação e arbitragem, neste Curso.

II. IMPORTÂNCIA DA NEGOCIAÇÃO COLETIVA

A importância da negociação coletiva trabalhista transcende o próprio Direito do Trabalho. A experiência histórica dos principais países ocidentais demonstrou, desde o século XIX, que uma diversificada e atuante dinâmica de negociação coletiva no cenário das relações laborativas sempre influenciou, positivamente, a estruturação mais democrática do conjunto social. Ao revés, as experiências autoritárias mais proeminentes detectadas caracterizavam-se por um Direito do Trabalho pouco permeável à atuação dos sindicatos obreiros e à negociação coletiva trabalhista, fixando-se na matriz exclusiva ou essencialmente heterônoma de regulação das relações de trabalho.

Esse contraponto — maior ou menor atuação sindical e maior ou menor participação da negociação coletiva no Direito do Trabalho — permite, inclusive, estabelecer rica tipologia de sistemas trabalhistas no mundo ocidental desenvolvido. Tal tipologia dá a medida da importância da negociação coletiva na sociedade contemporânea⁽²⁾.

Considerada a evolução do Direito do Trabalho nos séculos XIX e XX, podem-se perceber alguns modelos principais de ordens jurídicas trabalhistas nos países ocidentais de capitalismo central (basicamente, a Europa Ocidental mais desenvolvida e os EUA). É claro que o ramo justralhista nesse plano do Ocidente expressa e assimila, inevitavelmente, a diversidade das experiências históricas vivenciadas em cada país em que esse Direito se gestou e consolidou-se. Não obstante tal diversidade, torna-se possível identificar a existência de alguns padrões principais de *estruturação normativa* do mercado de trabalho e das relações de produção no universo dessas experiências centrais.

Nesse sentido, é viável — e funcional — apreenderem-se, em grossas linhas, dois grandes padrões de organização do mercado de trabalho e do ramo justralhista nos países de capitalismo central. O primeiro padrão de organização (que se desdobra em dois subtipos) corresponde àquele inerente às sociedades democráticas consolidadas, cumprindo relevante papel na configuração própria da Democracia nessas sociedades. O outro padrão principal de estruturação do mercado de trabalho e do seu ramo jurídico especializado consiste no padrão corporativo-autoritário, que teve presença marcante em diversas experiências políticas do mundo ocidental contemporâneo⁽³⁾.

(2) O texto a seguir é extraído do 1º capítulo de nossa obra, *Introdução ao Direito do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2001, sendo desnecessárias outras referências. No presente Curso, reportar-se a seu Capítulo III, item VI.

(3) A tipologia aqui exposta foi lançada em estudos anteriores deste autor; apenas ilustrativamente, cite-se o livro *Democracia e Justiça*. São Paulo: LTr, 1993, em seu Capítulo II. Semelhante contraposição de modelos foi pioneiramente exposta, ainda na década de 1970, por VIANNA, Luiz Werneck. *Sistema Liberal e Direito do Trabalho*. Estudos CEBRAP. São Paulo: CEBRAP, n. 7, jan.-mar.1974, p. 115-149.

1. Parâmetros dos Modelos Justrabalistas Democráticos

O padrão democrático de organização do mercado de trabalho não se configura, historicamente, sob um único modelo. É inquestionável a existência de inúmeras peculiaridades normativas entre as diversas experiências dos países centrais. Ainda assim, é viável enxergarem-se alguns relevantes pontos de aproximação entre os padrões nacionais existentes, permitindo a formulação de uma tipologia composta por alguns modelos específicos.

Em linhas gerais, é razoável acolher-se a configuração de dois modelos trabalhistas democráticos essenciais. Eles podem ser denominados, respectivamente, de *modelo de normatização autônoma e privatística* e de *modelo de normatização privatística mas subordinada*.

A) Normatização Autônoma e Privatística — O padrão de normatização autônoma e privatística supõe a plena legitimação do conflito entre particulares. A ampla realização do conflito gesta meios de seu processamento no âmbito da própria sociedade civil, por intermédio dos mecanismos de negociação coletiva autônoma, hábeis a induzir à criação da norma jurídica. A norma produz-se, de fato, a partir da sociedade civil, mediante a dinâmica conflituosa e negocial estabelecida entre os sindicatos, associações profissionais e empregadores. Generaliza-se a norma jurídica nesses casos, muitas vezes, independentemente de ser ainda absorvida legislativamente pelo Estado.

Os exemplos mais clássicos desse padrão residem nas experiências dos sistemas britânico e norte-americano, em que a normatização jurídica deflui, fundamentalmente, da criatividade privatística, manifestada em especial mediante instrumentos negociais coletivos⁽⁴⁾.

B) Normatização Privatística Subordinada — No modelo ora considerado (da *normatização privatística mas subordinada*) a criação e reprodução da norma jurídica faz-se mediante uma dinâmica em que o peso básico é conferido pelos particulares, mas segundo um processo heteronomamente regulamentado pelo Estado. A normatização tende a ser privatística, contudo sem a margem de criatividade autônoma da vertente anterior.

Na verdade, esse segundo padrão pode ser considerado, em sua essência, uma variante do primeiro modelo de dinâmica jurídico-trabalhista. A distinção, contudo, se estabelece à medida que, na hipótese variante, o Estado delimita, de maneira importante, a atuação dos agentes particulares,

(4) Yves Delamotte, em pesquisa e reflexão realizadas nos anos de 1960 e início dos anos 1970, sustenta, inclusive, que, nos EUA, Suécia e Grã-Bretanha, a convenção coletiva surge como modalidade essencial do Direito Social. *Relações Coletivas e Regras Jurídicas do Trabalho e da Segurança Social*, in FRIDMAN, George, e NAVILLE, Pierre. *Tratado de Sociologia do Trabalho*, v. II. São Paulo: Cultrix, 1973, p. 241-262.

subordinando sua criatividade normativa. A França configura claramente essa hipótese. Na mesma linha, a Alemanha de após a Segunda Guerra Mundial.

Ressalte-se que o intervencionismo estatal que caracteriza o padrão de normatização privatística mas subordinada não é substitutivo ou impeditivo da criatividade e dinamismo privados, mas condicionador dessa criatividade. Nesse quadro, o intervencionismo, embora inquestionável, admite claramente a franca e real participação da sociedade civil na elaboração do Direito do Trabalho. Em função dessa combinação de esferas de atuação, o modelo tende a gerar uma legislação que reflete, com grande aproximação, as necessidades efetivas dessa sociedade.

É óbvio que, politicamente, este modelo estabelece, no estuário normativo trabalhista, um patamar heterônomo que a criatividade privada não pode desconhecer. Mas não se suprimem ou sufocam os instrumentos para essa ação privada coletiva, que mantém seu papel relevante no universo jurídico desse padrão de normatividade juslaboral.

2. Parâmetros do Modelo Justrabalista Autoritário

Há um nítido padrão alternativo aos dois anteriores, com forte origem e reprodução autoritárias. Esse padrão, que repele a gestão democratizante das relações de trabalho e não se assimila a uma estruturação democrática da sociedade política, identifica-se sob o título de *modelo de normatização subordinada estatal*.

Essa última vertente jurídico-política repudia, frontalmente, a noção e a dinâmica do conflito, que considera incompatível com a gestão sociopolítica da comunidade. A rejeição do conflito faz-se em duas dimensões: quer de modo direto, mediante uma legislação proibitiva expressa, quer de modo indireto, ao absorvê-lo, sob controle, no aparelho de Estado, que tece, minuciosamente, as práticas para sua solução.

Os problemas propostos pelas duas vertentes democráticas anteriores não se colocam ao padrão subordinado estatal: a minuciosa legislação estatal institui formas e conteúdos de solução de conflitos, procurando se antecipar (ou sufocar), por meio de uma cuidadosa operosidade legislativa, às alternativas jurídicas que se poderiam, no plano social, estabelecer. Nesse padrão jurídico, a elaboração estatal do Direito do Trabalho consubstancia um processo de restringida participação da sociedade civil e cria uma dinâmica cujas linhas mestras se caracterizam por assegurar o contínuo impedimento a essa participação⁽⁵⁾.

O exemplo clássico plenamente configurado do modelo de normatização estatal subordinada consiste naquele constituído pelas experiências fascistas

(5) Nessa linha, o relevante e pioneiro estudo de Luiz Werneck Vianna, *Sistema Liberal e Direito do Trabalho*, que foi publicado em 1974 (São Paulo: CEBRAP, *Estudos CEBRAP*, n. 7, jan.-mar, 1974, p. 115-149).

que caracterizaram particularmente a Itália e a Alemanha, na primeira metade do século XX, tendo influência em inúmeros outros contextos nacionais (Portugal, Espanha e, inclusive, o Brasil).

Tais experiências vieram forjar um sistema básico de elaboração e reprodução de normas justralhistas, cujo núcleo fundamental se situava no aparelho de Estado. O conflito privado — pressuposto da negociação coletiva e foco da criação justralhista — era negado ou rejeitado pelo Estado, que não admitia seus desdobramentos autônomos, nem lhe construía formas institucionais de processamento. Os canais eventualmente abertos pelo Estado tinham o efeito de funcionar, no máximo, como canais de sugestões e *pressões* controladas, dirigidas a uma vontade normativa superior, distanciada de tais pressões e sugestões.

Em suma, no presente modelo, a normatização jurídica provinha fundamentalmente da vontade estatal, ora como expressão de uma vontade nacional suposta (é o caso da ideologia organicista da Alemanha nazista), ora como síntese de uma colaboração societária também suposta (é o caso da ideologia corporativa do fascismo italiano).⁽⁶⁾

3. Democracia e Normatização Estatal: reflexões complementares

A atual rejeição das premissas, instituições e efeitos do paradigma autocrático de organização do mercado de trabalho (*modelo de normatização subordinada estatal*) não deve levar, entretanto, à conclusão simplista de que a alternativa democratizante de normatização trabalhista suponha um frontal e absoluto afastamento do Estado perante a dinâmica do Direito Laboral. De forma alguma: diversos fatores apontam contra essa compreensão unilinear e simplificadora do problema.

Em primeiro lugar, é claramente inverossímil a reunião, no presente contexto histórico (transposição do século XX para o XXI), das condições socioeconômicas que viabilizaram o sucesso jurídico-político do modelo autônomo e privatístico. Isso deriva do fato de que apenas nos países de capitalismo originário (em especial, Grã-Bretanha e Estados Unidos — onde o modelo autônomo e privatístico se consolidou) é que o Direito do Trabalho emergiu ainda no desdobrar de um mercado econômico do tipo liberal,

(6) Nessa lógica estrutural, no caso brasileiro, a negociação coletiva trabalhista era manifestamente desestimulada antes da Constituição de 1988, sendo rara no plano das relações coletivas de trabalho. Ao inverso, a ordem jurídica incentivava, nos conflitos coletivos trabalhistas, a propositura da ação judicial de dissídio coletivo de natureza econômica, havendo ou não greve no seio das respectivas categorias profissionais, empresas ou categoria econômica.

formatado ainda no século XVIII e XIX. Todas as outras relevantes experiências justralhistas despontaram sob um cenário socioeconômico sumamente diverso, em que o liberalismo concorrencial e não intervencionista era fase definitivamente sepultada na evolução do sistema industrial, comercial e financeiro modernos.

Em segundo lugar, as demais experiências europeias democráticas, construídas na fase posterior ao liberalismo econômico inicial do capitalismo, aproximavam-se melhor do *padrão privatístico mas subordinado* que do modelo original, autônomo e privatístico. É que o intervencionismo estatal característico desse outro modelo de gestão trabalhista democrática (expressado na legislação heterônoma a que dava origem) não se manifestava em instituições e preceitos neutralizadores ou esterilizantes da organização privada coletiva. Na verdade, a legislação heterônoma fundamentalmente acelerava o processo de generalização, ao conjunto societário, dos direitos e métodos pioneiramente abraçados nos setores mais dinâmicos do mercado laboral. O Direito Estatal embebria-se do Direito de Grupos Sociais, levando ao conjunto societário o padrão mais avançado e moderno de gestão trabalhista.

O modelo de *normatização privatística mas subordinada* mantém-se democrático, ainda que autorizando a fluência de uma relevante legislação heterônoma estatal. Isso ocorre pela circunstância de o modelo não inviabilizar, como visto, a auto-organização coletiva dos trabalhadores e a autoadministração dos conflitos que resultam de sua atuação coletiva.

Não há contradição no modelo, mas combinação dialética de dinâmicas: é que o padrão privatístico mas subordinado, embora admitindo a legislação estatal, sempre procurou eliminar todas as formas clássicas de *controle* ou *cooptação* do movimento sindical pelo Estado. Sempre buscou suprimir, portanto, os canais de internalização, no seio estatal, do conflito privado trabalhista; os canais estatais de controle ou cooptação de organizações e dirigentes sindicais; os mecanismos estatais de supressão de responsabilidade das lideranças e representantes sindicais perante os trabalhadores representados.

Nesse quadro, a legislação heterônoma surge como um produto social que se *adiciona* à atuação coletiva obreira, afirmadora do padrão democrático de gestão trabalhista alcançado nos setores mais avançados da economia. Não esteriliza o avanço político, social e cultural da classe trabalhadora, porque não lhe retira o essencial senso de cidadania e de sujeito social, nucleares à existência e consolidação de qualquer convivência democrática.

4. Constituição de 1988 e Negociação Coletiva: novas reflexões

Além das reflexões mais gerais inseridas no item 3, imediatamente anterior, é necessário se agregar reflexão específica sobre a estrutura

normativa da Constituição da República Federativa do Brasil e da maneira como ela incorpora e reconhece a negociação coletiva trabalhista.

A Constituição de 1988 buscou implantar no País um Estado Democrático de Direito, estruturado a partir de um tripé conceitual, a saber: a pessoa humana, e sua dignidade; a sociedade política, democrática e inclusiva; a sociedade civil, também democrática e inclusiva.⁽⁷⁾

Nessa dimensão, como meio de favorecer a democratização da sociedade civil, a Constituição reconheceu e conferiu estímulos à negociação coletiva trabalhista, por meio de várias de suas normas: art. 7º, VI, XIII, XIV e XXVI, CF/88; art. 8º da CF que, em seus diversos incisos, trata das entidades sindicais, instituições decisivas para a adequada dinâmica negocial coletiva; art. 114, em seu novo § 2º, inserido pela EC n. 45/2004 — dispositivo que restringiu o anterior amplo acesso ao poder normativo judicial trabalhista, enquanto via concorrential à clássica negociação coletiva trabalhista; art. 9º, CF/88, que assegurou o amplo direito de greve aos trabalhadores.

Os estímulos constitucionais produziram resultado exponencial, transformando, profundamente, essa dimensão do Direito Coletivo do Trabalho e da realidade socioeconômica das relações coletivas trabalhistas brasileiras. Ou seja, a Constituição retirou do limbo e inércia factuais a dinâmica das negociações coletivas trabalhistas em todo o território pátrio, abrindo-lhe espaço de desenvolvimento que ainda não experimentara no período histórico precedente a 1988.⁽⁸⁾

(7) Sobre o conceito constitucional de *Estado Democrático de Direito*, consultar DELGADO, Mauricio Godinho. “Constituição da República, Estado Democrático de Direito e Direito do Trabalho”. In DELGADO, M. G.; DELGADO, G. N. *Constituição da República e Direitos Fundamentais* — dignidade da pessoa humana, justiça social e Direito do Trabalho. 3. ed. São Paulo: LTr, 2015.

(8) Efetivamente, no período anterior à CF/1988, não havia espaço significativo para a negociação coletiva trabalhista no Brasil. A Historiadora Larissa Rosa CORRÊA, estudiosa das questões trabalhistas e sindicais nos anos de 1950 e 1960, desvendou, com maestria de cientista, a lógica do Direito Coletivo do Trabalho da época, que internalizava os conflitos coletivos para a Justiça do Trabalho, desestimulando, indiretamente, que florescessem e se mantivessem no cenário da sociedade civil. Isso porque era tão amplo e favorável, naqueles tempos, o caminho da ação judicial de dissídio coletivo de natureza econômica perante os Tribunais do Trabalho (poder normativo judicial trabalhista) que as entidades sindicais simplesmente, regra geral, após abrirem a necessária fase negocial e de mobilizações dos trabalhadores, protocolavam a ação dissídio coletivo de natureza econômica no respectivo TRT, transferindo para o Poder Judiciário a responsabilidade pela concessão ou denegação de seus vários pleitos alinhavados. Na medida em que o poder normativo judicial se tornava cada vez mais interventivo nas relações de trabalho, elaborando uma jurisprudência significativamente favorável aos obreiros, essa via pública concorrential em face da negociação coletiva sindical se mostrava insuperável em comparação com os imprevisíveis riscos da negociação coletiva autônoma e/ou da necessidade de deflagração de greves. Sobre essa dinâmica histórica e institucional peculiar, consultar a obra essencial de CORRÊA, Larissa Rosa. *A Tessitura dos Direitos: padrões e empregados na Justiça do Trabalho — 1953-1964*. São Paulo: LTr, 2011.

Indubitavelmente, o fato é que, desde a nova Constituição, a negociação coletiva trabalhista — que era caminho de solução de conflitos coletivos, dentro do âmbito das relações de trabalho, raramente adotado antes de 1988 — passou a ser a via mais importante de solução desses conflitos na realidade brasileira, logo depois da promulgação da CF/1988, já a partir da década de 1990 até, pelo menos, 2015.⁽⁹⁾

Não obstante esse amplo sucesso da negociação coletiva trabalhista, a partir da regência normativa e dos estímulos constitucionais, usualmente se reapresenta no País uma curiosa proposição: a ideia de que o incentivo constitucional à negociação coletiva trabalhista supõe a permissão para que esse importante instrumento de gestão social, realizado no seio da sociedade civil, detenha a prerrogativa de piorar, precarizar, rebaixar as condições de vida e de trabalho dos empregados e demais trabalhadores sob sua influência normativa.⁽¹⁰⁾

A curiosa proposição interpretativa não se sustenta, a qualquer título, conforme será demonstrado.

A Constituição de 1988, ao estruturar um Estado Democrático de Direito, abriu senda de modificações que, naturalmente, apenas seriam melhor

(9) O desestímulo à negociação coletiva trabalhista era manifesto, quer no período pré-1930, em que as questões trabalhistas não eram sequer institucionalizadas e respeitadas, quer no período iniciado com a Revolução de 1930. Vários fatores conduziam a esse desestímulo: a inexistência dos princípios cardeais da liberdade sindical e da autonomia dos sindicatos; a forte repressão aos movimentos sindicais e de caráter grevista; as dificuldades formais à celebração de instrumentos coletivos negociados então existentes na legislação. Em contraponto a isso, a própria ordem jurídica pós-1930 favorecia claramente a propositura da ação de dissídio coletivo de natureza econômica para os fins de dar solução aos conflitos coletivos de trabalho. Veja-se, por ilustração, o grau dessas dificuldades formais fixadas em lei. A CLT, em seu Título VI, que trata das “Convenções Coletivas de Trabalho”, passou a prever as figuras da CCT e do ACT, desde 1967, a partir de reforma promovida pelo Decreto-Lei n. 229/67. Nessa mudança, não reverteu as dificuldades para a negociação coletiva trabalhista, resultantes de claro grupo de fatores: a) a forte repressão então dirigida aos sindicatos; b) a forte restrição ao direito de greve; c) a presença de alguns artificios legais de desestímulo à negociação coletiva. Neste último rol, sobrepõe-se o rigorosíssimo quorum assemblear de deliberação, de difícil cumprimento pelos trabalhadores: em primeira convocação, *2/3 dos associados*, para as CCTs, ou *2/3 dos interessados*, para os ACTs; em segunda convocação, *1/3 dos associados*, para as CCTs, ou *1/3 dos interessados*, para os ACTs (art. 612, *caput* e parágrafo único, CLT). Em contraponto a isso, a mesma ordem jurídica favorecia a propositura da ação de dissídio coletivo de natureza econômica, seja por não inserir pressupostos de difícil consecução (o quorum assemblear do dissídio era singelo: em primeira convocação, *2/3 dos associados interessados*; em segunda convocação, *2/3 dos presentes* — art. 859, CLT), seja por propiciar a formação de uma jurisprudência fortemente interventiva, de sentido favorável, nas inúmeras questões de natureza coletiva.

(10) Essa curiosa (mas bastante incisiva) proposição mostrou-se mais acentuada na década de 1990 (anos 1990-92 e 1998-2002) e a partir de 2016-17, neste caso especialmente com a Lei da Reforma Trabalhista.

compreendidas ao longo dos anos e décadas subseqüentes à sua própria promulgação. Ao colocar a pessoa humana no vértice da ordem constitucional e, por consequência, da ordem jurídica do País (e, por consequência, da ordem social, econômica, cultural e institucional), a Lei Magna impôs ao Direito e a todos os seus intérpretes o dever de compreenderem e aplicarem a nova e civilizatória lógica constitucional.

Ora, a centralidade da pessoa humana está manifestamente exposta pelo próprio sentido da estruturação topográfica da Constituição da República. Seu Preâmbulo, seu Título I (“Dos Princípios Fundamentais”) e seu Título II (“Dos Direitos e Garantias Fundamentais”) — estes, os componentes mais paradigmáticos da Constituição, que antecedem os demais e a eles influenciam —, todos são enfáticos em demonstrar essa centralidade humanística e social, conforme se reconhece, hoje, amplamente, no segmento científico e jurisprudencial do Direito.

E os direitos individuais e sociais trabalhistas foram, de modo destacado e claramente imperativo, integrados ao âmago desses componentes paradigmáticos da Constituição Federal, seja no Título I, por meio de princípios jurídicos de larga amplitude, mas cardeais também para o Direito do Trabalho, seja no Título II, por meio de todo o Capítulo II, que trata dos “Direitos Sociais”, com iniludível ênfase nos direitos individuais e sociais fundamentais trabalhistas.

Por sua vez, os princípios humanísticos e sociais da Constituição de 1988 expressam-se já em seu Preâmbulo, para se afirmarem, enfaticamente, nos Títulos I e II da nova Constituição e, a partir dali, lançarem influência por todo o texto magno. Citem-se, ilustrativamente: centralidade da pessoa humana na ordem jurídica e na vida socioeconômica; dignidade da pessoa humana; inviolabilidade física e psíquica do direito à vida; bem-estar individual e social; valorização do trabalho e emprego; liberdade e igualdade (esta especialmente em sentido substantivo, material); justiça social; segurança, particularmente em sua dimensão humana e social (ao invés de, como no passado, em suas dimensões estritamente econômicas e patrimoniais); subordinação da propriedade à sua função socioambiental.

Nos títulos que tratam da ordem econômica e social (VII e VIII), é retomada essa ênfase na centralidade da pessoa humana, com seus princípios humanísticos e sociais. E é retomada especialmente nas normas de abertura de cada título, de modo a não permitir o negligenciamento interpretativo acerca da firme e segura determinação filosófica e jurídica da Constitucional da República.

É o que se percebe no Título VII (“Da Ordem Econômica e Financeira”), em sua norma introdutória, insculpida no *caput* do art. 170: “A ordem econômica, *fundada na valorização do trabalho humano* e na livre iniciativa,

tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social ...” (grifos acrescidos).

É o que se percebe também no Título VIII (“Da Ordem Social”), igualmente em sua norma introdutória, inserta em seu Capítulo I (“Disposição Geral”), composto estritamente do art. 193: “A ordem social tem como base o *primado do trabalho*, e como objetivo o *bem-estar e a justiça sociais*” (grifos acrescidos).

Todo esse conjunto normativo constitucional, de caráter lógico e teleológico, além de sistêmico, coerente, integrado, aplica-se, sim, é claro, à negociação coletiva trabalhista. Por essa razão, em vista do disposto na Constituição da República, ostenta a negociação coletiva amplos poderes; porém não se trata jamais de um *superpoder* da sociedade civil, apto a desconsiderar, objetivamente, os princípios humanísticos e sociais da própria Constituição Federal, ou de, inusitadamente, rebaixar ou negligenciar o patamar de direitos individuais e sociais fundamentais dos direitos trabalhistas que sejam imperativamente fixados pela ordem jurídica do País.

Afinal, a negociação coletiva trabalhista consiste em um instrumento de democratização do poder e da riqueza no âmbito da sociedade civil; é importante veículo institucionalizado para a busca da maior democratização e inclusão socioeconômica das pessoas humanas na sociedade civil. Entretanto, se não exercer esse papel — ao invés, passando a se transmutar em mecanismo de rebaixamento das condições de vida e trabalho da pessoa humana trabalhadora —, ela se encontrará desfigurada, descaracterizada, posta distante de sua função histórica, lógica e teleológica no Direito Coletivo do Trabalho.

Ora, a Constituição da República, conforme já dito neste Curso, resgatou a negociação coletiva de seu limbo jurídico e de sua inércia factual, que eram uma das marcas distintivas, nesse campo, do período precedente a 1988. Mas não a transformou, perversamente, em um mecanismo adicional de solapamento de direitos individuais e sociais humanísticos trabalhistas — os quais a própria Constituição de 1988 alçou a patamar magno e superior.

Os limites postos, pela Constituição, à negociação coletiva trabalhista, conforme se sabe, estão objetivamente explicitados pelo princípio da adequação setorial negociada, os quais têm de ser observados, portanto, na experiência concreta do Direito Coletivo do Trabalho no território brasileiro.⁽¹¹⁾

(11) Neste Curso, o princípio da adequação setorial negociada, além do princípio da criatividade jurídica da negociação coletiva trabalhista, ambos estão largamente estudados, com exemplos práticos jurisprudenciais, no Capítulo XXXIV (“Princípios Especiais do Direito Coletivo do Trabalho”), em seu item V (“Princípios Regentes das Relações entre Normas Coletivas Negociadas e Normas Estatais”), para onde remetemos o leitor. No presente Capítulo XXXVI,

III. DIPLOMAS NEGOCIAIS COLETIVOS — CONVENÇÃO E ACORDO COLETIVOS DE TRABALHO

Os *diplomas negociais coletivos* qualificam-se como alguns dos mais específicos e notáveis destaques próprios do Direito do Trabalho no universo jurídico dos dois últimos séculos. Na verdade, firmam o marco que esse ramo jurídico especializado estabeleceu com relação a conceitos e sistêmicas clássicas do Direito Comum: é que eles privilegiam e somente se compreendem em função da noção de *ser coletivo* (vejam-se, além desses institutos da negociação coletiva, também as figuras do sindicato e da greve, por exemplo). Com isso, fazem contraposição à hegemonia incontestável do *ser individual* no estuário civilista preponderante no universo jurídico.

Na diversidade dos países do Ocidente há distintos diplomas negociais coletivos, que guardam, em comum, importantes características estruturais, embora sempre trazendo particularidades em face das circunstâncias sociojurídicas próprias a cada experiência histórica individualizada. No Brasil, hoje, formam o grupo institucionalizado de diplomas dessa natureza a *convenção coletiva do trabalho* e o *acordo coletivo do trabalho*.

Uma referência deve ser feita também ao *contrato coletivo do trabalho*. Porém, ela deve se fazer em item apartado, uma vez que tal diploma não se encontra ainda institucionalizado na ordem jurídica do País, seja porque não mereceu tipificação e regulação do legislador, seja porque não chegou a ser instituído e efetivado, como *costume trabalhista*, pela prática negocial coletiva vivenciada na sociedade brasileira.

1. *Convenção e Acordo Coletivos de Trabalho: definição*

A CLT define *convenção coletiva de trabalho*. Trata-se do “*acordo de caráter normativo pelo qual dois ou mais sindicatos representativos de categorias econômicas e profissionais estipulam condições de trabalho aplicáveis, no âmbito das respectivas representações, às relações individuais de trabalho*” (art. 611, *caput*, CLT).

A convenção coletiva resulta, pois, de negociações entabuladas por *entidades sindicais*, quer a dos empregados, quer a dos respectivos empregadores. Envolve, portanto, o âmbito da *categoria*, seja a profissional (obreiros), seja a econômica (empregadores). Seu caráter coletivo e genérico é, assim, manifesto.

de todo modo, o assunto será também retomado, no item VII (“VII. Negociação Coletiva — Possibilidades e Limites”).

As convenções coletivas, embora de origem privada, criam regras jurídicas (*normas autônomas*), isto é, preceitos gerais, abstratos e impessoais, dirigidos a normatizar situações *ad futurum*. Consequentemente, correspondem à noção de *lei em sentido material*, traduzindo *ato-regra* (*Duguit*) ou *comando abstrato*. São, desse modo, do ponto de vista substantivo (ou seja, de seu conteúdo), diplomas desveladores de inquestionáveis *regras jurídicas* (embora existam também no seu interior *cláusulas contratuais*, como se verá no item IV.2.B, a seguir).

Do ponto de vista formal, porém, despontam as convenções coletivas de trabalho como *acordos de vontade entre sujeitos coletivos sindicais* (pactos, contratos). Desse modo, inscrevem-se na mesma linha genérica dos negócios jurídicos privados bilaterais ou plurilaterais.

Guardam, assim, na sua conformação estrutural dubiedade instigante: são contratos sociais, privados, mas que produzem regra jurídica — e não apenas cláusulas obrigacionais.

A CLT também trata, analiticamente, do *acordo coletivo de trabalho*. Diz a lei brasileira que é “*facultado aos sindicatos representativos de categorias profissionais celebrar acordos coletivos com uma ou mais empresas da correspondente categoria econômica, que estipulem condições de trabalho, aplicáveis no âmbito da empresa ou das empresas acordantes às respectivas relações de trabalho*” (art. 611, § 1º, CLT).

A partir do próprio texto da Consolidação, poder-se-ia definir acordo coletivo de trabalho como o *pacto de caráter normativo pelo qual um sindicato representativo de certa categoria profissional e uma ou mais empresas da correspondente categoria econômica estipulam condições de trabalho aplicáveis, no âmbito das respectivas empresas, às relações individuais de trabalho*.

Como se percebe, no ACT não é necessária a presença do sindicato no polo empresarial de contratação, embora seja imprescindível que a pactuação obreira se firme através do respectivo sindicato. Hoje já se pacificou o entendimento de que a Constituição de 1988, ao considerar *obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho* (art. 8º, VI, CF/88), não se referiu a sindicato de empregadores, *mas apenas à entidade sindical obreira*. É que o empregador, por sua própria natureza, já é um ser coletivo (já estando, portanto, naturalmente encorajado pela proteção coletiva), ao passo que os trabalhadores apenas adquirem essa qualidade mediante sua atuação coletiva mesmo. Portanto, não houve invalidação do instituto do *acordo coletivo* a contar da vigência da nova Constituição.

Os acordos coletivos constroem-se por empresa ou empresas, em âmbito mais limitado do que o das convenções, com efeitos somente aplicáveis à(s) empresa(s) e trabalhadores envolvidos. Do ponto de vista formal, traduzem acordo de vontades (contrato *lato sensu*) — à semelhança das convenções

—, embora com especificidade no tocante aos sujeitos pactuantes e âmbito de abrangência. Do ponto de vista substantivo (seu conteúdo), também consubstanciam diplomas reveladores de regras jurídicas típicas, qualificadas por serem gerais (em seu âmbito mais delimitado, é verdade), abstratas e impessoais, sendo também dirigidas à regulação *ad futurum* de relações trabalhistas.

Há, entretanto, certa (e injustificável) dissensão teórica acerca da natureza de fonte formal justralhista assumida pelo acordo coletivo. Em virtude da abrangência mais restrita de sua aplicação e de não contar com um sindicato pactuante no polo empresarial — mas somente o sujeito empregador —, argumenta-se que o acordo coletivo seria inábil a gerar *normas jurídicas*. Dando origem a simples *dispositivos contratuais*, seus preceitos ingressariam nos contratos como se fossem cláusulas desses, a eles aderindo permanentemente.

A concepção, contudo, é inaceitável, do ponto de vista teórico. Nos acordos coletivos também comparecem ao pacto seres coletivos — a exemplo do ocorrido nas convenções —, tipificados nas figuras do *sindicato obreiro* e do *ser coletivo empresarial*.

A par desse aspecto subjetivo, também do ponto de vista objetivo os preceitos do acordo coletivo têm estatuto óbvio de regras jurídicas. Isso ocorre não somente por considerarem os trabalhadores em caráter universal (*uti universi*), e não em caráter individual (*uti singuli*), como ainda por terem esses preceitos evidente natureza geral, impessoal e abstrata.

2. Convenção e Acordo Coletivos de Trabalho: distinções

Conforme já exposto, as duas figuras jurídicas examinadas distinguem-se em face dos sujeitos pactuantes e do âmbito de abrangência de suas regras jurídicas.

A CCT tem em seus polos subjetivos, necessariamente, entidades sindicais, representativas de empregados e empregadores, respectivamente. É pacto subscrito por sindicatos representativos de certa categoria profissional e sindicatos representativos da correspondente categoria econômica.

O ACT, ao revés, tem em um de seus polos subjetivos empregadores não necessariamente representados pelo respectivo sindicato. As empresas, individualmente ou em grupo, podem subscrever, sozinhas, acordos coletivos com o correspondente sindicato representativo de seus empregados. A presença sindical somente é obrigatória quanto ao sindicato representativo dos trabalhadores vinculados à(s) empresa(s) que assina(m) o acordo coletivo de trabalho.

Em consequência dessa primeira distinção, surge a diferença no que tange ao âmbito de abrangência dos dois diplomas coletivos negociados. A convenção coletiva incide em universo mais amplo, caracterizado pela base profissional e econômica representada pelos respectivos sindicatos. Respeitadas as fronteiras máximas da base territorial dessas representações, as convenções abrangem todas as empresas e respectivos empregados englobados nas respectivas categorias econômicas e profissionais.

Já o acordo coletivo de trabalho tem abrangência muito mais restrita. Atinge apenas os empregados vinculados à empresa ou conjunto de empresas que tenham subscrito os referidos diplomas. Não obriga empresas não pactuantes, nem atinge os empregados destas, ainda que se trate da mesma categoria econômica e profissional.

IV. CONVENÇÃO E ACORDO COLETIVO DE TRABALHO — ASPECTOS CARACTERÍSTICOS

A análise das características dos dois diplomas negociais coletivos mencionados conduz a esclarecimentos jurídicos concernentes a distintos aspectos.

De um lado, quanto a seus *sujeitos (legitimação)*. Aqui, além dos pontos já explicados no item III, acima, há que se discutir sobre a legitimidade das entidades sindicais de nível superior (federação, confederação e centrais sindicais) para celebrarem negociação coletiva.

De outro lado, cabe maior referência ao *conteúdo* de tais diplomas negociais coletivos.

Em um terceiro plano, é necessário analisarem-se aspectos relativos à *forma* desses documentos socioeconômicos.

Cabe, aqui, também, referir-se à *vigência* e à *duração* de tais diplomas jurídicos.

Por fim, é necessário estudarem-se as regras que tratam da *prorrogação*, *revisão*, *denúncia*, *revogação* e *extensão* das convenções e acordos coletivos de trabalho no Direito do Brasil.

1. CCT e ACT: normatização aplicável

No estudo da caracterização da convenção e acordo coletivos, é fundamental, em primeiro plano, estabelecer-se a exata extensão das modificações constitucionais de 1988 no Direito Coletivo do País.

É que os dois diplomas negociais coletivos estão tipificados em texto normativo da CLT que sedimentou, como se sabe, o modelo corporativista

estruturado nas décadas de 1930 e 40 no Brasil. Embora o Título VI da CLT (*Das Convenções Coletivas de Trabalho*) tenha, de fato, sofrido nova redação em 1967, por meio do Decreto-Lei n. 229/67, tal mudança ainda se fez sob império de inspiração autoritária, em face do Regime Militar inaugurado em 1964.

A Constituição Democrática de 1988 não teria, portanto, recepcionado (revogando, em suma) o Título VI da Consolidação das Leis do Trabalho — ou, ao menos, algumas de suas regras mais restritivas? A resposta a esta pergunta é que permitirá saber-se o real estuário normativo que rege as duas figuras negociais coletivas em exame.

A CF/1988, em seus arts. 8º até 11, implementou, efetivamente, o mais relevante avanço democrático no Direito Coletivo brasileiro, desde a década de 1930. No que importa ao presente tema, vedou a interferência e a intervenção estatais na organização sindical (art. 8º, I), ampliou os instrumentos de atuação coletiva dos sindicatos (art. 8º, III) e conferiu larga amplitude ao direito de greve (art. 9º). Feito isso, reconheceu os instrumentos jurídicos clássicos da negociação coletiva, CCT e ACT (art. 7º, XXVI), conferindo-lhes amplos poderes (art. 7º, VI, XIII e XIV), ressalvada a obrigatoriedade da participação dos sindicatos obreiros na dinâmica negocial coletiva (art. 8º, VI) e o respeito ao piso normativo fixado na legislação heterônoma estatal — o denominado *patamar civilizatório mínimo*, conferido pelo art. 7º, *caput*, c./c. art. 5º, § 2º, ambos da CF/88, pelo princípio da *norma mais favorável* e pelo princípio da *adequação setorial negociada*.

A intenção democrática manifesta da nova Constituição conviveria, entretanto, com dispositivos também constitucionais associados ao precedente sistema corporativista sindical do País (ilustrativamente, art. 8º, II e IV), conforme já sobejamente debatido na doutrina⁽¹²⁾.

(12) No que concerne ao debate sobre as antinomias do texto original da Constituição de 1988, quanto ao modelo trabalhista brasileiro, especialmente o sindical, consultar as seguintes obras: DELGADO, Mauricio Godinho. *Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2001, p. 99-101; do mesmo autor, *Introdução ao Direito do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2001, em seu Capítulo II, item III (“A Carta Constitucional de 1988 e a Transição Democrática Justrabalhista”). Neste Curso, seu Capítulo IV, itens III e IV. Consultar, ainda: NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de Direito Sindical*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2000, p. 162-168 (item 52, “O Sistema Brasileiro”); SIQUEIRA NETO, José Francisco. *Direito do Trabalho & Democracia* — apontamentos e pareceres. São Paulo: LTr, 1996, especialmente em seus capítulos 6 e 7, p. 156-248. Há também análises da lavra de Arion Sayão Romita. Ilustrativamente: *Sindicalismo, Economia, Estado Democrático* — estudos. São Paulo: LTr, 1993; Breves Considerações sobre Organização Sindical Brasileira, in *Genesis — Revista de Direito do Trabalho*, Curitiba: Genesis, n. 84, dezembro/1999, p. 809-820; O Sindicalismo na Atualidade, in *Genesis — Revista de Direito do Trabalho*, Curitiba: Genesis, n. 90, junho/2000, p. 821-829. Por outro lado, torna-se hoje inegável a ocorrência de diversas mudanças normativas incrementadas anos depois da promulgação da Constituição Federal de 1988 — muitas dessas mudanças incorporando, a propósito, as críticas democráticas feitas ao texto constitucional original. Tais mudanças, conforme se sabe,

Essa agregação no mesmo diploma normativo de preceitos (ou modelos jurídicos) aparentemente conflitantes tem permitido à jurisprudência e à doutrina flutuarem em direções polares, sem encontrar a correta medida interpretativa dos princípios e regras constitucionais ora envolvidos.

Logo em seguida a 1988 despontou, com prestígio, a interpretação de que todas as regulamentações e restrições lançadas pelo Título VI da CLT aos dois diplomas coletivos negociados ali previstos não teriam sido recepcionadas pela Constituição, em face dos princípios da liberdade e da autonomia sindicais, incorporados pelo art. 8º, I, CF/88. Em consequência, estariam suplantados pelos critérios inseridos nos próprios estatutos sindicais, ilustrativamente, os requisitos assembleares relativos a CCTs e ACTs, fixados pela Consolidação (convocação, quórum, etc.).

Nesta linha, preservou-se relevante parte da doutrina pátria, como se verifica, ilustrativamente, pela análise do jurista *José Augusto Rodrigues Pinto*:

“O art. 612 da CLT estabelecia, rigidamente, as condições para a associação sindical firmar sua intenção de negociar e elaborar a proposta de conciliação. A nosso entender, a liberdade de organização e autodeterminação sindicais, atualmente assegurada no art. 8º, I, da Constituição Federal, exclui a cogência da regra da lei ordinária, o que passa a tocar ao estatuto da própria instituição”⁽¹³⁾.

O mesmo autor considera também revogado (não recepcionado), por exemplo, o preceito legal que condiciona a eficácia dos diplomas coletivos negociados ao depósito dos instrumentos no Ministério do Trabalho (art. 614, CLT)⁽¹⁴⁾.

É bem verdade que no desenvolvimento da década de 1990, em especial desde sua segunda metade, a jurisprudência trabalhista passou a apontar, repetidamente, para outra direção. Capitaneada pelo TST, tendeu a enxergar cada vez menor incompatibilidade entre a nova Constituição e a face corporativista dos preceitos coletivos da CLT (seus Títulos V e VI, em particular), aplicando, até com certo rigor, as exigências normativas oriundas da CLT. É o que se viu, por exemplo, por meio das OJs 13, 21 e 34 da Seção de

manifestaram-se seja por *reformas constitucionais* (EC n. 24/1999 e EC n. 45/2004), seja por novos *diplomas legais* (Lei das Centrais Sindicais, de 2008), seja por *Convenções Internacionais* ratificadas depois de 1988 (por exemplo, a Convenção da OIT n. 135, vigente no País desde 1991, e a Convenção da OIT n. 151, objeto de ratificação em 2010), tudo ensejando um balanço analítico que hoje também tem de ser construído e aberto ao diálogo acadêmico. Nesta linha é que despontou o recente texto deste autor, intitulado “Constituição da República, Sistema Trabalhista Brasileiro e Direito Coletivo do Trabalho – Reflexões Complementares”, publicado em 2015 em diferentes revistas especializadas, sendo incorporado, por fim, como capítulo próprio (de n. VIII), na 6ª edição do livro *Direito Coletivo do Trabalho* (São Paulo: LTr, 2015).

(13) PINTO, José Augusto Rodrigues. *Direito Sindical e Coletivo do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1998, p. 217.

(14) PINTO, J. A. R., ob. cit., p. 220.

Dissídios Coletivos do TST: as duas primeiras, conferindo imperatividade ao quorum do art. 612 da CLT; a última, reverenciando o depósito administrativo de atos negociais coletivos fixado pelo art. 614 da CLT.

Felizmente, a partir de 2003 a Corte Superior Trabalhista deflagrou processo de revisão de sua jurisprudência, cancelando, inclusive, as OJs 13 e 21 de sua SDC.

De todo modo, cabe se ressaltar a presença de irrefutáveis situações de incompatibilidade entre a regra celetista e a CF/1988; situações, portanto, de não recepção de preceito da CLT, ainda que se admita que nem toda a Consolidação tenha sido revogada (não recepcionada), no que tange às regras de Direito Coletivo.

É o que se vê, por exemplo, com o disposto no art. 617, § 1º, da Consolidação, que autoriza a substituição do sindicato pela federação (e desta pela respectiva confederação), em caso de recusa sindical à negociação coletiva. Mais: permite o preceito que se concretize a negociação coletiva diretamente entre trabalhadores e correspondente empregador, caso frustradas as tentativas de intermediação sindical. Ora, a regra citada entra em choque frontal com o princípio da autonomia dos sindicatos e com a norma inserida no art. 8º, VI, CF/88 (obrigatoriedade sindical na negociação coletiva). Não pode haver dúvida de que não foi, assim, recepcionada (revogação tácita) em 5.10.1988.⁽¹⁵⁾

2. CCT e ACT: caracterização

No exame dos pontos característicos principais dos dois diplomas negociais coletivos regulados pela ordem jurídica do País, cabe se enfatizarem os seguintes aspectos: legitimação sindical; conteúdo de tais diplomas autônomos; seu caráter formal (ou não); critérios relativos à sua vigência e também à sua duração. Por fim, as regras aplicáveis às situações de prorrogação, revisão, denúncia, revogação e extensão dos dois diplomas coletivos trabalhistas.

A) Legitimação — Os *sindicatos* de categoria profissionais são os sujeitos legitimados, pela ordem jurídica, a celebrar negociação coletiva trabalhista no Brasil, sob o ponto de vista dos empregados. Sob o ponto de

(15) Esclareça-se, por lealdade ao leitor, que há corrente jurisprudencial que entende ter havido recepção parcial do art. 617, *caput* e §§ 1º e 2º, pela Constituição de 1988, notadamente nos casos em que a recusa do sindicato de participar da negociação coletiva mostrar-se inconsistente, desfundamentada, caprichosa, traduzindo algo similar à ideia de *abuso de direito*. Nesse quadro hermenêutico, o princípio da interveniência sindical na negociação coletiva manter-se-ia com o *status* de *critério geral*, ressalvada, porém, a exceção do art. 617, § 1º da CLT para as situações de recusa ou inércia abusivas do respectivo sindicato de trabalhadores. A esse respeito, consultar, neste Curso, o tópico *Princípio da Interveniência Sindical na Normatização Coletiva*, situado no Capítulo XXXIV, item IV.1.

vista dos empregadores, como estudado, a legitimação pode ser própria, direta, *ao menos no caso de acordo coletivo de trabalho*. É o que dimana da Constituição vigente (art. 8º, VI).

No caso de *categorias inorganizadas* em sindicatos, a federação assume a correspondente legitimidade para discutir e celebrar *convenções coletivas de trabalho*. Inexistindo também federação, assume a legitimidade a correspondente confederação (art. 611, § 2º, CLT).

Essa regra relativa a categorias inorganizadas, embora expressa na lei, já derivaria, naturalmente, da diretriz da liberdade sindical. É que tal princípio assegura a empregados o direito de terem sua entidade sindical representativa, e de participarem, por meio dela, do processo negocial coletivo.

Em se tratando de acordo coletivo de trabalho, aplica-se o mesmo critério aqui exposto: *inorganizada a categoria*, os trabalhadores de certa empresa podem pleitear à respectiva federação ou, em sua falta, confederação, que assuma a legitimidade para a discussão assemblear e celebração de acordo coletivo de trabalho.

Mas atenção: não seria eficaz, em princípio, o critério previsto no art. 617, § 1º, da CLT, em vista de não ter sido recepcionado pela Constituição (art. 8º, VI, CF/88). A CLT, como já debatido, fala na transferência de legitimação para a federação ou, em falta desta, para a confederação, no caso de *recusa do sindicato à negociação coletiva*. Nesta linha, muito menos seria viável, constitucionalmente, a negociação direta entre os próprios trabalhadores e seu respectivo empregador, mencionada pelo preceito celetista (art. 617, § 1º, *in fine*, CLT), à luz do comando explícito do art. 8º do Texto Máximo de 1988: “*é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho*”.

Relembre-se, entretanto, ao leitor, que há corrente jurisprudencial ponderável que considera subsistente o mecanismo excepcional do art. 617, § 1º, *in fine*, da CLT, *desde que se trate de recusa sindical injustificada, indubitavelmente abusiva*. Evidente que, mesmo nesta hipótese excepcional (se for ela considerada compatível com o art. 8º, VI, da Constituição), o documento coletivo negociado surgido não poderá desrespeitar os limites do princípio da adequação setorial negociada, que se aplicam a toda e qualquer negociação coletiva trabalhista.⁽¹⁶⁾

a) Centrais Sindicais — Esclareça-se, a propósito do tema da legitimação para a negociação coletiva trabalhista, que a jurisprudência brasileira,

(16) A respeito deste tema, consultar, no Capítulo XXXIV deste Curso, o tópico IV.1, (“1. Princípio da Interveniência Sindical na Normatização Coletiva”). Observe-se que também as novas *comissões de representação de empregados nas empresas com mais de 200 empregados* não ostentam poderes relativos à negociação coletiva trabalhista (art. 8º, VI, CF; art. 510-E, CLT, desde MPr. n. 808/2017).

pacificamente (STF e TST), não tem reconhecido legitimidade coletiva às entidades de cúpula do sindicalismo do País: as centrais sindicais (CUT, UGT, CTB, Força Sindical, etc.). O fundamento jurídico residiria na circunstância de tais entidades não estarem até então tipificadas em lei, sobrepondo-se, como mero fato sociopolítico, à estrutura sindical regulada pela CLT.

Registre-se que a Lei n. 11.648, de 31.3.2008, que realizou, explicitamente, o *reconhecimento formal das centrais sindicais*, preferiu não estender a tais entidades os poderes da negociação coletiva trabalhista (Lei n. 11.648/08, *ementa* e art. 1º), sufragando, nessa medida, a restrição já consagrada na jurisprudência dominante.

b) *Entes Estatais de Direito Público* — A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Superior do Trabalho, regra geral, não tem considerado constitucional a negociação coletiva intentada entre sindicatos de servidores públicos celetistas e respectivos entes públicos empregadores. Embora ratificada pelo Brasil a Convenção 154 da OIT, de *fomento à negociação coletiva*, que se refere, inclusive, à administração pública (art. 1º, 3), a Corte Máxima tem entendido que o instituto não foi estendido a esse campo pela Constituição. Não se trataria, aqui, precisamente de falta de legitimidade do respectivo sindicato de servidores públicos, porém de inaplicabilidade do instituto negocial coletivo à esfera da administração pública.

É preciso, entretanto, ponderar o surgimento de inovação normativa importante nesta seara: a ratificação da Convenção 151 da OIT, sobre *relações de trabalho na função pública*, ocorrida em 2010, pelo Decreto Legislativo n. 206 (Diário Oficial de 08.04.10). Ora, esse diploma internacional ratificado autoriza e estimula a prática da negociação coletiva trabalhista no segmento estatal, abrindo novas possibilidades interpretativas quanto a esse tema. Naturalmente que a Constituição da República impõe imperativo obstáculo ao manejo da negociação coletiva, em qualquer circunstância, *relativamente a certas matérias*, especialmente aquelas que envolvam elevação de despesas, as quais ficam circunscritas a texto de *diploma legal* (nesta linha, ver, por exemplo, preceitos contidos nos seguintes artigos da CF/88: 37, II, V, X, XI, e § 8º; 39; 165; 167; 169).

No caminho aberto pelas novas induções trazidas pela Convenção 151 da OIT, a Seção de Dissídios Coletivos do TST, a partir do segundo semestre de 2010, passou a conferir relevo à distinção entre *cláusulas econômicas* e *cláusulas meramente sociais* — estas sem conteúdo econômico —, para —, para fins de celebração de negociação coletiva trabalhista e instauração de processo de dissídio coletivo. Embora o texto original da OJ 05 da SDC/TST não fizesse semelhante diferenciação — vedando, genericamente, tanto a negociação coletiva (ACT ou CCT) como o dissídio coletivo quanto a

peças jurídicas de direito público, mesmo que contratando servidores pela CLT —, a maioria da Seção, em face do novo diploma internacional ratificado, preferiu abrir senda inovadora na jurisprudência consolidada, relativamente às cláusulas meramente sociais, sem conteúdo econômico.⁽¹⁷⁾

Por fim, em setembro de 2012, o TST conferiu nova redação à OJ 05 de sua SDC, de maneira a permitir a ação de dissídio coletivo, entre tais partes, quanto às chamadas *cláusulas sociais*. Por consequência lógica, a negociação coletiva trabalhista também estaria implicitamente franqueada nesse segmento social e institucional, *desde que envolvendo somente cláusulas sociais*.⁽¹⁸⁾

B) Conteúdo — Os instrumentos negociais coletivos contêm, basicamente, *regras jurídicas e cláusulas contratuais*. Noutras palavras, seu conteúdo engloba, ao mesmo tempo, *dispositivos normativos e dispositivos obrigacionais*.

As *regras jurídicas*, de maneira geral, são aquelas que geram direitos e obrigações que irão se integrar aos contratos individuais de trabalho das respectivas bases representadas. Consubstanciam a razão de ser da negociação coletiva, enquanto mecanismo criador de fontes normativas autônomas do Direito do Trabalho. Tendem a compor, naturalmente, a maior parte dos instrumentos coletivos trabalhistas. São seus exemplos preceitos que estipulam adicionais maiores do que os heterônomos existentes (noturno, de horas extras, etc.), que conferem reajustes salariais ou fixam pisos normativos, que asseguram novas garantias provisórias de emprego, etc.

As *cláusulas contratuais*, por sua vez, são as que criam direitos e obrigações para as respectivas partes convenientes: sindicato obreiro e empresa, no caso de acordo coletivo de trabalho, e sindicato obreiro e sindicato empresarial, no caso de convenção coletiva de trabalho. Em geral, têm presença reduzida nos instrumentos coletivos. Ilustra essa cláusula aquela que, em acordo coletivo, determina à empresa a entrega ao sindicato da lista de nomes e endereços de seus empregados.

(17) A respeito, verificar os seguintes precedentes da SDC, todos posteriores ao Decreto Legislativo n. 206, de 07.04.2010, que ratificou a Convenção 151 da OIT: RXOF e RODC 2008000-03.2005.5.02.0000, Rel. Ministro Mauricio Godinho Delgado, DEJT 20.08.2010; RXOF e RODC 2025300-70.2008.5.02.0000, Rel. Ministra Kátia Magalhães Arruda, DEJT 17.9.2010; ReeNec e RO-RODC 51000-22.2008.5.15.0000, Rel. Ministro Waldir Oliveira da Costa, DEJT 15.10.2010. Para melhor exame do tema, ler o tópico “Negociação Coletiva no Segmento Público: especificidades” no Capítulo IV.X do livro deste autor, *Direito Coletivo do Trabalho*. 7 ed. São Paulo: LTr, 2017. Consultar também ARAÚJO, Flórida Dutra de. *Negociação Coletiva dos Servidores Públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

(18) Eis a nova redação da OJ 5 da SDC do TST: “Em face de pessoa jurídica de direito público que mantenha empregados, cabe dissídio coletivo *exclusivamente para apreciação de cláusulas de natureza social*. Inteligência da Convenção n. 151 da Organização Internacional do Trabalho, ratificada pelo Decreto Legislativo n. 206/2010” (grifos acrescidos).

Esta é a diferenciação fundamental acerca do que contêm os diplomas negociais coletivos: um *conteúdo normativo*, mais relevante do ponto de vista substantivo e, em geral, muito mais amplo, ao lado de um *conteúdo obrigacional*⁽¹⁹⁾.

A doutrina aponta, ainda, outras classificações para o conteúdo dos pactos coletivos trabalhistas. *Alonso Garcia*, por exemplo, refere-se a *cláusulas normativas*, *cláusulas obrigacionais* e *cláusulas de garantia*⁽²⁰⁾. As duas primeiras corresponderiam, respectivamente, às regras jurídicas e cláusulas contratuais acima citadas. As últimas seriam dispositivos concernentes à regulação do próprio instrumento normativo (vigência, eficácia, duração, etc.)⁽²¹⁾.

Nota-se, porém, que as chamadas *cláusulas de garantia* têm natureza, na verdade, de *regras jurídicas* — e não de cláusulas meramente contratuais. É que afetam, sem dúvida, os direitos e obrigações de empregados e empregadores atingidos pelo instrumento negocial coletivo, ao fixar-lhes o início de vigência, duração no tempo e demais aspectos correlatos. Esta tipologia, portanto, não escapa à diferenciação principal de conteúdo acima exposta (regras jurídicas e cláusulas contratuais).

C) Forma — A convenção e o acordo coletivos são instrumentos formais, solenes. Necessariamente lançados por escrito, submetidos a divulgação pública razoável, têm os próprios procedimentos para sua concepção e concretização subordinados a ritos e exigências de relativa complexidade. A solenidade é, portanto, da natureza do instituto, uma vez que se trata de mecanismo criador de importante complexo de regras jurídicas.

Isso significa que, mesmo acolhendo-se a tese da não recepção constitucional das exigências e procedimentos fixados pela CLT, não se pode considerar válida negociação coletiva que não cumpra requisitos e formalidades *consistentes* fixadas no estatuto sindical (convocação ampla, pauta publicizada, quórum razoável para instalação e deliberação assemblear, lançamento a termo escrito das regras e cláusulas estipuladas, etc.).

Acolhendo-se os critérios estipulados pela CLT, o formalismo começa a se estampar no art. 613 e seus incisos e parágrafo único, que se referem à forma escrita (sem emendas nem rasuras, diz a lei), número de vias segundo os sindicatos e empresas convenientes, além do conteúdo mínimo obrigatório do respectivo diploma.

(19) Nesta linha, NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de Direito Sindical*, 2. ed. São Paulo: LTr, 2000, p. 304-306, que aponta na doutrina germânica do início do século XX o primeiro enunciado sobre a diferenciação central entre cláusulas obrigacionais e normativas.

(20) GARCIA, Alonso. *Curso de Derecho del Trabajo*. Barcelona, 1973, p. 232, conforme PINTO, José Augusto Rodrigues, ob. cit., p. 217-218.

(21) GARCIA, Alonso. *Loc. cit.*

O rito negocial celetista inicia-se com a convocação assemblear específica, a ser feita conforme os estatutos sindicais (art. 612, CLT). O quórum de comparecimento e votação na Assembleia Geral é o seguinte: para as *convenções coletivas*, 2/3 dos *associados*, em primeira convocação, e em segunda, 1/3; para os *acordos coletivos*, 2/3 dos *interessados*, em primeira convocação, e em segunda, 1/3. Para sindicatos com mais de 5 mil associados, o quórum será de 1/8 em segunda convocação (art. 612, CLT).

Não se pode desconhecer, porém, que o rigor desse quórum da CLT afronta o princípio constitucional da autonomia dos sindicatos. Como insistido neste Curso, a matéria é efetivamente própria à regência dos estatutos sindicais (cujas regras submetem-se, é claro, aos princípios jurídicos da lealdade e transparência nas negociações coletivas, da racionalidade e razoabilidade, da vedação ao abuso do direito). Esclareça-se, a propósito, que o TST, após fase de reverência, iniciada nos anos 1990, ao quorum do art. 612 da CLT (nesta linha, as antigas OJs ns. 13 e 21 da SDC), felizmente alterou sua compreensão, cancelando em 2003 as referidas OJs. Em consequência, neste tópico prevalece, sim, o quorum fixado no estatuto sindical.

Dentro do prazo de oito dias, contado da assinatura do documento coletivo, determina a CLT seu depósito no órgão correspondente do Ministério do Trabalho (regional ou nacional, conforme o caso). Em cinco dias desse depósito, deverá também ser afixado nas respectivas sedes e nos estabelecimentos das empresas compreendidas no campo de aplicação do instrumento coletivo celebrado (art. 614, *caput* e § 2º, CLT).

D) Vigência — Estipula a CLT que a vigência dos diplomas autônomos trabalhistas por ela regulados iniciar-se-á *três dias após o depósito administrativo acima mencionado* (art. 614, § 1º).

Parte importante da doutrina entende que tal requisito não foi recebido pela Constituição. Diz *José Augusto Rodrigues Pinto*, por exemplo, que “*nenhuma formalidade se antepõe à eficácia da Convenção Coletiva, uma vez assinada pelas partes legitimadas a celebrá-la, nada impedindo seu registro público para efeitos de emprestar-lhe validade ‘erga omnes’, por efeito da publicidade*”⁽²²⁾.

Contudo, o mesmo autor percebe existir tendência jurisprudencial não enxergando antinomia entre a regra da CLT e o princípio autonômico acolhido na Constituição⁽²³⁾. Encaminha-se nesta direção a jurisprudência mais recente do TST (veja-se, a respeito, por exemplo, o sentido da OJ 34 da SDC/TST).

(22) PINTO, J. A. R. *ob. cit.*, p. 220.

(23) PINTO, J. A. R. *ob. cit.*, p. 220-221.

Ressalte-se, porém, que, mesmo considerando-se obrigatório o depósito administrativo do diploma autônomo, ele preserva seu caráter de *documento comum às partes* (sejam as partes coletivas, sejam apenas empregado e empregador, individualmente considerados). Nessa qualidade, sua prova em juízo pode ser feita até mesmo em fotocópia simples, não autenticada, “desde que não haja impugnação ao seu *conteúdo* (OJ 36, SDI-I/TST; grifos acrescidos).

E) Duração — A lei trabalhista brasileira não permite estipular convenção ou acordo coletivo com duração superior a dois anos (art. 614, § 3º, CLT).

A prática juslaborativa, porém, tem demonstrado que as partes coletivas tendem, normalmente, a restringir essa duração a apenas um ano.

Ressalte-se que a regra da duração restrita desses diplomas negociais coletivos tem ensejado importante debate no Direito do Trabalho: trata-se da aderência ou não, nos contratos de trabalho vigorantes, dos dispositivos de diploma normativo em final de duração. Esse debate será examinado no item VI.3 deste Capítulo, à frente. Registre-se, de todo modo, que após maturada evolução interpretativa deflagrada a partir de 2008 pela SDC, o Tribunal Superior do Trabalho finalmente reviu o texto de sua antiga Súmula 277, de maneira a incorporar a tese da *ultratividade relativa* das cláusulas normativas de CCTs e ACTs nos respectivos contratos de trabalho. É o que será melhor detalhado no item VI.3 deste Capítulo.⁽²⁴⁾

F) Prorrogação, Revisão, Denúncia, Revogação, Extensão — O art. 615 da CLT estabelece que as regras concernentes à prorrogação, revisão, denúncia, revogação total ou parcial de qualquer dos diplomas negociais coletivos que regula, serão as mesmas já estipuladas para a celebração original de tais diplomas.

Portanto, observa-se todo o rito acima exposto, tal como as mesmas formalidades e prazos já expostos.

A CLT não prevê a *extensão* da convenção e do acordo coletivo do trabalho para fora das bases profissionais e econômicas representadas. Este poder não é conferido ao Judiciário, nem ao Executivo, nem às entidades sindicais superiores.

Em consequência, caso exista interesse de sujeitos coletivos trabalhistas de importarem diplomas celebrados em outras fronteiras econômicas e profissionais, terão de se submeter ao mesmo procedimento e formalidades

(24) No referido item VI.3 (“3. Regras Negociais Coletivas e Contrato de Trabalho: relações”), será examinada, inclusive, a decisão liminar expedida na ADPF n. 323-DF, em outubro de 2016, suspendendo os efeitos da Súm. 277/TST, em sua nova redação promovida em setembro de 2012. Aliás, logo depois, o novo § 3º do art. 614 da CLT, inserido pela Lei n. 13.467/2017, vedou a ultratividade de ACTs e CCTs.

de negociação coletiva já expostos nos itens anteriores. O processo será tratado, assim, como celebração própria, específica, nova, de um diploma negocial coletivo.

V. DIPLOMAS NEGOCIAIS COLETIVOS — CONTRATO COLETIVO DE TRABALHO

O contrato coletivo de trabalho é, no Brasil, ainda hoje, figura não institucionalizada na negociação coletiva trabalhista, em contraponto às duas figuras tradicionais existentes, que foram objeto de estudo nos itens III e IV, anteriores. A lei não a tipificou e regulou, nem os seres coletivos trabalhistas tiveram interesse ou força organizativa para implementar, costumeiramente, sua presença no âmbito social. Não tem tido, por isso, aplicação prática na dinâmica justralhista do País.

1. *Denominação: dubiedades*

Na verdade, a denominação *contrato coletivo de trabalho* tem se mostrado algo equívoca na história do Direito brasileiro.

A CLT já utilizou a expressão, antes da reforma de 1967, para designar o diploma negocial coletivo que tipificava, correspondendo ao que hoje se chama convenção coletiva do trabalho (antigos artigos 611 e seguintes da CLT, regulando pacto entre sindicatos econômicos e profissionais). Pelo Dec.-Lei n. 229, de 1967, abandonou-se a denominação contrato coletivo. Passou-se, então, a diferenciar em dois os diplomas da negociação coletiva: a convenção coletiva de trabalho (que substituiu o antigo contrato coletivo) e o recém-criado acordo coletivo de trabalho.

A expressão contrato coletivo de trabalho também já foi utilizada na doutrina para designar certa modalidade de contrato componente do Direito Individual do Trabalho — o contrato plúrimo (como o contrato de equipe, por exemplo).

Este último uso, porém, é claramente inadequado, por confundir figuras de Direito Individual e Direito Coletivo do Trabalho. Deve-se, pois, tecnicamente, preservar apenas o epíteto *contrato plúrimo* para indicar certos tipos de pactos do ramo justralhista individual em que comparece uma pluralidade de sujeitos individuais contratantes (contratos plúrimos e sua variante, contrato de equipe)⁽²⁵⁾.

Em consequência, deve-se reservar a expressão contrato coletivo de trabalho como designativo de figura do Direito Coletivo do Trabalho, situada,

(25) Para análise dos contratos plúrimos, inclusive o de equipe, em contraponto aos contratos individuais de trabalho, consultar, neste Curso, o Capítulo XVI, item III.

do ponto de vista doutrinário, ao lado das duas congêneres tipificadas na CLT, convenção coletiva e acordo coletivo de trabalho.

2. Caracterização

Esta expressão e figura juscoletivas ressurgiram no Direito brasileiro após a Constituição de 1988.

Seu reaparecimento não guarda, entretanto, qualquer vinculação com o antigo instituto regulado pela CLT (arts. 611 e seguintes), antes da reforma de 1967. Aquele antigo instituto era, em tudo, caudatário e afirmador do corporativismo das décadas de 1930 e 40, ao passo que o novo contrato coletivo de trabalho apareceu, mais recentemente, no País, como contraponto ao sistema corporativista, uma tentativa de se gestar um instrumento de negociação coletiva que fosse capaz de ultrapassar os limites da estrutura corporativista tradicional do Direito Coletivo no Brasil.

Uma das primeiras referências legais a esse *novo* contrato coletivo de trabalho foi feita, no Brasil, pela Lei n. 8.542/92 (art. 1º, § 1º), diploma que, entretanto, não definiu, caracterizou ou estruturou juridicamente a figura. A Lei do Trabalho Portuário da década de 1990 (n. 8.630/93, art. 18, parágrafo único; art. 49) também mencionava a novel figura (igualmente sem a tipificar, contudo)⁽²⁶⁾.

Os esforços doutrinários têm conduzido, porém, a algumas ilações sobre o instituto. Uma delas dirige-se a fixar que se trata de pacto contratual coletivo, celebrado no exercício da autonomia privada coletiva, com aptidão formal para produzir normas jurídicas. Sob o ponto de vista de sua natureza jurídica, portanto, a nova figura não se afastaria da convenção e do acordo coletivos; consistiria, desse modo, em um terceiro tipo de instituto derivado da negociação coletiva trabalhista.

Outra ilação doutrinária diz respeito ao âmbito de abrangência do novo instituto, certamente mais vasto do que o conferido às duas figuras tradicionais da CLT. Ou seja, somente seria justificável pensar-se em contrato coletivo caso este viesse superar algumas das óbvias limitações das figuras já consagradas na Consolidação.

Porém, sob esse ponto de vista, a antiga estrutura sindical montada pelo modelo trabalhista do País, e em grande parte preservada pela Constituição de 1988, mostra-se inadequada a viabilizar semelhante empreendimento. Afinal, as entidades sindicais obreiras organizam-se, hoje, por segmento profissional específico, ao passo que uma das ideias relevantes do contrato coletivo

(26) A novidade existiria, é claro, apenas quanto à presença da figura no sistema brasileiro, já que estaria consagrada há tempos em outros sistemas jurídicos, como o italiano Pós-Segunda Guerra Mundial.

reside na fixação de normas mais abrangentes do que as dirigidas ao universo delimitado de uma específica categoria. Desse modo, enquanto não se alterarem alguns aspectos estruturais marcantes do sistema sindical pátrio, não parece promissora a possibilidade de florescimento desse terceiro instituto da negociação coletiva no Brasil.

VI. DIPLOMAS NEGOCIAIS COLETIVOS: EFEITOS JURÍDICOS

Os diplomas negociais coletivos produzem efeitos jurídicos em duas esferas de sujeitos de direito: as partes convenientes (que sofrem as repercussões diretas das cláusulas obrigacionais) e as bases profissionais e econômicas respectivamente representadas na dinâmica negocial (que recebem as repercussões diretas dos dispositivos normativos elaborados). Os *dispositivos obrigacionais* (cláusulas contratuais) têm, portanto, meros efeitos *inter partes*. Em contraponto, os preceitos normativos (regras jurídicas) têm efeitos *erga omnes*, respeitadas as fronteiras da respectiva representação e base territorial.

A jurisprudência, entretanto, tem restringido, na prática, os efeitos *erga omnes* dos preceitos normativos de convenção coletiva de *categoria diferenciada* (motoristas, professores, etc.). É que os considera vinculantes do empregador apenas se este tiver sido também representado na respectiva celebração da convenção — o que raramente ocorre, no plano real⁽²⁷⁾.

O estudo sobre os efeitos jurídicos das normas coletivas negociadas remete, ainda, a três debates relevantes: a hierarquia existente entre as regras autônomas e as regras estatais; a hierarquia estabelecida entre as regras de convenção coletiva e de acordo coletivo; finalmente, as relações entre as regras coletivas negociadas e sua inserção e permanência (ou não) nos contratos de trabalho. É o que será examinado nos três itens seguintes.

1. Regras Coletivas Negociadas e Regras Estatais: hierarquia

À medida que o Direito é um *sistema*, isto é, um conjunto de partes lógica e dinamicamente coordenadas entre si, é necessário estudarem-se os critérios de harmonização dessas partes componentes, em especial quando duas ou mais regras jurídicas venham regulamentar de modo diferente uma mesma situação concreta.

Esse estudo é fundamental no Direito do Trabalho, onde há um amplo universo de regras jurídicas de origem privada contrapondo-se a um outro universo significativo de regras jurídicas estatais.

(27) Trata-se da Súmula 374, TST; ex-OJ 55, SDI-I/TST.

Um dos principais critérios de harmonização das regras componentes do Direito — e de qualquer de seus ramos — é o da *hierarquização estabelecida entre suas regras*. A fixação de uma ordem, uma gradação, de uma prevalência entre as regras jurídicas — o estabelecimento, pois, de uma hierarquia — confere sistematicidade, coerência e harmonia ao Direito.

Há uma teoria geral a respeito de hierarquia normativa, no Direito, e, a seu lado, uma teoria especial *justrabalhista*⁽²⁸⁾.

A) Hierarquia Normativa: teoria geral — No Direito Comum os diplomas normativos (lei em sentido material) classificam-se, hierarquicamente, segundo sua maior ou menor *extensão de eficácia* e sua maior ou menor *intensidade criadora do Direito*.

A hierarquia fixa-se pela extensão de eficácia e intensidade normativa do diploma, concentradas essas qualidades mais firmemente na Constituição e, em grau gradativamente menor, nos diplomas normativos de caráter inferior. Esses dois critérios informam os princípios da constitucionalidade e da legalidade, inspiradores e orientadores de toda a ordem jurídica no âmbito do Direito Comum.

Com inspiração nesse critério hierárquico rígido e inflexível do Direito Comum, nada, na ordem jurídica, agride a Constituição e, abaixo dessa, nada agride a lei. A pirâmide de hierarquia normativa apresenta-se com a seguinte disposição: Constituição, no vértice, acompanhada de emendas à Constituição. Em seguida, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias. Em seguida, decretos (regulamento normativo) e, sucessivamente, diplomas dotados de menor extensão de eficácia e mais tênue intensidade normativa.⁽²⁹⁾

B) Hierarquia Normativa: especificidade justrabalhista — Não é esse, entretanto, o critério hierárquico preponderante no Direito do Trabalho. Na verdade, há dois pontos centrais de distanciamento entre o Direito Comum e o Direito do Trabalho no tocante ao critério de hierarquia normativa.

(28) A análise dessas duas teorias, referidas nas alíneas “A” e “B”, a seguir, foi retirada da obra deste autor, *Introdução ao Direito do Trabalho*, 3. ed. São Paulo: LTr, 2001, no item III de seu Capítulo IV, intitulado Fontes do Direito do Trabalho. Neste Curso, consultar o Capítulo V, item VII.

(29) Os diplomas internacionais ratificados de Direitos Humanos (os quais são, como se sabe, também econômicos, sociais e culturais, inclusive trabalhistas) ostentam *status supra legal* no Brasil. Se tais diplomas forem ratificados com o quorum especial referido pelo § 3º do art. 5º da CF (EC n. 45/2004), passarão a ostentar *status* de emenda constitucional. Se se tratar de documentos normativos internacionais ratificados, porém sem essas peculiaridades apontadas, seu *status* será de simples *diploma legal*. A respeito, consultar neste Curso o Capítulo V, em seu item IV.3 (“3. Tratados e Convenções Internacionais”), em que se examina, inclusive, a jurisprudência do STF sobre o tema.

Em primeiro lugar, no ramo justralhista não se deve, em princípio, falar em hierarquia de diplomas normativos, mas em hierarquia de *regras jurídicas* (heterônomas e autônomas). Em segundo lugar, o critério informador da pirâmide hierárquica justralhista é distinto do rígido e inflexível imperante no Direito Comum.

A eleição da norma jurídica — em vez do diploma normativo — como elemento integrante da pirâmide hierárquica justralhista resulta da composição altamente diversificada do universo de fontes características a esse ramo jurídico especializado, em que cumprem papel de alto relevo fontes de origem não estatal (fontes autônomas). A construção hierárquica a partir da ideia de diploma (e não de norma) inviabilizaria o papel dinâmico e inovador aberto pelo Direito do Trabalho às forças criativas do Direito existentes na sociedade civil, desfigurando a própria essência desse ramo jurídico.

Some-se a isso o respeito ao caráter hegemônico direcionador que tem no Direito do Trabalho, nesse tema, um de seus princípios (o da *norma mais favorável*), fato que não se compatibilizaria com a inflexibilidade piramidal típica do Direito Comum. Os avanços e aperfeiçoamentos jurídicos alcançados em segmentos econômico-profissionais mais desenvolvidos entrariam em choque com a rigidez do império dos diplomas heterônomos estatais, impedindo a democratização e desenvolvimento do Direito do Trabalho.

Desse modo, a necessidade de se adequar o critério de hierarquia jurídica à composição normativa diversificada do Direito do Trabalho e ao caráter essencialmente teleológico (finalístico) de que se reveste esse ramo jurídico especializado, com o direcionamento em seu interior do *princípio da norma mais favorável* — que tem alicerce, inclusive, *constitucional* (art. 7º, *caput*, CF) —, tudo conduz ao afastamento justralhista do estrito critério hierárquico rígido e formalista prevalecente no Direito Comum.

O critério normativo hierárquico vigorante no Direito do Trabalho opera da seguinte maneira: a pirâmide normativa constrói-se de modo plástico e variável, elegendo a seu vértice dominante a norma que mais se aproxime do caráter teleológico do ramo justralhista. À medida que a matriz teleológica do Direito do Trabalho aponta na direção de conferir solução às relações empregatícias segundo um sentido social de restaurar, hipoteticamente, no plano jurídico, um equilíbrio não verificável no plano da relação econômico-social de emprego — objetivando, assim, a melhoria das condições socioprofissionais do trabalhador —, prevalecerá, tendencialmente, na pirâmide hierárquica, aquela norma que melhor expresse e responda a esse objetivo teleológico central justralhista. Em tal quadro, a hierarquia de normas jurídicas não será estática e imutável, mas dinâmica e variável, segundo o princípio orientador de sua configuração e ordenamento.

Esse princípio direcionador, como visto, é o da *norma mais favorável ao trabalhador*. Assim, aplicar-se-á ao caso concreto — sendo naquele caso hierarquicamente superior — a norma mais favorável ao empregado. O vértice da pirâmide normativa, variável e mutável — ainda que apreendido segundo um critério permanente —, não será a Constituição Federal ou a lei federal *necessariamente*, porém a norma mais favorável ao trabalhador. Não há, assim, uma contradição inconciliável entre as regras heterônomas estatais e regras autônomas privadas coletivas (entre o Direito do Estado e o Direito dos grupos sociais), mas uma espécie de *incidência concorrente*: a norma que disciplinar uma dada relação de modo mais benéfico ao trabalhador prevalecerá sobre as demais, *sem derrogação permanente, mas mero preterimento, na situação concreta enfocada*.⁽³⁰⁾

Há, entretanto, limites à aplicação desse critério hierárquico especial ao Direito do Trabalho — fronteira a partir da qual mesmo no ramo justralhista se respeita o critério rígido e inflexível do Direito Comum. Tais limites encontram-se nas normas proibitivas oriundas do Estado. De fato, o critério justralhista especial não prevalecerá ante normas heterônomas estatais proibitivas, que sempre preservarão sua preponderância, dado se revestirem do *imperium* específico à entidade estatal. Tais normas — como dito — encorajam-se em sua incidência de um inarredável matiz soberano.

Acumulação Versus Conglobamento — O critério de hierarquia normativa preponderante no Direito Comum tem a seu favor a óbvia virtude da singeleza, que propicia claro e objetivo caminho de sua compreensão e cumprimento. A rigidez e inflexibilidade da pirâmide normativa confere transparência à relação de superioridade e inferioridade entre os diplomas jurídicos, reduzindo a margem de dúvidas e contradições na atuação dos operadores do Direito.

Já o critério justralhista, por ser plástico, flexível e variável, assume caráter de maior complexidade em sua estruturação e dinâmica operacional, dificultando um claro e objetivo caminho para sua compreensão e cumprimento. Por essa razão, a Ciência do Direito, aplicada ao ramo trabalhista, busca construir teorias que sejam consistentes e hábeis a conferir o máximo de objetividade e universalidade possíveis à execução do critério hierárquico prevalecente no Direito do Trabalho.

(30) Observe-se que o *princípio da norma mais favorável*, embora tendo assento tradicional no Direito do Trabalho, foi claramente incorporado pela Constituição da República, por se situar dentro de sua lógica estrutural e teleológica, de enfática natureza humanista e social. Assim é que o art. 7º, *caput*, da CF/88 dispõe, explicitamente, a seguinte norma, antes de arrolar dezenas de incisos assecuratórios de direitos individuais e sociais trabalhistas: “Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, *além de outros que visem à melhoria de sua condição social*: (...) (grifos acrescidos). É com esse *status* e solidez constitucionais que tal princípio ilumina o critério de hierarquia normativa no Direito do Trabalho.

Duas teorias centrais se destacam nesse intento, sob o nome *teoria da acumulação* (também chamada de *teoria da atomização*) e *teoria do conglobamento* (esta, dividida entre a vertente do *conglobamento setorizado* ou *mitigado*, de maior prestígio científico, ao lado do *conglobamento amplo, total* ou *puro*). Ambas as teorias buscam informar critérios para a determinação da norma mais favorável — elemento balizador do vértice da pirâmide normativa —, a partir de processos lógicos de avaliação e seleção entre as normas jurídicas postas em análise e cotejo.⁽³¹⁾

A *teoria da acumulação* (ou da *atomização*) propõe como procedimento de seleção, análise e classificação das normas cotejadas, o fracionamento do conteúdo dos textos normativos, retirando-se os preceitos e institutos singulares de cada um que se destaquem por seu sentido mais favorável ao trabalhador. À luz dessa teoria acumulam-se, portanto, preceitos favoráveis ao obreiro, cindindo-se diplomas normativos postos em equiparação.

A vertente da acumulação é bastante criticável, do ponto de vista científico. É que ela claramente conduz a uma postura analítica atomista, consubstanciada na soma de vantagens normativas extraídas de diferentes diplomas. É verdade que ela enseja o encontro de um saldo normativo fortemente favorável ao trabalhador. Contudo, não é menos verdade que o faz ao preço de liquidar a noção de Direito como *sistema*, tornando as operações de interpretação, integração e aplicação das regras jurídicas extremamente erráticas e fortemente submetidas à formação ideológica particular de cada operador. Mais que isso, tal teoria suprime o caráter universal e democrático do Direito, por tornar sempre singular a fórmula jurídica aplicada a cada caso concreto.

A teoria da acumulação (ou *atomização*), desse modo, enseja um seccionamento do sistema normativo, encarado em seu universo global e sistemático, conduzindo a resultados jurídicos casuísticos e incomunicáveis, considerado o conjunto do sistema do Direito. A precariedade de tal proposição teórica mais se sobreleva em face de não se harmonizar com o padrão científico principal de análise do fenômeno jurídico: é que à Ciência do Direito repele enfocar-se um caso concreto e específico sem a permanente e recorrente visão da totalidade fático-jurídica circundante em que ele se encontra inserido. A busca da coerência *no* e *do* sistema normativo será

(31) A jurista Alice Monteiro de Barros apresenta denominações equivalentes para a vertente do conglobamento setorizado ou mitigado: menciona as expressões “conglobamento parcial”, “conglobamento orgânico” e também “conglobamento por institutos”. In: *Curso de Direito do Trabalho*. 9. ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 101-104. A respeito, consultar também: CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense/São Paulo: Método, 2015, p. 90-97; JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. *Direito do Trabalho*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 145-152; GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Curso de Direito do Trabalho*. 9. ed. Rio de Janeiro: GEN/Forense, 2015, p. 95-98; MARTINEZ, Luciano. *Curso de Direito do Trabalho — relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 86-89.

sempre uma conduta fundamental na compreensão, interpretação e aplicação do Direito — e essa busca não é viabilizada pela teoria da acumulação.

A *teoria do conglobamento*, por sua vez, constrói um procedimento de seleção, análise e classificação das normas cotejadas sumamente diverso do anterior. Para essa segunda teoria não cabe se fracionarem preceitos ou institutos jurídicos, realizando-se a comparação, em busca da norma mais favorável, a partir da totalidade dos sistemas ou diplomas jurídicos comparados (neste caso, trata-se do chamado conglobamento amplo, total ou puro) ou, pelo menos, a partir de um *bloco relevante e coerente dessa totalidade* (neste caso, trata-se do conglobamento mitigado ou setorizado).

Iniciando-se a análise pela vertente do *conglobamento mitigado* ou *setorizado* (que é a vertente mais prestigiada na doutrina, jurisprudência e, até mesmo, na lei trabalhista), cada conjunto normativo é apreendido globalmente, *considerado o mesmo universo temático*; respeitada essa seleção, é o referido conjunto comparado aos demais, também globalmente apreendidos, encaminhando-se, então, pelo cotejo analítico, à determinação do conjunto normativo mais favorável.⁽³²⁾

A vertente do conglobamento setorizado ou mitigado propugna pela organização do instrumental normativo em função da matéria tratada (*ratione materiae*), para se extrair o instrumental mais favorável, encarado este sob um ângulo unitário, do conjunto. Está, portanto, diante de um critério sistemático, em que se respeita cada regime normativo em sua unidade inteira e global. A percepção da norma mais favorável faz-se considerando-se seu sentido no universo do sistema a que se integra, de modo a não se criar, pelo processo de seleção e cotejo, antinomias normativas entre a solução conferida ao caso concreto e a linha básica e determinante do conjunto do sistema.

A teoria do conglobamento, em sua vertente setorizada ou mitigada, é certamente a mais adequada à operacionalização do critério hierárquico normativo preponderante no Direito do Trabalho. A seu favor tem a virtude de não incorporar as apontadas distorções da teoria da acumulação, além de ser a única teoria a harmonizar a flexibilidade do critério hierárquico justralhista com a essencial noção de *sistema* inerente à ideia de Direito — e de ciência.

A superioridade da orientação teórica do conglobamento setorizado ou mitigado fez com que o próprio legislador claramente se reportasse a essa orientação, em situação de conflito de normas jurídicas. De fato, a Lei n. 7.064/82, que dispõe sobre a situação de trabalhadores brasileiros contratados ou transferidos para prestarem serviços no exterior, socorreu-se

(32) Conforme visto, a teoria do conglobamento mitigado ou setorizado é também denominada de “conglobamento parcial”, “conglobamento orgânico” e também “conglobamento por institutos”. Nesta linha se destaca BARROS, Alice Monteiro *In: Curso de Direito do Trabalho*. 9. ed., São Paulo: LTr, 2013, p. 101-104.

da teoria do conglobamento setorizado no contraponto entre a lei territorial externa e a lei brasileira originária. Observe-se, nessa linha, o texto do art. 3º, II, do mencionado diploma legal: “a aplicação da legislação brasileira de proteção ao trabalho, naquilo que não for incompatível com o disposto nesta Lei, quando mais favorável do que a legislação territorial, *no conjunto de normas e em relação a cada matéria*” (grifos acrescidos).

Já a vertente do conglobamento total ou amplo exacerba a lógica da teoria do conglobamento, fazendo-a perder as suas vantagens metodológicas e científicas. Simplesmente considera o conjunto de todo o ordenamento ou o conjunto de todo o diploma normativo, realizando, a partir daí, a comparação, de modo a concluir pelo mais favorável. Em vista dessa exacerbação produzida, tal vertente não conta com adesão expressiva da maioria da doutrina e jurisprudência trabalhistas do País.⁽³³⁾

Ressaltese, por fim, que o parâmetro para se proceder à comparação da norma mais favorável não será o indivíduo, tomado isoladamente, mas a *coletividade interessada* (categoria, por exemplo) ou o trabalhador objetivamente considerado como *membro de uma categoria ou segmento*, inserido em um quadro de dimensão mais ampla. Como se nota, também por esse aspecto, o critério do conglobamento emerge como o mais adequado na dinâmica de apreensão da norma trabalhista mais favorável⁽³⁴⁾.

2. Regras de Convenção e Acordo Coletivos: hierarquia

A convenção coletiva de trabalho, como se sabe, tem âmbito muito mais largo de abrangência do que o simples acordo coletivo de trabalho. É possível

(33) Não obstante a indicada tendência geral da jurisprudência e da doutrina, o jurista Luciano Martinez enquadra dentro da vertente do conglobamento puro, amplo ou total o critério disposto no inciso II da Súmula n. 51 do TST — que, dessa maneira, despontaria como nítida exceção à própria regra geral estabelecida no inciso I da mesma Súmula n. 51. Eis o que dispõe o inciso II mencionado: “*Havendo a coexistência de dois regulamentos de empresa, a opção do empregado por um deles tem efeito jurídico de renúncia às regras do sistema do outro. (ex-OJ n. 163. Inserida em 26.3.1999)*”. A respeito, MARTINEZ, Luciano. *Curso de Direito do Trabalho — relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 89.

(34) Para mais ampla pesquisa acerca das teorias do conglobamento, com suas vertentes do conglobamento setorizado ou mitigado, além do conglobamento amplo ou total, a par da teoria da acumulação (ou atomização), consultar os seguintes autores: BARROS, Alice Monteiro. *Curso de Direito do Trabalho*. 9. ed., São Paulo: LTr, 2013, p. 101-104; CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense/São Paulo: Método, 2015, p. 90-97; JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. *Direito do Trabalho*. 8. ed., São Paulo: Atlas, 2015, p. 145-152; GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Curso de Direito do Trabalho*. 9. ed. Rio de Janeiro: GEN/Forense, 2015, p. 95-98; MARTINEZ, Luciano. *Curso de Direito do Trabalho — relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 86-89.

uma CCT abranger certa categoria de todo um Estado, ao passo que um acordo coletivo é celebrado, naquela mesma base territorial, exclusivamente com uma única empresa da mesma categoria econômica.

Nesse quadro de conflito de regras, qual é a hierarquia existente entre os preceitos normativos de convenção e acordo coletivos que abrangem os mesmos trabalhadores, considerado um mesmo período de tempo?

A resposta mais imediata conduziria à prevalência das regras do ACT, por serem especiais, em contraponto aos preceitos da CCT, que teriam, na categoria, caráter geral. Esta conclusão derivaria da teoria geral do Direito Comum reguladora dos conflitos de regras, que informa que a regra especial não se comunica com a geral, prevalecendo na ordem jurídica — a menos que haja sua revogação *expressa*. Tal critério teórico, aliás, foi incorporado, há décadas, pela hoje denominada Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (art. 2º, § 2º).

Entretanto, a ordem justralhista ostentava regra explícita a respeito, estipulando que as condições estabelecidas em convenção, *quando mais favoráveis, prevalecerão* sobre as estipuladas em acordo coletivo de trabalho (art. 620, CLT, vigente até 11.11.2017).

Está claro, portanto, que essa regra celetista determina a preponderância da convenção coletiva sobre o acordo coletivo, como fórmula para se cumprir o princípio da norma mais favorável, afastando-se o critério geral oriundo do Direito Civil. Porém, se o acordo coletivo for mais favorável, ele há de prevalecer, evidentemente.

A lógica normativa justralhista explica-se: *é que interessa ao Direito Coletivo valorizar os diplomas negociais mais amplos* (como as convenções coletivas), *pelo suposto de que contêm maiores garantias aos trabalhadores*. Isso ocorre porque a negociação coletiva no plano estritamente empresarial (como permite o ACT, embora com o reforço da participação do sindicato) inevitavelmente reduz a força coletiva dos obreiros: aqui eles não agem, *de fato*, como categoria, porém como mera comunidade específica de empregados. A propósito, não é por outra razão que o *sindicalismo de empresa* é considerado uma via de submissão sindical à força do polo empregador.

Contudo, apesar da regra do então art. 620 da CLT, caso a CCT *autorize* a celebração em separado de ACT, esta permissão é tida como válida, viabilizando a prevalência do ACT menos favorável, em situação de conflito de normas autônomas.

A Lei n. 13.467/17 (vigência a partir de 11.11.2017), porém, inverteu toda a equação, em menoscabo ao princípio constitucionalizado da norma mais favorável (art. 7º, *caput*, CF). No novo texto imposto ao art. 620, ficou estipulada regra inversa: “As condições estabelecidas em acordo coletivo de

trabalho *sempre* prevalecerão sobre as estipuladas em convenção coletiva de trabalho”. (grifos acrescidos).

3. Regras Negociais Coletivas e Contrato de Trabalho: relações

Importante debate surge no presente tema: que relação há, do ponto de vista temporal, entre as regras dos ACTs e das CCTs com os contratos de trabalho? Elas aderem permanentemente ao contrato empregatício ou não?

A) Aderência Irrestrita (ultratividade plena) — Três posições interpretativas principais existem a esse respeito⁽³⁵⁾. A primeira (*aderência irrestrita*) sustenta que os dispositivos de tais diplomas ingressam para sempre nos contratos individuais, não mais podendo deles ser suprimidos. Na verdade, seus efeitos seriam aqueles inerentes às cláusulas contratuais, que se submetem à regra do art. 468, *caput*, CLT. Trata-se, na verdade, de conferir ultratividade plena aos dispositivos negociais coletivos no tocante aos contratos de trabalho por eles regidos.

Tal vertente já foi prestigiada na jurisprudência do País, quando não se reconhecia à negociação coletiva o poder de criar *efetivas normas jurídicas*. A partir da Constituição de 1988 — que pioneiramente (se considerada a tradição dos 50 anos anteriores) impulsionou a negociação coletiva no Brasil, reconhecendo seu real caráter de fonte criativa de normas (e não simples cláusulas) —, a antiga posição perdeu densidade e prestígio jurídicos.

De todo modo, na doutrina há ainda fortes defensores da vertente da aderência contratual irrestrita⁽³⁶⁾.

B) Aderência Limitada pelo Prazo (sem ultratividade) — Em polo oposto à antiga vertente, situa-se a posição interpretativa que considera que os dispositivos dos diplomas negociados vigoram no prazo assinado a tais diplomas, não aderindo indefinidamente a eles (*aderência limitada pelo prazo*). Aplicar-se-ia, aqui, o mesmo critério do texto original da Súmula 277, TST (embora esta se dirigisse à sentença normativa, como se sabe). Tal vertente teve prestígio significativo na jurisprudência por vários anos, desde 1988, certamente pelo fato de o sistema jurídico preservado pela nova Constituição da República, em seu texto original de 88, ter mantido amplo acesso ao dissídio coletivo de natureza econômica para os sindicatos de trabalhadores, fato que assegurava razoável equilíbrio entre as partes coletivas trabalhistas na realidade econômica e social brasileira.⁽³⁷⁾

(35) O presente tema está analisado na obra deste autor, *Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho*, já citada, sob o título Princípio da Aderência Contratual (Capítulo III, item II, tópico 4), para onde também remetemos o leitor.

(36) Nesta linha, PINTO, José Augusto Rodrigues, ob. cit., p. 219.

(37) Desde março de 1988 o critério da aderência contratual limitada pelo prazo (ausência de qualquer ultratividade) esteve expresso no texto original da Súmula 277 do TST. Embora

C) Aderência Limitada por Revogação (ultratividade relativa)

— Entre as duas vertentes interpretativas, há a que defende a *aderência limitada por revogação* — também conhecida como ultratividade relativa ou provisória das normas coletivas negociadas. Trata-se, sem dúvida, posição tecnicamente mais correta e doutrinariamente mais sábia — embora não fosse, reconheça-se, prestigiada de modo notável na jurisprudência entre 1988 até fins da primeira década do novo século. Em 2008, entretanto, a partir de decisões da Seção de Dissídios Coletivos do TST em sentenças normativas, começou a despontar com energia na jurisprudência da Corte Superior Trabalhista, alcançando o *status* de Precedente Normativo 120 da SDC em 2011. Finalmente, em 09.2012, consagrou-se na nova redação da Súmula 277/TST.

Para esta posição intermediária (ultratividade relativa ou provisória das cláusulas coletivas negociadas), os preceitos dos diplomas normativos negociados vigorariam *até que novo diploma negocial coletivo os revogasse*. É óbvio que a revogação consumir-se-ia não apenas de modo expresso, podendo também se passar tacitamente (tal como acontece com qualquer *norma jurídica*). A revogação tácita ocorreria, por exemplo, em virtude de o novo diploma regular o conjunto da matéria omitindo preceitos da velha convenção ou acordo coletivo, independentemente de haver efetiva incompatibilidade entre dispositivos novos e antigos; ocorreria também se despontasse incompatibilidade entre os preceitos confrontados.

Tal posição se mostra, tecnicamente, mais correta, por se estar tratando de norma jurídica — e norma provisória é, regra geral, uma excepcionalidade. Doutrinariamente é também mais sábia, por ser mais harmônica aos objetivos do Direito Coletivo do Trabalho, que são buscar a paz social, aperfeiçoar as condições laborativas e promover a adequação setorial justaba-lhista. Ora, a provisoriedade conspira contra esses objetivos, ao passo que o critério da aderência por revogação instaura natural incentivo à negociação coletiva.

esse verbete se referisse, no começo, apenas à sentença normativa, acabou tendo influência crescente sobre as normas coletivas trabalhistas em geral, ou seja, CCT e ACT. Em 2003, a OJ 322 da SDI-I do TST corroborou essa influência. Em 2011, uma vez mais, o novo inciso I encartado na Súmula 277 enfatizou a mesma influência. Porém, na verdade, desde o início de 2008 — pouco tempo após as mudanças promovidas nessa temática pela EC n. 45, de 30.12.2004 —, a Seção de Dissídios Coletivos do TST já se inclinava em direção diferente, por meio de diversos julgados; essa nova direção consagrou-se por intermédio da aprovação do Precedente 120 da SDC também em 2011. Em 2012, por fim, o TST re-uniformizou sua jurisprudência quanto a esse tema, afastando o antigo critério da aderência contratual limitada pelo prazo para consagrar, em contrapartida, na nova redação da Súmula 277, o critério da *aderência contratual limitada por revogação*, também conhecido pelo epíteto de *ultratividade relativa*.

A adoção dessa posição interpretativa intermediária tornou-se necessária depois da *reforma do Judiciário* promovida pela EC n. 45, de 30.12.2004. É que, alterando o art. 114 da CF — que trata da competência da Justiça do Trabalho —, a EC n. 45 conferiu nova redação ao § 2º do artigo constitucional mencionado, *restringindo, gravemente, o acesso aos TRTs e TST por intermédio da ação judicial de dissídio coletivo de natureza econômica, que passou a depender da expressa ou implícita concordância patronal para ser admitida na Justiça do Trabalho* (trata-se do novo pressuposto processual do *comum acordo*, inserido no texto do § 2º do art. 114 da Constituição, que regula o poder normativo judicial trabalhista). Nesse quadro, apenas pela correção interpretativa quanto à ultratividade provisória das cláusulas de CCTs e ACTs — até que novo diploma coletivo ou judicial viesse regular as condições de trabalho —, é que se conseguiria restabelecer certa equivalência entre os contratantes coletivos trabalhistas, em vista da desmesurado e desproporcional potência coletiva que a antiga vertente interpretativa, *diante do novo preceito reformado*, passava a conferir ao poder econômico no contexto das relações coletivas de trabalho.

Note-se que o legislador infraconstitucional insistiu, na década de 1990, na adoção dessa vertente interpretativa intermediária — inclusive como fórmula assecuratória de certas garantias relevantes à atuação coletiva obreira no contexto da negociação coletiva. Assim é que a Lei n. 8.542/92, em seu art. 1º, § 1º, dispôs 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*”. Estabeleceu, desse modo, o legislador parlamentar da época a integração contratual *limitada por revogação*, estendendo a fronteira máxima da aderência contratual dos preceitos convencionais à data de vigência do novo diploma normativo que fixe condições de trabalho para o segmento profissional envolvido. É bem verdade que o legislador presidencial dos anos 1990, ao revés, insistiu no afastamento de tal critério da ordem jurídica, por meio de repetidas *medidas provisórias* revogatórias dos §§ 1º e 2º do art. 1º da Lei n. 8.542/92 (trata-se das MPs que fixaram medidas complementares ao Plano Real, desde 1995, a contar da MP n. 1.053, de 30.6.1995 — DOU de 1.7.1995 — art. 17, revogando os referidos parágrafos, até a final conversão em Lei n. 10.192, de 14.2.2001). Naquela época, porém, o *princípio da equivalência entre os contratantes coletivos*, próprio ao Direito Coletivo do Trabalho e harmônico à Constituição da República, não se via tão gravemente afrontado pela circunstância de ser então bastante largo o caminho de acesso judicial à ação coletiva do dissídio de natureza econômica; e, mediante esta ação coletiva anômala, seria viável se alcançar o estabelecimento de normas e condições para trabalhadores e empregadores atingidos pela sentença normativa.

A nova realidade trazida pelo fechamento drástico do caminho do dissídio coletivo de natureza econômica, pela EC n. 45/2004, tornou imprescindível a correção interpretativa, por ser a vertente da ultratividade relativa das cláusulas coletivas negociadas importante medida fortalecedora da negociação coletiva trabalhista, ao preservar equânime e razoável equilíbrio entre os seres coletivos contrapostos.

Felizmente, a jurisprudência trabalhista encaminhou-se na direção da vertente da aderência contratual limitada por revogação (ou ultratividade relativa), conforme expresso em decisões normativas da SDC do TST desde 2008, seguidas pela aprovação do Precedente Normativo 120 dessa SDC em 2011 e, por fim, em setembro de 2012, pelo novo texto da Súmula 277 do TST.⁽³⁸⁾

Entretanto, em outubro de 2016, na ADPF n. 323-DF (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental), a Súmula 277 do TST, em sua nova redação, teve os seus efeitos suspensos por medida liminar concedida pelo Ministro Relator, Gilmar Mendes, do STF. Com tal decisão monocrática, inseriu-se obstáculo significativo à busca da real efetividade para o princípio jurídico fundamental da equivalência entre os contratantes coletivos e para a equilibrada evolução da negociação coletiva trabalhista no País. De fato, tendo o poder econômico a incomensurável vantagem jurídica de ver suprimidas, em uma data prefixada, todas as dezenas de cláusulas normativas do ACT ou CCT respectivo — sem que haja o antigo espaço institucional para o sindicato de trabalhadores protocolar a sua ação judicial de dissídio coletivo de natureza econômica perante a Justiça do Trabalho —, torna-se simplesmente irracional que o(s) empregador(es) se voltem, espontaneamente, para a negociação coletiva trabalhista.⁽³⁹⁾

Poucos meses depois de outubro-2016, a Lei da Reforma Trabalhista, de 13.7.2017, vedou, taxativamente, a ultratividade (novo § 3º, *in fine*, do art. 614 da CLT).

De toda maneira, é preciso se enfatizar que, independentemente do debate acima, a jurisprudência tem considerado — com razão — que o *patamar*

(38) Esta era a nova redação da Súmula 277: “*CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO OU ACORDO COLETIVO DE TRABALHO. EFICÁCIA. ULTRATIVIDADE (redação alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012). Res. 185/2012 — DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012. As cláusulas normativas dos acordos coletivos ou convenções coletivas integram os contratos individuais de trabalho e somente poderão ser modificadas ou suprimidas mediante negociação coletiva de trabalho*”. Os efeitos jurídicos dessa súmula, porém, quatro anos depois de aprovada pelo TST, foram suspensos por decisão liminar do Ministro Gilmar Mendes, na ADPF n. 323-DF, prolatada em outubro de 2016 — conforme se verá logo a seguir.

(39) Para maior análise sobre o assunto, retornar, neste Curso, ao Capítulo XXXIV (“Princípios Especiais do Direito Coletivo do Trabalho”), em seu item VI, intitulado “Novas Interpretações sobre os Princípios do Direito Coletivo do Trabalho: Decisões Recentes do STF”.

salarial resultante de instrumentos coletivos fixadores de reajustes salariais adere, sim, permanentemente, aos contratos de trabalho em vigor no período de vigência do respectivo diploma, mesmo após cessada tal vigência. Isso ocorre por força do princípio especial da intangibilidade dos salários (ou sua irredutibilidade). Realmente, caso se retornasse ao nível salarial anterior ao correspondente diploma (um ou dois anos antes), em situações de falta de nova negociação, poder-se-ia assistir a uma brutal redução salarial dos trabalhadores envolvidos. *Não há tese jurídica qualquer que justifique violência social*; assim, além do princípio específico da irredutibilidade, os princípios constitucionais da proporcionalidade, da segurança, da justiça social e da dignidade da pessoa humana inviabilizariam tal efeito social desagregador⁽⁴⁰⁾.

VII. NEGOCIAÇÃO COLETIVA — POSSIBILIDADES E LIMITES

Debate importante instigado pela negociação coletiva trabalhista diz respeito às suas potencialidades jurídicas (a extensão de sua criatividade de regras de Direito); paralelamente, a discussão sobre as restrições que encontra na ordem justralhista e, inclusive, no âmbito constitucional.

Tal debate remete-nos ao que chamamos *princípio da adequação setorial negociada*. Ou seja, os critérios de harmonização entre as regras jurídicas oriundas da negociação coletiva (através da consumação do princípio de sua criatividade jurídica) e as regras jurídicas provenientes da legislação heterônoma estatal⁽⁴¹⁾.

Efetivamente, um dos pontos centrais de inter-relação entre o Direito Coletivo e o Direito Individual do Trabalho reside na fórmula de penetração e harmonização das normas juscoletivas negociadas perante o estuário normativo heterônomo clássico ao Direito Individual do Trabalho. Reside, em síntese, na pesquisa e aferição sobre os critérios de validade jurídica e extensão de eficácia das normas oriundas de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho em face da legislação estatal imperativa que tanto demarca o ramo justralhista individual especializado.

(40) DELGADO, M. G. *Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2001, p. 81 (4. ed., 2013, p. 116-117).

(41) O presente texto reporta-se a duas obras anteriores deste autor: *Introdução ao Direito do Trabalho*, já citada, em seu Capítulo V, tratando dos princípios justralhistas, e *Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho*, também já citada, em seu Capítulo IV, tratando dos princípios especiais do Direito Coletivo do Trabalho. Neste Curso, consultar seu Capítulo XXXIV. A respeito do presente tema, examinar o instigante artigo de Daniela Muradas Antunes, *A Negociação Coletiva Trabalhista e Suas Restrições Jurídicas*. Porto Alegre: Síntese, *Revista Síntese Trabalhista*, ano XIII, n. 146, agosto de 2001, p. 26-38. Consultar ainda TEODORO, Maria Cecília Máximo. *O Princípio da Adequação Setorial no Direito do Trabalho*, São Paulo: LTr, 2007.

Em que medida as normas juscoletivas podem se contrapor às normas jusindividuais imperativas estatais existentes? Desse dilema é que trata o que denominamos *princípio da adequação setorial negociada* — configurado, por essa razão, como o princípio de Direito Coletivo que mais de perto atua e influencia a dinâmica específica ao Direito Individual do Trabalho.

1. Possibilidades e Limites: o princípio da adequação setorial negociada

Pelo *princípio da adequação setorial negociada*, as normas autônomas juscoletivas, construídas para incidirem sobre certa comunidade econômico-profissional, podem prevalecer sobre o padrão geral heterônomo justrabalhistas, desde que respeitados certos critérios objetivamente fixados. São dois esses critérios autorizativos: a) quando as normas autônomas juscoletivas implementam um padrão setorial de direitos superior ao padrão geral oriundo da legislação heterônoma aplicável; b) quando as normas autônomas juscoletivas transacionam setorialmente parcelas justrabalhistas de indisponibilidade apenas relativa (e não de indisponibilidade absoluta).

No primeiro caso especificado (*quando as normas autônomas juscoletivas implementam um padrão setorial de direitos superior ao padrão geral oriundo da legislação heterônoma aplicável*), as normas autônomas elevam o patamar setorial de direitos trabalhistas, em comparação com o padrão geral imperativo existente. Assim o fazendo, não afrontam sequer o princípio da indisponibilidade de direitos que é inerente ao Direito Individual do Trabalho.

Já no segundo caso (*quando as normas autônomas juscoletivas transacionam setorialmente parcelas justrabalhistas de indisponibilidade apenas relativa — e não de indisponibilidade absoluta*), o princípio da indisponibilidade de direitos é realmente afrontado, mas de modo a atingir somente parcelas de *indisponibilidade relativa*. Estas, assim, se qualificam quer pela natureza intrínseca à própria parcela (ilustrativamente, modalidade de pagamento salarial, tipo de jornada pactuada, fornecimento ou não de utilidades e suas repercussões no contrato, etc.), quer pela existência de expresse permissivo jurídico heterônomo a seu respeito (por exemplo, montante salarial: art. 7º, VI, CF/88; ou montante de jornada: art. 7º, XIII e XIV, CF/88).

São amplas, portanto, as possibilidades de validade e eficácia jurídicas das normas autônomas coletivas em face das normas heterônomas imperativas, à luz do princípio da adequação setorial negociada. Entretanto, está, também, claro que essas possibilidades não são plenas e irrefreáveis. Há *limites objetivos* à adequação setorial negociada; limites jurídicos objetivos à criatividade jurídica da negociação coletiva trabalhista.

Desse modo, *ela não prevalece se concretizada mediante ato estrito de renúncia (e não transação)*. É que ao processo negocial coletivo falece

poderes de *renúncia* sobre direitos de terceiros (isto é, despojamento unilateral sem contrapartida do agente adverso). Cabe-lhe, essencialmente, promover *transação* (ou seja, despojamento bilateral ou multilateral, com reciprocidade entre os agentes envolvidos), hábil a gerar normas jurídicas.

Também *não prevalece a adequação setorial negociada se concernente a direitos revestidos de indisponibilidade absoluta (ao invés de indisponibilidade relativa), os quais não podem ser transacionados nem mesmo por negociação sindical coletiva*. Tais parcelas são aquelas imantadas por uma tutela de interesse público, por constituírem um *patamar civilizatório mínimo* que a sociedade democrática não concebe ver reduzido em qualquer segmento econômico-profissional, sob pena de se afrontarem importantes princípios constitucionais, como o da centralidade da pessoa humana na ordem jurídica e na vida socioeconômica, o da segurança (em seu sentido também humanístico e social, ao invés do sentido tradicional que lhe tem sido atribuído), o da justiça social, o da subordinação da propriedade à sua função socioambiental, o da valorização do trabalho e emprego, a par do princípio da dignidade da pessoa humana. Expressam, ilustrativamente, essas parcelas de indisponibilidade absoluta a anotação de CTPS, o pagamento do salário mínimo, as normas de saúde e segurança no ambiente do trabalho; *em suma, todos os direitos e normas que ostentem caráter imperativo por força da ordem jurídica heterônoma estatal*.

Em conformidade com o já exposto, na ordem jurídica brasileira, esse patamar civilizatório mínimo está dado, essencialmente, por três grupos convergentes de normas trabalhistas heterônomas: *as normas constitucionais em geral* (respeitadas, é claro, as ressalvas *parciais* expressamente feitas pela própria Constituição: art. 7º, VI, XIII e XIV, por exemplo); *as normas de tratados e convenções internacionais vigorantes no plano interno brasileiro* (referidas pelo art. 5º, §§ 2º e 3º, CF/88, já expressando um patamar civilizatório no próprio mundo ocidental em que se integra o Brasil); *as normas legais infraconstitucionais que asseguram patamares de cidadania econômica e social ao indivíduo que labora* (preceitos relativos à saúde e segurança no trabalho, normas concernentes a bases salariais mínimas, normas de identificação profissional, dispositivos antidiscriminatórios, em síntese, todos os dispositivos que contenham imperatividade em sua incidência no âmbito do contrato de trabalho).⁽⁴²⁾

(42) Conforme se sabe, a imperatividade da ordem jurídica heterônoma estatal trabalhista constitui a regra geral prevalecente no Direito brasileiro. Normas efetivamente dispositivas no Direito do Trabalho são raras e, quando existem, caracterizam-se por sua frágil efetividade. Ver, por exemplo, a regra facultativa de inserção do empregado doméstico no regime do FGTS, criada pela MPr n. 1986/1999, e subsequentes medidas provisórias renovatórias, com conversão na Lei n. 10.208/2001: durante seus quase quinze anos de vigência (com o Decreto n. 3361, de 10.2.2000, tornou-se viável a inscrição do doméstico no Fundo de Garantia),

Passadas mais de duas décadas de experiência jurídica e cultural intensa desde o advento da Constituição (de 1988 a 2015, portanto, ilustrativamente), a jurisprudência trabalhista já tem, contemporaneamente, aferido de modo bastante objetivo e transparente a adequação setorial negociada. Nessa linha, de maneira geral, tem considerado que, *estando a parcela assegurada por regra imperativa estatal (Constituição, Tratados e Convenções Internacionais ratificados e/ou Leis Federais), ela prevalece soberanamente, sem possibilidade jurídica de supressão ou restrição pela negociação coletiva trabalhista — salvo se a própria regra heterônoma estatal abrir espaço à interveniência da regra coletiva negociada.*

Tomem-se alguns exemplos consagrados antes da Lei n. 13.467/2017 (vigorante desde 11.11.17). Os impactos desse diploma legal na compreensão do princípio da adequação setorial negociada serão especificamente examinados no item 3, mais à frente (“3. Reforma Trabalhista e Negociação Coletiva”). Neste item 1, portanto, o assunto será analisado tomando-se em conta a jurisprudência consagrada até 31 de dezembro de 2018 — data de atualização deste Curso.⁽⁴³⁾

Essa objetiva compreensão jurisprudencial que se consagrou nas últimas décadas está bem expressa, por exemplo, na Súmula 449 do TST (produto da conversão da antiga OJ 372 da SDI-1), como na Súmula 437, II, do TST (conversão da antiga OJ 342, I, da SDI-1), em que se enfatizam os poderes e os limites da negociação coletiva trabalhista, que deve respeitar o império da normatividade estatal.

Foi essa compreensão jurisprudencial objetiva que certamente conduziu o TST a cancelar, em 2011, verbetes sumulares que indicavam diretriz oposta, tais como a Súmula 349, o antigo item II da Súmula 364 e a OJ Transitória 04 da SDI-1.

apresentou efetividade pífia, sendo muito pouco concretizada nas relações domésticas de emprego do País. Somente com o advento da Lei Complementar n. 150/2015, é que se tornou realmente obrigatória e efetiva a inserção do empregado doméstico no Fundo de Garantia (pela sistemática da LC n. 150/2015, a partir de 1º de outubro de 2015 todos os empregados domésticos passaram a ter direito aos depósitos mensais de FGTS).

(43) As regras de Direito Material do Trabalho inseridas pela Lei da Reforma Trabalhista ostentam efeitos imediatos, a partir de 11.11.2017, sobre as relações materiais trabalhistas constituídas a partir da data de vigência da lei nova (11.11.2017). É que, de maneira geral, na ordem jurídica do País, a lei nova tem de respeitar, naturalmente, o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada (art. 5º, XXXVI, CF/88). Naturalmente que direitos ainda não adquiridos no curso do contrato antigo, em face de ainda não terem reunido todos os seus elementos constitutivos (por exemplo, gratificação de função percebida há menos de 10 anos), não serão mais conquistados naqueles antigos contratos, pois foram extirpados da ordem jurídica pela Lei n. 13.467/2017 (por exemplo: novo § 2º do art. 468, CLT, em contraponto com a interpretação assentada na Súmula n. 372, I, do TST).

O tema merece exame circunstanciado, feito a partir da jurisprudência sumulada da Corte Superior Trabalhista da República.

Nesse quadro, examine-se a jurisprudência dominante. Menciona a Súmula n. 449 da Corte Superior Trabalhista: *“Minutos que antecedem e sucedem a jornada de trabalho. Lei n. 10.243, de 19.06.2001. Norma coletiva. Flexibilização. Impossibilidade. (conversão da OJ n. 372 da SBDI-1) — Res. 194/2014, DEJT divulgado em 21, 22 e 23.05.2014. A partir da vigência da Lei n. 10.243, de 19.6.2001, que acrescentou o § 1º ao art. 58 da CLT, não mais prevalece cláusula prevista em convenção ou acordo coletivo que elastece o limite de 5 minutos que antecedem e sucedem a jornada de trabalho para fins de apuração de horas extras.”* Por sua vez, fixa a Súmula n. 437, II: *“É inválida cláusula de acordo ou convenção coletiva de trabalho contemplando a supressão ou redução do intervalo intrajornada porque este constitui medida de higiene, saúde e segurança do trabalho, garantido por norma de ordem pública (art. 71 da CLT e art. 7º, XXII, da CF/88), infenso à negociação coletiva”.*

O que se percebe é que as duas diretrizes jurisprudenciais demarcam, com clareza, que não cabe à negociação coletiva diminuir ou suprimir direito trabalhista que tenha sido criado, *sem ressalvas*, por regra estatal imperativa.

Examine-se, em seguida, o texto das súmulas e OJs canceladas, que haviam sido escritas em direção manifestamente oposta. Inicialmente, Súmula 349/TST: *“A validade de acordo coletivo ou convenção coletiva de compensação de jornada de trabalho em atividade insalubre prescinde da inspeção prévia da autoridade competente em matéria de higiene do trabalho (art. 7º, XIII, da CF/1988; art. 60 da CLT)”*. Também o antigo item II da Súmula n. 364/TST: *“A fixação do adicional de periculosidade em percentual inferior ao legal e proporcional ao tempo de exposição ao risco, deve ser respeitada, desde que pactuada em acordos ou convenções coletivos”*. Finalmente, o texto da OJ Transitória 04, também da SDI-1/TST: *“O acordo coletivo estabelecido com a Mineração Morro Velho sobrepõe-se aos comandos da lei, quando as partes, com o propósito de dissipar dúvidas e nos exatos limites de seu regular direito de negociação, livremente acordaram parâmetros para a base de cálculo do adicional de insalubridade”*.

Todos esses três verbetes mais antigos da jurisprudência autorizavam a flexibilização trabalhista de regras legais imperativas, por meio da via negociada coletiva, inclusive, no tocante a matérias relacionadas à saúde e à segurança do trabalhador. Naturalmente que, por não mais corresponderem à leitura jurisprudencial trabalhista dominante, foram canceladas na sessão plenária do TST, em 24.5.2011.

Na esteira dessa mesma lógica jurisprudencial, dois novos verbetes foram aprovados pelo TST em 2016. Trata-se do novo item VI da Súmula 85:

“VI — Não é válido acordo de compensação de jornada em atividade insalubre, ainda que estipulado em norma coletiva, sem a necessária inspeção prévia da autoridade competente, na forma do art. 60 da CLT”. Trata-se também do novo item II da Súmula n. 364: “Não é válida cláusula de acordo ou convenção coletiva de trabalho fixando o adicional de periculosidade em percentual inferior ao estabelecido em lei e proporcional ao tempo de exposição ao risco, pois tal parcela constitui medida de higiene, saúde e segurança do trabalho, garantida por norma de ordem pública (arts. 7º, XXII e XXIII, da CF e 193, § 1º, da CLT)”.

Estão bem claros, dessa maneira, a lógica e o sentido da ordem constitucional brasileira relativamente aos poderes e limites da negociação coletiva trabalhista: esta constitui veículo para o aperfeiçoamento da ordem jurídica, em harmonia aos princípios e regras constitucionais fundamentais — jamais um mecanismo para o desprestígio ou precarização dessa ordem jurídica e das relações socioeconômicas por ela regulamentadas.

Nesse quadro, a negociação coletiva trabalhista pode instituir parcelas novas, não decorrentes de lei, e, nessa dimensão, formular os contornos, a extensão e as repercussões jurídicas dessas parcelas novas criadas. É o que tem reconhecido a jurisprudência trabalhista reiteradamente — como o demonstram as Orientações Jurisprudenciais a seguir indicadas, todas tratando de verbas instituídas pela negociação coletiva trabalhista. Citem-se, para ilustração, a OJ 123 e a OJT 61 da SDI-I, referindo-se à verba de “ajuda alimentação” e correlatas. Cite-se também a OJ 346 da mesma SDI-I, que se reporta a “abono de natureza indenizatória” conferido somente a empregados da ativa. Cite-se, por fim, a OJT 64, também da SDI-I, que menciona outras verbas derivadas estritamente da negociação coletiva trabalhista.⁽⁴⁴⁾

A negociação coletiva trabalhista pode, também, transacionar aspectos efetivamente duvidosos existentes em certa comunidade trabalhista valida-

(44) Eis os textos acima mencionados das OJs da SDI-I TST: a) OJ n. 123: “A ajuda alimentação prevista em norma coletiva em decorrência de prestação de horas extras tem natureza indenizatória e, por isso, não integra o salário do empregado bancário”; b) OJ Transitória 61: “Havendo previsão em cláusula de norma coletiva de trabalho de pagamento mensal de auxílio cesta-alimentação somente a empregados em atividade, dando-lhe caráter indenizatório, é indevida a extensão desse benefício aos aposentados e pensionistas. Exegese do art. 7º, XXVI, da Constituição Federal”; c) OJ 346: “A decisão que estende aos inativos a concessão de abono de natureza jurídica indenizatória, previsto em norma coletiva apenas para os empregados em atividade, a ser pago de uma única vez, e confere natureza salarial à parcela, afronta o art. 7º, XXVI, da CF/88”; d) OJ Transitória 64: “As parcelas gratificação contingente e participação nos resultados, concedidas por força de acordo coletivo a empregados da Petrobras em atividade, pagas de uma única vez, não integram a complementação de aposentadoria”.

mente representada pelos seres coletivos laborais, *desde que se trate realmente de parcela de disponibilidade relativa.*

Entretanto está suficientemente claro que não ostenta a negociação coletiva o poder de reduzir ou normatizar *in pejus* parcela instituída pela ordem jurídica heterônoma estatal, *salvo nos limites — se houver — em que essa ordem jurídica imperativa especificamente autorizar.* Havendo tal autorização, o ACT ou a CCT ganham maior margem de atuação, *mas sem o poder de descaracterizar o direito individual e social manejado, uma vez que têm de respeitar os parâmetros constitucionais e legais incidentes.* Conforme já exposto neste Curso, a negociação coletiva pode concretizar a adequação setorial de vantagens estabelecidas na normatividade estatal imperativa, *desde que essa adequação se resguarde dentro dos limites da autorização fixada pela normatividade heterônoma do Estado, isto é, sem negar, suprimir ou descaracterizar os direitos explicitamente fixados por norma estatal.*

Tomem-se, para ilustração, dois exemplos comuns no cotidiano trabalhista: a hora ficta noturna e seu adicional, ao lado das horas extras, sua base de cálculo e seu adicional.

Conforme se sabe, é firme a jurisprudência trabalhista no sentido de permitir à negociação coletiva trabalhista a fixação da hora noturna de trabalho em 60 minutos (ao invés dos 52'30" estabelecidos pelo § 1º do art. 73 da CLT), *mas desde que aumentado o adicional noturno para percentual significativamente maior do que os 20% estipulados pelo caput do art. 73 da mesma CLT (35% ou mais de adicional noturno, ilustrativamente) — tudo isso, naturalmente, sem esterilizar a natureza eminentemente salarial da respectiva parcela trabalhista.*

De igual forma, para essa mesma jurisprudência, pode a negociação coletiva trabalhista alterar a base de cálculo das horas extras (em contraponto à larga base genericamente firmada pela Súmula 264/TST), *mas desde que estabelecido adicional de sobrejornada muito acima dos 50% fixados no art. 7º, XIII, da Constituição da República (100%, por ilustração — e como é muito comum, a propósito).* Naturalmente que também aqui não se há falar em descaracterização da natureza jurídica salarial da correspondente verba analisada.

Ou seja, em qualquer desses dois exemplos, não pode a negociação coletiva trabalhista caminhar radicalmente por além das fronteiras constitucionais ou legais imperativas, como aconteceria se estipulasse que tais direitos não mais deteriam natureza salarial. Semelhante *patamar civilizatório mínimo* — que não é somente trabalhista, *mas também previdenciário e fiscal* — não pode ser desrespeitado por regra coletiva negociada, uma vez que se trata de *piso civilizatório heterônomo estatal.*

Em síntese, a negociação coletiva trabalhista concerne a poder inerente à sociedade civil e que é amplamente reconhecido e respeitado pela ordem jurídica do País, inclusive a constitucional. Porém não se trata de poder absoluto, incontrolável e avassalador, ou seja, inusitado tipo de super poder que ostente a prerrogativa de atuar no sentido antitético às próprias conquistas firmadas pela Constituição da República, pelas Convenções Internacionais da OIT ratificadas pelo Estado Brasileiro e pela legislação heterônoma estatal da República Federativa do Brasil.⁽⁴⁵⁾

2. Decisões do STF sobre Negociação Coletiva Trabalhista

Nos últimos anos, a contar de 2015, a Corte Suprema prolatou decisões que enfrentaram o tema das possibilidades e dos limites da negociação coletiva trabalhista. Aqui se destacam o RE n. 590.415-SC, relatado pelo Ministro Luis Roberto Barroso (2015) e o RE 895.759-PE, relatado pelo Ministro Teori Zavascki (2016).

No RE n. 590.415-SC aborda-se a amplitude da quitação trabalhista firmada por trabalhador(a) em Plano de Desligamento Incentivado (os conhecidos PDIs, PDVs e programas similares) instituído por negociação coletiva trabalhista. Em sessão ocorrida em 30.04.2015, a partir de voto do Ministro Relator Luis Roberto Barroso, o Plenário do STF *“por unanimidade e nos termos do voto do Relator, conheceu do recurso extraordinário e a ele deu provimento, fixando-se a tese de que a transação extrajudicial que importa rescisão do contrato de trabalho em razão de adesão voluntária do empregado a plano de dispensa incentivada enseja quitação ampla e irrestrita de todas as parcelas objeto do contrato de emprego caso essa condição tenha constado expressamente do acordo coletivo que aprovou o plano, bem como dos demais instrumentos celebrados com o empregado”*.⁽⁴⁶⁾

Na ementa do acórdão prolatado (Ministro Relator Luis Roberto Barroso), ficou explicitada a tese aprovada pela Corte Suprema:

Ementa: DIREITO DO TRABALHO. ACORDO COLETIVO. PLANO DE DISPENSA INCENTIVADA. VALIDADE E EFEITOS.

(45) A adequação das Súmulas e OJs do TST às mudanças trazidas pela Lei da Reforma Trabalhista, no campo do Direito Material do Trabalho, impactará, naturalmente, na essência, as situações fático-jurídicas novas, criadas a partir da vigência da Lei n. 13.467, vigente desde 11.11.2017. Contudo, o art. 702 da CLT, inserido pela própria Lei da Reforma Trabalhista, cria procedimento burocrático intrincado para a mudança de súmulas e OJs na Corte Superior Trabalhista, a par de instituir o inusitado quorum de aprovação de 2/3 dos componentes do TST Pleno.

(46) Por razões distintas, não participaram do julgamento a Ministra Rosa Weber (impedimento) e os Ministros Celso de Mello e Dias Toffoli (ambos com compromisso oficial internacional).

1. *Plano de dispensa incentivada aprovado em acordo coletivo que contou com ampla participação dos empregados. Previsão de vantagens aos trabalhadores, bem como quitação de toda e qualquer parcela decorrente de relação de emprego. Faculdade do empregado de optar ou não pelo plano.*

2. *Validade da quitação ampla. Não incidência, na hipótese, do art. 477, § 2º da Consolidação das Leis do Trabalho, que restringe a eficácia liberatória da quitação aos valores e às parcelas discriminadas no termo de rescisão exclusivamente.*

3. *No âmbito do direito coletivo do trabalho não se verifica a mesma situação de assimetria de poder presente nas relações individuais de trabalho. Como consequência, a autonomia coletiva da vontade não se encontra sujeita aos mesmos limites que a autonomia individual.*

4. *A Constituição de 1988, em seu art. 7º, XXVI, prestigiou a autonomia coletiva da vontade e a autocomposição dos conflitos trabalhistas, acompanhando a tendência mundial ao crescente reconhecimento dos mecanismos de negociação coletiva, retratada na Convenção n. 98/1949 e na Convenção n. 154/1981 da Organização Internacional do Trabalho. O reconhecimento dos acordos e convenções coletivas permite que os trabalhadores contribuam para a formulação das normas que regerão a sua própria vida.*

5. *Os planos de dispensa incentivada permitem reduzir as repercussões sociais das dispensas, assegurando àqueles que optam por seu desligamento da empresa condições econômicas mais vantajosas do que aquelas que decorreriam do mero desligamento por decisão do empregador. É importante, por isso, assegurar a credibilidade de tais planos, a fim de preservar a sua função protetiva e de não desestimular o seu uso.*

7. *Provimento do recurso extraordinário. Afirmção, em repercussão geral, da seguinte tese: “A transação extrajudicial que importa rescisão do contrato de trabalho, em razão de adesão voluntária do empregado a plano de dispensa incentivada, enseja quitação ampla e irrestrita de todas as parcelas objeto do contrato de emprego, caso essa condição tenha constado expressamente do acordo coletivo que aprovou o plano, bem como dos demais instrumentos celebrados com o empregado”.*

Algumas conclusões importantes podem ser inferidas da mencionada decisão plenária.

Em primeiro lugar, o fato de a matéria posta a julgamento abranger *instituto supralegal* (Plano de Desligamento Incentivado), o qual, na época, não era regulado especificamente pelo Direito brasileiro, quer pela Constituição da República, quer por Convenções Internacionais da OIT ratificadas pelo Brasil, quer pelas leis federais trabalhistas do País. Na verdade, apenas a partir de 11.11.2017 é que passou a vigorar o novo art. 477-B da CLT, referindo-se especificamente ao assunto.

Conforme sedimentado na doutrina e jurisprudência trabalhistas, parcela efetivamente supralegal proporciona, em harmonia com o princípio da adequação setorial negociada, maior margem de atuação para a negociação coletiva trabalhista. A decisão da Corte Constitucional não trata, dessa maneira, de situação jurídica em que a negociação coletiva afronta direitos fixados imperativamente em norma heterônoma estatal ou internacional ratificada; a decisão aborda a regência jurídica de instituto que envolve o encerramento

do contrato de trabalho mediante um incentivo específico e relevante ao empregado, e que, no Direito brasileiro, não é instituído ou regulado por norma imperativa, mas criado e regulado por negociação coletiva trabalhista.

Nessa medida, embora a decisão vinculante do STF, de fato, abra uma exceção à interpretação exposta na OJ 270 da SDI-I/TST acerca dos PDVs/PDIs e seus efeitos rescisórios (OJ que deve ser, portanto, ajustada), ela não traduz, de forma alguma, autorização genérica para a flexibilização, desregulamentação ou descaracterização de direitos individuais e sociais fundamentais trabalhistas que sejam, nessa dimensão, instituídos e regulados por *norma imperativa heterônoma estatal*.

Em segundo lugar, o fato de a decisão do STF exigir, para a validade ampla rescisória do PDV/PDI, que o instituto seja explicitamente celebrado por instrumento coletivo negociado sindical, com todas os requisitos e cautelas desse instrumento jurídico peculiar. Nesse contexto, a participação do respectivo sindicato é tida como decisiva, devendo se tratar de sindicato realmente representativo de seus associados. No caso em análise, a propósito, tornou-se igualmente explícito que o PDI/PDV foi amplamente debatido pelos empregados da entidade bancária patronal, com ampla e reiterada participação efetiva dos trabalhadores do Banco, envolvendo sindicatos conhecidos por sua sólida tradição, consistência organizativa e representatividade perante toda a categoria. Não se está diante de uma categoria sem tradição organizativa sindical, nem de sindicatos sem tradição de representatividade e legitimidade reais no contexto da respectiva categoria profissional. ⁽⁴⁷⁾

(47) O Ministro Relator Luis Roberto Barroso assim explicita esse aspecto do caso concreto julgado: “3. *Especificamente sobre a vontade manifestada pela categoria em favor da celebração do acordo coletivo, o acórdão confirma que as negociações desenvolveram-se ao longo de vários meses, com ampla participação dos empregados; que as entidades sindicais foram pressionadas pelos trabalhadores a convocar assembleias para deliberar sobre a proposta de PDI; e que, quando convocadas as assembleias, compareceram 97,14% dos associados dos sindicatos réus — que correspondiam a 77,85% do quadro funcional do BESC lotado nas respectivas bases — tendo-se decidido por 97,69% dos presentes pela aprovação do acordo coletivo nas condições propostas pelo Banco*” (Voto do Ministro Relator Luis Roberto Barroso — RE n. 590.415-SC). Por outro lado, sabe-se que os sindicatos de bancários se inscrevem, no sindicalismo brasileiro, entre os mais destacados por sua firme tradição, sua consistência organizativa e sua ampla representatividade perante a categoria profissional e os respectivos empregadores e a categoria econômica. Afinal, os bancários distinguem-se, no País, por serem uma das raras categorias profissionais que, mesmo possuindo sindicatos supramunicipais ou regionais em todo o território brasileiro, conseguem realizar negociações coletivas anuais com os Bancos, em nível nacional, muitas vezes com a concretização de greves também nacionais, além de conseguirem a observância de uma pauta nacional de negociação e, grande parte das vezes, a celebração de instrumentos coletivos negociados de caráter nacional (com a interveniência das *Confederações*, naturalmente). Trata-se, pois, de maneira geral, de sindicatos realmente sólidos, bem estruturados e realmente representativos. Não fazem parte, conforme se sabe, da regra geral do sindicalismo brasileiro, com seus

Em terceiro lugar, torna-se necessário que haja a efetiva menção à cláusula de estruturação e operação do PDI/PDV, com clara explicitação a respeito da quitação geral e irrestrita das parcelas abrangentes do contrato de trabalho.

Em quarto lugar, também é necessário que exista a clara e expressa inserção dessa amplitude da quitação nos demais instrumentos escritos rescisórios firmados com o empregado.

Em quinto lugar, a decisão da Corte Suprema enfatiza que se deve tratar de PDI/PDV com reais e significativas vantagens para o trabalhador aderente ao Plano (“... *condições econômicas mais vantajosas do que aquelas que decorreriam do mero desligamento por decisão do empregador*”, diz o acórdão). No caso vertente, as condições ofertadas foram, de ponto de vista objetivo, bastante substanciais.⁽⁴⁸⁾

No RE n. 895.759-PE, por outro lado, os aspectos fáticos e jurídicos não são exatamente os mesmos.

Indubitavelmente, no RE n. 895.759-PE, em que interpõe recurso uma entidade usineira rural, se aborda a flexibilização da parcela de horas *in itinere* e seus reflexos legais em face de dispositivos de acordo coletivo de trabalho. O Ministro Relator do STF, Teori Zavascki, em decisão monocrática tomada em 08.09.2016, também se referiu aos poderes da negociação coletiva trabalhista, mas, no presente caso, em torno de parcela explicitamente instituída e regulada por lei federal trabalhista (art. 58, §§ 2º e 3º, CLT).

Reportando-se ao precedente lavrado no julgamento do RE n. 590.415-SC, e que trata da amplitude da quitação trabalhista firmada pelo trabalhador em Plano de Desligamento Incentivado instituído por negociação coletiva trabalhista — processo este sob relatoria do Min. Luis Roberto Barroso, acima examinado —, o Ministro Teori Zavascki, Relator do RE n. 895.759-PE, decidiu, com efeitos de repercussão geral, monocraticamente, conferir provimento “ao recurso extraordinário para *afastar a condenação da recorrente ao pagamento das horas in itinere e dos respectivos reflexos salariais*” (grifos acrescidos).

Explicitou o Ministro Relator do RE n. 895.759-PE que:

“3. No presente caso, a recorrente firmou acordo coletivo de trabalho com o sindicato da categoria à qual pertence a parte recorrida para que fosse suprimido o pagamento

sindicatos modestos, sem solidez organizacional e com parca representatividade — a ponto de o País atingir, em 2016, segundo já exposto neste Curso, a inacreditável soma de 10.926 sindicatos de trabalhadores no território nacional, ao invés de um número bem mais reduzido de entidades sindicais, porém realmente fortes, com manifesta consistência organizacional e bastante representatividade no que tange à sua base profissional de obreiros.

(48) Realmente, no caso em análise pelo STF (RE n. 590.415-SC) — segundo informa o acórdão —, a trabalhador(a) recebeu, em seu documento rescisório do PDI/PDV, valor monetário líquido equivalente a, aproximadamente, **78 vezes** (!) o seu salário mensal no Banco — ou seja, um valor bastante expressivo.

das horas in itinere e, em contrapartida, fossem concedidas outras vantagens aos empregados, "tais como 'fornecimento de cesta básica durante a entressafra; seguro de vida e acidentes além do obrigatório e sem custo para o empregado; pagamento do abono anual aos trabalhadores com ganho mensal superior a dois salários-mínimos; pagamento do salário-família além do limite legal; fornecimento de repositores energéticos; adoção de tabela progressiva de produção além da prevista na Convenção Coletiva (fl. 7, doc. 29)."

Tendo a Corte Trabalhista originária entendido pela invalidade do ACT, nesse ponto temático, ao fundamento de serem as horas *in itinere* direito indisponível do trabalhador, regulado pelo art. 58, § 2º, da CLT, prolatou decisão, segundo o Ministro Teori Zavascki do STF, em contrariedade à *ratio decidendi* do precedente firmado no RE n. 590.415:

"O acórdão recorrido não se encontra em conformidade com a ratio adotada no julgamento do RE 590.415, no qual esta Corte conferiu especial relevância ao princípio da autonomia da vontade no âmbito do direito coletivo do trabalho. Ainda que o acordo coletivo de trabalho tenha afastado direito assegurado aos trabalhadores pela CLT, concedeu-lhe outras vantagens com vistas a compensar essa supressão. Ademais, a validade da votação da Assembleia Geral que deliberou pela celebração do acordo coletivo de trabalho não foi rechaçada nesta demanda, razão pela qual se deve presumir legítima a manifestação de vontade proferida pela entidade sindical.

Registre-se que a própria Constituição Federal admite que as normas coletivas de trabalho disponham sobre salário (art. 7º, VI) e jornada de trabalho (art. 7º, XIII e XIV), inclusive reduzindo temporariamente remuneração e fixando jornada diversa da constitucionalmente estabelecida. Não se constata, por outro lado, que o acordo coletivo em questão tenha extrapolado os limites da razoabilidade, uma vez que, embora tenha limitado direito legalmente previsto, concedeu outras vantagens em seu lugar, por meio de manifestação de vontade válida da entidade sindical." (Decisão Monocrática no RE n. 895.759).⁽⁴⁹⁾

Entretanto há aspectos relevantes a distinguir a *ratio decidendi* do precedente firmado no RE n. 590.415 — que é relacionado aos efeitos da quitação passada em PDI/PDV — em contraponto com a situação processual inerente ao RE 895.759-PE.

No RE 895.759-PE — à diferença do que se passa no RE n. 590.415-SC —, a negociação coletiva invade a esfera de direito individual e social fundamental, explicitamente regulado por regra imperativa heterônoma do Estado, pois as horas *in itinere* são parte integrante da jornada de trabalho, tendo assento na Constituição da República (art. 7º, XIII) e na própria Consolidação das Leis do Trabalho (art. 58, §§ 2º e 3º). Não se trata, pois, de parcela suprallegal, que tenha sido originalmente e exclusivamente instituída e regulada pela própria negociação coletiva.

Ao invadir a esfera da normatividade heterônoma estatal, *excluindo integralmente o direito trabalhista de fundo legal e constitucional, descaracte-*

(49) Cabe esclarecer que os agravos regimentais interpostos contra a decisão monocrática em análise não foram providos pela 2ª Turma do STF (à unanimidade), em julgamento ocorrido em 09.12.2016.

rizando, ademais, a natureza salarial da parcela — tudo isso em contrapartida à oferta de algumas concessões modestas, sem natureza salarial e, até mesmo, provisórias —, a negociação coletiva trabalhista assume a roupagem e a força de um inusitado superpoder oriundo da sociedade civil, apto a inviabilizar, excluir ou descaracterizar direitos individuais e sociais fundamentais trabalhistas. A um só tempo, a negociação coletiva suprime ou descaracteriza direito individual e social de origem legal, como também suprime, pela sua descaracterização salarial, verba de interesse da sociedade e do Estado, eliminando-a como base de cálculo de parcelas de natureza fiscal e de natureza previdenciária.

Entretanto, no contexto de um Estado Democrático de Direito, de origem e regência constitucionais, não há espaço, logicamente, para semelhante e avassalador *superpoder* oriundo da sociedade civil.

No RE 895.759-PE, como se percebe, verifica-se a clara presença de um sindicato frágil, modesto, pouco representativo — a propósito, amostra típica da fragilidade que prepondera, como regra, no universo dos 10.926 sindicatos profissionais brasileiros. E é essa entidade que, curiosamente, assume o papel de desrespeitar o *princípio constitucional da norma mais favorável*, claramente incorporado pela Constituição da República (art. 7º, *caput*), agravando, ao invés de fazer elevar, as condições de vida e trabalho de seus representados constitucionais.⁽⁵⁰⁾

Registre-se que, em se tratando de horas *in itinere*, a jurisprudência trabalhista admite a atuação proporcional da negociação coletiva trabalhista, de maneira a reduzir ou eliminar o risco da incerteza quanto ao tempo de duração de tais horas de transporte, por ser essa duração muito variada, na prática, em face de os trabalhadores tomarem a condução em pontos distintos ao longo da estrada até o efetivo local de trabalho (e *vice-versa*). Assim, pelo princípio constitucional da proporcionalidade, essa jurisprudência admite que o ACT ou a CCT fixem em até 50% do tempo concreto verificado o montante das horas *in itinere* — insistindo, porém, que elas devem preservar, de todo modo, a sua imprescindível natureza salarial e seu importante potencial tributário, previdenciário e trabalhista, no sentido de propiciar reflexos em verbas próprias do contrato de trabalho.⁽⁵¹⁾

(50) O exame da negociação coletiva posta em julgamento evidencia que existem, no ACT, cláusulas do seguinte e questionável teor, além daquela que flexibiliza o direitos às horas itinerantes: dispensa por justa causa em caso de greve não dirigida pelo sindicato (Cláusula n. 44); proibição de acesso ao Poder Judiciário (Cláusula n. 38).

(51) Essa jurisprudência trabalhista consolidada sobre horas *in itinere* evidencia que os Tribunais do Trabalho compreendem, sim, os poderes da negociação coletiva trabalhista, poderes que lhe permitem realizar a denominada *adequação setorial negociada*. Mas, evidentemente, para essa jurisprudência trabalhista, não se trata de poderes ilimitados, avassaladores, aptos a solaparem toda a lógica e sentido humanísticos e sociais da Constituição da República, das

É bem verdade que o § 3º do art. 58 da própria CLT confere certa margem de flexibilização à negociação coletiva relativamente às horas *in itinere*. Diz o preceito legal: “§ 3º Poderão ser fixados, para as microempresas e empresas de pequeno porte, por meio de acordo ou convenção coletiva, em caso de transporte fornecido pelo empregador, em local de difícil acesso ou não servido por transporte público, o tempo médio despendido pelo empregado, bem como a forma e a natureza da remuneração” (grifos acrescidos). Entretanto, na autorização explicitada pela lei não se encontra espaço nem para a total supressão do direito nem para a sua descaracterização como parcela de caráter salarial.

Nesse contexto, a *ratio decidendi* da decisão tomada no RE n. 895.759 — que foi mantida, por unanimidade, pela 2ª Turma do STF, esclareça-se — realmente alarga os poderes e os objetivos da negociação coletiva trabalhista no tocante à parcela legal de horas itinerantes.⁽⁵²⁾

3. Reforma Trabalhista (Lei n. 13.467/2017) e Negociação Coletiva

A Lei da Reforma Trabalhista (n. 13.467, vigente desde 11.11.2017), também trouxe impactos na compreensão acerca da negociação coletiva trabalhista.

Os objetivos da reforma, conforme se percebe, foram distintos. Em sua grande maioria, tais objetivos foram direcionados à diminuição do valor trabalho na economia e na sociedade brasileiras, com a elevação dos ganhos econômicos pelo sistema capitalista do País ao longo de seu manejo contratual da força de trabalho. Para tanto, foram perfilados diversos caminhos, porém convergentes: elevação do poder unilateral do empregador no interior do contrato de adesão empregatício; enfraquecimento da imperatividade das regras jurídicas trabalhistas; exacerbação dos poderes da negociação coletiva trabalhista, mas na direção da flexibilização de regras, garantias e direitos fixados em lei; enfraquecimento do sindicalismo de trabalhadores no País.

Todos esses caminhos afetam, direta ou indiretamente, os poderes e limites da negociação coletiva trabalhista (limites que foram gravemente atenuados, como já referido neste Curso). Por intermédio do novo art. 611-A da CLT foram explicitados os vários temas sobre os quais a negociação coletiva do trabalho pode atuar (naturalmente, com a participação do sindicato

Convenções Internacionais da OIT ratificadas pelo Brasil e da legislação trabalhista federal imperativa do País.

(52) Cerca de dez meses após a decisão monocrática ministerial de 8.9.2016, a Lei n. 13.467, de 13.7.2017 (vigência a partir de 11.11.2017), simplesmente excluiu as horas *in itinere* do elenco legal de direitos e garantias trabalhistas, mediante nova redação imprimida a preceitos contidos no art. 58 da CLT (novo texto do § 2º e revogação do § 3º, ambos do art. 58 da CLT).

profissional correspondente e por meio de CCTs ou ACTs) – e, relativamente a esses temas, as cláusulas negociais coletivas “têm prevalência sobre a lei” (*caput* do art. 611-A da CLT). Trata-se dos seguintes temas e verbas:

I — pacto quanto à jornada de trabalho, observados os limites constitucionais; II — banco de horas anual; III — intervalo intrajornada, respeitado o limite mínimo de trinta minutos para jornadas superiores a seis horas; IV — adesão ao Programa Seguro-Emprego (PSE), de que trata a Lei n. 13.189, de 19 de novembro de 2015; V — plano de cargos, salários e funções compatíveis com a condição pessoal do empregado, bem como identificação dos cargos que se enquadram como funções de confiança; VI — regulamento empresarial; VII — representante dos trabalhadores no local de trabalho; VIII — teletrabalho, regime de sobreaviso, e trabalho intermitente; IX — remuneração por produtividade, incluídas as gorjetas percebidas pelo empregado, e remuneração por desempenho individual; X — modalidade de registro de jornada de trabalho; XI — troca do dia de feriado; XII — enquadramento do grau de insalubridade e prorrogação de jornada em locais insalubres, incluída a possibilidade de contratação de perícia, afastada a licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho, desde que respeitadas, na integralidade, as normas de saúde, higiene e segurança do trabalho previstas em lei ou em normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho (*redação conferida pela MPr. n. 808, de 14.11.2017*); XIII — prorrogação de jornada em ambientes insalubres, sem licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho (*Dispositivo revogado pela MPr. n. 808, de 14.11.2017*); XIV — prêmios de incentivo em bens ou serviços, eventualmente concedidos em programas de incentivo; XV — participação nos lucros ou resultados da empresa.

Acresça-se a esse largo rol de permissões contidas no novo art. 611-A da CLT a regra significativamente flexibilizadora lançada no parágrafo único do novo art. 611-B da CLT: *“Parágrafo único. Regras sobre duração do trabalho e intervalos não são consideradas como normas de saúde, higiene e segurança do trabalho para os fins do disposto neste artigo.”*

Ou seja, para a Lei da Reforma Trabalhista, as *parcelas de indisponibilidade relativa*, próprias para a negociação coletiva trabalhista, se ampliaram largamente: passam a envolver os 15 grandes assuntos especificados no art. 611-A da CLT – alguns deles com caráter multidimensional. A par disso, segundo a Lei n. 13.467/2017, regras sobre duração do trabalho (aventadas nos incisos I e II do art. 611-A) e regras sobre intervalos trabalhistas (aventadas no inciso III do art. 611-A) não ostentariam a natureza de normas de saúde, higiene e segurança do trabalho, *para os fins da negociação coletiva trabalhista*.

É claro que o art. 611-B, em seus 30 incisos, apresenta o elenco de verbas e temas que se mostram vedados para a negociação coletiva trabalhista. Tal elenco não pode ser objeto de exclusão ou de redução por intermédio de ACT ou CCT: na linguagem atécnica da lei, são tidos como “objeto ilícito de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho” (*caput* do art. 611-B da CLT). Tais temas e verbas englobariam, portanto, as *parcelas de indisponibilidade absoluta*, a teor do sentido da Lei da Reforma Trabalhista. Trata-se das seguintes parcelas e temas:

I — normas de identificação profissional, inclusive as anotações na Carteira de Trabalho e Previdência Social; II — seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário; III — valor dos depósitos mensais e da indenização rescisória do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS); IV — salário mínimo; V — valor nominal do décimo terceiro salário; VI — remuneração do trabalho noturno superior à do diurno; VII — proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa; VIII — salário-família; IX — repouso semanal remunerado; X — remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em 50% (cinquenta por cento) à do normal; XI — número de dias de férias devidas ao empregado; XII — gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal; XIII — licença-maternidade com a duração mínima de cento e vinte dias; XIV — licença-paternidade nos termos fixados em lei; XV — proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei; XVI — aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei; XVII — normas de saúde, higiene e segurança do trabalho previstas em lei ou em normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho; XVIII — adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas; XIX — aposentadoria; XX — seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador; XXI — ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho; XXII — proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador com deficiência; XXIII — proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito anos e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos; XXIV — medidas de proteção legal de crianças e adolescentes; XXV — igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso; XXVI — liberdade de associação profissional ou sindical do trabalhador, inclusive o direito de não sofrer, sem sua expressa e prévia anuência, qualquer cobrança ou desconto salarial estabelecidos em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho; XXVII — direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender; XXVIII — definição legal sobre os serviços ou atividades essenciais e disposições legais sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade em caso de greve; XXIX — tributos e outros créditos de terceiros; XXX — as disposições previstas nos arts. 373-A, 390, 392, 392-A, 394, 394-A, 395, 396 e 400 desta Consolidação.

No cotejo entre parcelas e temas inseridos na órbita da negociação coletiva trabalhista, em contraponto com as parcelas e temas excluídos dessa órbita, percebe-se que — perfilada uma interpretação meramente literalista dos novos textos legais analisados — houve um crescimento enorme das parcelas e temas de indisponibilidade relativa. Naturalmente que a doutrina científica e a jurisprudência consistente haverão de cotejar os objetivos pre-carizadores dos preceitos examinados, onde couber, com o conjunto dos princípios e regras do próprio Direito do Trabalho, a par do conjunto de princípios e regras da Constituição da República, além dos princípios e regras advindos dos Tratados e Convenções Internacionais sobre Direitos Humanos Econômicos, Sociais e Culturais, inclusive trabalhistas, no sentido de ajustar, pelo processo interpretativo e/ou pelo processo hierárquico, a natureza e o

sentido regressivos do diploma legal novo à matriz civilizatória da Constituição de 1988, das normas internacionais de Direitos Humanos vigentes no Brasil, além do próprio conjunto geral do Direito do Trabalho. Esta é uma tarefa para o período deflagrado em 11 de novembro de 2017 e fases seguintes.⁽⁵³⁾

VIII. DIPLOMAS COLETIVOS NEGOCIADOS: NATUREZA JURÍDICA

O estudo da natureza jurídica dos diplomas coletivos negociados encontra-se em fase de maturidade científica, já tendo atingido conclusões consistentes acerca de sua classificação no universo do Direito.

Na verdade, conforme já bastante explicitado, a particularidade de tais diplomas encontra-se na circunstância de que são negócios jurídicos celebrados por sujeitos privados (cujo caráter é social, coletivo, e não meramente individual), mas, ainda assim, *tais negócios jurídicos ostentam o condão* de produzir regras jurídicas (e não meras cláusulas obrigacionais, como próprio aos demais negócios jurídicos privados). A diferença específica de tais diplomas perante outros correlatos, está, portanto, na combinação singular que concretizam: o fato de serem contratos, pactos de vontades privadas, embora coletivas, dotados do poder de criação de normas jurídicas.

A chamada *teoria mista*, que enfatiza essa combinação peculiar — *contrato criador de norma jurídica* —, é, sem dúvida, a que melhor explica a natureza jurídica dos diplomas negociais coletivos. São eles, desse modo, pactos de origem societária, envolvendo seres coletivos, a que a ordem jurídica atribui aptidão para gerar regras jurídicas. Sinteticamente, podem ser definidos como *pactos sociais geradores de normas jurídicas*.

1. Teorias Explicativas Tradicionais

A investigação sobre a natureza jurídica do presente instituto jurídico passou, entretanto — como é natural em qualquer procedimento analítico

(53) No campo do Direito Material do Trabalho (Individual e Coletivo), a adequação das eventuais Súmulas e OJs do TST às mudanças trazidas pela Lei da Reforma Trabalhista afetará, na essência, as situações fático-jurídicas novas, criadas a partir da vigência da Lei n. 13.467 (11.11.2017). Até os respectivos processos novos atingirem o TST, em recursos de revista, naturalmente certo lapso temporal terá de ocorrer. De todo modo, o art. 702 da CLT, inserido pela própria Lei da Reforma Trabalhista, cria procedimento burocrático intrincado para a mudança de súmulas e OJs na Corte Superior Trabalhista, a par de instituir o inusitado quorum de aprovação de 2/3 dos componentes do TST Pleno. De toda maneira, em 2019, essa adequação já estará certamente expressa em distintas Súmulas e OJs pertinentes. A respeito do tema, consultar DELGADO, M. G. e DELGADO, G. N. *A Reforma Trabalhista no Brasil* — com os comentários à Lei n. 13.467/2017, 2. ed. São Paulo: LTr, 2018, em seu Capítulo VI, item IV.2 (p. 347-352), que analisa o texto do novo art. 702 da Consolidação das Leis do Trabalho.

— por fases e avaliações que alcançaram outros resultados, marcados pela precariedade ou, pelo menos, insuficiência de suas abordagens. Inúmeras teorias foram elaboradas, enfatizando aspectos diferenciados dos diplomas coletivos, sem, contudo, capturarem sua diferença específica em face de figuras próximas.

Pode-se perceber a presença de três grupos de teorias acerca do presente debate, antes do encontro com a chamada concepção mista: *teorias contratuais* (ou civilistas), *teorias de transição*, e, finalmente, *teorias jurídico-sociais* (ou normativistas).

Uma das primeiras tendências investigatórias sobre o tema conduzia ao enquadramento dos diplomas coletivos negociados no rol dos contratos civis, em face do acordo de vontades que lhes era inerente. Trata-se das *teorias contratuais* ou *teorias civilistas*. Seu ponto comum vincula-se à ênfase no caráter de ajuste de vontades próprio às convenções, acordos coletivos e instrumentos correlatos. A partir dessa ênfase buscava-se inserir as figuras da negociação coletiva nos modelos conhecidos de contratos do Direito Civil.

As mais conhecidas *teorias contratuais* são, por exemplo, as teorias do mandato, da gestão de negócios, da estipulação em favor de terceiros, da personalidade moral fictícia e do contrato inominado.

Sua debilidade teórica é manifesta. De um lado, por não se darem conta da diferença substantiva entre o tipo de acordo vinculatório dos seres coletivos trabalhistas e os tipos de contratos civis mencionados. De outro lado, por não conferirem a adequada relevância ao caráter normativo de tais diplomas trabalhistas.

O segundo grupo de teorias é conhecido como de *transição*. São construções que buscam escapar do receituário contratual civilista, enquadrando os institutos da negociação coletiva em modelos teóricos de caráter distinto, seja no plano do Direito (busca-se a ideia de representação, por exemplo), seja no plano da Sociologia.

As mais conhecidas *teorias de transição* são: do pacto social, da solidariedade necessária, do uso ou costume industrial e teoria da representação legal.

Embora essas teorias incorporem a crítica ao grupo civilista anterior, são também falhas. É que não se trata de abandonar a noção de contrato (como elas fazem), mas de lhe acrescentar a especificidade dos institutos negociais coletivos. Esta especificidade está, do ponto de vista contratual, no fato de que são pactos firmados por seres coletivos — o que não se ajusta, inteiramente, à antiga ideia civilista e individualista de negócio jurídico privado.

As chamadas *teorias jurídico-sociais* formam o terceiro grupo. São elaborações doutrinárias que enfatizam a função normativa dos diplomas coletivos negociados, deslocando o enfoque explicativo inteiramente da

noção de ajuste de vontades privadas. Por isso são também denominadas *teorias normativistas*. A ideia de contrato (acordo de vontades) desaparece por completo destas explicações teóricas, que enfatizam a realidade normativa dos diplomas coletivos, embora sem os subordinarem à vontade dos sujeitos contratantes, ainda que coletivos.

As teorias normativistas ou jurídico-sociais mais conhecidas são: objetivismo solidarista; institucionalismo; espontaneísmo jurídico-social; teoria regulamentar; teoria da lei delegada.

O equívoco de tais teorias é tão marcante quanto o das contratuais, embora por razões diversas. Aqui, produz-se o eclipse da ideia de ajuste de vontades entre entidades coletivas — essencial ao fenômeno democrático da negociação coletiva —, embora se destacando o condão produtor de regras jurídicas de tais diplomas juscoletivos. Esse ofuscamento do papel dos seres coletivos trabalhistas, de certo modo, denunciava o viés autoritário que se associou a algumas dessas teorias normativistas⁽⁵⁴⁾.

2. Contrato Social Normativo

Conforme já antecipado, a denominada teoria mista é que alcançou a mais correta percepção da estrutura dos diplomas negociais coletivos, contrapondo-os com melhor precisão ao conjunto de figuras congêneres existentes no universo do Direito.

Esses institutos são contratos criadores de normas jurídicas. Tais contratos, ressalte-se, têm esse poder em função da qualidade especial de seus sujeitos convenientes, os seres coletivos trabalhistas. Seus sujeitos pactuantes são seres coletivos, formam e representam coletividades relevantes; por isso o poder excepcional que lhes foi conferido pela ordem jurídica. São, desse modo, *contratos sociais normativos*.

A expressão teoria *mista* não é, de fato, inteiramente adequada para expressar o exato sentido de tal formulação doutrinária. Ela sugere a ideia de simples agregação de realidades distintas, que não se unificam. Contudo, o que importa, por além da expressão, é compreender-se que os diplomas negociais coletivos distinguem-se e se justificam, socialmente, caso o caráter contratual coletivo esteja tão bem preservado quanto o caráter normativo que deflui de seu interior. Isso quer dizer que sindicalismo sem força e representatividade, que não seja resultado e reproduzidor da plenitude dos princípios do Direito Coletivo, compromete o polo contratual verdadeiro desses contratos sociais normativos.

(54) Para minuciosa análise das inúmeras teorias sobre a natureza jurídica da convenção coletiva do trabalho, consultar SILVA, Antônio Álvares da. *Direito Coletivo do Trabalho*. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 141-207.

A GREVE NO DIREITO COLETIVO

I. INTRODUÇÃO

A negociação coletiva, ao cumprir seus objetivos gerais e específicos, alcança uma situação de pacificação no meio econômico-profissional em que atua. Entretanto, no transcorrer da negociação, inclusive como instrumento para suplantar incabíveis resistências à sua realização conciliatória, podem os trabalhadores veicular instrumento direto de pressão e força, a greve, aparentemente contraditório à própria ideia de pacificação.

A greve é, de fato, mecanismo de autotutela de interesses; de certo modo, é exercício direto das próprias razões, acolhido pela ordem jurídica. É, até mesmo, em certa medida, “*direito de causar prejuízo*”, como indica o jurista *Washington da Trindade*⁽¹⁾.

Os conflitos coletivos trabalhistas, regra geral, podem passar por três modalidades de encaminhamento para sua solução: *autocomposição*, em que se situa a negociação coletiva; *heterocomposição*, em que se situam o processo judicial (dissídio coletivo), a arbitragem e a mediação (há certo debate sobre o correto enquadramento destas duas últimas figuras); por fim, *autotutela*, em que se encontram a greve e o *lock-out*.

A *autotutela* traduz, inegavelmente, modo de exercício direto de coerção pelos particulares. Por isso tem sido restringida, de maneira geral, nos últimos séculos pela ordem jurídica, que vem transferindo ao Estado as diversas (e principais) modalidades de uso coercitivo existentes na vida social. O Direito Civil, nesse quadro, preservou, como esporádicas exceções, poucas situações de veiculação coercitiva por particulares, tais como a legítima defesa (art. 160, I, CCB/1916; art. 188, I, CCB/2002), o desforço imediato, no esbulho possessório

(1) Citado por RIBEIRO, Lélia Guimarães Carvalho. A Greve Como Legítimo Direito de Prejudicar, in FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. *Curso de Direito Coletivo do Trabalho* — estudos em homenagem ao Ministro Orlando Teixeira da Costa. São Paulo: LTr, 1998, p. 502-509. Segundo Lélia Carvalho Ribeiro, a afirmação de *notas de aula* do Professor Washington da Trindade. Naturalmente que a ideia de “direito de causar prejuízo”, explicitada pelo Mestre da Bahia, significa apenas o prejuízo decorrente do só fato da paralização grevista, afetando a produção ou os serviços inerentes à empresa objeto do movimento paradedista; jamais pode significar, é óbvio, qualquer autorização em favor dos grevistas no sentido da prática de atos de vandalismo e similares no ambiente empresarial - os quais são manifestamente vedados pela Constituição (art. 9º, § 2º) e pela Lei de Greve (art. 15, Lei n. 7.783/89).

(art. 502, CCB/1916; art. 1.210, § 1º, CCB/2003), a apreensão pessoal do bem, no penhor legal (art. 779, CCB/1916; art. 1.470, CCB/2002).

O Direito do Trabalho apresenta, porém, essa notável exceção à tendência restritiva da autotutela: a greve.

Embora proibida nos primeiros tempos do sindicalismo e do Direito do Trabalho, assim como nas distintas experiências autoritárias vivenciadas ao longo dos últimos dois séculos, a greve afirmou-se nas sociedades democráticas como inquestionável direito dos trabalhadores. Essa sua afirmação, em um quadro de restrição geral à autotutela, justifica-se do ponto de vista histórico e lógico. É que se trata de um dos principais mecanismos de pressão e convencimento possuído pelos obreiros, coletivamente considerados, em seu eventual enfrentamento à força empresarial, no contexto da negociação coletiva trabalhista. Destituir os trabalhadores das potencialidades de tal instrumento é tornar falacioso o princípio juscoletivo da *equivalência entre os contratantes coletivos*, em vista da magnitude dos instrumentos de pressão coletiva que são inevitavelmente detidos pelos empregadores⁽²⁾.

No Direito Coletivo do Trabalho há, na verdade, um segundo instrumento de autotutela, porém situado no polo empresarial: o *lock-out* (ou locaute). Este instrumento, entretanto, ao contrário da greve, tem sido genericamente repellido pelas ordens jurídicas democráticas ocidentais⁽³⁾.

II. LOCAUTE

Locaute é a *paralisação provisória das atividades da empresa, estabelecimento ou seu setor, realizada por determinação empresarial, com o objetivo de exercer pressões sobre os trabalhadores, frustrando negociação coletiva ou dificultando o atendimento a reivindicações coletivas obreiras*.

Trata-se, como se vê, de fechamento *provisório*, pelo empregador, da empresa, estabelecimento ou simplesmente de algum de seus setores, efetuado com *objetivo* de provocar pressão arrefecedora de reivindicações operárias.

(2) Wolfgang Däubler, em obra de 1997, informa que na Alemanha, a partir de 1984, *tornou-se cada vez mais raro o recurso à greve*, em vista de ser uma realidade a *parceria social exigida pela legislação e pela jurisprudência*. Aponta que, nesse quadro, a forma predominante de paredismo é a *greve de advertência durante as negociações coletivas; ela dura, via de regra, umas poucas horas e fica restrita a diversas empresas*. Completa o autor que o *uso parcimonioso do direito de greve é facilitado pelos grandes progressos atingidos nos últimos anos tanto na área de salários quanto nas jornadas de trabalho*. *Direito do Trabalho e Sociedade na Alemanha*. São Paulo: Fundação Friedrich Ebert/ILDES/LTr, 1997, p. 58.

(3) Uma das exceções nesse conjunto é a Alemanha, que o autoriza. A respeito, VIANA, Márcio Túlio. *Conflitos Coletivos do Trabalho*. Brasília-Porto Alegre: Síntese, *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, v. 66, n. 1, jan./mar./2000, p. 140.

1. Caracterização

A tipicidade do locaute envolve quatro elementos combinados: paralisação empresarial; ato de vontade do empregador; tempo de paralisação; objetivos por ela visados.

Efetivamente, trata-se de uma paralisação das atividades empresariais. Esta ocorre seja no âmbito amplo de toda a empresa, seja no plano mais restrito de um de seus estabelecimentos ou, até mesmo, de uma simples subdivisão intraempresarial.

A paralisação envolvida há de resultar de decisão do próprio empresário, sob pena de escapar à tipicidade do locaute.

De maneira geral, a paralisação que se enquadra na figura do locaute é temporária. É que, sendo instrumento de pressão sobre os respectivos empregados, visando frustrar ou enfraquecer reivindicações coletivas, há de ter, em princípio, duração limitada no tempo. Contudo, não é inviável imaginar-se a possibilidade de uma falsa paralisação *definitiva* do estabelecimento, como meio de estabelecer pressão ainda mais eficaz sobre os trabalhadores.

Por fim, a paralisação intentada tem o objetivo de produzir pressões sobre os trabalhadores, visando enfraquecer ou frustrar suas reivindicações grupais ou a própria negociação coletiva. Na verdade, o objetivo específico de estabelecer especial pressão sobre os trabalhadores é que será a principal diferença entre o locaute e outras paralisações empresariais decididas pelo empregador. Pode-se dizer que *a causa e os objetivos antioletoivos* da atitude do empregador são que demarcam o ponto distintivo dessa paralisação em contraponto a outras ocorridas no ambiente empresarial.

A razão de ser dessa paralisação, sua causa e objetivo antissociais, permitem, por *interpretação extensiva*, enquadrar-se na figura do locaute certo tipo de paralisação empresarial voltada a produzir uma pressão social ou política ainda mais ampla: trata-se da sustação temporária de atividades do estabelecimento ou da empresa com fins de provocar pressão política no plano municipal, regional ou, até mesmo, federal. Desse modo, o *locaute político* (ou por razões políticas) recebe o mesmo tratamento conferido a figura padrão regulada pela ordem constitucional e justralhista.

2. Distinções

O locaute não se confunde com outros tipos de paralisações empresariais.

Não se confunde, por exemplo, com o fechamento da empresa por *falência* (art. 449, CLT) ou em virtude de *factum principis* (art. 486, CLT). Nestes casos, a paralisação tende a ser definitiva (embora não necessariamente) —

o que a distancia, regra geral, do locaute. Porém, mais importante do que isso, a paralisação deriva de causa própria, muito diversa daquela inerente ao locaute: ela não é, em síntese, atada ao intuito malicioso do empregador de provocar pressão arrefecedora de reivindicações operárias.

É claro que no contexto da falência, principalmente, podem ter se apresentado reivindicações obreiras em confronto com a vontade empresarial. Entretanto, as causas falimentares, regra geral, são muito mais amplas do que as estritamente vinculadas ao Direito Coletivo do Trabalho.

Em princípio, também não caracteriza locaute o *fechamento definitivo* de certo estabelecimento ou empresa, por decisão interna de seus controladores. Esta decisão (fechamento de agências ou filiais, por exemplo) tem sido considerada inerente ao poder empregatício (*caput* do art. 2º, CLT).

Neste caso, apenas se ficar comprovado de que se trata de artifício malicioso para provocar incabíveis pressões sociais (pressões intra ou extraempresariais), é que se poderia, por interpretação extensiva, excepcionalmente, falar na prática de locaute. Esta possibilidade, contudo, é rara, pois demandaria evidenciar que o intuito de encerrar, definitivamente, a atividade empresarial, não foi verdadeiro, sendo mero simulacro para propiciar indevida pressão.

O locaute também não se confunde, é óbvio, com a paralisação empresarial temporária *resultante de causas acidentais, ou de força maior* (art. 61, § 3º, CLT). Muito menos se confunde com paralisações por *férias ou licenças remuneradas coletivas*, determinadas pelo empregador em vista de situações adversas do mercado econômico ou outro fator relevante (art. 133, II, CLT). Todas estas situações ora enfocadas são meras *interrupções contratuais*, que não trazem efetivo prejuízo contratual ao empregado. Por isso, englobam-se, em princípio, no *jus variandi* do empregador⁽⁴⁾.

Conforme se percebe, a diferença específica do locaute em face de outras paralisações lícitas da empresa ou do estabelecimento, ou de parte destes, encontra-se, em sua essência, no *objetivo socialmente malicioso da paralisação*: arrefecer pleitos coletivos dos empregados. A *causa antissocial* da atitude do empregador é que demarca o ponto distintivo do locaute em contraponto a outras paralisações ocorridas no ambiente empresarial.

Pode-se indicar, é claro, regra geral, uma segunda distinção: o caráter *provisório* da paralisação caracterizadora do locaute. Contudo, a presente

(4) A respeito das potencialidades e restrições do *jus variandi* empresarial, consultar DELGADO, Mauricio Godinho. *Alterações Contratuais Trabalhistas*. São Paulo: LTr, 2000, em seu Capítulo III, item II, Princípios Aplicáveis às Alterações Objetivas do Contrato. Neste Curso, reportar-se ao Capítulo XXVI, item VII.

diferença não é absoluta, uma vez que existem paralisações também temporárias que são francamente lícitas (como as resultantes de causas acidentais ou força maior, já citadas).

3. Regência Jurídica

O locaute tende a ser genericamente proibido, mesmo em se tratando de ordens jurídicas *democráticas*⁽⁵⁾.

É que este mecanismo de autotutela empresarial é considerado uma *maximização de poder*, um instrumento desmesurado, desproporcional a uma razoável defesa dos interesses empresariais. Afinal, os empregadores já têm a seu favor, cotidianamente, inúmeras prerrogativas de caráter coletivo asseguradas pela ordem jurídica (poder empregatício, poder resiliatório contratual, etc.) — sem contar uma impressionante e privilegiada influência midiática —, fatos que os colocam, do ponto de vista de potência e pressão, em perspectiva de incomparável vantagem perante os empregados. Além disso, eles contam, ainda, com poderoso instrumento de pressão ofertado pelo próprio mercado de trabalho, com sua concorrência acirrada e crises de emprego/desemprego.

Por tudo isso, o locaute é considerado um instrumento de autotutela de interesses empresariais *socialmente injusto e institucionalmente desproporcional*, sendo, em consequência, *juridicamente inválido*.

Não há contradição na ordem jurídica ao acatar o instrumento de autotutela coletiva dos trabalhadores (a greve), negando validade a esse instrumento de autotutela coletiva dos empresários (o locaute). Conforme já exposto, há uma magnitude de instrumentos de pressão coletiva naturalmente já detidos pelos empregadores, muito além do locaute, em face da natureza coletiva dos seres empresariais. Em contraponto a isso, a greve é um dos poucos — e, sem dúvida, o principal — mecanismos de pressão e convencimento possuídos pelos obreiros, coletivamente considerados, em seu eventual enfrentamento à força empresarial, no contexto da negociação coletiva trabalhista. Por tais razões, destituir os trabalhadores das potencialidades do instrumento paredista é tornar falacioso o princípio juscoletivo da *equivalência entre os contratantes coletivos*, ao passo que ofertar ao empregador o mecanismo do locaute será criar distanciamento de poder incomparável na ordem sociodemocrática contemporânea.

A Lei de Greve do Brasil (art. 17) proíbe, expressamente, o locaute.

(5) Márcio Túlio Viana, em texto do ano 2000, informa que, na Europa, regra geral, era vedado o locaute, somente sendo permitido na Alemanha. “Conflitos Coletivos do Trabalho”. Brasília-Porto Alegre: Síntese, *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, vol. 66, n. 1, jan./mar./2000, p. 140.

Ainda que o texto legal fosse omissivo, tal proibição derivaria, indubitavelmente, de vasto e harmônico conjunto de regras e princípios constitucionais.

De fato, o locaute conspira contra o *exercício dos direitos sociais*, contra as noções de *segurança, bem-estar individual e social, desenvolvimento, igualdade e justiça*, todas eleitas como *valores supremos* da sociedade brasileira. Conspira contra a intenção normativa de se fazer *fraterna* essa sociedade, fundada na *harmonia social* e comprometida com a *solução pacífica das controvérsias* (Preâmbulo da Constituição). A ideia de *segurança*, aliás, já enfatizada no Preâmbulo, é retomada, logo a seguir, como direito inviolável, pela mesma Constituição (art. 5º, *caput*).

O locaute, enquanto poder máximo do empregador, conspira contra a *dignidade da pessoa humana* e o *valor social do trabalho*, unidos pela Constituição como alguns dos *fundamentos* da República do Brasil (art. 1º, III e IV). Enquanto poder incontestável, conspira também contra os *objetivos fundamentais da República, de construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização, promover o bem de todos, sem discriminações* (art. 3º, I, II, III e IV, CF/88).

Em sua dimensão de poder empresarial máximo, o locaute entra em choque ainda com certos *fundamentos da ordem econômica* do País, em especial a *valorização do trabalho humano* (art. 170, CF/88), o qual é também *primado da ordem social* (art. 193, CF/88). A par disso, agride a finalidade das ordens econômica e social, que é *assegurar a todos existência digna e bem-estar, conforme ditames da justiça social* (*caput* do art. 170, combinado com art. 193, CF/88).

Tudo isso inviabiliza a prática lícita do locaute na ordem jurídica brasileira.

Pode-se argumentar que a mesma Constituição valoriza a *livre-iniciativa* (art. 1º, IV, *in fine*), colocando-a também como *fundamento da ordem econômica* (art. 170, *caput*). Ainda, confere *status* de princípio à *propriedade privada* (art. 170, II), reconhecendo-a também como *direito subjetivo* (art. 5º, XXII). Nesta linha, o locaute seria simples exercício da livre-iniciativa e das prerrogativas inerentes à propriedade privada.

O equívoco argumentativo mostra-se evidente. É que todos os demais princípios, fundamentos, noções e ideias incorporados, expressamente, pela Constituição, com força normativa (acima especificados), e *que se colocam em contraposição frontal ao locaute*, conferem, sem dúvida, *atenuações e restrições* aos demais valores, fundamentos, princípios e direitos assegurados pela mesma CF/88, relativos à *livre-iniciativa* e à *propriedade privada*. Se isso já não fosse claro, a própria Constituição preferiu cometer certa redundância a correr o risco de permitir sua interpretação errônea, dissociada de

seu direcionamento social e humano: assim, no art. 5º, XXIII, posicionado logo em seguida ao preceito que garante o direito de propriedade (art. 5º XXII), estabelece, com ênfase, que *a propriedade atenderá a sua função social*.

4. Efeitos Jurídicos

O locaute, como visto, é prática proibida na ordem jurídica do País. Sua realização concreta, em descumprimento à Constituição e à Lei de Greve, provoca, assim, inevitáveis consequências no âmbito do contrato de trabalho.

Em primeiro lugar, o respectivo período de afastamento obreiro será considerado como mera interrupção da prestação de serviços (*interrupção contratual*). Desse modo, todas as parcelas contratuais laborativas serão devidas ao empregado no lapso temporal de desenvolvimento do locaute. É o que deriva da *lógica da ordem jurídica* e também do texto expresso do parágrafo único do art. 17 da Lei n. 7.783, de 1989.

Em segundo lugar, o locaute constitui falta empresarial (art. 17, Lei n. 7.783/89), por descumprimento do contrato e da ordem jurídica (art. 483, “d”, CLT). Sendo grave a falta, *em consonância com as circunstâncias do caso concreto*, poderá, ainda, ensejar a ruptura contratual por infração do empregador. É claro que a resolução contratual por falta de qualquer das partes supõe a observância de certos requisitos conjugados, os quais também se aplicam ao empregador, *com certas adequações*. Trata-se, por exemplo, da autoria do fato, sua tipicidade e gravidade, a imediatez da insurgência obreira, e outros requisitos correlatos, a serem, em sua complexidade, considerados em face da situação concreta⁽⁶⁾.

III. O INSTITUTO DA GREVE

Greve, segundo o texto da Lei n. 7.783 é a *“suspensão coletiva, temporária e pacífica, total ou parcial, de prestação pessoal de serviços a empregador”* (art. 2º).

Pode-se definir também a figura, à luz da amplitude a ela conferida pela Constituição do Brasil (art. 9º) e em vista da prática histórica do Direito do Trabalho, de modo mais abrangente. Seria a *paralisação coletiva provisória, parcial ou total, das atividades dos trabalhadores em face de seus empregadores ou tomadores de serviços, com o objetivo de exercer-lhes pressão, visando à defesa ou conquista de interesses coletivos, ou com objetivos sociais mais amplos*.

(6) Os requisitos da *rescisão indireta* estão relacionados no Capítulo XXXI deste Curso.

1. Caracterização

A figura paredista tem traços característicos destacados. Trata-se, essencialmente, do *caráter coletivo do movimento*; da *sustação provisória de atividades laborativas* como núcleo desse movimento, embora, às vezes, associada a atos positivos concertados; do *exercício direto de coerção*, que representa; dos *objetivos profissionais ou extraprofissionais* a que serve; do *enquadramento variável* de seu prazo de duração (regra geral, suspensão contratual, podendo, entretanto, convolar-se em interrupção).

A) Caráter Coletivo do Movimento — O primeiro traço é claro: a greve diz respeito a *movimento necessariamente coletivo*, e não de caráter apenas individual. Sustações individualizadas de atividades laborativas, ainda que formalmente comunicadas ao empregador como protesto em face de condições ambientais desfavoráveis na empresa, mesmo repercutindo entre os trabalhadores e respectivo empregador, não constituem, tecnicamente, movimento paredista. Este é, por definição, conduta de natureza grupal, coletiva.

Contudo, mesmo sendo coletiva, a greve pode ser total ou meramente parcial. Pode englobar todo o conjunto da empresa ou apenas um ou alguns de seus estabelecimentos; pode atingir até mesmo setor ou setores integrantes de determinado estabelecimento empresarial. Tais diferenciações são inâbeis para descaracterizar o instituto sociojurídico paredista.

B) Sustação de Atividades Contratuais — O segundo traço é também claro. A greve tem seu núcleo situado em torno da *sustação provisória de atividades laborativas pelos trabalhadores*, em face de seu respectivo empregador ou tomador de serviços. Este é o núcleo do movimento: uma *omissão coletiva quanto ao cumprimento das respectivas obrigações contratuais pelos trabalhadores*.

É óbvio que não se pode falar apenas em greve de empregados contra os respectivos empregadores; mas também trabalhadores contra os respectivos tomadores de serviços. É que, há mais de 100 anos, no Brasil, a categoria *avulsa* (formada, basicamente, por não empregados) já era organizada o bastante para realizar significativos movimentos paredistas contra seus tomadores de serviços. E, hoje, mais ainda, com a terceirização, os movimentos grevistas não teriam mesmo como limitar-se à equação dual dos arts. 2º e 3º da CLT (empregados/empregadores).

Conforme exposto, o núcleo da greve constitui-se de uma grande omissão, uma paralisação, uma sustação de atividades contratuais pelos trabalhadores. Entretanto, ainda assim, a greve é antecedida de atos preparatórios e, logo a seguir, de atos de ampliação, preservação e administração do movimento, além de atos de divulgação intraempresarial e social da

parede deflagrada. Consta, desse modo, também de atos positivos a ela conexos, que não descaracterizam, evidentemente, o instituto.

Há uma situação paredista, entretanto, controvertida, por englobar no núcleo da greve tanto a abstenção como a ação de caráter coletivos. A greve passa a ser, ao mesmo tempo, omissão e ação. Trata-se do movimento paredista com ocupação dos locais de trabalho (também chamada de *lock-in*, em anteposição ao *lock-out*).

A anterior Lei de Greve (n. 4.330/1964, art. 17), de evidente matiz autoritário, rejeitava essa combinação de circunstâncias, considerando inerente à greve a desocupação dos locais de trabalho. A CF/1988 (art. 9º) e mesmo a nova Lei de Greve (n. 7.783/89) não estabelecem, porém, tal requisito. E, rigorosamente, não há comprometimento do instituto paredista em vista da adoção da estratégia ocupacional, uma vez que esta mantém-se subordinada à função primária da figura sociojurídica, que é a *abstenção coletiva de atividades contratuais pelos trabalhadores*.

Reconheça-se, porém, que o movimento paredista, no desenrolar dessa estratégia ocupacional, corre maiores riscos de provocar atos ilícitos individualizados ou grupais de danificação do patrimônio empresarial — atos que são passíveis de apenação, conforme expresso na própria Constituição (art. 9º, § 2º).⁽⁷⁾

C) Exercício Coercitivo Coletivo e Direto — A greve, conforme visto, é meio de autotutela, é instrumento direto de pressão coletiva, aproximando-se do exercício direto das próprias razões efetivado por um grupo social. Em certa medida, é “*direito de causar prejuízo*”, como exposto pelo jurista *Washington da Trindade*⁽⁸⁾.

O inegável caráter coercitivo da figura entra em choque, aparentemente, com o objetivo central com que tende a ser deflagrada, a negociação coletiva trabalhista. Entra em choque, também, aparentemente, com a tendência

(7) A propósito, a competência judicial para examinar *lides conexas à greve* (como ações possessórias relativas à ocupação do estabelecimento pelos grevistas, interditos proibitórios concernentes a atitudes do grupo paredista, etc.) é, evidentemente, da Justiça do Trabalho (“as ações que envolvam exercício do direito de greve”, enfatiza o inciso II do art. 114 da Constituição, desde EC n. 45/2004). Nesta linha, inclusive, a Súmula Vinculante n. 23 do STF.

(8) Citado por RIBEIRO, Lélia Guimarães Carvalho. *A Greve Como Legítimo Direito de Prejudicar*, in FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. *Curso de Direito Coletivo do Trabalho* — estudos em homenagem ao Ministro Orlando Teixeira da Costa. São Paulo: LTr, 1998. p. 502-509. Conforme já exposto neste Capítulo XXXVII, a ideia de “direito de causar prejuízo” explicitada pelo Mestre da Bahia significa apenas o prejuízo decorrente do só fato da paralização grevista, afetando a produção ou os serviços inerentes à empresa objeto do movimento paredista. Ela não traduz, é evidente, qualquer autorização ou simpatia em favor da prática, pelos grevistas, de atos de vandalismo e similares no ambiente empresarial — os quais são expressamente proibidos pela Constituição (art. 9º, § 2º) e pela Lei de Greve (art. 15, Lei n. 7.783/89).

universal do Direito contemporâneo de restringir as modalidades de exercício coercitivo privado, concentrando a coerção nas instituições do Estado.

Entretanto, a contradição aparente que a greve cria no Direito desaparece quando se compreende o tipo de relação social, econômica e jurídica em meio a qual ela atua: a relação de emprego.

De fato, o Direito do Trabalho, em face da diferenciação socioeconômica e de poder às vezes lancinante entre empregador e empregado, reconheceu na greve um instrumento politicamente legítimo e juridicamente válido para permitir, ao menos potencialmente, a busca de um relativo equilíbrio entre esses seres, quando atuando coletivamente, em torno de seus problemas trabalhistas mais graves, de natureza coletiva. É que os movimentos paredistas constituem-se nos mais notáveis instrumentos de convencimento e pressão detidos pelos obreiros, se considerados coletivamente, quando de seu eventual enfrentamento da força empresarial, no contexto da negociação coletiva trabalhista. Por essa razão lógica, confirmada ao longo de dois séculos de História contemporânea, suprimir aos trabalhadores as potencialidades desse instrumento é tornar falacioso o princípio juscoletivo da *equivalência entre os contratantes coletivos*, em vista da magnitude dos instrumentos de pressão coletiva controlados, obviamente, pelo empresariado.

O fato, porém, de ter a greve esse caráter — exercício coercitivo coletivo e direto — não autoriza atos de *violência* contra o empregador, seu patrimônio e contra colegas empregados. Embora seja evidente essa ressalva, podendo ser inferida do próprio instituto jurídico, mesmo assim ela foi enfatizada pela regra constitucional que assegurou, amplamente, o direito paredista aos trabalhadores: os abusos cometidos sujeitam os responsáveis às penas da lei (§ 2º do art. 9º, CF/88).

Na mesma direção a Lei n. 7.783/89, dispondo que *a responsabilidade pelos atos praticados, ilícitos ou crimes cometidos, no curso da greve, será apurada, conforme o caso, segundo a legislação trabalhista, civil ou penal* (art. 15, caput).

Registre-se que se está falando em atos que, individualmente, *enquadrem-se como tipos ilícitos*; não se está falando em pacífica e simples adesão a movimento paredista, mesmo que considerado inválido, oportunamente. No caso de simples participação pacífica em greve, tal fato não tipifica ato ilícito, de nenhuma natureza, nem sequer meramente trabalhista — esta a jurisprudência da Corte Máxima: do País: “*a simples adesão à greve não constitui falta grave*” (Súmula n. 316, STF).

D) Objetivos da Greve — A greve é mero instrumento de pressão, que visa propiciar o alcance de certo resultado concreto, em decorrência do convencimento da parte confrontada. É movimento concertado para objetivos definidos, em geral, de natureza econômico-profissional ou contratual trabalhista.

A maior ou menor amplitude dos objetivos dos movimentos paredistas passa pelos critérios adotados pelas ordens jurídicas nacionais específicas. O padrão geral das greves é se circunscreverem às fronteiras do contrato de trabalho, ao âmbito dos interesses econômicos e profissionais dos empregados, que possam ser, de um modo ou de outro, atendidos pelo empregador. Os interesses contemplados em movimentos dessa ordem são, assim, regra geral, meramente econômico-profissionais (isto é, interesses típicos ao contrato de trabalho).

Contudo, há, como se sabe, na História, movimentos grevistas que se dirigiram a interesses estranhos aos estritamente contratuais. Trata-se, por exemplo, das *greves de solidariedade* e das *greves políticas*.

A resistência dos tratadistas e das ordens jurídicas a greves não estritamente econômico-profissionais é, sem dúvida, grande. *Amauri Mascaro Nascimento*, porém, encontrou na Corte Constitucional italiana decisão favorável à greve de solidariedade, “*desde que presente indubitável comunicação de interesses entre as categorias, a que reivindica e a que lhe dá, com a greve, apoio*”⁽⁹⁾.

O mesmo autor encontrou também na Corte Constitucional da Itália, em 1974, decisão que “*declarou inaplicáveis dispositivos da legislação penal que incriminam greves não contratuais, portanto, aquelas que, como a greve política, não visavam fins econômico-trabalhistas*”⁽¹⁰⁾. Aquela Corte Máxima teria então sustentado que “*a greve constituía, sempre, uma manifestação de liberdade constitucionalmente reconhecida e, como tal, não suscetível de constrangimentos jurídicos, salvo em se tratando de casos de subversão do ordenamento constitucional*”⁽¹¹⁾.

A Constituição de 1988, em contraponto a todas as Cartas Magnas anteriores, conferiu, efetivamente, amplitude ao direito de greve. É que determinou competir *aos trabalhadores a decisão sobre a oportunidade de exercer o direito, assim como decidir a respeito dos interesses que devam por meio dele defender* (*caput* do art. 9º, CF/88). Oportunidade de exercício da greve e interesses a serem nela defendidos, ambos sob decisão dos respectivos trabalhadores, diz a nova Constituição. A par disso, se a greve política ou de solidariedade mostra real conexão com temas de importante interesse profissional dos grevistas, naturalmente que ela deve ser tida como harmônica ao disposto no art. 9º da Constituição de 1988.

(9) NASCIMENTO, A. M. *Compêndio de Direito Sindical*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2000, p. 373.

(10) NASCIMENTO, A. M., *loc. cit.*

(11) NASCIMENTO, A. M., *ob. cit.*, p. 373. Sobre a resistência a greves políticas e de solidariedade, ver também a pesquisa de VIANA, Márcio Túlio. *Direito de Resistência*. São Paulo: LTr, 1996, p. 303-305.

E) Prazo de Duração da Greve (suspensão *versus* interrupção) —

O enquadramento jurídico do prazo de duração do movimento paredista é variável, segundo regras específicas de cada ordenamento jurídico.

Regra geral, o mencionado prazo é tratado como *suspensão* do contrato de trabalho (art. 7º, Lei n. 7.783/89). Isso significa que os dias parados, em princípio, não são pagos, não se computando para fins contratuais o mesmo período⁽¹²⁾. Em contraponto, o empregador não pode dispensar o trabalhador durante o período de afastamento (e nem alegar justa causa pela adesão à greve, após o retorno do obreiro, conforme já estudado: Súmula 316, STF).

Entretanto, caso se trate de greve em função de não cumprimento de *cláusulas contratuais relevantes e regras legais* pela empresa (não pagamento ou atrasos reiterados de salários, más condições ambientais, com risco à higidez dos obreiros, etc.), pode-se falar na aplicação da regra genérica da *exceção do contrato não cumprido*. Neste caso, seria cabível se enquadrar como mera interrupção o período de duração do movimento paredista — a teor do sugerido pelo jurista *Márcio Túlio Viana*⁽¹³⁾.

O enquadramento suspensivo da greve não é, contudo, rigoroso, podendo ser modificado. A própria Lei n. 7.783, a propósito, deixa antever essa possibilidade (que é comum, na prática juslaboral). Assim, o instrumento normativo regente do final do movimento pode convolar em simples interrupção da prestação laborativa — ou vantagem próxima — o lapso temporal inicialmente enquadrado como suspensão (art. 7º, Lei n. 7.783/89).

Retome-se o exame desse aspecto teórico e prático da greve, por sua importância cotidiana: o enquadramento do período de greve como *suspensão do contrato de trabalho*, promovido pelo art. 7º, *caput*, da Lei n. 7.783/89, permite, em princípio, o não pagamento, pelo empregador, dos dias parados (desconto salarial). Entretanto, a solução concreta poderá ser mais favorável aos trabalhadores, quer mediante o pagamento por *trabalho compensado* quanto aos dias de greve, quer por liberação do pagamento dos dias parados, que passam a ser enquadrados como simples interrupção da prestação de serviços. Essas alternativas mais favoráveis aos trabalhadores

(12) Wolfgang Däubler informa que na Alemanha e, regra geral, nos países-membros da Comunidade Europeia, o período de greve também corresponde a suspensão dos direitos e deveres do contrato. *Direito do Trabalho e Sociedade na Alemanha*. São Paulo: Fundação Friedrich Ebert/ILDES/LTr, 1997, p. 136-137.

(13) VIANA, M. T. *Conflitos Coletivos do Trabalho*. Brasília-Porto Alegre: Síntese, *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, vol. 66, n. 1, jan./mar./2000, p. 131 (item 9.8, *ab initio*). Tratando-se de descumprimento de dispositivo de convenção ou acordo coletivo de trabalho, a jurisprudência do TST já chegou a considerar inválida a greve, ao fundamento de haver na ordem jurídica *ação de cumprimento* (antiga OJ n. 1, da SDC/TST — cancelada em maio de 2004). Tal interpretação encontra-se, hoje, superada; de todo modo, entrava em choque com texto explícito e mais favorável da Lei de Greve (art. 14, parágrafo único, I, Lei n. 7.783/89).

podem ser estipuladas no instrumento normativo que colocar fim ao movimento paredista (ACT, CCT, laudo arbitral ou decisão da Justiça do Trabalho, segundo o art. 7º, *caput*, da Lei de Greve).

A jurisprudência trabalhista, a propósito, tem considerado como fatores a justificar a vedação do desconto dos dias parados (greve convolvendo-se em mera interrupção da prestação de serviços e não efetiva suspensão contratual) os seguintes casos: a) movimento resultante de manifesto descumprimento, pelo empregador, de cláusulas contratuais e regras legais imperativas relevantes, tal como atrasos reiterados de salários ou seu não pagamento; b) movimento deflagrado em decorrência do descumprimento pelo empregador de instrumento coletivo negociado em período de plena vigência; c) movimento deflagrado em vista de desrespeito pela empresa ao precedente judicial relativo à necessidade de prévia negociação coletiva com o sindicato obreiro para realização de dispensas coletivas.⁽¹⁴⁾

2. Distinções

A greve, como analisado, é instrumento de pressão, ou mesmo coerção, dirigido pela coletividade dos trabalhadores sobre o patronato.

A seu lado, entretanto — e, às vezes, conjugadamente a ela —, existem outras condutas coletivas seguidas pelos obreiros, no âmbito das relações trabalhistas, que também configuram modalidades de exercício de coerção ou, pelo menos, de pressão sobre o empregador ou tomador de serviços.

Tais distintas condutas coletivas podem ser acolhidas ou não pelo Direito do Trabalho.

Um grupo de tais condutas aproxima-se da figura da greve, com ela se envolvendo: trata-se dos *piquetes*, da *operação tartaruga* e/ou *excesso de zelo* e da *ocupação do estabelecimento*.

Outras condutas podem ou não se vincular a certo movimento paredista concreto, mas com ele não se confundem, do ponto de vista sociojurídico. É o caso do *boicote*, por exemplo.

Finalmente, há condutas de coerção e/ou pressão claramente ilícitas, quer se trate de um contexto de greve ou não. É o que se passa com a *sabotagem*.

A) Figuras Próximas ou Associadas — Há condutas coletivas que são instrumentos para a própria realização do movimento paredista. Os *piquetes* são um exemplo significativo.

(14) A respeito da dispensa em massa de trabalhadores, consultar, neste Curso, no Capítulo XXVIII, o item IV.4 (“Dispensa Coletiva: novas leituras da Constituição”). Também no Capítulo XXIX, examinar o item III.1.B (“Despedidas Individuais e Coletivas”). Nesses tópicos se examinam, inclusive, os impactos da Lei de Reforma Trabalhista acerca do assunto (novo art. 477-A da CLT, inserido pela Lei n. 13.467/2017).

Pela ordem jurídica os piquetes são válidos, embora não tendo ilimitados poderes. Enquanto *meios pacíficos tendentes a persuadir ou aliciar os trabalhadores a aderirem à greve* (art. 6º, I, Lei n. 7.783), os piquetes podem ser montados e geridos pelos grevistas. Entretanto, não podem usar de violência, de formas de agressão física ou moralmente ofensivas, constringendo *direitos e garantias fundamentais de outrem* (art. 6º, §§ 1º e 3º, Lei n. 7.783/1989).

As condutas de *operação tartaruga* e/ou *excesso de zelo* configuram modalidades coletivas de redução da produção, utilizadas como pressão para reivindicação imediata ou ameaça para futuro movimento mais amplo.

Do ponto de vista de uma rigorosa interpretação do instituto, poderiam não se enquadrar no conceito de greve, já que não propiciam *sustação plena* das atividades laborativas. Contudo, essa interpretação muito rigorosa do tipo legal da greve não atende à riqueza da dinâmica social, deixando de aplicar o Direito a fatos sociais que não guardam diferenciação efetivamente substantiva em comparação a outros. Por isso, tem sido criticada por importantes doutrinadores, como *Jean-Claude Javillier* (França), *Manoel Carlos Palomeque López* (Espanha) e, no Brasil, *Luiz de Pinho Pedreira* e *Márcio Túlio Viana*⁽¹⁵⁾. De todo modo, desde que se entenda que o Direito do Trabalho exige, para configurar o movimento paredista, paralisação total *ou meramente parcial*, porém coletiva, das atividades contratuais dos obreiros, as condutas grupais acima especificadas de redução concertada do labor atenderiam à noção jurídica de movimento paredista. Relembre-se, a esse respeito, que a própria Lei de Greve brasileira, em seu art. 2º, conceitua a figura como suspensão coletiva de prestação pessoal de serviços, *total ou parcial*.

A *ocupação de estabelecimento (lock-in)* é, essencialmente, um método de realização do movimento paredista. Por isso, enquadra-se no conceito legal dessa figura do Direito Coletivo.

Conforme já visto, a anterior Lei de Greve (n. 4.330/1964), oriunda de período autoritário da vida política do País, explicitamente subordinava o tipo legal da greve à *desocupação* dos locais de trabalho — exigência que desapareceu com a CF/88 (art. 9º) e a Lei n. 7.783/89. O silêncio da nova ordem jurídica resulta do fato de não haver real comprometimento do instituto paredista em face da adoção da estratégia ocupacional, uma vez que esta se mantém subordinada à função primária da figura grevista, que é a abstenção coletiva de atividades contratuais pelos trabalhadores⁽¹⁶⁾.

(15) Conforme VIANA, Márcio Túlio. *Conflitos Coletivos do Trabalho*, Brasília/Porto Alegre: Síntese, *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, vol. 66, n. 1, jan./mar./2000, p. 125.

(16) Há autores, porém, que entendem que a ocupação de estabelecimento é ato coletivo que *não* se enquadra no conceito jurídico de greve. Nesta linha, NASCIMENTO, A. M. *Compêndio de Direito Sindical*, cit., p. 392.

Reconheça-se, porém, que o movimento paredista, no desenrolar dessa estratégia ocupacional, *dependendo do tipo de estabelecimento ou local de trabalho*, corre maiores riscos de provocar atos ilícitos individualizados ou grupais de danificação do patrimônio empresarial. E tais atos, como se sabe, são passíveis de apenação (art. 9º, § 2º, CF/88). Por isso é que se pode afirmar não ser ideal esse método para a consumação de grande parte dos movimentos grevistas.

B) Formas de Pressão Social — A greve é uma forma de pressão social, que se particulariza em função do ambiente laborativo.

Entretanto, podem existir outras modalidades de pressão dirigidas por grupos sociais, inclusive trabalhadores, que não se circunscrevem ao espaço delimitado do estabelecimento ou da empresa. É o que ocorre com o boicote.

A boicotagem é a conduta de convencimento da comunidade para que restrinja ou elimine a aquisição de bens ou serviços de determinada(s) empresa(s). Não necessariamente vincula-se a movimentos trabalhistas, uma vez que pode ser utilizada por outros grupos sociais, com propósitos próprios. Ilustrativamente, boicotes propostos por movimentos ambientalistas ou movimentos sociais de consumidores.

Pode, contudo, vincular-se a certo movimento paredista. Neste caso, a vinculação será meramente socioeconômica, não produzindo efeitos jurídicos no âmbito contratual trabalhista — desde que se trate, é claro, de conduta coletiva pacífica.

C) Condutas Ilícitas de Pressão — Finalmente, há condutas de coerção e/ou pressão claramente ilícitas, quer se trate de um contexto de greve ou não. É o que se passa com a *sabotagem*.

Esta consiste em conduta intencionalmente predatória do patrimônio empresarial, como mecanismo de pressão para alcance de pleitos trabalhistas ou reforço de greve. São seus exemplos a quebra de máquinas, a dolosa produção de peças imprestáveis, o desvio de material do estabelecimento e atos da mesma natureza e gravidade.

Gomes e Gottschalk, segundo *Márcio Túlio Viana*, já teriam considerado tal conduta válida, em face de ser omissa a lei trabalhista a respeito⁽¹⁷⁾. Porém, tal entendimento não pode prevalecer, ainda que haja omissão normativa: é que o Direito rejeita o exercício abusivo de qualquer prerrogativa jurídica, individual ou coletiva.

De todo modo, não há sequer omissão no caso. Ao invés, os atos abusivos são censurados pela própria Constituição (art. 9º, § 2º: “Os abusos cometidos sujeitam os responsáveis às penas da lei”). Tais atos englobam,

(17) VIANA, M. T. *Conflitos Coletivos do Trabalho*, p. 133.

sem dúvida, a destruição dolosa de equipamentos empresariais e atitudes similares. Agregue-se a isso, o preceito proibitivo do art. 15, *caput*, da Lei n. 7.783/89 (“A responsabilidade pelos atos praticados, ilícitos ou crimes cometidos, no curso da greve, será apurada, conforme o caso, segundo a legislação trabalhista, civil ou penal”).

3. *Extensão e Limites*

O instituto da greve, ao ser incorporado pela ordem jurídica como um direito, acaba por encontrar nela suas próprias potencialidades e limitações. É evidente que, nas experiências autoritárias, o Direito tende a aprofundar as limitações aos movimentos paredistas, quando simplesmente não os proíbe. Nos regimes democráticos, ao inverso, há a tendência à ampliação das potencialidades da greve, embora se acolhendo algum tipo de contingenciamento a esse direito.

A) Extensão do Direito — A Constituição de 1988 firma, sem dúvida, extensão bastante larga para o direito de greve no segmento privado. Diz ela que compete aos trabalhadores decidir sobre a *oportunidade de exercer o direito* e sobre os *interesses que devam por meio dele defender* (art. 9º, *caput*). Trata-se, sem dúvida, da mais ampla potencialidade reconhecida ao instituto em sua vivência no País.

No que diz respeito aos *interesses contemplados*, é claro que a grande maioria das greves dirige-se a temas contratuais, reivindicações trabalhistas, sendo esse o conduto essencial de desenvolvimento do instituto ao longo da história do capitalismo.

Entretanto, sob o ponto de vista constitucional, as greves não necessitam circunscrever-se a interesses estritamente contratuais trabalhistas (embora tal restrição seja recomendável, do ponto de vista *político-prático*, em vista do risco da banalização do instituto — aspecto a ser avaliado pelos trabalhadores).

Isso significa que, a teor do comando constitucional, não são, em princípio, inválidos movimentos paredistas que defendam interesses que não sejam rigorosamente contratuais — como as greves de *solidariedade* e as chamadas *políticas*. A validade desses movimentos será inquestionável, em especial se a solidariedade ou a motivação política vincularem-se a fatores de significativa repercussão na vida e trabalho dos grevistas.

Já se mencionou, neste capítulo (item III.1.D), a grande resistência que, regra geral, tratadistas e distintas ordens jurídicas têm com respeito a greves não estritamente econômico-profissionais. Porém, nas Democracias, havendo *significativa aproximação de interesses, apta a gerar instrumental solidariedade*, ou havendo *significativa aproximação de problemas, apta*

a *gerar instrumental insurgência paredista*, o exercício da greve não se qualifica como *abuso do direito*. Esta é a linha matriz apontada pelo art. 9º da Constituição do Brasil.

No que diz respeito à regra constitucional de que cabe aos trabalhadores *decidir sobre a oportunidade de exercer o direito*, também não há dúvida de que se trata de comando nitidamente amplo.

Porém, o próprio Direito Coletivo de Trabalho apresenta princípio que atenua a amplitude dessa regra. Trata-se da diretriz da lealdade e transparência nas negociações coletivas. Por este princípio, não se mostra válida a deflagração de movimento paredista em período de cumprimento de instrumento negocial coletivo, em decorrência da pacificação alcançada pela negociação recém-concluída.

É evidente que a ocorrência de modificações *substantivas e inesperadas* na situação de fato vivenciada por empregador e empregados pode ensejar o recurso à regra implícita *rebus sic stantibus*, viabilizando a greve.

Também é claro que o descumprimento, pelo empregador, dos dispositivos dos diplomas coletivos negociados, em especial quando relevante ou reiterada a ofensa, reabre aos trabalhadores a prerrogativa paredista. Esta, afinal, deriva da lógica mesma da greve e da amplitude constitucional deste direito, resultando também do próprio texto expresso da Lei n. 7.783/89 (art. 14, parágrafo único, I)⁽¹⁸⁾.

B) Limitações ao Direito — A própria Constituição apresenta limitações ao direito que acabara de assegurar com incomparável amplitude.

A primeira dessas limitações diz respeito à noção de *serviços ou atividades essenciais*, que é destacada pela Constituição. Neste segmento destacado, cujo rol compete à lei definir, caberá a esta também dispor *sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade* (art. 9º, § 1º, CF/88).

Com isso, a CF/88 apresenta *qualificativo circunstancial importante* na realização dos movimentos paredistas: os serviços ou atividades essenciais. Planejada a greve para esse âmbito diferenciado, seus condutores deverão atentar para o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade. Ou seja: a Constituição de 1988 não proíbe a greve em tais segmentos (ao contrário do que já ocorreu em tempos anteriores da história do País); mas cria para o movimento paredista imperiosos condicionamentos, em vista das *necessidades inadiáveis da comunidade*.

(18) A OJ n. 1, da SDC do TST, chegou a considerar inválida a greve em tais situações de descumprimento convencional, em face de haver, na ordem jurídica, ação de cumprimento. Tratava-se de restrição significativa ao direito paredista, por não ponderar sequer a dimensão e gravidade do descumprimento. Tal orientação da jurisprudência foi, contudo, felizmente cancelada pela Seção de Dissídios Coletivos da Corte Superior, em maio de 2004.

A Lei n. 7.783/1989, em resposta à determinação da CF/88, *definiu os serviços ou atividades essenciais* (art. 10): *tratamento e abastecimento de água, produção e distribuição de energia elétrica, gás e combustíveis; assistência médica e hospitalar; distribuição e comercialização de medicamentos e alimentos; funerários; transporte coletivo; captação e tratamento de esgoto e lixo; telecomunicações; guarda, uso e controle de substâncias radioativas, equipamentos e materiais nucleares; processamento de dados ligados a serviços essenciais; controle de tráfego aéreo; compensação bancária.*

Note-se que não estão nesse rol, ilustrativamente, serviços bancários, exceto compensação (com o processamento de dados a ela vinculado); serviços de comunicação, exceto telecomunicações (e respectivo processamento de dados); serviços de carga e descarga, exceto transporte coletivo; escolas; serviços de correios.

Ainda com respeito a esses serviços ou atividades essenciais, em que caberá o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade (CF/88, art. 9º, § 1º), a Lei de Greve dispôs que “*os sindicatos, os empregadores e os trabalhadores ficam obrigados de comum acordo, a garantir, durante a greve, a prestação dos serviços indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade*” (art. 11, Lei n. 7.783/89). Completa a lei que, no caso de inobservância da regra anterior, o “*Poder Público assegurará a prestação dos serviços indispensáveis*” (art. 12). O mesmo diploma esclareceu serem necessidades inadiáveis da comunidade “*aquelas que, não atendidas, coloquem em perigo iminente a sobrevivência, a saúde ou a segurança da população*” (parágrafo único do art. 11, Lei n. 7.783).

A jurisprudência tem invalidado o movimento paredista que, ocorrendo em serviços e atividades essenciais, não tenha a aptidão de assegurar o atendimento às necessidades inadiáveis da comunidade (nesta linha, a OJ 38 da SDC/TST).

A segunda limitação constitucional ao direito de greve é, na verdade, redundante, porque derivaria, necessariamente, do conjunto da lógica jurídica. De fato, dispõe a Constituição que os “*abusos cometidos sujeitam os responsáveis às penas da lei*” (art. 9º, § 2º, CF/88). Quer dizer o Texto Magno que a conduta coletiva paredista, embora amplamente franqueada, não traduz permissão normativa para atos abusivos, violentos ou similares, pelos grevistas.

Na esteira da ressalva constitucional, a Lei de Greve dispôs que o sindicato obreiro ou a comissão de negociação, durante o movimento paredista, deverá manter, em ajuste com o empregador ou seu sindicato, “*equipes de empregados com o propósito 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. 9º, *caput*, Lei n. 7.783). Completa o diploma legal que, à falta de acordo nessa linha, assegura-se ao empregador, *enquanto perdurar a greve, o direito de contratar diretamente* a realização dos correspondentes serviços de manutenção (parágrafo único do art. 9º, Lei n. 7.783).

Este último dispositivo mencionado confere, porém, certa ampliação à noção de abuso acobertada pela Constituição; por essa razão, sua interpretação tem de ser restritiva, sob pena de inviabilizar qualquer movimento paredista.

Há outra limitação trazida pela Lei de Greve, que se mostra de duvidosa constitucionalidade: trata-se da proteção especial conferida ao trabalhador que insista em trabalhar. De fato, dispõe a lei que as *manifestações e atos de persuasão utilizados pelos grevistas não poderão impedir o acesso ao trabalho...* (art. 6º, § 3º); completa o diploma legal que, em nenhuma hipótese, também poderão ser violados ou constrangidos os *direitos e garantias fundamentais de outrem* (art. 6º, § 1º).

Ora, a lei tem de ser interpretada em harmonia com a Constituição: direitos e garantias, em nenhuma hipótese, poderão, efetivamente, ser violados ou constrangidos, *exceto o acesso ao trabalho*, desde que, aqui, a restrição se faça sem violência física ou moral às pessoas. É que o Texto Máximo assegura, enfaticamente, como *direito fundamental*, a greve, o movimento de sustação coletiva do trabalho; neste caso, o ato individual de insistir no cumprimento isolado do contrato choca-se com o direito coletivo garantido. Inexistindo violência física e moral nos piquetes, estes são lícitos, por força do direito garantido na Constituição, podendo, desse modo, inviabilizar, fisicamente, o acesso ao trabalho — repita-se, desde que sem violência física ou moral ao trabalhador.

4. Requisitos da Greve

A ordem jurídica infraconstitucional estabelece alguns requisitos para a validade do movimento grevista. Em seu conjunto não se chocam com o sentido da garantia magna; apenas civilizam o exercício de direito coletivo de tamanho impacto social.

Nessa linha, o primeiro requisito é a ocorrência de real tentativa de negociação, antes de se deflagrar o movimento grevista: desde que *frustrada a negociação coletiva ou verificada a impossibilidade de recurso à via arbitral*, abre-se o caminho ao movimento de paralisação coletiva (art. 3º, *caput*, Lei n. 7.783). A jurisprudência, a propósito, tem exigido demonstrações satisfatórias de que houve real desenvolvimento ou, pelo menos, efetivo intento de se estabelecer uma etapa negocial prévia, que se frustrou, entretanto (nesta linha, a OJ 11 da SDC/TST).

O segundo requisito é a aprovação da respectiva assembleia de trabalhadores. Aqui, a lei respeita os critérios e formalidades de convocação e *quorum* assembleares fixados no correspondente *estatuto sindical* (art. 4º, Lei n. 7.783).

O terceiro requisito é o aviso-prévio à parte adversa (empregadores envolvidos ou seu respectivo sindicato). O aviso será dado, regra geral, com antecedência mínima de *48 horas* da paralisação (art. 3º, parágrafo único, Lei de Greve).

Em se tratando de serviços ou atividades essenciais, o prazo será de *72 horas* da paralisação (art. 13, Lei de Greve). Neste caso, a comunicação deverá contemplar não apenas os empregadores, como também o público interessado (a lei fala em *usuários*).

O quarto requisito é o respeito ao atendimento às necessidades inadiáveis da comunidade, no contexto de greve em serviços ou atividades essenciais (art. 9º, § 1º, CF/88 c/c. arts. 10, 11 e 12, Lei de Greve). O rol de tais atividades e serviços e os critérios de cumprimento das necessidades comunitárias destacadas pela Constituição foram examinados no item III.3.B deste Capítulo, logo atrás.

5. Direitos e Deveres dos Grevistas

A ordem jurídica fixa direitos e deveres para os grevistas, que repercutem, naturalmente, em suas relações com a comunidade e, em especial, com seus empregadores.

Nessa linha, as prerrogativas e proteções que os trabalhadores recebem do Direito deságuam, por coerência, na formação de correspondentes deveres para os empregadores. Em contraponto a isso, os deveres impostos aos grevistas pela ordem jurídica podem implicar, sem dúvida, a formação de certas prerrogativas e proteções compatíveis às empresas submetidas à greve.

A) Direitos dos Grevistas — São *direitos* dos trabalhadores paredistas, entre outros: utilização de meios pacíficos de persuasão (art. 6º, Lei de Greve); arrecadação de fundos por meios lícitos (*idem*); livre divulgação do movimento (*idem*); proteção contra a dispensa por parte do empregador (o contrato de trabalho encontra-se *suspense*, juridicamente — art. 7º, Lei de Greve).

É também direito dos grevistas a proteção contra a contratação de substitutos pelo empregador (art. 7º, parágrafo único, Lei n. 7.783).

Neste caso, a Lei de Greve introduziu exceção — que tem de receber interpretação restritiva, sob pena de frustrar, grosseiramente, o direito fundamental assegurado pela Constituição. Trata-se da não formação, pelos obreiros ou seu sindicato, de equipes de manutenção de bens e serviços cuja paralisação, na empresa, possa causar prejuízo irreparável, ou que

sejam essenciais à futura retomada das atividades empresariais (art. 9º, Lei de Greve). Conforme já exposto no item III.3.B deste Capítulo, a regra legal confere certa ampliação à noção de abuso acobertada pela Constituição, devendo, em consequência, receber interpretação restritiva, sob pena de inviabilizar a efetiva realização de movimentos paredistas.

A segunda exceção à contratação de substitutos encontra-se no art. 14 da Lei de Greve. Ela abrange os movimentos considerados ilegais, seja por desrespeitarem a ordem jurídica, seja por se manterem após a celebração de acordo, convenção ou decisão judicial trabalhista a respeito.

B) Deveres dos Grevistas — Os *deveres* dos trabalhadores grevistas já podem ser inferidos pelas próprias limitações que a ordem jurídica fixou para os movimentos paredistas.

Sinteticamente, seriam eles: assegurar a prestação de serviços indispensáveis às necessidades inadiáveis da comunidade, quando realizando greve em serviços ou atividades essenciais (acrescendo-se que o Poder Público poderá suprir tal atendimento); organizar equipes para manutenção de serviços cuja paralisação provoque prejuízos irreparáveis ou que sejam essenciais à posterior retomada de atividades pela empresa; não fazer greve após celebração de convenção ou acordo coletivos ou decisão judicial relativa ao movimento (respeitada a ocorrência de fatores que se englobem na chamada cláusula *rebus sic stantibus*); respeitar direitos fundamentais de outrem; não produzir atos de violência, quer se trate de depredação de bens, quer sejam ofensas físicas ou morais a alguém.

6. Uma Especificidade: greve e serviço público

O conceito de greve, como visto, construiu-se, *em princípio*, enfocando as relações de caráter privado, situadas no âmbito do contrato de emprego ou de outras relações de prestação laborativa subordinada características da vida socioeconômica (como os avulsos, nos portos marítimos ao longo do globo). Esse sempre foi o campo principal dos movimentos paredistas, como direito social ampliado, construído no âmbito da sociedade civil e assim incorporado pelas ordens jurídicas⁽¹⁹⁾.

No campo das relações estritamente públicas, em que o Estado age com as qualidades e poderes distintivos de *imperium*, há uma tendência geral das ordens jurídicas, mesmo efetivamente democráticas, de não realizarem a pura e simples importação dos princípios e regras que regem o instituto paredista no âmbito da sociedade civil.

(19) Ilustrativamente, no Brasil, hoje, o direito de greve, com a amplitude constitucional que lhe é conferida, encontra-se no art. 9º da Constituição de 1988, inserindo-se Capítulo II da mesma Constituição, que trata dos *Direitos Sociais*.

Encontram-se, desse modo, situações de restrição, em alguma medida, dos movimentos paredistas, até um clímax jurídico de negativa de incorporação a certas searas públicas dos princípios e regras clássicos elaborados em torno do instituto da greve. Assim é que, mesmo sendo indubitável o caráter democrático da Constituição de 1988, ela não contemplou o direito de greve para os *servidores militares*, aos quais não estendeu sequer o direito de sindicalização (art. 37, VI e VII, e art. 42, § 5º, CF/88; desde EC n. 18/1998, art. 42, § 1º, e art. 142, § 3º, IV, CF/88). Note-se que não se está, aqui, no quadro das carreiras militares, falando-se em relação de emprego, porém em vínculo de caráter estatutário, regido por normas especialíssimas, em que a noção de hierarquia tem sido considerada importante à própria estrutura e dinâmica operacional da instituição.

Tratando-se, porém, de *servidores civis*, tem-se percebido nítida tendência à extensão de princípios e regras clássicos relativos à greve.

A) Servidores Civis e Direito de Greve — A Constituição de 1988, de fato, pioneiramente no Brasil, garantiu *ao servidor público civil o direito à livre associação sindical* (art. 37, VI). Em coerência, também se referiu ao movimento paredista no âmbito da administração pública, observada a seguinte regra: *o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei complementar* (art. 37, VII). Posteriormente, a Emenda Constitucional n. 19, de 4.6.1998, alterou a expressão *lei complementar* do inciso VII para *lei específica*.

O Supremo Tribunal Federal, durante a década de 1990, examinando a matéria, por distintas vezes, entendeu tratar-se o art. 37, VII, de norma de eficácia limitada, *absolutamente dependente de legislação ulterior, porque a Constituição deixa claro que o direito será exercido “nos termos e limites definidos em lei complementar” (...). Não se tem, em tal caso, norma de eficácia contida ou restringível, mas, na verdade, norma de eficácia limitada ou reduzida*⁽²⁰⁾. É o que prevaleceu na ADIn 339-RJ, de 17.7.1990, no MI 20-DF, de 1.5.1994 e também no MI 438-GO, de 11.11.1994⁽²¹⁾. Com tais decisões, o direito de greve dos servidores públicos ainda não seria válido no País, uma vez que não editada, naquela época (na verdade, inclusive até a presente data: 31.12.2017), a respectiva lei reguladora.

Curiosamente, entretanto, ao longo das últimas décadas, desde 1988, têm ocorrido, com alguma frequência, greves no segmento dos servidores públicos, sendo que o Poder Executivo, grande parte das vezes, não tem apelado para sua ilegalidade. Isso traduz certo pensar cultural de que tal

(20) VELLOSO, Carlos Mário da Silva. A Greve no Serviço Público, in: FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa (Coord.). *Curso de Direito Coletivo do Trabalho* — estudos em homenagem ao Ministro Orlando Teixeira da Costa. São Paulo: LTr, 1998, p. 563.

(21) Conforme VELLOSO, Carlos Mário da Silva, ob. cit., p. 563-566.

importante direito social e coletivo teria efetiva validade nesse segmento, desde a CF/88, por ser compatível com os quadros da Democracia implantada na sociedade civil e na sociedade política do País.

O sustentáculo teórico-técnico para tal pensar seria considerar-se o dispositivo do art. 37, VII, como *regra de eficácia contida*, isto é, preceito constitucional que assegura direito com eficácia imediata, embora autorizando à normatividade infraconstitucional que fixe condições e regras para seu exercício.

Ora, sendo regra de eficácia contida — como claramente evidencia ser —, o preceito autorizador do direito de greve teria eficácia imediata, nos limites que a ordem jurídica hoje confere ao instituto (nos limites, pois, da Lei n. 7.783/1989), até que lei específica para a área pública venha regular diferentemente a matéria.

A propósito, desde a 1ª edição de nossa obra, *Direito Coletivo do Trabalho* (2001), temos insistido ser de *eficácia contida* (e não de eficácia limitada) o preceito do art. 37, VII, da Constituição. Para tanto, retomávamos clássico debate do constitucionalismo relativo à *eficácia jurídica das normas constitucionais* — cuja rememoração é sempre crucial em sociedade e Estado de constituição analítica, como o Brasil. Essa rememoração consta da antiga obra, *Introdução ao Direito do Trabalho* (3ª ed. São Paulo: LTr, 2001),⁽²²⁾ estando também explicitada no atual *Curso de Direito do Trabalho*, em seu Capítulo V (“Ordenamento Jurídico Trabalhista”), no item IV.1.B (“Eficácia Jurídica da Constituição”) — para onde remetemos o leitor.

Considerado, portanto, o dispositivo inserto no inciso VII do art. 37 como *regra de eficácia contida* — quer em sua versão original de 1988, que se reportava à *lei complementar*, quer em sua versão reformada em 1998, que se reporta à *lei específica* —,⁽²³⁾ a conclusão inexorável é que a Constituição da República assegura, sim, aos servidores civis o direito à greve.

É claro que o instituto paredista, logicamente, não poderia ser absoluto, inteiramente desregulamentado, porém *submetido aos critérios da ordem jurídica existente sobre a matéria, isto é, Lei n. 7.783/1989*, no que esta for compatível. É evidente também que não se pode falar na aplicação do art. 9º da Constituição aos servidores, uma vez que este dispositivo dirige-se a trabalhadores e empregadores; ainda que assim não fosse, a circunstância de haver regra especial tratando da matéria quanto aos servidores civis na Constituição (art. 37, VI) traduz a intenção constitucional de fixar normatização algo distinta a respeito do tema.

(22) DELGADO, M. G. *Introdução ao Direito do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, em seu Capítulo IV, “Fontes do Direito do Trabalho”, item II.1.A.b, intitulado “Eficácia Jurídica da Carta Constitucional” (1ª ed.: 1995).

(23) A jurisprudência citada do STF, oriunda dos anos de 1990, no sentido denegatório do direito de greve aos servidores civis, foi construída ainda quando o texto do dispositivo constitucional referia-se a *lei complementar*.

Nessa linha de reflexão, as restrições de constitucionalidade que se apresentam à Lei n. 7.783, quando regendo movimentos paredistas do âmbito da sociedade civil, em função do comando amplo do art. 9º da CF/88 (restrições mencionadas no item 3.B, deste Capítulo XXXVII), desaparecerão no tocante à regência dos movimentos paredistas dos servidores públicos. É que, neste último caso, a referência constitucional existente será o art. 37, VI, e não mais o art. 9º da Constituição.

Felizmente, o Supremo Tribunal Federal, em 2007 — embora não se referindo ao conceito de *regra de eficácia contida*, porém à *omissão legislativa* —, alterou sua jurisprudência construída nos anos de 1990, determinando a aplicação da Lei n. 7.783/89 à área pública, nessa temática, até que seja editada a *lei específica* de que fala o art. 37, VII, da Constituição da República. A aplicação da Lei n. 7.783/89 à área pública deve se fazer respeitadas as correspondentes especificidades, até que se aprove diploma legal específico.⁽²⁴⁾

B) Prazo de Duração da Greve: suspensão versus interrupção — A ordem jurídica do País prevê, relativamente ao segmento das entidades estatais de Direito Público, a escolha, pelo Poder Público, mediante lei específica, do regime jurídico a estruturar a relação jurídica com seus servidores: ou o regime jurídico administrativo, de caráter estatutário (nas situações de regulação após 1988, trata-se da Lei do Regime Jurídico Único, conforme previsto pelo texto original do art. 39, *caput*, da Constituição), ou o regime celetista, de natureza essencialmente contratual, com suporte na Consolidação das Leis do Trabalho e legislação esparsa trabalhista.

Embora até mesmo o regime celetista ostente peculiaridades, no caso das entidades estatais de Direito Público — peculiaridades firmadas pela Constituição da República, em sua grande maioria —,⁽²⁵⁾ o fato é que,

(24) De fato, em outubro de 2007, o STF (8 X 3) fez revisão de sua jurisprudência acerca da matéria, passando a considerar eficaz o preceito constitucional examinado, com a aplicação, no tocante à área pública, até que se edite lei específica, do diploma normativo genérico sobre o movimento paredista (Lei n. 7.783/89). Embora a Corte Máxima tenha se valido, basicamente, de fundamento diverso, concernente à *omissão* do Poder Legislativo em regular a matéria, na verdade se trata de reconhecer a real eficácia do direito constitucional fixado. Fonte: *O Estado de S. Paulo*, 26.10.2007, p. A-4; *O Estado de Minas*, 26.10.2007, p. 7.

(25) São peculiaridades constitucionais, entre outras, que envolvem as entidades estatais relativamente a seus servidores, mesmo aqueles contratados via CLT (os chamados servidores celetistas): restrição da concessão de vantagens materiais aos servidores a não ser por meio de diploma legal de iniciativa do Chefe do Poder Executivo (princípios constitucionais da legalidade, da iniciativa legislativa específica e da simetria entre os entes de Direito Público); restrições à celebração de negociação coletiva trabalhista e de propositura da ação de dissídio coletivo às denominadas cláusulas sociais, isto é, sem efetivo conteúdo econômico (registre-se que, segundo jurisprudência do STF dos anos de 1990, poder-se-ia falar, até mesmo, em inviabilidade de negociação coletiva e do manejo da ação de dissídio coletivo de natureza econômica nesse peculiar segmento estatal); admissão de servidores essencialmente pela

no tocante à greve, um dos grandes debates existentes dizia respeito à possibilidade (ou não) de o Poder Público realizar o desconto dos dias parados ao longo do desenrolar do próprio movimento paredista.

Nesse aspecto, recentemente o STF prolatou interpretação bastante severa sobre o assunto, assentando a viabilidade jurídica de o Administrador Público realizar o corte do ponto dos servidores grevistas, para fins da subsequente não efetivação do pagamento salarial mensal.

De fato, no RE n. 693456-RJ, sob relatoria do Ministro Dias Toffoli, o Plenário da Corte Suprema, em julgamento finalizado no dia 27 de outubro de 2016, “apreciando o tema 531 da repercussão geral”, por maioria de votos, deu provimento ao recurso e fixou a tese jurídica nos seguintes termos: “*A administração pública deve proceder ao desconto dos dias de paralisação decorrentes do exercício do direito de greve pelos servidores públicos, em virtude da suspensão do vínculo funcional que dela decorre, permitida a compensação em caso de acordo. O desconto será, contudo, incabível se ficar demonstrado que a greve foi provocada por conduta ilícita do Poder Público*”.⁽²⁶⁾

A decisão, de toda maneira, considera incabível o desconto — portanto, o prazo de greve seria enquadrado como mera *suspensão parcial* (isto é, *interrupção*) do contrato de trabalho — caso o movimento paredista tenha sido provocado por *conduta ilícita* do Poder Público. Entre as hipóteses de condutas ilícitas do Poder Público podem ser indicadas, ilustrativamente, as seguintes situações: não pagamento ou atraso reiterado dos salários dos servidores; más condições ambientais de trabalho, com risco à higidez das pessoas envolvidas; dispensa em massa de servidores, sem prévia negociação coletiva com o respectivo sindicato, etc.

Igualmente permite a decisão do STF o pagamento dos dias parados mediante compensação por meio de trabalho suplementar em dias e horários especiais (mecanismo de pagamento usualmente denominado, na prática do serviço público, de *reposição dos dias parados*).

7. Greve: natureza jurídica e fundamentos

A) Natureza Jurídica — A natureza jurídica da greve, hoje, é de um *direito fundamental de caráter coletivo, resultante da autonomia privada coletiva inerente às sociedades democráticas*. É exatamente nesta qualidade e com esta dimensão que a Constituição de 1988 reconhece esse direito (art. 9º).

formalidade de concurso público; necessidade de motivação dos atos de ruptura dos contratos de trabalho de seus servidores; execução de condenações judiciais relativamente a seus servidores apenas mediante precatório, salvo as *requisições de pequeno valor*.

(26) Ficaram vencidos os Ministros Edson Fachin, Rosa Weber, Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski, que negavam provimento ao recurso extraordinário.

É direito que resulta da *liberdade de trabalho*, mas também, na mesma medida, da *liberdade associativa e sindical* e da *autonomia dos sindicatos*, configurando-se como manifestação relevante da chamada *autonomia privada coletiva*, própria às democracias. Todos esses *fundamentos*, que se agregam no fenômeno grevista, embora preservando suas particularidades, conferem a esse direito um *status* de essencialidade nas ordens jurídicas contemporâneas. Por isso é direito fundamental nas democracias.

Não há dúvida quanto a greve ser, originalmente, uma modalidade de *autotutela*, de coerção coletiva. Contudo, sua consagração nas ordens jurídicas democráticas, como direito fundamental, conferiu-lhe não somente força, mas também *civilidade*. Nesta última medida, a figura ultrapassou o caráter de mera dominação da vontade de um sujeito sobre outro, como inerente à autotutela.

A consagração do instituto como direito tem levado ao surgimento de interessantes variantes conceituais, tais como direito de igualdade, direito instrumental, direito potestativo e superdireito. Não se pode afirmar serem exatamente incorretas tais variantes conceituais; porém são incompletas, dotadas de visão algo parcial relativamente ao fenômeno da greve.

A ideia de *direito de igualdade* sustenta que o movimento paredista é o grande mecanismo viabilizador da efetiva aproximação de poderes, de igualização, entre trabalhadores, coletivamente considerados, e empregador. É o mecanismo que potencialmente estabelece equivalência entre os contratantes coletivos, pois concentra o grande momento em que os poderes empresariais são, de fato, postos em questão.

Esta noção é válida, consistindo, aliás, em um dos fundamentos de afirmação da greve nas sociedades democráticas. Mas não esgota o instituto, em face da amplitude que o caracteriza.

A ideia de *direito instrumental* também é correta, pois a greve é, de fato, mecanismo de pressão para o alcance de reivindicações coletivas dos trabalhadores. Porém a noção é insuficiente, até mesmo tímida, para traduzir o conjunto complexo de atos, condutas e efeitos concentrados em um movimento paredista. O caráter instrumental da greve é inegável (assim como instrumentais são o processo judicial, o trabalho e inúmeros atos praticados pelos indivíduos na vida pessoal e social, sem que isso explique toda a *natureza* de tais institutos e condutas). Assim, reconhecer-se o caráter instrumental da greve não significa que se deva reduzir sua natureza jurídica a esse exclusivo aspecto.

A ideia de *direito potestativo* resulta, em certa medida, da noção de autotutela inerente à greve. Porém, não pode mais ser acolhida nas ordens jurídicas civilizadas. Há traços de potestividade, é claro, nos movimentos paredistas; contudo, o Direito não mais permite que tal relevante conduta

coletiva mantenha-se na dimensão incontrastável que é própria aos direitos potestativos. Conforme já exposto, *a consagração da greve nas ordens jurídicas democráticas, como direito fundamental, conferiu-lhe não somente força, mas também civilidade*. Nesta última medida, a figura ultrapassou o caráter de mero exercício potestativo da vontade coletiva, incontrastável em face de regras ou princípios contrapostos. Há limites, afinal, ainda que atenuados, às greves, mesmo em ordens constitucionais firmemente democráticas (como expresso pelo art. 9º da Constituição de 1988).

A ideia de *superdireito* tem importantes elementos de verdade: a greve, como direito coletivo, traduz, de fato, exercício privado e grupal de coerção, prevalecendo, em certa medida, sobre outros direitos tradicionais do empregador e, até mesmo, da própria comunidade. Além disso, é movimento social que, muitas vezes, intenta ultrapassar o Direito construído, alterá-lo, reconstruí-lo.

Contudo, a expressão pode ensejar o enganoso sentimento de que não há limites a essa prevalência — o que seria um erro. Na linha do que já foi exaustivamente exposto, a consagração das greves nas democracias conferiu ao instituto não somente grande força, como também inquestionáveis limitações, que respondem por sua civilidade na ordem social.

Outras Concepções — Ao lado da concepção da natureza jurídica da greve como direito fundamental de caráter coletivo, hoje prevalecente, existem outras que já contaram com certo prestígio na doutrina justralhista.

Trata-se das concepções que enquadravam o instituto ora como *fato social*, ora como *liberdade*, ora como *poder*.

Registre-se que nenhuma dessas três concepções é inteiramente equivocada, já que todas tocam em aspectos verdadeiros e relevantes da figura sociojurídica da greve. Entretanto, são, hoje, *insuficientes* para explicar o correto enquadramento jurídico de tal fenômeno.

As três têm em comum a circunstância de procurarem, de certo modo, excluir, com suporte em distintas fundamentações, a possibilidade de regência normativa do fenômeno grevista pela ordem jurídica. Curiosamente, seus resultados tendem a ser antitéticos a seus aparentes objetivos, já que mais facilmente justificam uma política repressiva à greve no meio social.

A concepção de greve como *fato social* sustenta que, considerada essa natureza do fenômeno, não caberia ao Direito incorporá-lo e, principalmente, regulá-lo ou restringi-lo.

A explicação tem relativa correção, à medida que os movimentos grevistas são, efetivamente, fatos sociais; além disso, muitas vezes tais fatos

impõem-se aos empregadores e às próprias autoridades públicas, que com eles têm de lidar, mediante cuidadosa sensibilidade, em busca do melhor caminho para a pacificação do conflito coletivo. Não há dúvida, portanto, de que a História demonstra a presença de diversas situações grevistas que suplantaram os quadros legais e, ainda assim, impuseram-se no plano social. As ditaduras são repletas de exemplos dessa ordem, sendo que eles ocorrem mesmo nas democracias.

Entretanto, a explicação deixa de ter em conta a circunstância de que cabe ao Direito, exatamente, captar no meio social os fatos que se tornaram correntes e relevantes, conferindo a eles reconhecimento jurídico, de modo a assegurar-lhes, no mínimo, nas democracias, maior transparência, em benefício da convivência social mais harmônica e justa.

Além disso, a concepção de mero fato social coloca os movimentos paredistas, de imediato e automaticamente, fora da ordem jurídica, autorizando, com maior facilidade, a prática autoritária e repressiva sobre sua deflagração e dinâmica.

Registre-se que *Amauri Mascaro Nascimento*, reportando-se ao jurista uruguaio *De Ferrari*, noticia a existência de uma variante da concepção de greve como *fato social*. Para esta variante, seria a greve nada mais do que um *fato jurídico*, ou seja, apenas um evento do qual “*resultam efeitos que se projetam nas relações jurídicas envolvidas*” ou, ainda, “*um modo de criar condições para obter ou garantir direitos*”⁽²⁷⁾. Tal concepção, entretanto, é, na verdade, um empobrecimento da própria concepção maior, a que se reporta (fato social), além de bastante insuficiente para explicar fenômeno tão complexo quanto a greve.

A concepção de greve como *liberdade* é muito próxima à relativa a fato social. Para tal entendimento, a figura grevista seria *manifestação inerente à liberdade humana*, ainda que encarada sob perspectiva coletiva; nessa qualidade, não poderia ser regulada e restringida pelo Direito.

A presente concepção seria corretíssima, caso se restringisse ao seu primeiro enunciado, não se estendendo à conclusão antijurídica subsequente. De fato, *os movimentos paredistas são manifestações inerentes à liberdade humana, a qual projeta-se no plano coletivo*. Aliás, nessa direção já entendeu a Corte Constitucional da Itália, ao tratar, em 1974, de situação envolvendo *greve política*. A este respeito, *Amauri Mascaro Nascimento* lembra que, em decisão excludente da aplicação de preceitos penais incriminatórios de greve sem fim estritamente trabalhista, mas político, aquela Corte Máxima teria então sustentado que “*a greve constituía, sempre, uma manifestação*

(27) NASCIMENTO, A. M. *Direito do Trabalho na Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 292.

*de liberdade constitucionalmente reconhecida e, como tal, não suscetível de constrangimentos jurídicos, salvo em se tratando de casos de subversão do ordenamento constitucional*⁷⁽²⁸⁾.

É óbvio, entretanto, que a circunstância relevante de tais movimentos serem manifestações coletivas da liberdade humana não significa que não possam e não devam ser *democraticamente* regulados pelo Direito. Não há na vida social liberdade absoluta — o que já fundamentaria a necessidade da regulação jurídica dessa liberdade. Mais do que isso, tal regulação pode (e deve) ocorrer também com o objetivo de tornar viável e eficaz o instituto, e não somente com a meta de restringir ou dificultar sua existência e desenvolvimento. A regulação jurídica *democrática* do direito coletivo de greve civiliza o movimento, mas sem o inibir ou desestimulá-lo.

A concepção de greve como *poder*, finalmente, toca nos mesmos pontos centrais de argumentação das duas vertentes anteriores, padecendo das mesmas limitações teóricas e práticas.

B) Fundamentos — Os fundamentos da greve, conforme já exposto, são distintos, todos qualificados pelo mesmo nível de relevância.

Trata-se de um lado, da *liberdade de trabalho*. De outro, da *liberdade associativa e sindical*. Ao lado deste, o princípio da *autonomia dos sindicatos*. Finalmente, como resultado de todos esses fundamentos agregados, a denominada *autonomia privada coletiva*, que é inerente às democracias.

Em síntese, esses *fundamentos*, em seu conjunto, reunidos no fenômeno grevista, ainda que mantendo cada um deles sua especificidade, todos conferem ao direito paredista *status* de essencialidade nas ordens jurídicas contemporâneas. Por tudo isso, a greve é, efetivamente, direito fundamental nas democracias.

8. Greve: retrospectiva histórico-jurídica

O Direito do Trabalho brasileiro, seu movimento sindical e o instituto da greve estão atados, historicamente, a um marco fundamental: a *afirmação da relação de emprego como vínculo sociojurídico importante no sistema econômico-social do País*. É que, sem relação empregatícia como instrumento relevante de conexão do trabalhador livre ao sistema produtivo, não se pode falar na emergência das condições para o próprio surgimento do ramo justralhista, assim como, de resto, de quaisquer de seus institutos específicos, como os sindicatos e as greves, por exemplo.

(28) NASCIMENTO, A. M. *Compêndio de Direito Sindical*, cit., p. 373.

Esse marco é dado pela extinção da escravatura, em 1888, que tornou a relação empregatícia a modalidade central de vinculação do trabalho ao sistema socioeconômico.

Em torno desse período surge o primeiro diploma legal que se refere à greve. Trata-se do antigo Código Penal, de 11 de outubro de 1890 (Decreto n. 847), que tipificava o paredismo e seus atos como *ilícitos criminais*⁽²⁹⁾.

A fase da criminalização explícita da greve foi, contudo, brevíssima. Logo depois, pelo Decreto n. 1.162, de 12.12.1890, a conduta grevista deixou de ser ilícito penal, punindo a ordem jurídica apenas os atos de ameaça, constrangimento ou violência verificados em seu meio⁽³⁰⁾.

Ainda que não se tratasse de regulação da greve como direito, esta poderia ser considerada, no novo contexto normativo (Decreto n. 1.162, de 1890), como *fato social* ou, ainda, *liberdade*, de certo modo. Com isso, remetia-se ao exame das situações concretas grevistas a pesquisa sobre ocorrência de atos de violência, constrangimento ou ameaça.

O período de 1930 a 1945, de implantação do modelo sindical brasileiro, de caráter corporativo-autoritário, foi, como é óbvio, adverso às manifestações livres dos movimentos paredistas.

Logo em seguida à implantação do *Governo Provisório* (outubro de 1930), seguiu-se fase de centralização política, que naturalmente restringe a liberdade para manifestações paredistas. Contudo, ainda não surgira diploma proibindo ou criminalizando esse instituto trabalhista.

A Constituição de 1934 não se referiu à greve⁽³¹⁾, embora fosse diploma de índole relativamente democrática. De todo modo, esta Constituição intermediária entre períodos ditatoriais teve sua eficácia jurídica rapidamente sustada, com o *estado de sítio* de 1935 (que duraria até o golpe de estado de novembro de 1937). Portanto, desde a época do *estado de sítio*, a greve foi afastada do campo dos institutos válidos do Direito do Trabalho.

A Carta de 1937 conferiu expressão normativa à tendência autoritária manifestada tempos atrás pelo *Governo Provisório*, colocando a greve na ilegalidade. Em seguida, outros diplomas infraconstitucionais repetiram a mesma orientação normativa de proibição e, até mesmo, criminalização dos movimentos paredistas. Ilustrativamente, Lei de Segurança Nacional

(29) A ordem jurídica anterior a 1890 não tratava do instituto da greve. No campo constitucional, esse silêncio apresentou-se tanto na Carta do Império (1824) quanto na Constituição da Primeira República (1891).

(30) A respeito, NASCIMENTO, A. M. *Direito do Trabalho na Constituição de 1988, cit.*, p. 301-302.

(31) A respeito, PINTO, J. A. R., *ob. cit.*, p. 306.

(Decreto-Lei n. 431, de 1938), Decreto n. 1.237, de 1939, Código Penal de 1940; finalmente, a própria CLT, de 1943, em seu art. 722⁽³²⁾.

Com o processo de redemocratização do País, em 1945/1946, em consequência dos impactos da Segunda Guerra Mundial no mundo e no Brasil, o novo Presidente da República editou o Decreto-Lei n. 9.070, de 15.3.1946. Esta seria, portanto, a “primeira lei ordinária que disciplinou a matéria, definiu a greve, permitindo-a nas atividades acessórias”⁽³³⁾. O mencionado texto legal era, entretanto, *bastante restritivo do instituto paredista*, embora já o reconhecesse, em certas circunstâncias, como direito dos trabalhadores.

A nova Constituição Republicana, logo a seguir, viria, por fim, confirmar a greve como *direito trabalhista* (art. 158, CF/1946). Porém, curiosamente, conviveu este Texto Magno, mais amplo, com o acanhado e restritivo texto do Decreto-Lei n. 9.070/46, por cerca de 20 anos. Em meados da década 1960, o Decreto-Lei n. 9.070 seria revogado pelo novo regime autoritário que recém se implantara no País.

A Lei de Greve do regime militar (n. 4330, de junho de 1964) restringia, severamente, o instituto: não só proibia movimentos que não tivessem fins estritamente trabalhistas, como vedava a estratégia ocupacional do estabelecimento nas greves. A par disso, instituía rito cujo cumprimento era considerado inviável pelos sindicalistas. Transformado o direito em mero simulacro, o diploma foi apelidado de *Lei Antigreve*.

Logo a seguir, pela Carta de 1967, acentuou-se a restrição aos movimentos paredistas, proibindo-os nos *serviços públicos* e nas denominadas *atividades essenciais* (art. 162). Nesse meio tempo, agravou-se o caráter autoritário do regime político, com o Ato Institucional n. 5, de dezembro de 1968, inviabilizando qualquer tentativa de paralisação trabalhista na sociedade brasileira.

Anos depois, com o renascimento do movimento grevista, em torno de 1977/1978, ainda nos quadros do autoritarismo militar, novas proibições foram incluídas na ordem jurídica. Citem-se, ilustrativamente: Lei n. 6.128/78 (proibição de greve estendida a empregados de sociedades de economia mista); Lei n. 6.158/78 (estendia a proibição grevista ao *pessoal celetista* de autarquias e órgãos da Administração Direta); Lei n. 6.620/78 (Lei de Segurança Nacional, com várias apenações relativas à prática grevista); Decreto-Lei n. 1.632/78 (enumerava as atividades essenciais, em que eram vedadas greves)⁽³⁴⁾.

(32) Sobre tais diplomas, consultar NASCIMENTO, A. M. *Compêndio de Direito Sindical*, cit., p. 425-426.

(33) NASCIMENTO, A. M. *Compêndio de Direito Sindical*, cit., p. 427.

(34) A respeito, consultar NASCIMENTO, A. M., *ob. cit.*, p. 430.

A Constituição de 1988, ao final dessa retrospectiva histórica, surge, claramente, como o instante mais elevado de reconhecimento do direito paredista na ordem jurídica brasileira. Mesmo consideradas as fases de não regulação ou proibição desse tipo de movimento social, de pré-1930, e de regulação restritiva vivenciada entre 1946-1964, e sempre se tomando em consideração as longas fases obscurantistas sofridas no Brasil ao longo do século XX, a Constituição de 1988 demarca-se como o momento mais notável de afirmação do direito de greve na História pátria. Trata-se, além de tudo, do primeiro e único instante no Brasil em que o instituto da greve ganhou o *status* jurídico de *direito constitucional fundamental de caráter coletivo*, "... competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender" (art. 9º, *caput*, CF/88).

9. Greve: competência judicial

A competência judicial para examinar lides relacionadas aos movimentos paredistas de trabalhadores é da Justiça do Trabalho, desde 1988. É o que resultava da interpretação lógico-sistemática do art. 114 da Constituição, em seu texto original, que se referia a "...dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores..." (*caput* do art. 114). Sendo a greve matéria coletiva trabalhista típica, a análise processual relacionada a seus litígios principais e conexos evidentemente compete ao ramo especializado trabalhista do Judiciário.

Não obstante a clareza do comando constitucional de 1988, permanecia certa dissensão interpretativa no tocante à competência judicial para examinar alguns aspectos dos movimentos paredistas, como ocupação de estabelecimento pelos obreiros, restrição a trânsito de trabalhadores pelos piquetes grevistas, etc. Era corrente argumentar-se competir à Justiça Comum Estadual as decisões relacionadas a tais circunstâncias, por meio de ações possessórias, interditos proibitórios e outras medidas congêneres.

A EC 45/2004 sanou qualquer possibilidade de dúvida quanto a este tema: é clara e enfática a competência plena da Justiça do Trabalho para conhecer e julgar as lides principais e conexas relativas a movimentos paredistas de trabalhadores e seus tomadores de serviços (ressalvados os litígios envolvendo servidores públicos com vínculo administrativo)⁽³⁵⁾.

(35) Com respeito aos servidores administrativos, houve deferimento de liminar pelo STF (Rel.: Min. Néelson Jobim), na ADIn n. 3.395-6, excluindo da competência ampla fixada no inciso I do art. 114 da Constituição (EC 45/2004) as relações entre o Poder Público e seus servidores administrativos (DOU, 4.2.2005). A decisão foi posteriormente confirmada pelo Plenário do STF.

Tal conclusão deriva do texto amplo do inciso I do art. 114 da Constituição, que alargou o antigo comando, já extenso, do *caput* do mesmo art. 114: a nova competência, portanto, é ainda mais dilatada, abrangendo "...ações oriundas da relação de trabalho...". Ações individuais e coletivas, evidentemente.

Não bastasse isso, a Constituição da República preferiu repisar seu comando, logo a seguir, no inciso II do art. 114: "ações que envolvam exercício do direito de greve". Ora, ocupação de estabelecimento pelo movimento paradedista, realização de piquetes pelos grevistas, com restrição ao ingresso de trabalhadores em seus locais de labor, além de outras práticas dessa natureza, tudo corresponde a típicos atos e fatos do direito coletivo de greve, a ele estrutural e operacionalmente vinculados. Nenhuma dúvida pode subsistir no tocante à específica competência da Justiça do Trabalho para conhecer e julgar tais lides⁽³⁶⁾.

(36) A Súmula Vinculante 23 do Supremo Tribunal Federal, felizmente, pacificou essa matéria: "A Justiça do Trabalho é competente para processar e julgar as ações possessórias ajuizadas em decorrência do exercício do direito de greve pelos trabalhadores da iniciativa privada".

CAPÍTULO XXXVIII

ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO NO DIREITO COLETIVO

I. INTRODUÇÃO

A arbitragem, como fórmula de solução de conflitos na sociedade, tem sido prestigiada em certas ordens jurídicas (EUA, por exemplo). O mecanismo atua em áreas diversas, como Direito Comercial/Empresarial, Direito Civil e, até mesmo, Direito do Trabalho.

No Brasil, entretanto, sua prática ainda não se mostrou frequente em qualquer campo do Direito, embora permitida e incentivada pela ordem jurídica.

A mediação, a seu turno, como técnica de aproximação de partes em conflito, em busca da resolução do litígio, por meio dos métodos próprios existentes, sempre foi prestigiada no País, inclusive no Direito Coletivo do Trabalho.

II. MEIOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS: AUTOTUTELA, AUTOCOMPOSIÇÃO, HETEROCOMPOSIÇÃO

São distintos os métodos de solução de conflitos *interindividuais* e *sociais* conhecidos no mundo ocidental contemporâneo. Classificam-se, basicamente, em três grandes grupos: *autotutela*, *autocomposição* e *heterocomposição*.

A diferenciação essencial entre tais grupos encontra-se nos *sujeitos envolvidos* e na *sistemática operacional* do processo de solução do conflito. É que, nas duas primeiras modalidades (autotutela e autocomposição), apenas os sujeitos originais em confronto é que tendem a se relacionar na busca da extinção do conflito, o que dá origem a uma *sistemática de análise e solução da controvérsia autogerida pelas próprias partes* (na autotutela, na verdade, gerida por uma única das partes).

Na última modalidade (heterocomposição), ao invés, verifica-se a intervenção de um *agente exterior* aos sujeitos originais na dinâmica de solução do conflito, o que acaba por transferir, em maior ou menor grau, para este agente exterior a direção dessa própria dinâmica. Ou seja, a sistemática de análise e solução da controvérsia não é mais exclusivamente gerida pelas

partes; porém transferida para a entidade interveniente (transferência de gestão que se dá em graus variados, é claro, segundo a modalidade heterocompositiva).

1. Autotutela

A *autotutela* ocorre quando o próprio sujeito busca afirmar, unilateralmente, seu interesse, impondo-o (e impondo-se) à parte contestante e à própria comunidade que o cerca. Como se vê, a autotutela permite, de certo modo, o exercício de coerção por um particular, em defesa de seus interesses. Não é por outra razão que a antiga fórmula da *justiça privada* correspondia à mais tradicional modalidade de autotutela.

Contemporaneamente, a cultura ocidental tem restringido, ao máximo, as formas de exercício da autotutela, *transferindo ao aparelho de Estado as diversas e principais modalidades de exercício de coerção*. Conforme argutamente exposto pela doutrina, “o extraordinário fortalecimento do Estado, ao qual se aliou a consciência da sua essencial função pacificadora, conduziu, a partir da já mencionada evolução do direito romano e ao longo dos séculos, à afirmação da *quase absoluta exclusividade estatal no exercício dela*. A autotutela é definida como crime, seja quando praticada pelo particular (“*exercício arbitrário das próprias razões*”, art. 345, CP), seja pelo próprio Estado (“*exercício arbitrário ou abuso de poder*”, art. 350)⁽¹⁾.

Essa significativa restrição à sistemática autotutelar de gerenciamento de conflitos tem isolado, como esporádicas exceções, no Direito contemporâneo, algumas poucas situações hipotéticas de exercício direto válido da coerção por particulares. No Direito Civil brasileiro é o que se passa, ilustrativamente, com a legítima defesa (art. 160, I, CCB/1916; art. 188, I, CCB/2002), com o desforço imediato, no esbulho possessório (art. 502, CCB/1916; art. 1.210, § 1º, CCB/2002) e, por fim, com a apreensão pessoal do bem, no penhor legal (art. 779, CCB/1916; art. 1.470, CCB/2002).

No Direito do Trabalho, a greve constitui importante exemplo da utilização da autotutela na dinâmica de solução de conflitos coletivos trabalhistas. Entretanto, conforme já anotado nesta obra, raramente ela completa seu ciclo autotutelar, impondo à contraparte *toda* a solução do conflito: o que ocorre é funcionar esse mecanismo como *simples meio de pressão*, visando ao alcance de mais favoráveis resultados na dinâmica negocial coletiva em andamento ou a se iniciar.

(1) CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. *Teoria Geral do Processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 26; destaques no original.

2. Autocomposição

A *autocomposição* ocorre quando o conflito é solucionado pelas próprias partes, sem intervenção de outros agentes no processo de pacificação da controvérsia. A autocomposição verifica-se seja pelo despojamento unilateral em favor de outrem da vantagem por este almejada, seja pela aceitação ou resignação de uma das partes ao interesse da outra, seja, finalmente, pela concessão recíproca por elas efetuada. Na autocomposição não há, em tese, exercício de coerção pelos sujeitos envolvidos.

São modalidades de autocomposição a *renúncia*, a *aceitação* (ou resignação ou, ainda, submissão) e a *transação*.

A *renúncia* ocorre quando o titular de um direito dele se despoja, por ato unilateral seu, em favor de alguém.

A *aceitação* verifica-se quando uma das partes reconhece o direito da outra, passando a conduzir-se em consonância com esse reconhecimento. A aceitação pode comportar situações algo diferenciadas (embora muito próximas, é claro), segundo o estado de espírito e a conduta da parte que confere a aquiescência. Ela envolve a *aceitação*, no sentido estrito, e a *resignação* ou *submissão* — que são a inércia em reagir em face da manifestação do direito de outrem. Registre-se, por fim, que também utiliza-se a expressão *composição* para designar a aceitação ou reconhecimento do direito de outrem.

A *transação*, por sua vez, verifica-se quando as partes que se consideram titulares do direito solucionam o conflito mediante a implementação de concessões recíprocas.

Evidentemente que as figuras acima podem ocorrer no âmbito exclusivo da sociedade civil (classificando-se como *extraprocessuais*) ou no interior de um processo judicial (enquadrando-se como *endoprocessuais*).

Registre-se que o Direito do Trabalho (mais uma vez, no âmbito do Direito Coletivo) apresenta importantíssima modalidade de autocomposição: a *negociação coletiva trabalhista*. Embora tenda a ser confundida com a transação (fala-se em *transação coletiva*), não se esgota, na verdade, na simples projeção daquela tradicional figura do Direito Civil⁽²⁾.

3. Heterocomposição

A heterocomposição ocorre quando o conflito é solucionado por meio da intervenção de um *agente exterior* à relação conflituosa original. Em vez de isoladamente ajustarem a solução de sua controvérsia, as partes (ou

(2) Sobre a negociação coletiva trabalhista, consultar o Capítulo XXXVI deste Curso.

até mesmo unilateralmente uma delas, no caso da jurisdição) submetem a terceiro seu conflito, em busca de solução a ser por ele firmada ou, pelo menos, por ele instigada ou favorecida.

Na heterocomposição também não há exercício de coerção *pelos sujeitos envolvidos*. Entretanto pode haver, sim, exercício coercitivo pelo agente exterior ao conflito original — como se passa no caso da jurisdição. A heterocomposição, em sua fórmula jurisdicional, distingue-se, pois, da autocomposição (e até mesmo das demais modalidades heterocompositivas) pelo fato de comportar exercício institucionalizado de coerção ao longo do processo de análise do conflito, assim como no instante de efetivação concreta do resultado final estabelecido.

São modalidades de heterocomposição a *jurisdição*, a *arbitragem*, a *conciliação* e, também, de certo modo, a *mediação*.

A) Enquadramento Jurídico: controvérsias — O enquadramento de todas essas quatro figuras jurídicas no grupo dos métodos heterocompositivos não é, porém, consensual na doutrina.

Há autores que consideram a conciliação e a mediação meios autocompositivos, reservando à heterocomposição apenas a jurisdição e a arbitragem⁽³⁾. Afinal, nas duas primeiras figuras não se entregaria ao terceiro o poder de *decidir* o litígio, ainda que sendo inegável sua participação na dinâmica compositiva.

Registre-se, ademais, nesse debate classificatório, a dubiedade inerente à própria *arbitragem* (principalmente a do tipo consensual): é que o árbitro, mesmo sendo terceiro, é escolhido pelas próprias partes (o que aproximaria o método da autocomposição).

Contudo, parece-nos válida, do ponto de vista científico, a tipologia proposta no presente estudo (isto é, *jurisdição*, *arbitragem*, *conciliação* e, também, de certo modo, a *mediação* como modalidades de heterocomposição).

É que a diferenciação essencial entre os métodos de solução de conflitos encontra-se, como visto, nos *sujeitos envolvidos* e na *sistemática operacional* do processo utilizado. Na autocomposição, apenas os sujeitos originais em confronto é que se relacionam na busca da extinção do conflito, conferindo origem a uma *sistemática de análise e solução da controvérsia autogerida pelas próprias partes*. Já na heterocomposição, ao contrário, dá-se a intervenção de um *agente exterior* aos sujeitos originais na dinâmica de solução do conflito, transferindo, como já exposto, em maior ou menor grau, para este agente exterior a direção dessa própria dinâmica. Isso significa

(3) Por exemplo, Lídia Miranda de Lima Amaral, em seu *Mediação e Arbitragem* — uma solução para os conflitos trabalhistas no Brasil. São Paulo: LTr, 1994, p. 7 e 15-16. Também NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Teoria Geral do Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1998, p. 318-319.

que a sistemática de análise e solução da controvérsia deixa de ser exclusivamente gerida pelas partes, transferindo-se em alguma extensão para a entidade interveniente.

É evidente que o papel exercido por este agente exterior e a intensidade de sua intervenção são aspectos que variam significativamente em consonância com os tipos de mecanismos heterocompositivos. No *método jurisdicional* são muito grandes tanto o papel como a intensidade interventiva desse agente exterior; isso também se verifica, ainda que em menor medida, no *método arbitral*. Mesmo na *conciliação* (judicial ou extrajudicial) são significativos o potencial direcionador e de influência da entidade interveniente, que pode, sem dúvida, manter o controle de todo o processo conciliatório, ainda que a decisão final caiba às próprias partes.

Nesse contraponto de métodos heterocompositivos, a *mediação* surge, de fato, como aquele que confere menor relevância ao agente exterior, uma vez que este apenas aproxima e instiga as partes à pacificação. Por isso é que eventualmente se prefere classificar a mediação como simples *instrumento* a serviço de um método de solução de controvérsias (instrumento a serviço da transação bilateral ou da negociação coletiva, por exemplo) — e não um método específico existente.

B) Métodos Existentes — O mais importante método heterocompositivo de solução de conflitos interindividuais e sociais existente na sociedade ocidental é, sem dúvida, a *jurisdição*.

Esta, como se sabe, é o poder-dever conferido ao Estado de revelar o Direito incidente sobre determinada situação concreta trazida a seu exame, efetivando a solução jurídica encontrada a respeito. Pela jurisdição, o Estado declara o Direito aplicável e o concretiza, dando solução ao conflito posto a seu exame. Sendo manifestação do *imperium* inerente ao Estado, que se funda diretamente na soberania, outro atributo estatal, a jurisdição tem como instrumento próprio de agir a coerção, utilizável frente a resistências descabidas a seu exercício regular.

A jurisdição, como se sabe, exerce-se por meio de segmento específico do poder institucionalizado do Estado, que é o Judiciário. Os juizes e tribunais são os agentes especializados para o exercício da jurisdição, que se faz em um estuário formal próprio, o processo judicial.

O resultado da resolução do conflito pela via jurisdicional consuma-se pela *sentença*, que é o ato pelo qual o juiz decide a lide entre as partes processuais, mediante a aplicação do Direito ao caso concreto posto em exame.⁽⁴⁾

(4) Naturalmente, conforme se sabe, nem sempre a sentença (ou o acórdão) decide a lide, de modo substantivo, mas apenas põe termo à fase processual sem entrar no exame específico do mérito da causa, em decorrência de algum óbice processual intransponível.

A *arbitragem* ocorre quando a fixação da solução de certo conflito entre as partes é entregue a um terceiro, denominado árbitro, em geral por elas próprias escolhido (tratando-se de arbitragem obrigatória — que não é o caso brasileiro — essa livre escolha pode ser restringida pela lei reguladora do sistema). No Direito brasileiro, a arbitragem somente será válida quando dirigir-se ao acerto de *direitos patrimoniais disponíveis* (Lei n. 9.307/96, art. 1º).⁽⁵⁾

Evidentemente que o árbitro não pode ser o juiz, *no exercício da função judicante* — sob pena de confundir-se com a jurisdição. Fora da função judicante, o juiz *poderia, em tese*, exercer a função de simples árbitro — desde que autorizado por norma jurídica, é claro. Contudo, este não seria o mais adequado caminho de implementação do instituto (nem é o mais usual, esclareça-se): é que se a arbitragem objetiva cumprir o papel de efetivo *concorrente jurisdicional*, melhor seria sempre situar-se a escolha do árbitro fora dos quadros da magistratura. De todo modo, no Brasil, a Lei de Arbitragem (9.307, de 1996) não prevê a hipótese de juiz de *carreira* atuando como árbitro, embora a lei dos Juizados Especiais (9.099, de 1995, art. 24, § 2º) mencione que os árbitros, nos Juizados Especiais, serão escolhidos entre os juízes *leigos*.⁽⁶⁾

O resultado da resolução do conflito pela via da arbitragem consuma-se por intermédio do *laudo arbitral*, que é o ato pelo qual o árbitro decide o litígio trazido a seu exame.

A *conciliação*, por sua vez, é o método de solução de conflitos em que as partes agem na composição, mas dirigidas por um terceiro, destituído do

(5) A Lei n. 13.129, de 26.5.2015, embora mantendo o texto do *caput* do art. 1º da Lei de Arbitragem (n. 9.307/1996) — que faz referência expressa ao objetivo do instituto arbitral de “*dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis*” (grifos acrescidos) —, contraditoriamente tentou inserir preceito na Lei de Arbitragem com o fito de permitir o uso da fórmula arbitral em *contratos de trabalho* e em *contratos consumeristas*. Embora ressaltando, quanto aos contratos de trabalho, a necessária iniciativa do trabalhador ou sua expressa concordância com o rito arbitral, além da incidência dessa fórmula apenas para empregado que “ocupe ou venha a ocupar cargo ou função de administrador ou de diretor estatutário”, enquanto que, nos contratos de adesão consumeristas, a necessária iniciativa do consumidor ou sua expressa concordância, com redação em negrito ou documento apartado quanto à específica cláusula, o fato é que, desnecessariamente, o intento normativo desrespeitava a notória incompatibilidade de institutos e campos jurídicos, que tem sido fartamente reconhecida pela melhor doutrina e jurisprudência do País. Felizmente, a Presidência da República vetou a inadequada iniciativa jurídica (a Lei n. 13.129 foi publicada em 26.5.2015), que abriria cunha flexibilizadora e precarizadora inaceitável em dois dos mais importantes contratos de adesão instituídos na economia e sociedades capitalistas — o contrato de trabalho e o contrato consumerista. O veto presidencial incidiu sobre a nova redação conferida ao art. 4º da Lei de Arbitragem (n. 9.307/96), relativamente à mudança tentada no texto de seu § 2º e na tentada inserção dos §§ 3º e 4º no referido artigo legal.

(6) CINTRA, A. C. de A.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R. *Teoria Geral do Processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 31. A respeito, ver ainda FIUZA, César. *Teoria Geral da Arbitragem*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 43.

poder decisório final, que se mantém com os próprios sujeitos originais da relação jurídica conflituosa. Contudo, a força condutora da dinâmica conciliatória por esse terceiro é real, muitas vezes conseguindo implementar resultado não imaginado ou querido, primitivamente, pelas partes. Um tipo de conciliação endoprocessual muito importante no Direito Individual do Trabalho é a que se passa na Varas Trabalhistas, sob direção do Juiz do Trabalho, nos processos judiciais postos a seu exame.

A *conciliação judicial trabalhista* é, portanto, ato judicial, mediante o qual as partes litigantes, sob interveniência do juiz, ajustam solução transacionada sobre matéria objeto de processo judicial. Embora próxima às figuras da transação e da mediação, delas se distingue em três níveis: no plano subjetivo, em virtude da interveniência de um terceiro e diferenciado sujeito, a autoridade judicial; no plano formal, em virtude de realizar-se no corpo de um processo judicial, podendo extingui-lo parcial ou integralmente; no plano de seu conteúdo, em virtude de poder a conciliação abarcar parcelas trabalhistas não transacionáveis na esfera estritamente privada.

A *mediação*, finalmente, é a conduta pela qual um terceiro aproxima as partes conflituosas, auxiliando e, até mesmo, instigando sua composição, que há de ser decidida, porém, pelas próprias partes.

III. ARBITRAGEM NO DIREITO COLETIVO DO TRABALHO

Arbitragem é, desse modo, o tipo procedimental de solução de conflitos mediante o qual a decisão, lançada em um *laudo arbitral*, efetiva-se por um terceiro *árbitro*, estranho à relação entre os sujeitos em controvérsia e, em geral, por eles escolhido.

As circunstâncias de o árbitro ser um terceiro, em contraponto às partes divergentes, e de ser, além disso, regra geral, um *expert*, profissional especializado no tema em controvérsia, são fatores que tendem a aproximar essa fórmula de solução de conflitos de outras figuras jurídicas; contudo, rigorosamente, não há como confundir-se a arbitragem com qualquer dessas figuras comparadas.

1. *Distinções Relevantes*

A arbitragem deve ser diferenciada de figuras próximas, como arbitramento, perícia técnica, mediação, transação e jurisdição.

O *arbitramento* é simples modalidade de *liquidação de sentença judicial*, tipificada em lei, pela qual o juiz nomeia perito para fixação do respectivo *quantum debeatur* resultante da sentença liquidanda (art. 879, CLT; arts. 475-C e 475-D, CPC-1973; arts. 509, I, e 510, CPC-2015). O arbitramento, conforme visto, não se confunde com a arbitragem.

As formas de apuração do montante derivado da sentença são três, como se sabe: simples cálculo contábil, arbitramento ou liquidação por artigos (art. 879, CLT; arts. 475-C, 475-D e 475-E, CPC-1973; arts. 509, I e II, e 510, CPC-2015). O arbitramento liquidatório faz-se quer em virtude da natureza do objeto da liquidação, quer em decorrência de comando sentencial prévio, quer em virtude de acordo entre as partes processuais.

Perícia técnica é simples modalidade de prova, seja no âmbito extrajudicial, seja no interior do processo. Quem a realiza é um *expert*, profissional qualificado para o exame da matéria objeto da perícia. Concluída a diligência, integrará o processo, do qual será peça probatória relevante, de maneira geral.

A *mediação*, como visto, é mera *técnica de auxílio à resolução de conflitos*, pela qual um terceiro cumpre o papel de aproximar as partes, com elas debatendo os pontos de divergência e de aproximação, sugerindo-lhes consenso sobre um resultado final pacificatório.

A *transação* ocorre exclusivamente entre as próprias partes, sem interferência de um agente exterior; sozinhas, elas realizam concessões recíprocas sobre aspectos duvidosos de seus interesses, pondo fim ao litígio.

A *jurisdição*, por fim, ocorre mediante intervenção do Estado, por intermédio do Judiciário, que, aplicando o Direito, põe solução ao litígio, transformado em lide no corpo de um processo formal. As diferenças em face da arbitragem são, desse modo, substantivas.

2. Tipos de Arbitragem

O presente instituto jurídico pode ser classificado segundo distintos parâmetros de comparação. Citem-se alguns mais conhecidos: arbitragem nacional e internacional; arbitragem obrigatória e voluntária (ou facultativa); arbitragem legal ou convencional; arbitragem de direito e de equidade.

O primeiro desses parâmetros diferenciadores é o que separa o instituto em *nacional* e *internacional*.

A *arbitragem nacional* ocorre envolvendo sujeitos de um mesmo Estado e sociedade, em torno de interesses essencialmente ali localizados, ou cuja resolução não exija a participação de entes ou poderes estrangeiros, consumando-se por meio de árbitro cujos poderes circunscrevem-se, basicamente, às fronteiras do respectivo Estado.

Internacional é a arbitragem que envolve sujeitos de distintos Estados e sociedades, em torno de interesses que escapam às fronteiras de um delimitado país, consumando-se por meio de árbitro cujos poderes abrangem os diferentes territórios de aplicação do laudo arbitral.

Este tipo de arbitragem ocorre, regra geral, quanto a conflitos entre Estados, em que um terceiro Estado ou um organismo internacional passa a atuar como árbitro. Ocorre também no tocante a conflitos entre grupos econômicos ou outros sujeitos de direito que tenham presença significativa no mercado supranacional, solucionando disputas de interesses comerciais, tecnológicos, etc.

Outro parâmetro diferenciador refere-se à arbitragem *obrigatória* ou *facultativa*.

A *arbitragem obrigatória* é a que se impõe às partes, independentemente de sua vontade. Pode resultar de imposição legal ou de prévia imposição convencional, estipulada pelas mesmas partes. Neste último caso, a convenção fixadora de semelhante obrigatoriedade, constante de prévio contrato entre as partes, é denominada *cláusula compromissória* (art. 4º, Lei n. 9.307/1996 — Lei de Arbitragem).

A *arbitragem facultativa* (ou *voluntária*) é decidida pelas partes no contexto do surgimento do conflito. Neste caso, a convenção que elege a arbitragem como fórmula de resolução daquele conflito surgido denomina-se *compromisso arbitral* (art. 9º, Lei n. 9.307). Curiosamente, o compromisso arbitral pode ocorrer não só extrajudicialmente, mas também no interior de certo processo judicial (art. 9º, *caput* e § 1º, Lei n. 9.307).

A Lei do Trabalho Portuário, desde os anos 1990, tem ostentado dispositivo referente ao caminho arbitral obrigatório. Cada um dos três diplomas sucessivos, em seus respectivos períodos de vigência, tem fixado que, inviabilizada a solução de litígios relativos a certos preceitos que menciona, pela Comissão Paritária instituída pelo diploma jurídico, “*as partes devem recorrer à arbitragem de ofertas finais*” (art. 23, *caput*, e § 1º, Lei n. 8.630, de 1993; art. 33, § 1º, Medida Provisória n. 595, de 2012; art. 37, *caput*, *in fine*, Lei n. 12.815, de 2013).⁽⁷⁾

No Brasil, contudo, não têm sido comuns exemplos de arbitragem imperativa, *por força de lei*, uma vez que a *convenção de arbitragem* tende a ser, naturalmente, uma escolha das partes (art. 301, IX e § 4º, CPC/1973; art. 337, X e § 5º, CPC/2015).

Outro parâmetro de diferenciação reporta-se à arbitragem *legal* e *convencional*.

A primeira deriva de previsão de norma heterônoma estatal. Não obstante a previsão normativa, ela não é, necessariamente, obrigatória. Pode o ser (como a prevista nos diplomas legais reguladores do trabalho

(7) A validade do dispositivo trabalhista de arbitragem obrigatória é questionável, como será estudado no item III.3, logo à frente. De toda maneira, o preceito dirige-se ao trabalhador avulso portuário, ao invés de genericamente ao empregado.

portuário); entretanto, pode ser também facultativa, conforme interesse das partes (como se passa com a arbitragem de Direito Coletivo, prevista no art. 114, § 1º, CF/88).

A arbitragem convencional, por sua vez, é a que resulta de ajuste de vontade das partes, mediante *convenção de arbitragem* (art. 3º e seguintes, Lei de Arbitragem). Esta pode ocorrer previamente à própria existência do conflito, tornando obrigatório o seguimento da via arbitral, caso a dissensão apareça (*cláusula compromissória*). Porém, a convenção pode ocorrer no instante em que o conflito se manifesta, elegendo-se o caminho da arbitragem para sua solução (*compromisso arbitral*).

Finalmente, é importante parâmetro diferenciador da arbitragem o que a diferencia entre arbitragem *de direito* ou *de equidade*.

A *arbitragem de direito* tem por objeto conflito interpretativo de regra ou princípio jurídicos ou de cláusula contratual. Escolhe-se, pela via arbitral, o exato sentido da norma ou cláusula aplicáveis às partes em dissensão. Nesse aspecto, a figura assemelha-se ao dissídio coletivo de natureza jurídica, a que já se referiu neste Curso (Capítulo XXXIII, item VI. 2).

A *arbitragem de equidade*, por sua vez, tem por objeto conflito de interesses materiais, de manifesto matiz econômico, envolvendo reivindicações materiais ou circunstanciais disputadas pelas partes. Assemelha-se, nesse aspecto, ao dissídio coletivo de natureza econômica (Capítulo XXXIII, item VI. 2, do presente Curso).

3. Arbitragem no Direito Individual do Trabalho

Há dispositivos na ordem jurídica do Brasil que se referem à presença da arbitragem no âmbito do Direito Individual do Trabalho. Mas a efetiva validade desse mecanismo de solução de conflitos nesse segmento jurídico especializado não é inteiramente destituída de dúvidas.

Três regras podem ser mencionadas. De um lado, despontam os preceitos das sucessivas Leis do Trabalho Portuário, que, inclusive, têm previsto a *obrigatoriedade* da arbitragem de *ofertas finais* nos casos que regulam.⁽⁸⁾

De outro lado, há o Estatuto do Ministério Público (Lei Complementar n. 75, de 1993), que conferiu legitimidade aos membros do Ministério Público

(8) A Lei n. 8.630/93 foi revogada pela Medida Provisória n. 595, de 6.12.2012, que dispõe sobre a exploração direta e indireta pela União, de portos e instalações portuárias e sobre as atividades desempenhadas pelos operadores portuários. A MPr n. 595/12 manteve referência à *arbitragem de ofertas finais* (art. 33, § 1º). A Lei n. 12.815, de 2013, resultante da conversão da MPr. n. 595, também manteve a mesma regra jurídica (art. 37, *caput, in fine*).

do Trabalho para que atuem, como árbitros, em lides trabalhistas de caráter individual (art. 83, XI, LC 75). Trata-se, aqui, de arbitragem meramente facultativa, à escolha das partes contratuais trabalhistas.

Em terceiro plano despontou a Lei n. 12.395, de 2011, modificadora da *Lei Pelé* (n. 9.615/1998), que estabelece normas gerais, inclusive trabalhistas, sobre o desporto no Brasil. O diploma legal desportivo, após alterado, estipula que as “... partes interessadas poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis, vedada a apreciação de matéria referente à disciplina e à competição desportiva” (art. 90-C, Lei n. 9.615/98, conforme texto inserido pela Lei n. 12.395/11). O parágrafo único do art. 90-C esclarece que a “...arbitragem deverá estar prevista em acordo ou convenção coletiva de trabalho e só poderá ser instituída após a concordância expressa de ambas as partes, mediante cláusula compromissória ou compromisso arbitral”.⁽⁹⁾

Não obstante a presença dos três preceitos similares, a Lei de Arbitragem dispõe que o instituto se aplica à regulação de *direitos patrimoniais disponíveis* (art. 1º, Lei n. 9.307/1996) — o que cria óbvia dificuldade de inserção, neste restrito grupo, dos direitos juslaborativos, principalmente quando considerados no plano das relações bilaterais do contrato empregatício.

É que vigora, no Direito do Trabalho, especialmente em seu segmento jusindividual, o *princípio da indisponibilidade de direitos*, que imanta de invalidade qualquer renúncia ou mesmo transação lesiva operada pelo empregado ao longo do contrato. A fórmula arbitral, que pode levar a uma considerável redução ou supressão de direitos, teria força para esterilizar, ou mesmo atenuar, semelhante princípio básico do ramo justrabalhistas especializado?

A resposta parece-nos claramente negativa. As fórmulas de solução de conflitos, no âmbito do Direito Individual do Trabalho, submetem-se, é claro, aos princípios nucleares desse segmento especial do Direito, sob pena de a própria ordem jurídica ter criado mecanismo de invalidação de todo um estuário jurídico-cultural tido como fundamental por ela mesma. Nessa linha, é desnecessário lembrar a absoluta prevalência que a Constituição confere à pessoa humana, à sua segurança, seu bem-estar e sua dignidade no plano social — plano em que se insere o trabalho. A mesma Constituição, ademais, confere absoluta preponderância e centralidade à pessoa humana na ordem

(9) Conforme se observa, a própria regra do art. 90-C, *caput* e parágrafo único, da Lei Pelé, na inovadora redação inserida pela Lei n. 12.395/2011, autoriza a arbitragem somente quanto a direitos patrimoniais disponíveis — o que, naturalmente, exclui os direitos de caráter trabalhista. A respeito, consultar DELGADO, M. G.; DELGADO, G. N. A Matriz do Trabalho na Constituição de 1988 e o Atleta Profissional de Futebol, in *Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária*, São Paulo: Síntese-IOB, ano XXIV, n. 279, setembro de 2012, p. 60-84.

jurídica e na vida socioeconômica, em conformidade com o largo elenco de princípios constitucionais do trabalho — todos firmemente imantados pela Constituição da República. Em contraponto a isso, conforme se sabe, a arbitragem, no plano das relações individuais de trabalho — em que se destacam a hipossuficiência e a vulnerabilidade de poder do trabalhador inserto em uma relação empregatícia —, exacerba essa diferença de poder entre as partes, em face das peculiaridades do instituto arbitral.

Acresça-se, ainda, a dificuldade de compatibilização da regra disposta nos arts. 18 e 31 da Lei de Arbitragem com o preceito clássico de amplo acesso ao Judiciário, assegurado pelo art. 5º, XXXV, da CF/1988. De fato, a Lei n. 9.307 parece querer conferir qualidades de *coisa julgada material à decisão arbitral*, mesmo em conflitos meramente interindividuais, excluindo, em consequência, da apreciação judicial lesão ou ameaça a direitos trabalhistas que poderiam estar nele embutidas. Ainda que se considere superável tal dificuldade de compatibilização no âmbito do Direito Civil, Direito Comercial/Empresarial, Direito Internacional e outros segmentos jurídicos — onde vigora, como critério geral, o princípio da autonomia da vontade —, ela não parece passível de arredamento no campo justralhista, em que os princípios nucleares são de natureza e direção sumamente distintas. Registre-se, a propósito, ser comum na cultura jurídica a existência de institutos modelares para certos campos normativos, embora incompatíveis com relação a outros. Nesta medida de incompatibilidade com o Direito Individual do Trabalho, encontra-se a arbitragem.

Na direção da incompatibilidade da arbitragem com o Direito Individual do Trabalho posiciona-se a ampla maioria da jurisprudência trabalhista, inclusive do Tribunal Superior do Trabalho. A posição hegemônica do TST está bem explicitada pela Ministra Rosa Maria Weber, então integrante da Corte Superior Trabalhista (desde 19.12.2011, Ministra do STF), neste acórdão de que foi Relatora, da 3ª Turma, publicado em novembro de 2009:

“Esta Corte Superior tem se posicionado pela inaplicabilidade da convenção arbitral aos dissídios individuais trabalhistas, mormente na presente hipótese, em que conferida plena e geral quitação dos direitos decorrentes do contrato de trabalho, em contrariedade à Súmula 330/TST. Viola, nesse passo, o art. 5º, XXXV, da CF/88 decisão regional no sentido de que, se as partes, de livre e espontânea vontade, decidem se submeter ao instituto da arbitragem, devem aceitar a solução ali encontrada, não podendo em seguida recorrer ao Poder Judiciário, para discutir a mesma matéria. Recurso de Revista conhecido e provido.” (RR-93900-53.2001.5.05.06611. 3ª Turma. Relatora Min. Rosa Maria Candiota da Rosa. DEJT de 13.11.2009).⁽¹⁰⁾

(10) Na época da pesquisa (2009/2011), existiam acórdãos de seis (entre oito) turmas do TST compreendendo haver incompatibilidade entre a arbitragem e o Direito Individual do Trabalho. Ilustrativamente: a) 1ª Turma: AGRADO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA — COISA JULGADA — QUITAÇÃO — ARBITRAGEM — DISSÍDIO INDIVIDUAL — INVALIDADE. AIRR 1229/2004-014-05-40.3, 1ª Turma. Relator Min. Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, DEJT de 27.11.2009; b) 2ª Turma: RECURSO DE REVISTA. SENTENÇA

Note-se, por fim, que o sucesso da arbitragem no plano de vários segmentos jurídicos caracterizados por forte império do princípio da *autonomia da vontade* apenas corrobora o enfático desajuste do mesmo mecanismo no interior de segmentos jurídicos que notoriamente repelem tal princípio civilista tradicional.⁽¹¹⁾

Reforma Trabalhista (Lei n. 13.467/2017) e Arbitragem — A Lei n. 13.467 (vigorante desde 11.11.17), ao deflagrar reforma trabalhista nos campos do Direito Individual do Trabalho, Direito Coletivo do Trabalho e Direito Processual do Trabalho, inseriu novo art. 507-A na CLT, referindo-se à arbitragem no plano das relações contratuais empregatícias. Assim, estatuiu que, nos contratos individuais de trabalho “cuja remuneração seja superior a duas vezes o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social...” (no dia da vigência da Lei n. 13.467 — 11.11.2017

ARBITRAL — DISSÍDIO INDIVIDUAL DO TRABALHO — INCOMPATIBILIDADE. RR 117600-08-2004-5.04.0732. 2ª Turma, Relator Min. Renato de Lacerda Paiva. DEJT de 25.02.2011. c) 3ª Turma: ARBITRAGEM. INAPLICABILIDADE AO DIREITO INDIVIDUAL DO TRABALHO. RR 1599/2005-022-02-00.8. 3ª Turma, Relator Min. Alberto Bresciani de Fontan Pereira. DEJT de 2.10.2009. d) 5ª Turma: RECURSO DE REVISTA. CLÁUSULA DE ARBITRAGEM. INVALIDADE. RR 282000-61.2001.5.02.0033. 5ª Turma. Relatora Min. Kátia Magalhães Arruda. DEJT 05.03.2010. e) 6ª Turma: RECURSO DE REVISTA. ARBITRAGEM. RELAÇÕES INDIVIDUAIS DE TRABALHO. INAPLICABILIDADE. RR 8952000-45.2003.5.02.0900, 6ª Turma, Relator Min. Mauricio Godinho Delgado. DEJT de 19.02.2010. f) 8ª Turma: CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA ARBITRAL – INAPLICABILIDADE AOS DISSÍDIOS INDIVIDUAIS. RR 51085-09.2005.5.10.0014, 8ª Turma, Relatora Min. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi. DEJT de 30.03.2010.

(11) Registre-se a ocorrência de censurável intento de inserir a arbitragem no interior do Direito Individual do Trabalho e do Direito do Consumidor, mesmo no período anterior à Lei da Reforma Trabalhista. É que a Lei n. 13.129, de 26 de maio de 2015, ainda que preservando o correto texto do *caput* do art. 1º da Lei n. 9.307/1996 (que faz menção expressa ao objetivo do instituto arbitral de “*dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis*”), contraditoriamente tentou inserir preceito na Lei de Arbitragem com o fito de permitir o uso da fórmula arbitral em *contratos de trabalho* e em *contratos consumeristas*. Não obstante fizesse ressalva, relativamente aos contratos de trabalho, à necessária iniciativa do trabalhador ou sua expressa concordância com o rito arbitral, além da incidência dessa fórmula apenas para empregado que “*ocupe ou venha a ocupar cargo ou função de administrador ou de diretor estatutário*”, ao passo que, nos contratos de adesão consumeristas, a necessária iniciativa do consumidor ou sua expressa concordância, com redação em negrito ou documento apartado quanto à específica cláusula, o fato é que, desnecessariamente, a Lei n. 13.129/2015 tentou negligenciar a clássica incompatibilidade de institutos e de campos jurídicos, que já fora exaustivamente reconhecida pela doutrina e jurisprudência pátrias especializadas. Felizmente, a Presidência da República, ainda em 2015, vetou a inadequada iniciativa jurídica, que abriria cunha flexibilizadora e precarizadora inaceitável na regência normativa de dois dos mais importantes contratos de adesão instituídos na economia e sociedades capitalistas — o contrato de trabalho e o contrato consumerista. O veto presidencial (diploma normativo publicado em 27.5.2015) incidiu sobre a nova redação conferida ao art. 4º da Lei de Arbitragem (n. 9.307/96), relativamente à mudança tentada no texto de seu § 2º e na tentada inserção dos §§ 3º e 4º no referido artigo legal (portanto, foram vetados os §§ 2º, 3º e 4º do art. 4º).

—, esse limite alcançava o montante de apenas R\$11.062,62), “poderá ser pactuada cláusula compromissória de arbitragem, desde que por iniciativa do empregado ou mediante a sua concordância expressa, nos termos previstos na Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996.” (novo art. 507-A, CLT).

Observe-se que a Lei da Reforma Trabalhista sequer teve a prudência e o senso de proporcionalidade de estender a arbitragem estritamente para os *altos executivos*, dotados, pelas empresas empregadoras, de exponenciais poderes de gestão e de enormes salários e vantagens contratuais trabalhistas — combinação de fatores que poderia, em determinada medida, atenuar ou elidir a situação de hipossuficiência e vulnerabilidade que caracteriza a posição do empregado no interior da relação de emprego (tal como havia sido imaginado, aliás, pela Lei n. 13.129/ 2015, em seu art. 4º, que foi parcialmente vetado pela Presidência da República da época).

Ao inverso, a Lei n. 13.467/2017 estendeu a arbitragem para trabalhadores com remunerações, na prática, inferiores a 12 salários mínimos, considerada a data de publicação ou de vigência do respectivo diploma legal (ambas no ano de 2017).

Conforme já amplamente exposto neste item III.3, embora a arbitragem ostente algum sucesso em segmentos jurídicos nos quais prepondere o princípio da autonomia e simetria de poderes e vontades entre as partes contratuais, ela se mostra flagrantemente incompatível com os campos do Direito em que vigoram princípios jurídicos diferentes e/ou, até mesmo, antitéticos àquela diretriz civilista tradicional. Ademais, evidencia-se lancinante diferenciação de poder entre os sujeitos das relações jurídicas centrais desses campos normativos específicos. É o que acontece — conforme exaustivamente exposto — com o Direito do Trabalho e o Direito do Consumidor. A propósito, enquanto no Direito Consumerista se menciona que o sujeito consumidor se caracteriza pela presença de sua vulnerabilidade perante o produtor ou fornecedor, no Direito Individual do Trabalho está comprovado que o sujeito empregado se caracteriza pela presença não só da vulnerabilidade como também da hipossuficiência perante o respectivo empregador.

Uma vez mais a Lei da Reforma Trabalhista afronta a estrutura normativa e principiológica da Constituição da República, quer seu conceito de Estado Democrático de Direito — que supõe a centralidade da pessoa humana na ordem jurídica e na vida socioeconômica, além da democratização e inclusão da sociedade civil —, quer seus princípios constitucionais do trabalho, a par do próprio princípio constitucional da proporcionalidade. Exacerbar os poderes do polo empresarial na relação empregatícia, negligenciando o fato decisivo da hipossuficiência e da vulnerabilidade do trabalhador, a par da pleora de princípios constitucionais e legais em direção firmemente humanística e social, é conduta que fere a matriz estrutural da Constituição da República Federativa do Brasil.

Registre-se, por fim, que a adoção do instituto arbitral no campo das relações contratuais de trabalho, no âmbito do Direito Individual do Trabalho, jamais poderá afastar do trabalhador, de qualquer maneira, o seu direito e garantia constitucionais de amplo acesso à jurisdição, já enfatizados neste item III, que são explicitamente enunciados pelo art. 5º, XXXV, da Constituição Federal (“XXXV — a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”).

4. Arbitragem no Direito Coletivo do Trabalho

Há também dispositivos na ordem jurídica do País que se referem à presença da arbitragem no âmbito do Direito Coletivo do Trabalho. Porém, aqui, não há dúvida acerca da efetiva validade do mecanismo arbitral na busca de solução de conflitos coletivos trabalhistas.

Isso porque a própria Constituição faz expressa referência à arbitragem facultativa como veículo para a resolução de disputas coletivas no mercado de trabalho. De fato, dispõe o Texto Máximo que, após *frustrada a negociação coletiva*, as partes juscoletivas *poderão* passar ao caminho da arbitragem (art. 114, CF/88).

Neste quadro, a arbitragem, no Direito Coletivo brasileiro, é de caráter facultativo, submetendo-se à escolha dos sujeitos coletivos trabalhistas.

A partir do cenário aberto pela Constituição, alguns diplomas legais posteriores fizeram referência ao processo arbitral no plano juscoletivo. É o que se passou com a Lei de Greve, que subordina a validade do instituto paredista à frustração da negociação coletiva e subsequente inviabilização *de recurso à via arbitral* (Lei n. 7.783/1989, art. 3º, *caput*). O mesmo diploma, referindo-se à cessação do movimento paredista, estipula que a regulação das relações obrigacionais durante o período de greve devem ser regidas por decisão judicial trabalhista (sentença normativa) ou por instrumento normativo coletivo, entre estes o *laudo arbitral* (art. 7º, *caput*, Lei n. 7.783).

A Lei de Participação nos Lucros, por sua vez, também se referiu à arbitragem (trata-se da Lei n. 10.101/2000, resultante de conversão de MPr., desde a primitiva MPr. n. 794, de 12/1994, reeditada dezenas de vezes). Dispõe a Lei que, havendo impasse na *negociação coletiva* reguladora da participação nos lucros, as partes poderão se utilizar da *mediação* ou da *arbitragem de ofertas finais* para a solução do litígio, tendo o respectivo laudo arbitral *força normativa* (art. 4º, Lei n. 10.101/2000)⁽¹²⁾.

(12) Define a lei a *arbitragem de ofertas finais* como aquela em que deva o árbitro *restringir-se a optar pela proposta apresentada, em caráter definitivo, por uma das partes* (art. 4º, § 1º, Lei n. 10.101).

A antiga Lei n. 8.542, de 1992 (hoje revogada), também se referia ao *laudo arbitral* (art. 1º, § 2º) no conjunto de diplomas coletivos e normativos que arrolava (convenção, acordo e contrato coletivos de trabalho, além de sentença normativa)⁽¹³⁾.

A Lei n. 12.395, publicada em 17.3.2011, ao modificar a Lei Pelé, que estabelece normas gerais sobre o desporto no País, inseriu referência à arbitragem. No novo art. 90-C da Lei n. 9.615/98, após a mudança de 2011, ficou estipulado que as “... partes interessadas poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis, vedada a apreciação de matéria referente à disciplina e à competição desportiva” (art. 90-C, *caput*, Lei n. 9.615/98, conforme texto inserido pela Lei n. 12.395/11). No parágrafo único do mesmo art. 90-C esclareceu-se que a “...arbitragem deverá estar prevista em acordo ou convenção coletiva de trabalho e só poderá ser instituída após a concordância expressa de ambas as partes, mediante cláusula compromissória ou compromisso arbitral”.⁽¹⁴⁾

Como se percebe, a arbitragem no Direito Coletivo resulta de deliberação das partes coletivas trabalhistas, no contexto da negociação coletiva. Autorizada pela negociação coletiva, esse tipo de laudo arbitral (que não se confunde com o produzido no âmbito das relações meramente bilaterais de trabalho) dá origem a *regras jurídicas*, isto é, dispositivos gerais, abstratos, impessoais e obrigatórios no âmbito das respectivas bases coletivas representadas⁽¹⁵⁾.

Curiosa modificação surgiu, por fim, com a “*reforma do Judiciário*”, de dezembro de 2004. Incorporando, parcialmente, as críticas feitas ao instituto do *dissídio coletivo*, por traduzir fórmula de intervenção desmesurada do Estado na gestão dos conflitos coletivos trabalhistas, a EC n. 45/2004 inseriu no art. 114, § 2º, da Constituição nova exigência para o ajuizamento desta ação singular: caso qualquer das partes se recuse “... à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, *de comum acordo*, ajuizar dissídio coletivo *de natureza*

(13) O legislador presidencial da década de 1990, por meio de repetidas *medidas provisórias*, revogou os §§ 1º e 2º do art. 1º da Lei n. 8.542/92. Trata-se das MPPrs. que fixaram medidas complementares ao Plano Real, desde 1995, a contar da MP n. 1.053, de 30.6.95 — DOU de 1.7.95 — art. 17, revogando os referidos parágrafos, até a final conversão na Lei n. 10.192, de 14.2.2001.

(14) Sobre a arbitragem na nova redação da Lei Pelé, consultar DELGADO, M. G.; DELGADO, G. N. A Matriz do Trabalho na Constituição de 1988 e o Atleta Profissional de Futebol, in *Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária*, São Paulo: Síntese-IOB, ano XXIV, n. 279, setembro de 2012, p. 60-84.

(15) Sobre a arbitragem no Direito do Trabalho, consultar também HAZAN, Ellen Mara Ferraz e PAULA, Adriano Perácio. *Da Arbitragem nas Relações de Trabalho e de Consumo*. Belo Horizonte: RTM, 1998. Consultar ainda LORENTZ, Lutiana Nacur. *Métodos Extrajudiciais de Solução de Conflitos Trabalhistas* — comissões de conciliação prévia, termos de ajuste de conduta, mediação e arbitragem. São Paulo: LTr, 2002.

econômica...” (grifos acrescidos). Com isso fez-se aparente aproximação (embora não *identificação*, enfatiza-se) deste singular instituto processual à ideia de arbitragem.⁽¹⁶⁾

IV. MEDIAÇÃO NO DIREITO COLETIVO DO TRABALHO

Mediação consiste na conduta pela qual determinado agente, considerado terceiro imparcial em face dos interesses contrapostos e das respectivas partes conflituosas, busca auxiliá-las e, até mesmo, instigá-las à composição, cujo teor será, porém, decidido pelas próprias partes.

A mediação é realizada por agente externo às partes em dissenso, que se possa considerar como efetivo terceiro em contraponto a elas e seus interesses, dotado, assim, da necessária imparcialidade com relação ao litígio enfrentado.

O mediador, à diferença do árbitro, não assume poderes decisórios perante as partes, as quais preservam toda a autonomia quanto à fixação da solução final para o litígio. Também não se arroga, a partir do instante em que ingressa no litígio, a prerrogativa de formular, isoladamente, a solução para o conflito. Apenas contribui para o diálogo entre as partes, fornecendo-lhes subsídios e argumentos convergentes, aparando divergências, instigando à resolução pacífica da controvérsia.

É figura, às vezes, chave na vida social, quer no âmbito das relações interindividuais ou microssociais, quer no âmbito comunitário mais amplo. É personagem, sem dúvida, importante no Direito Coletivo do Trabalho.

Conflitos Coletivos do Trabalho: tipos de mediação — A ordem jurídica trabalhista anterior a 1988 previa a *mediação compulsória* nos conflitos laborais coletivos, a ser realizada por autoridades do Ministério do Trabalho.

De fato, a CLT, no campo regulatório da negociação coletiva trabalhista (art. 616, §§ 1º e 2º), previa a *convocação compulsória* para comparecimento perante os órgãos administrativos especializados do Ministério do Trabalho de *sindicatos e empresas recalcitrantes*, visando a dinâmica negocial a ser ali implementada. Presentes as partes, processava-se a mediação administrativa em direção à negociação coletiva.

(16) Na verdade, o *comum* acordo consiste em mero pressuposto processual, instituído pela EC n. 45/2004, para a instauração do clássico *dissídio coletivo de natureza econômica*, regulado pela Constituição desde 1988 e pela CLT desde 1943. Dessa maneira, ultrapassado o peculiar pressuposto processual (e apenas aqui reside a novidade), a atuação do poder normativo judicial trabalhista mantém-se hígida, com todas as suas peculiaridades, razão pela qual se torna realmente impróprio afirmar-se que tenha havido assimilação do processo de dissídio coletivo e da sentença normativa à figura privatística da arbitragem.

Contudo, a mesma CLT já indicava que a recusa à convocação ou o insucesso da mediação facultavam aos sujeitos coletivos interessados a *instauração do dissídio coletivo* (art. 616, § 2º).

A *compulsoriedade* da mediação pelos órgãos internos do Ministério do Trabalho não foi recepcionada pela Constituição (art. 8º, I, *in fine*, CF/88). Contudo, permanece, sem dúvida, a possibilidade fático-jurídica da *mediação voluntária*, quer seja ela escolhida pelas partes coletivas, quer seja, até mesmo, instigada pelos órgãos especializados do referido Ministério (sem poderes punitivos consequentes, é claro, em caso de simples omissão ou recusa por tais partes).

Os mediadores coletivos trabalhistas não se resumem aos agentes especializados do Ministério do Trabalho, é evidente (auditores-fiscais, por exemplo). Podem ser profissionais da vida civil, especializados nesse mister e dinâmica, escolhidos pelos sujeitos coletivos trabalhistas no quadro das discussões sobre negociação coletiva.

A propósito, as Medidas Provisórias n. 1.053, de 30.6.95, n. 1.079, de 28.7.95, e subsequentes diplomas provisórios, hoje com conversão na Lei n. 10.192, de 14.2.2001, já previam mediação não compulsória, a ser realizada não necessariamente por organismos oficiais.

Ressalte-se, por fim, que, no quadro de diversificação dos agentes de mediação coletiva na área justrabalhista, tem assumido crescente destaque o Ministério Público do Trabalho. Como vocação natural da Instituição, seus membros têm atuado, na qualidade de mediadores, nas mais distintas situações de conflitos coletivos do trabalho.

Igualmente tem se tornado cada vez mais frequente, na sociedade complexa e diversificada do País, o procedimento voluntário de *mediação coletiva* realizado por Tribunais Regionais do Trabalho e pelo próprio TST. A partir da *expertise* que possuem os Presidentes e Vice-Presidentes de tais Cortes Especializadas em Direito Individual e Direito Coletivo do Trabalho, contando com equipes técnicas bem estruturadas nesse mister, além do prestígio institucional que ostentam esses tribunais em sua área de atuação jurídica trabalhista, o fato é que têm desempenhado, frequentemente, o papel de mediadores em conflitos coletivos trabalhistas. Nessa mediação, comparecem ao respectivo Tribunal do Trabalho, a seu convite ou por sugestão das próprias partes coletivas, empresas, sindicatos de empresas e sindicatos de trabalhadores, em busca do aprofundamento do diálogo social e trabalhista, visando a celebração, *no campo extrajudicial*, de convenções coletivas ou acordos coletivos de trabalho.

Tal mediação realizada pelos Tribunais do Trabalho não se confunde com a fase conciliatória verificada nos dissídios coletivos de natureza econômica e/ou nos dissídios coletivos de greve, que antecede a fase processual de

juízo e prolação da conhecida *sentença normativa* (§ 2º do art. 114 da CF; arts. 856, 860 e 864 da CLT). Trata-se, efetivamente, de procedimento próprio, de caráter voluntário, que não obriga as partes coletivas e nem dá origem à sentença normativa; dessa maneira, caso seja frutífera tal mediação feita pela Justiça do Trabalho, o documento normativo surgido será, sem dúvida, a convenção coletiva de trabalho ou o acordo coletivo de trabalho, formalmente consumado no plano extrajudicial, embora com o estímulo da mediação feita pela Justiça Especializada.

V. COMISSÕES DE CONCILIAÇÃO PRÉVIA

A Lei n. 9.958, de 12.1.2000⁽¹⁷⁾, inserindo dispositivos na CLT (Título VI-A: arts. 625-A até 625-H), autorizou a instituição de Comissões de Conciliação Prévia, de composição paritária, em empresas ou grupos de empresas, em sindicatos ou grupos destes (*comissões intersindicais*). Determinou, ainda, a aplicação de seus dispositivos, no que couber, aos Núcleos Intersindicais de Conciliação Trabalhista, em funcionamento ou a serem criados, respeitada sua composição paritária e a regulação negociada coletiva quanto à sua constituição.

Para a lei, as comissões de caráter sindical teriam sua constituição e normas de funcionamento *definidas em negociação coletiva* (art. 625-C). Os núcleos intersindicais, por sua vez, teriam apenas sua *constituição* regulada por negociação coletiva (art. 625-H), ao passo que as comissões empresariais estariam simplesmente dispensadas de tais requisitos (art. 625-A e B).

Todos esses entes teriam *a atribuição de tentar conciliar os conflitos individuais de trabalho* (art. 625-A, *in fine*, CLT).

As demandas juslaborativas teriam de se submeter à passagem prévia por tais comissões ou núcleos — desde que existentes na localidade de prestação de serviços; esta passagem despontaria, assim, como condição para futura ação trabalhista (art. 625-D)⁽¹⁸⁾. Em face desse caráter condicionador do acesso ao Judiciário, o *informe escrito* sobre a frustração da tentativa conciliatória extrajudicial ou o *motivo relevante* que impossibilitou a observância do rito comissional deveriam ser anexados ou relatados na eventual ação trabalhista (art. 625-D).

Acolhida a conciliação, seu termo será *título executivo extrajudicial e terá eficácia liberatória geral, exceto quanto às parcelas expressamente ressaltadas* (art. 625-E, parágrafo único).⁽¹⁹⁾

(17) A Lei n. 9.958, publicada no Diário Oficial da União em 13.1.2000, fixou sua entrada em vigor após 90 dias da data de sua publicação, ou seja, no mês de abril de 2000.

(18) O caráter obrigatório ou não desse rito de passagem e os efeitos de sua não observância são examinados ao final do subitem 2 deste item V.

(19) Essa “eficácia liberatória geral” do termo de conciliação lavrado na CCP é bastante controvertida na doutrina e na jurisprudência. Recentemente — conforme será examinado logo a

1. Enquadramento Jurídico

A descentralização de poder tentada pela Lei n. 9.958, de 2000, conferindo ao documento conciliatório extrajudicial *eficácia liberatória geral*, passa, necessariamente, no Direito brasileiro, *pela negociação coletiva trabalhista* (art. 8º, VI, CF/88). É que a Constituição, sensatamente, não conferiu, no plano juslaborativo, a qualquer entidade ou processo inerentes à sociedade civil, *excetuada a negociação coletiva*, poderes superiores aos restritos conferidos à transação meramente bilateral trabalhista.

O intento buscado pela Lei n. 9.958 é semelhante àquele almejado pelos dispositivos referentes à arbitragem no Direito Individual do Trabalho: conseguir formular mecanismo extrajudicial de solução de conflito empregatício, sem a observância e respeito aos princípios nucleares do Direito do Trabalho. A frustração desse intento é a mesma verificada quanto à arbitragem: somente é válida a arbitragem juslaborativa no plano do Direito Coletivo do Trabalho, porque somente nesse plano é que podem existir garantias grupais necessárias para uma equânime distribuição de poder no âmbito dos sujeitos em conflito (consultar o item III.3 deste Capítulo XXXVIII acerca do sentido do novo art. 507-A da CLT, inserido pela Lei da Reforma Trabalhista).

O Direito Individual do Trabalho, ao menos em sua regulação constitucional brasileira, não fornece mecanismos com poderes tão extensos quanto os imaginados pela Lei n. 9.958 em favor dessas entidades da sociedade civil; seria, portanto, necessário que elas se situassem no plano do Direito Coletivo, encouraçadas pelas proteções coletivas sindicais⁽²⁰⁾.

2. Dinâmica das Comissões de Conciliação Prévia

O rito estipulado para o procedimento em tais comissões e núcleos prevê, em conformidade com o já exposto neste Curso (Capítulo XXVIII, item VII.3), a formulação por escrito da demanda, ou sua redução a termo por qualquer dos membros de tais entidades, “sendo entregue cópia datada e assinada pelo membro aos interessados” (art. 625-D, § 1º, CLT). Se houver na localidade mais de uma entidade potencialmente competente, o

seguir —, o próprio STF afastou tais amplos poderes à quitação conferida nas Comissões de Conciliação Prévia.

(20) A respeito dos limites jurídicos das comissões de conciliação prévia, consultar também a excelente análise de Lutiana Nacur Lorentz, em sua obra, *Métodos Extrajudiciais de Solução de Conflitos Trabalhistas* — comissões de conciliação prévia, termos de ajuste de conduta, mediação e arbitragem. São Paulo: LTr, 2002.

interessado optará por qualquer delas, tornando-se competente “aquela que primeiro conhecer do pedido” (§ 4º do art. 625-D, CLT).

É de 10 dias o prazo para as entidades conciliatórias realizarem a “sessão de tentativa de conciliação a partir da provocação do interessado” (*caput* do art. 625-F, CLT).

Esgotado esse prazo para a realização da sessão conciliatória, ou frustrando-se a conciliação, as partes contratuais trabalhistas receberão “declaração da tentativa conciliatória frustrada com a descrição de seu objeto”, subscrita pelos membros da respectiva entidade (arts. 625-D, § 2º, e 625-F, parágrafo único, CLT).

O documento supramencionado deverá ser juntado à eventual ação trabalhista proposta (art. 625-D, § 2º, CLT). Verificando-se motivo relevante que impossibilite a observância do percurso pelas comissões ou núcleos referidos pela CLT, tal fato deverá ser declarado na petição inicial da respectiva ação trabalhista (§ 3º do art. 625-D, CLT).

Segundo a lei, a provocação, pelo interessado, das entidades conciliatórias acima especificadas *suspende* o curso da *prescrição trabalhista*, que recomeça a fluir, “pelo que lhe resta, a partir da tentativa frustrada de conciliação ou do esgotamento do prazo” de 10 dias para a realização da respectiva sessão (art. 625-G, CLT). É evidente que, havendo conciliação, a contar de sua data também recomeça o fluxo do lapso restante de prescrição.

Independentemente do debate acerca da plena validade dos extensos poderes conferidos às duas figuras tratadas pela Lei n. 9.958 (Comissões de Conciliação Prévia e Núcleos Intersindicais de Negociação Trabalhista), é inquestionável que, efetivamente, o *termo de conciliação* alcançado nas referidas entidades terá caráter de *título executivo extrajudicial* (art. 625-E, CLT). Isso significa que, verificando-se seu inadimplemento, poderá ele ser executado na Justiça do Trabalho, independentemente da formação de prévio processo de conhecimento (art. 876, *caput*, CLT). O Juiz competente será aquele “que teria competência para o processo de conhecimento relativo à matéria” (art. 877-A, CLT).

O referido *termo de conciliação* teria, segundo o então novo art. 625-E da CLT, *eficácia liberatória geral, exceto quanto às parcelas expressamente ressalvadas*.

Cerca de 18 anos após a vigência da Lei n. 9.958/2000, o Plenário do STF, em 2018, “conferiu interpretação sistemática ao art. 625-E, parágrafo único,” da CLT, em 2018, no sentido de que a ‘eficácia liberatória geral’ do termo neles contido está relacionada ao que foi objeto da conciliação. *Diz respeito aos valores discutidos e não se transmuda em quitação geral e indiscriminada de verbas trabalhistas*” (Informativo STF n. 909, Plenário, agosto/2018; grifos

acrescidos).⁽²¹⁾ Essa nova e adequada interpretação afasta a leitura restritiva feita sobre esse tal termo de quitação pela SDI-1 do TST.

A verdade é que este Curso já insistia que, relativamente a tal tema, não haveria como se escapar do debate acerca da plena validade dos extensos poderes conferidos aos entes trabalhistas especificados pela Lei n. 9.958/2000.

É que, como se sabe e já exposto, a Constituição não conferiu, no plano juslaborativo, a qualquer entidade ou processo inerentes à sociedade civil, *excetuada a negociação coletiva*, poderes superiores aos restritos conferidos à transação meramente bilateral trabalhista. Tal como se passa com a arbitragem trabalhista, que tende a ficar restrita ao plano do Direito Coletivo, não se ajusta à Constituição fórmula de solução de conflito empregatício que dispense a observância e respeito aos princípios nucleares do Direito do Trabalho; tal fórmula, no Direito brasileiro, somente tende a ser válida no plano do Direito Coletivo do Trabalho, porque somente nesse plano é que podem existir garantias grupais necessárias para uma equânime distribuição de poder no âmbito dos sujeitos em conflito.

Em conformidade com o que se expôs anteriormente, o Direito Individual do Trabalho, ao menos em sua regulação constitucional brasileira, não fornece mecanismos com poderes tão extensos quanto os imaginados pela Lei n. 9.958 em favor dessas entidades da sociedade civil; seria, portanto, necessário que elas se situassem no plano do Direito Coletivo, com a efetiva couraça propiciada pelas proteções coletivas sindicais.⁽²²⁾

A verdade é que o avanço jurisprudencial ao longo dos anos seguintes à publicação da Lei n. 9.958, de 12.1.2000⁽²³⁾, calejado pelos duvidosos exemplos práticos aferidos das CCTs e NICTs em todo o País, juntamente

(21) Três ações foram julgadas em agosto de 2018, pelo Plenário do STF, envolvendo temas relativos à Lei n. 9.958/2000, que inseriu na CLT as CCPs e o procedimento sumaríssimo: trata-se das ADIs 2139/DF, 2160/DF e 2237/DF, todas relatadas pela Min. Cármen Lúcia (O julgamento delas foi concluído, pelo Plenário, em 01.08.2018. A respeito, “STF – Informativo 909, Plenário, agosto/2018”).

(22) A jurisprudência, nas diversas vezes em que tem examinado a força extintiva de documentos rescisórios extrajudiciais, tem atenuado seus drásticos efeitos jurídicos. É o que se verifica, por exemplo, na Súmula 330 do TST e na OJ 270 da SDI-I da mesma Corte Superior. Não há razão consistente para abandonar-se tal prudente critério interpretativo no exame da força e repercussões jurídicas do *termo de conciliação* mencionado pelo art. 625-E da CLT. Por lealdade ao leitor, entretanto, é preciso esclarecer que a SDI-1 do TST tem decidido na direção da força extintiva ampla da quitação passada nas Comissões de Conciliação Prévia, exceto parcelas expressamente ressalvadas. Com a decisão do STF prolatada em 1º de agosto de 2018 certamente terá de ajustar o seu entendimento.

(23) Conforme já exposto, a Lei n. 9.958, publicada no Diário Oficial da União em 13.1.2000, fixou sua entrada em vigor após 90 dias da data de sua publicação.

com a reverência aos clássicos princípios processuais trabalhistas, tudo conduziu, cada vez mais, os Tribunais do Trabalho a atenuarem os rigores da Lei n. 9.958/2000. Embora tenha se mantido forte, no TST, a linha interpretativa mais hirta e formal das regras do novo Título VI-A da CLT, mesmo na Corte Superior Trabalhista e em distintos TRTs agigantou-se a vertente interpretativa que enquadrava como mero *pressuposto processual* (e não condição da ação) a passagem prévia pela entidade conciliatória extrajudicial correspondente. Para esta linha hermenêutica, a obrigatoriedade do rito de passagem, se desconsiderada pela parte, não implicaria nulidade processual absoluta e insanável: é que a instigação à conciliação, dever do Magistrado no início da audiência processual trabalhista (o art. 846, *caput*, da CLT determina ao Juiz que, *na abertura da audiência*, antes da apresentação da defesa, proponha a conciliação), teria o condão de sanar o vício percebido. Ora, não se declarando nulidade, no Direito Processual do Trabalho, caso não se verifique “manifesto prejuízo às partes litigantes” (art. 794, CLT) ou caso seja “... possível suprir-se a falta ou repetir-se o ato” (art. 796, “a”, CLT), a instigação conciliatória inerente à dinâmica processual trabalhista elidiria eventual prejuízo resultante da omissão extrajudicial, suprimindo-se esta omissão perante o próprio Juiz, a quem cabe determinar que o ato de tentativa conciliatória se realize na audiência.

A esse propósito, felizmente, em maio de 2009, o Supremo Tribunal Federal corroborou esta última linha interpretativa ao considerar *não obrigatório* o rito de passagem pelas Comissões de Conciliação Prévia ou Núcleos Intersindicais de Conciliação Trabalhista fixado pelo art. 625-D da CLT (Lei n. 9.958/2000), por ofensa à regra e ao princípio da Constituição de amplo acesso ao Judiciário (art. 5º, XXXV, CF/88: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”). Para a Corte Máxima, ostenta natureza de mera *faculdade* a passagem pelo rito extrajudicial inserido na CLT pela Lei n. 9.958/2000 (art. 625-D, CLT).⁽²⁴⁾

Tal interpretação da Corte Suprema foi, felizmente, reiterada em agosto de 2018, em julgamento de três ADINs vinculadas à temas da Lei n. 9.958/2000, sendo que, em uma das decisões, ratificou-se o caráter meramente voluntário do rito de passagem pelas CCPs, afastando-se, taxativamente, a ideia de que o trabalhador não possa ajuizar diretamente a sua ação trabalhista perante a Justiça do Trabalho, sem o anterior ingresso na respectiva Comissão de Conciliação Prévia.⁽²⁵⁾

(24) A este respeito, a decisão plenária do STF, por maioria de votos, na Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.139-7, com julgamento concluído em 13.5.2009, segundo voto divergente do Relator para o Acórdão, Ministro Marco Aurélio.

(25) Conforme dito, três ações envolveram temas relativos à Lei n. 9.958/2000, que inseriu na CLT as CCPs e o procedimento sumaríssimo: trata-se das ADIs 2139/DF, 2160/DF e 2237/DF,

Na mesma sessão plenária concluída em 1º de agosto de 2018, a Corte Suprema decidiu, conforme exposto, sobre os poderes limitados do termo de conciliação lavrado perante as CCPs: o Plenário do STF, na oportunidade, “conferiu interpretação sistemática ao art. 625-E, parágrafo único,” da CLT, em 2018, no sentido de que a ‘eficácia liberatória geral’ do termo neles contido está relacionada ao que foi objeto da conciliação. Diz respeito aos valores discutidos e não se transmuta em quitação geral e indiscriminada de verbas trabalhistas” (Informativo STF n. 909, Plenário, agosto/2018; grifos acrescidos).⁽²⁶⁾

todas relatadas pela Min. Cármen Lúcia e tendo o seu julgamento concluído, pelo Plenário, em 01.08.2018 (“STF — Informativo 909, Plenário, agosto/2018).

(26) Ações constitucionais envolvendo temas relativos à Lei n. 9.958/2000 — que inseriu na CLT, em locais distintos, as CCPs (arts. 625-A até 625-H) e o procedimento sumaríssimo (arts. 852-A até 852-I) — foram julgadas pelo STF em 1º de agosto de 2018. São as ADIs 2139/DF, 2160/DF e 2237/DF, todas relatadas pela Min. Cármen Lúcia. No tocante ao tema vinculado ao procedimento sumaríssimo, o Plenário do STF decidiu ser constitucional o inciso II do *caput* do art. 852-B da Consolidação, que veda a utilização da citação por edital nesse procedimento específico (Fonte: “STF – Informativo 909, Plenário, agosto/2018”).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. São Paulo: Mestre Jou, 1982.
- ACCIOLY, Hildebrando. *Tratado de Direito Internacional Público*. V. 2, Tomo 2. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1934.
- ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- ALLY, Raimundo Cerqueira. *Normas Previdenciárias no Direito do Trabalho*. São Paulo: IOB, 1989.
- ALMANAQUE ABRIL, São Paulo: Abril, 2003.
- ALMEIDA, Amador Paes de. *Curso de Falência e Concordata*. São Paulo: Saraiva, 1988.
- _____. *Os Direitos Trabalhistas na Falência e Concordata*. São Paulo: LTr, 1996.
- ALMEIDA, Cleber Lúcio de. Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica. *In: MIESSA, Élisson (Org.). O Novo Código de Processo Civil e os seus Reflexos no Processo do Trabalho*. Salvador: JusPodivm, 2015.
- _____. *Salário-Utilidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- ALMEIDA, Isis de. *Manual de Direito Individual do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1998.
- _____. O Regime de Trabalho Temporário, *in: BARROS, Alice Monteiro de (Coord.). Curso de Direito do Trabalho — estudos em homenagem a Célio Goyatá*. V. I, 2. ed. São Paulo: LTr, 1994.
- ALMEIDA, Lúcio Rodrigues de. *A Nova Caracterização do Salário-Utilidade*. Rio de Janeiro: Aide, 2002.
- ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. *O Direito do Trabalho como Dimensão dos Direitos Humanos*. São Paulo: LTr, 2009.
- _____. *Direitos Humanos*. São Paulo: LTr, 2016.
- _____. *Direitos da Personalidade do Trabalhador e Poder Empregatício*. São Paulo: LTr, 2013.
- _____. *Trabalho Decente: direito humano e fundamental*. São Paulo: LTr, 2016.
- ALVES, Amauri César. *Direito do Trabalho Essencial — doutrina, legislação, jurisprudência, exercício*. São Paulo: LTr, 2013.
- ALVES, Ivan Dias Rodrigues e MALTA, Christovão Piragibe Tostes. *Teoria e Prática do Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1995.
- AMARAL, Lídia Miranda de Lima. *Mediação e Arbitragem — uma solução para os conflitos trabalhistas no Brasil*. São Paulo: LTr, 1994.

ANDRADE, Vasco de. *Atos Unilaterais no Contrato de Trabalho*. Edição fac-similada (original: 1943). São Paulo: LTr, 1996.

ANTUNES, Daniela Muradas. A Negociação Coletiva Trabalhista e Suas Restrições Jurídicas. Porto Alegre: Síntese, *Revista Síntese Trabalhista*, ano XIII, n. 146, p. 26-38, agosto de 2001.

ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. *Negociação Coletiva dos Servidores Públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

ASSANTI, Cecília e PERA, Giuseppe. *Comento allo Statuto dei Diritti dei Lavorarti*. Modena: CEDAM, 1972.

BARACAT, Eduardo Milléo. *A Boa-Fé no Direito Individual do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2003.

BARASSI, Ludovico. *Il Diritto del Lavoro*. V. II, Milano: Dott A. Giuffrè, 1957.

BARREIROS NETO, Jaime. *Direito Desportivo*. Curitiba: Juruá, 2010.

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2005 (também: 9. ed., 2013).

_____. (Coord.). *Curso de Direito do Trabalho — estudos em homenagem a Célio Goyatá*. V. I e II, 3. ed. São Paulo: LTr, 1997.

_____. O Atleta Profissional de Futebol em Face da “Lei Pelé” (n. 9.615, de 24.03.98). *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, n. 60, julho/dezembro de 1999. Belo Horizonte: TRT da 3ª Região, 1999.

_____. Suspensão e Interrupção Contratual. In: BARROS, Alice Monteiro de (Coord.). *Curso de Direito do Trabalho — estudos em homenagem a Célio Goyatá*. V. I e II, 3. ed. São Paulo: LTr, 1997.

BARROS, Cassio Mesquita. Alteração do Contrato de Trabalho. In: RIBEIRO, L. G. C., et alii (Coords.). *Direito do Trabalho — Estudos em Homenagem ao Prof. Luiz de Pinho Pedreira da Silva*. São Paulo: LTr, 1998.

BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil — promulgada em 5 de outubro de 1988*. v. II. São Paulo: Saraiva, 1989.

BATALHA, Wilson de Souza Campos e BATALHA, Sílvia Labate. *Sindicatos. Sindicalismo*. São Paulo: LTr, 1994.

BELMONTE, Alexandre Angra. *Curso de Responsabilidade Trabalhista — danos morais e patrimoniais nas relações de trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2009.

_____. Direito Desportivo, Justiça Desportiva e principais aspectos jurídico-trabalhistas da relação de trabalho do atleta profissional. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região*, n. 47, janeiro/junho de 2010. Rio de Janeiro: TRT da 1ª Região, 2010.

_____. *A Tutela das Liberdades nas Relações de Trabalho: limites e reparação das ofensas às liberdades de consciência, crença, comunicação, manifestação de pensamento, expressão, locomoção, circulação, informação, sindical e sexual do trabalhador*. São Paulo: LTr, 2013.

BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita. *A Cidadania Ativa* — referendo, plebiscito e iniciativa popular. São Paulo: Ática, 1991.

BERNARDES, Hugo Gueiros. *Direito do Trabalho*. V. I. São Paulo: LTr, 1989.

BEVILACQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*. V. I. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1949.

BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo, Sociedade*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

_____. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 4. ed. Brasília: UNB, 1994.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. Também: 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003; 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BORGES, João Eunápio. *Curso de Direito Comercial Terrestre*. Rio de Janeiro: Forense, 1971.

BOTIJA, Eugenio Pérez. *Curso de Derecho del Trabajo*. Madrid: Tecnos, 1955 (edição também de 1948).

_____. *El Derecho del Trabajo. Concepto, Substantividade y Relaciones con las Restantes Disciplinas Jurídicas*. Madrid, 1947.

BRANDÃO, Cláudio Mascarenhas. *Reforma do Sistema Recursal Trabalhista* — Comentários à Lei n. 13.015/2014. São Paulo: LTr, 2015.

CABRAL, Carine Murta Nagem. *O Grupo de Empresas no Direito do Trabalho*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

CABRAL JÚNIOR, Ézio Martins. *Acidente do Trabalho e Contrato a Termo*. São Paulo: LTr, 2003.

CALDAS AULETE. *Dicionário Contemporâneo da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Delta, 1986.

CALVET, Otavio. *Consórcio de Empregadores Urbanos: Uma Realidade Possível*. São Paulo: LTr, 2002.

CAMARGO, Thaísa Rodrigues Lustosa de; MELO, Sandro Nahmias. *Princípios de Direito Ambiental do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2013;

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1992.

CANTELLI, Paula. *O Trabalho Feminino no Divã* — dominação e discriminação. São Paulo: LTr, 2007.

CARDONE, Marly A. *Viajantes e Pracistas no Direito do Trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 1998.

CARDOSO, Adalberto Moreira. *A Década Neoliberal e a Crise dos Sindicatos no Brasil*. São Paulo: Boitempo, 2003.

CARMO, Júlio Bernardo. *O Dano Moral e Sua Reparação no Âmbito do Direito Civil e do Trabalho*. Belo Horizonte: RTM, 1996.

CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1999 (também 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1995; 11. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989).

CARVALHO, Augusto César Leite de. *Direito Individual do Trabalho*. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho*. 11. ed. São Paulo: Método, 2015. (também: 7. ed.: 2012, 9. ed.: 2013; 10. ed.: 2014).

CASTRO, Maria do Perpétuo S. Wanderley de. Alteração do Contrato de Trabalho. In DUARTE, B. H. (Coord.). *Manual de Direito do Trabalho* — estudos em homenagem ao Prof. Cássio Mesquita Barros. São Paulo: LTr, 1998.

CATHARINO, José Martins. *Compêndio de Direito do Trabalho*. V. I e II. São Paulo: Saraiva, 1982.

CESARINO JÚNIOR, Antônio Ferreira. *Direito Social*. São Paulo: EDUSP/LTr, 1980.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. *Teoria Geral do Processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

COELHO, Bernardo Leôncio Moura. A Realidade do Trabalho Educativo no Brasil. *Revista LTr*, São Paulo: LTr, v. 69, n. 9, setembro de 2005.

COIMBRA, J. R. Feijó. *Direito Previdenciário Brasileiro*. 10. ed. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1999.

COLUCCI, Viviane. Os Programas de Trabalho Educativo à Luz da Doutrina da Proteção Integral Preconizada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. *Revista do Ministério Público do Trabalho*, Brasília: Ministério Público da União e Ministério Público do Trabalho, ano IX, n. 17, março de 1999.

COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CORRADO, Renato. *Manuale di Diritto del Lavoro*. Torino: Unione Tipografico/ Editrice Forinense, 1973.

CORRÊA, Flávia Soares. *Educação e Trabalho na Dimensão Humana* — o dilema da juventude. São Paulo: LTr, 2011.

CORRÊA, Larissa Rosa. *A Tessitura dos Direitos: patrões e empregados na Justiça do Trabalho* — 1953-1964. São Paulo: LTr, 2011.

COSTA, Walmir Oliveira da. *Dano Moral nas Relações Laborais* — Competência e Mensuração. 2. ed., 5ª tir. Curitiba: Juruá, 2007.

COUTINHO, Aldacy Rachid. Aplicação da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica no Processo de Execução Trabalhista, in: NORRIS, R. (Coord.). *Execução Trabalhista: Visão Atual*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

CUNHA, Lázaro Cândido da. *Reforma da Previdência*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

DÄUBLER, Wolfgang. *Direito do Trabalho e Sociedade na Alemanha*. São Paulo: Fundação Friedrich Ebert/ILDES/LTr, 1997.

DE LA CUEVA, Mario. *Derecho Mexicano del Trabajo*. México: Porrúa, 1959.

DELAMOTTE, Yves. Relações Coletivas e Regras Jurídicas do Trabalho e da Segurança Social. In FRIDMAN, George e NAVILLE, Pierre, *Tratado de Sociologia do Trabalho*. V. II. São Paulo: Cultrix, 1973.

DELGADO, Gabriela Neves. *Direito Fundamental ao Trabalho Digno*. São Paulo: LTr, 2006 (2. ed.: 2015).

_____. Direitos Humanos dos Trabalhadores: Perspectiva de Análise a partir dos Princípios Internacionais do Direito do Trabalho e do Direito Previdenciário. In DELGADO, Mauricio Godinho, e DELGADO, Gabriela Neves, *Constituição da República e Direitos Fundamentais — Dignidade da Pessoa Humana, Justiça Social e Direito do Trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2017 (1. ed.: 2012).

_____. Princípios Internacionais do Direito do Trabalho e do Direito Previdenciário. In SENA, Adriana Goulart de; DELGADO, Gabriela Neves; NUNES, Raquel Portugal (Coord.). *Dignidade Humana e Inclusão Social — caminhos para a efetividade do Direito do Trabalho no Brasil*. São Paulo: LTr, 2010.

_____. *Terceirização: paradoxo do Direito do Trabalho contemporâneo*. São Paulo: LTr, 2003.

DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. *Os Limites Constitucionais da Terceirização*. São Paulo: LTr, 2014 (2. ed.: 2015).

DELGADO, Ignacio Godinho. *Previdência Social e Mercado no Brasil — a presença empresarial na trajetória da política social brasileira*. São Paulo: LTr, 2001.

DELGADO, Lucilia de Almeida Neves. *PTB: do Getulismo ao Reformismo — 1945-1964*. São Paulo: Marco Zero, 1989.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Alterações Contratuais Trabalhistas*. São Paulo: LTr, 2000.

_____. *Capitalismo, Trabalho e Emprego — entre o paradigma da destruição e os caminhos de reconstrução*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2017 (1. ed.: 2006; 2. ed.: 2015).

_____. Constituição da República, Estado Democrático de Direito e Direito do Trabalho. In: DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *Constituição da República e Direitos Fundamentais — Dignidade da Pessoa Humana, Justiça Social e Direito do Trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2017 (1. ed.: 2012; 3. ed.: 2015).

_____. *Contrato de Trabalho — caracterização, distinções, efeitos*. São Paulo: LTr, 1999.

_____. *Curso de Direito do Trabalho*. 16. ed. São Paulo: LTr, 2017 (também: 17. ed.: 2018).

_____. *Democracia e Justiça — sistema judicial e construção democrática no Brasil*. São Paulo: LTr, 1993.

_____. *Direito Coletivo do Trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2017 (também 1. ed.: 2001; 2. ed.: 2003; 3. ed.: 2008; 4. ed.: 2011; 5. ed.: 2014; 6. ed.: 2015).

_____. *Direito do Trabalho e Modernização Jurídica*. Brasília: Consulex, 1992.

_____. Direito do Trabalho e Processo do Trabalho — critérios de importação de regras legais civis e processuais civis, in *Revista LTr*, São Paulo: LTr, v. 71, n. 05, maio de 2007.

_____. Direito e Política: integração e ruptura na história do pensamento. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. V. 72. Belo Horizonte: UFMG, janeiro de 1991.

_____. Direitos Fundamentais na Relação de Trabalho. *Revista LTr*, São Paulo: LTr, v. 70, n. 06, junho de 2006.

_____. Duração do Trabalho: o debate sobre a redução para 40 horas semanais. *Revista LTr*, São Paulo: LTr, v. 73, n. 08, agosto de 2009.

_____. As Funções do Direito do Trabalho no Capitalismo e na Democracia. In DELGADO, Mauricio Godinho e DELGADO, Gabriela Neves. *Constituição da República e Direitos Fundamentais — Dignidade da Pessoa Humana, Justiça Social e Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2012.

_____. *Introdução ao Direito do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2001 (também 1. ed.: 1995; 2. ed.: 1999).

_____. Jornada Especial de Trabalho: turnos ininterruptos de revezamento. In DELGADO, M. G. *Direito do Trabalho e Modernização Jurídica*. Brasília: Consulex, 1992.

_____. *Jornada de Trabalho e Descansos Trabalhistas*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2003 (também 2. ed.: 1998).

_____. *A Natureza Jurídica do Poder Empregatício*. Tese de Doutorado. Belo Horizonte: UFMG, 1994.

_____. *O Novo Contrato por Tempo Determinado*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1999.

_____. *O Poder Empregatício*. São Paulo: LTr, 1996.

_____. Política — introdução à conceituação do fenômeno. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. V. 76. Belo Horizonte: UFMG, janeiro de 1993.

_____. Prefácio à Negociação Sindical e Convenção Coletiva: os sistemas jurídico-trabalhistas clássicos. In BARROS, Alice Monteiro de (Coord.). *Curso de Direito do Trabalho*. V. II, cit.

_____. *Princípios Constitucionais do Trabalho e Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2017 (edição nova e reestruturada do livro anterior do autor sobre “princípios”).

_____. *Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2013 (1. ed.: 2001, 2. ed.: 2004, 3. ed. 2010).

_____. Princípios do Direito do Trabalho, in: *Jornal Trabalhista*. Brasília: Consulex, ano XI, n. 535, p. 1202-1208, 12.12.1994.

_____. Regime Jurídico Único e Fundo de Garantia: efeitos da conversão de regimes sobre o FGTS. In DELGADO, M. G., *Direito do Trabalho e Modernização Jurídica*, cit., 1992.

_____. Relação de Emprego e Relações de Trabalho: a retomada do expansionismo do direito trabalhista. In SENA, Adriana Goulart de; DELGADO, Gabriela Neves; NUNES, Raquel Portugal (Coord.). *Dignidade Humana e Inclusão Social* — caminhos para a efetividade do Direito do Trabalho no Brasil. São Paulo: LTr, 2010.

_____. Relação de Trabalho e Contrato de Trabalho. In BARROS, Alice Monteiro de (Coord.), *Curso de Direito do Trabalho*. V. I, cit.

_____. Remuneração e Salário no Direito do Trabalho Brasileiro. *Jornal Trabalhista*, Brasília: Centro de Assessoria Trabalhista/Consulex, ano XIII, n. 632, p. 1203-1206, novembro de 1996 (1ª parte); n. 633, p. 1235-1238, novembro de 1996 (2ª parte); n. 634, p. 1264-1267, novembro de 1996 (3ª parte); n. 635, p. 1294-1297, novembro de 1996 (4ª parte); n. 636, p. 1318-1321, dezembro de 1996 (parte final).

_____. Responsabilidade Trabalhista do Tomador da Obra ou Serviço. *Revista LTr*, São Paulo: LTr, ano 55, n. 10, outubro de 1991.

_____. *Salário* — teoria e prática. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002 (também 1. ed.: 1997).

_____. Vale-Transporte: a questão do ônus da prova. In DELGADO, M. G. *Direito do Trabalho e Modernização Jurídica*, cit.

DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. A CLT aos 65 anos — avaliação jurídica e sociocultural. *Revista LTr*, São Paulo: LTr, v. 72, n. 11, novembro de 2008.

_____. _____. *Constituição da República e Direitos Fundamentais* — Dignidade da Pessoa Humana, Justiça Social e Direito do Trabalho. 4. ed. São Paulo: LTr, 2017 (3. ed.: 2015; 1. ed.: 2012).

_____. _____. Estruturação e Desenvolvimento da Justiça do Trabalho no Brasil. In: DELGADO, M. G.; DELGADO, G. N. *Constituição da República e Direitos Fundamentais* — Dignidade da Pessoa Humana, Justiça Social e Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2012 (4. ed.: 2017).

_____. _____. A Matriz do Trabalho na Constituição de 1988 e o Atleta Profissional de Futebol. *Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária*, São Paulo: Síntese_IOB, ano XXIV, n. 279, setembro de 2012, p. 60-84.

_____. _____. *O Novo Manual do Trabalho Doméstico*. São Paulo: LTr, 2016 (2. ed.: 2016).

_____. _____. *A Reforma Trabalhista no Brasil* — com os comentários à Lei n. 13.467/2017. 2. ed. São Paulo: LTr, 2018 (também: 1. ed.: 2017).

_____. _____. O Sentido da Reforma Trabalhista de 2017 em Comparação com a Matriz Constitucional de 1988. In DELGADO, M. G.; DELGADO, G. N. *A Reforma Trabalhista no Brasil* — com os comentários à Lei n. 13.467/2017. São Paulo: LTr, 2017.

_____. _____. *Tratado Jurisprudencial de Direito Constitucional do Trabalho*. 3 Vols. São Paulo: Thomson Reuters/Revista dos Tribunais, 2013.

DELGADO, Mauricio Godinho; PORTO, Lorena Vasconcelos (Org.). *O Estado de Bem-Estar Social no Século XXI*. São Paulo: LTr, 2007.

DELGADO, Mauricio Godinho; TEODORO, Maria Cecília Máximo; PEREIRA, Vanessa dos Reis (Coords.). *Relação de Trabalho — fundamentos interpretativos para a nova competência da Justiça do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2005.

DE LUCA, Carlos Moreira. O Prazo de Prescrição dos Direitos Assegurados aos Empregados Domésticos, in: *Revista LTr*, São Paulo: LTr, v. 53, n. 1, p. 81-82, janeiro de 1989.

DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de Filosofia do Direito*. Coimbra: Armênio Amado Ed. Sucessor, 1979.

DICIONÁRIO DE CIÊNCIAS SOCIAIS. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas/ Instituto de Documentação, 1986.

DINIZ, José Janguê Bezerra. A Terceirização e o Direito do Trabalho. *Revista Trabalho e Doutrina*. São Paulo: Saraiva, n. 21, junho de 1999.

DINIZ, Maria Helena. *Dicionário Jurídico*. V. 2. São Paulo: Saraiva, 1998.

DONATO, Messias Pereira. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 1982.

DRAKE, Charles. *Labor Law*. London: Sweet & Maxwell, 1973.

DUARTE, Bento Herculano. *Princípios de Direito do Trabalho*. In: DUARTE, B. H. (Coord.). *Manual de Direito do Trabalho — estudos em homenagem ao Prof. Cássio Mesquita Barros*. São Paulo: LTr, 1998.

DURAND, P.; JAUSSAUD, R. *Traité de Droit du Travail*. V. I. Paris: Dalloz, 1947.

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. *A Matter of Principle*. Cambridge: Harvard University Press, 1985.

_____. *Los Derechos en Serio*. Barcelona: Ariel, 1997.

_____. *Uma Questão de Princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ESSER, Joseph. *Principio e Norma en la Elaboración Jurisprudencial del Derecho Privado*. Barcelona: Bosch, 1961.

FAUSTO, Bóris. *Trabalho Urbano e Conflito Social — 1890-1920*. São Paulo: Difel, 1976.

FELICIANO, Guilherme Guimarães; URIAS, João; MARANHÃO, Ney; SEVERO, Valdete Souto (Coord.) *Direito Ambiental do Trabalho: apontamentos para uma teoria geral*. São Paulo: LTr (1º vol.: 2013; 2º vol.: 2015; 3º vol.: 2017). São Paulo: LTr.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito — técnica, decisão, dominação*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

FILGUEIRAS, Vitor Araújo (Org.). *Saúde e Segurança do Trabalho no Brasil*. Brasília: Ministério Público do Trabalho/Gráfica Movimento, 2017;

FIUZA, César. *Teoria Geral da Arbitragem*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

FLÓREZ-VALDEZ, Joaquín Arce y. *Los Principios Generales del Derecho y su Formulación Constitucional*. Madrid: Civitas, 1990.

FLORINDO, Valdir. A Justiça do Trabalho e o Dano Moral Decorrente da Relação de Emprego, in: *Gênesis — Revista de Direito do Trabalho*. Curitiba: Gênesis, n. 27, p. 319-323, março de 1995.

FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. Consórcio de Empregadores: uma alternativa imediata para a empregabilidade. Curitiba: Genesis, *Revista Genesis*, ano 14, n. 84, p. 856-863, dezembro de 1999.

FOULQUIÉ, Paul. *Diccionario del Language Filosófico*. Barcelona: Labor, 1967.

FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. Princípios do Direito do Trabalho em uma Sociedade em Mudança, São Paulo: Saraiva, in: *Revista Trabalho e Doutrina*, n. 18, p. 74-81, setembro de 1998.

_____. Suspensão do Trabalho — Suspensão e Interrupção. In: DUARTE, B. H. (Coord.). *Manual de Direito do Trabalho — estudos em homenagem ao Prof. Cássio Mesquita Barros*. São Paulo: LTr, 1998.

_____. *Tratados Internacionais*. São Paulo: LTr, 1999.

FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa (Coord.). *Curso de Direito Coletivo do Trabalho — estudos em homenagem ao Ministro Orlando Teixeira da Costa*. São Paulo: LTr, 1998.

FREITAS, Cândido Gomes de. O Poder Disciplinador no Direito do Trabalho. *Revista do Trabalho*, p. 306, junho de 1944 *apud* ROMITA, Arion Sayão. *O Poder Disciplinar do Empregador*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1983.

FRIDMAN, George; NAVILLE, Pierre. *Tratado de Sociologia do Trabalho*. V. II. São Paulo: Cultrix, 1973.

FURTADO, Emmanuel Teófilo. *Alteração do Contrato de Trabalho*. São Paulo: LTr, 1994.

GALUPPO, Marcelo Campos. Os Princípios Jurídicos no Estado Democrático de Direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, ano 36, n. 143, p. 191-209, julho/setembro de 1999.

GARCIA, Alonso. *Curso de Derecho del Trabajo*. Barcelona, 1973.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: Método, 2007.

_____. *Curso de Direito do Trabalho*. 6. ed. Rio de Janeiro: GEN/Forense, 2012 (9. ed.: 2015).

GARCIA, Pedro Carlos Sampaio. A Terceirização de Serviços no Setor Público e Privado. São Paulo: Órgão Oficial da Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 2ª Região. *Jornal Magistratura & Trabalho*, ano II, n. 11 (2º Caderno) jan./fev. de 1994.

GAZETA MERCANTIL. São Paulo, 5.4.2001.

GENRO, Tarso Fernando. *Direito Individual do Trabalho — Uma Abordagem Crítica*. São Paulo: LTr, 1994.

- GIGLIO, Wagner D. *Justa Causa*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- GOBLOT, Edmond. *Vocabulário Filosófico*. Buenos Aires: Ateneo, 1945.
- GOMES, Orlando. *Contratos*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1973.
- _____. *Introdução ao Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1971.
- _____. *Obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 1972.
- GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. *Curso de Direito do Trabalho*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1972 (também 4. ed. univers., 1995).
- GONÇALVES, Antônio Fabrício de Matos. *Flexibilização Trabalhista*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.
- GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Nulidades no Processo*. Rio de Janeiro: Aidé, 1993.
- _____. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro: Aidé, 1992.
- GONÇALVES, Simone Cruxên. *Limites do Jus Variandi do Empregador*. São Paulo: LTr, 1997.
- GOYATÁ, Célio. Alguns Temas de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, in: *Revista LTr*, n. 38, fevereiro de 1974.
- _____. Sobre o Princípio da Continuidade da Empresa e do Contrato do Trabalho. São Paulo: RT. *Revista dos Tribunais*, ano 54, v. 360, p. 85-99, outubro de 1965.
- GRANIZO, Martin L.; ROTHVOSS, M. Gonzalez. *Derecho Social*. Madrid: Reus, 1935.
- GÜNTHER, Klaus. *The Sense of Appropriateness*. Albany: State University Press, 1993.
- GURVITCH, Georges. *L'Idée du Droit Social*. Paris: Recueil Sirey, 1932.
- HABERMAS, Jürgen. *Between Facts and Norms* — contributions to a discourse theory of law and democracy. Cambridge: The MIT Press, 1996.
- HAZAN, Ellen Mara Ferraz; PAULA, Adriano Perácio. *Da Arbitragem nas Relações de Trabalho e de Consumo*. Belo Horizonte: RTM, 1998.
- HENRIQUE, Carlos Augusto Junqueira; DELGADO, Gabriela Neves (Coords.). *Terceirização no Direito do Trabalho*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.
- HIRIGOYEN, Marie-France. *Assédio Moral* — a violência perversa no cotidiano. 11. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2009 (também 1. ed.: 2000).
- _____. *Mal-Estar no Trabalho* — redefinindo o assédio moral. 3. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006.
- HOLMES, Oliver Wendell. *The Common Law*. Boston: Little Brown and Company, 1963.
- HUECK, Alfred; NIPPERDEY, H. C. *Compendio de Derecho del Trabajo*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1963.
- HUSEK, Carlos Roberto. *Curso Básico de Direito Internacional Público e Privado do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2015.

INSTITUTO ANTÔNIO HOUAISS. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

JARDIM, Heros de Campos. Alterações do Contrato Individual do Trabalho. In BARROS, A. M. de (Coords.). *Curso de Direito do Trabalho — estudos em memória de Célio Goyatá*. V. II, 3. ed. São Paulo: LTr, 1997.

JAVILLIER, Jean-Claude. *Manual de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1988.

_____. *Droit du Travail*. 6. éd. Paris: LGDJ, 1998.

JORGE NETO, Franciso Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. *Direito do Trabalho*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

KAUFMANN, Otto; KESSLER, Francis; KOHLER, Peter A. *Le Droit Social en Allemagne*. Paris, Lamy SA, 1991.

KELSEN, Hans. *Teoría General del Estado*. México: Nacional, 1948.

_____. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

KOLB, William. Ciência, in: *Dicionário de Ciências Sociais*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas/Instituto de Documentação, 1986.

LACERDA, Dorval de. *A Falta Grave no Direito do Trabalho*. 5. ed. Rio de Janeiro: Ed. Trabalhistas, 1989.

LALANDE, André. *Vocabulario Técnico y Crítico de la Filosofía*. Buenos Aires-Barcelona: Ateneo, 1966.

LAMARCA, Antônio. *Manual das Justas Causas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

LEAL, Antônio Luís da Câmara. *Da Prescrição e da Decadência — Teoria Geral do Direito Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

LEDUR, José Felipe. *A Realização do Direito do Trabalho*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

LEMES, Viviane Aparecida. *A Figura Jurídica do Consórcio de Empregadores Rurais — reflexões teóricas a partir de exemplos práticos*. São Paulo: LTr, 2005.

LIMA, Francisco Meton Marques de. Os Princípios de Direito do Trabalho diante da Reforma Neoliberal. São Paulo: Saraiva. *Revista Trabalho e Doutrina*, n. 12, p. 50-64.

_____. *Os Princípios de Direito do Trabalho na Lei e na Jurisprudência*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1997.

LIMA, Taísa Maria Macena de. Terceirização: responsabilidade subsidiária e solidária. In AMATRA III (Coord.). *Temas de Direito e Processo do Trabalho*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

LOPES, Mônica Sette. *A Convenção Coletiva e sua Força Vinculante*. São Paulo: LTr, 1998.

LOPES, Otavio Brito. Consórcio de Empregadores Rurais — uma nova modalidade de contratação pode ser uma alternativa viável no combate à informalidade das relações trabalhistas entre produtores e trabalhadores rurais. Brasília: Consulex. *Revista Jurídica Consulex*, ano V, n. 111, p. 11-12, 31.8.2001.

LORENTZ, Lutiana Nacur. *Métodos Extrajudiciais de Solução de Conflitos Trabalhistas* — comissões de conciliação prévia, termos de ajuste de conduta, mediação e arbitragem. São Paulo: LTr, 2002.

_____. *A Norma da Igualdade e o Trabalho das Pessoas com Deficiência*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2016 (1. ed.: 2006).

LOWY, Michael. *Método Dialético e Teoria Política*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1975.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Direito Constitucional*, Belo Horizonte: Mandamentos, 2000. Tomo I.

MAGANO, Octavio Bueno. *Do Poder Diretivo na Empresa*. São Paulo: Saraiva, 1982.

_____. *Manual de Direito do Trabalho*. V. I (3. ed., 1985 e 4. ed., 1991, São Paulo: LTr); V. II (2. ed., 1986 e 4. ed., 1993, São Paulo: LTr); V. IV (2. ed., São Paulo: LTr, 1992).

MAIOR, Jorge Luiz Souto. *O Direito do Trabalho como Instrumento de Justiça Social*. São Paulo: LTr, 2000.

MALLET, Estêvão. O Novo Contrato de Trabalho por Prazo Determinado. São Paulo: LTr, in: *Revista LTr*, ano 62, n. 07, p. 880-888, julho de 1998.

MANNRICH, Nelson. *Dispensa Coletiva: da liberdade contratual à responsabilidade social*. São Paulo: LTr, 2000.

MARANHÃO, Délio. *Direito do Trabalho*. 14. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1987.

_____. Extinção do Contrato de Trabalho, in SÜSSEKIND, A., *et alii*, *Instituições de Direito do Trabalho*. V. I, 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1981.

MARQUES, Christiani. *O Contrato do Trabalho e a Discriminação Estética*. São Paulo: LTr, 2002.

MARQUES, Fabíola. *Equiparação Salarial por Identidade no Direito do Trabalho Brasileiro*. São Paulo: LTr, 2002.

MARTINEZ, Luciano. *Curso de Direito do Trabalho* — relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012 (7. ed., Saraiva, 2016).

MARTINS, Heloísa de Souza; RAMALHO, José Ricardo. *Terceirização* — Diversidade e Negociação no Mundo do Trabalho. São Paulo: HUCITEC/CEDI/NETS, 1994.

MARTINS, Sergio Pinto. *Comentários à CLT*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

_____. *Direito da Seguridade Social*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

_____. *Manual do FGTS*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

_____. *Direitos Trabalhistas do Atleta Profissional de Futebol*. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região*, ano VII, dezembro de 2004. Goiânia: TRT da 18ª Região, 2004.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *Manual Esquemático de Direito e Processo do Trabalho*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. Terceirização Legal e Illegal. Porto Alegre: Síntese. *Revista Síntese Trabalhista*, ano V, n. 54, dezembro de 1993.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

MAYNES, Eduardo Garcia. *Introducción al Estudio del Derecho*. México: Porrúa, 1956.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direitos Humanos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense/São Paulo: Método, 2016.

MEDEIROS, Jarbas. *Ideologia Autoritária no Brasil: 1930/1945*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1978.

MELO, Raimundo Simão de. *Direito Ambiental do Trabalho e a Saúde do Trabalhador*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2013.

MESQUITA, Luiz José de. *Direito Disciplinar do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1991.

MIRÁGLIA, Livia Mendes Moreira. *Trabalho Escravo Contemporâneo — conceituação à luz do princípio da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: LTr, 2011 (2. ed.: 2015).

MIRANDA AFONSO, Elza Maria. *O Positivismo na Epistemologia Jurídica de Hans Kelsen*. Tese de Doutorado. Belo Horizonte: UFMG, 1984.

MIZIARA, Raphael; ASSUNÇÃO, Carolina Silva Silvino; CAPUZZI, Antonio. *Direito do Trabalho e Estado Democrático de Direito — homenagem ao Professor Mauricio Godinho Delgado*. São Paulo: LTr, 2018.

MOISÉS, José Álvaro. *Cidadania e Participação — ensaio sobre o referendo, o plebiscito e a iniciativa popular legislativa na nova Constituição*. São Paulo: Marco Zero, 1990.

MONITOR MERCANTIL. Rio de Janeiro, 5.4.2001.

MONTEIRO, Washington de. *Curso de Direito Civil*. V. 1^o. São Paulo: Saraiva, 1977.
_____. V. 4^o, 1^a Parte. São Paulo: Saraiva, 1988.

MORAES FILHO, Evaristo de. *Tratado Elementar de Direito do Trabalho*. V. I. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960.

MORAES FILHO, Evaristo de; MORAES, Antônio Carlos Flores de. *Introdução ao Direito do Trabalho*. 6. ed. São Paulo: LTr, 1993.

MORATO, João Marcos Castilho. *Globalismo e Flexibilização Trabalhista*. Belo Horizonte: Inédita, 2003.

MUNIZ, Mirella Karen de Carvalho. *O Direito Fundamental ao Salário Mínimo Digno — uma análise à luz do princípio da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: LTr, 2010.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr/EDUSP, 1976.

_____. *Compêndio de Direito Sindical*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2000.

_____. *Curso de Direito do Trabalho*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1997 (também 13. ed. 1989).

_____. *Direito do Trabalho na Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. Indexação e Desindexação dos Salários. *In Anais do 1º Seminário de Direito do Trabalho*. Belo Horizonte: Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, janeiro de 1996.

_____. *Iniciação ao Direito do Trabalho*. 27. ed. São Paulo: LTr, 2001 (também 26. ed.: 2000; 24. ed.: 1998; 23. ed.: 1997; 21. ed.: 1994; 17. ed.: 1991).

_____. *Teoria Geral do Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1998.

NEVES, Magda de Almeida. As Transformações no Mundo do Trabalho: crise e desafios. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, n. 57, Belo Horizonte, julho a dezembro de 1997.

O ESTADO DE MINAS. 26 de outubro de 2007, p. 7: Greves com regras definidas.

O ESTADO DE S. PAULO. 26 de outubro de 2007, p. A-4: Supremo decide que corte de ponto vale para grevistas do setor público.

OLIVEIRA, Aristeu de. *Rescisão do Contrato de Trabalho*. São Paulo: Atlas, 2001.

OLIVEIRA, Christiana D'Arc Damasceno. *(O) Direito do Trabalho Contemporâneo*. São Paulo: LTr, 2010.

OLIVEIRA, José César de. Formação Histórica do Direito do Trabalho. *In BARROS, Alice Monteiro de (Coord.)*. *Curso de Direito do Trabalho*. V. I. São Paulo: LTr, 1993.

OLIVEIRA, Oris de. O Trabalho Educativo, in: *Revista LTr*, São Paulo: LTr, v. 63, n. 4, abril de 1999.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Proteção Jurídica à Saúde do Trabalhador*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2011 (4. ed. São Paulo: LTr, 2002).

PACHECO, Iara Alves Cordeiro. Cooperativas de Trabalho X Intermediação de Mão de Obra. Porto Alegre: Síntese. *Revista Síntese Trabalhista*, ano VII, n. 85, julho de 1996.

PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel-Carlos. *Derecho del Trabajo e Ideología*. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1995.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *O Assédio Sexual na Relação de Emprego*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2011.

PAULA, Carlos Alberto Reis de. *O Aviso-Prévio*. São Paulo: LTr, 1988.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. V. I. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

_____. V. III, 10. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997.

PEREIRA, Ricardo José Macedo de Brito. *Recursos de Natureza Extraordinária no TST — Recurso de Revista e Embargos por Divergência — de acordo com a Lei n. 13.015/2014. Conforme novo CPC*. Salvador: JusPODIVM, 2015.

PINTO, José Augusto Rodrigues. *Curso de Direito Individual do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1995.

_____. *Direito Sindical e Coletivo do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1998.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

POCHMANN, Márcio. *O Emprego na Globalização — a nova divisão internacional do trabalho e os caminhos que o Brasil escolheu*. 2ª reimpressão. São Paulo: Boitempo, 2002.

POINCARÉ, Henri. *O Valor da Ciência*. Rio de Janeiro: Contraponto, 1995.

PORTO, Lorena Vasconcelos. *A Subordinação no Contrato de Trabalho — uma releitura necessária*. São Paulo: LTr, 2009.

POSE, Carlos. *Manual Práctico del Ius Variandi*. Buenos Aires: David Grinberg Libros Jurídicos, 1995.

PRADO, Roberto Barretto. *Tratado de Direito do Trabalho*. V. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.

QUINTANA, Lucio M. Moreno; SHAW, Carlos M. Bollini. *Derecho Internacional Público*. Buenos Aires: Libreria del Colegio, 1950.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. Coimbra: Armênio Amado, 1979.

RECASÉNS SICHES, Luiz. *Introducción al Estudio del Derecho*. 4. ed. México: Porrúa, 1977.

_____. *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho*. México: Porrúa, 1973.

REIS, Daniela Muradas. *O Princípio da vedação do Retrocesso no Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2010.

REIS, Nélio. *Alteração do Contrato de Trabalho*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1957.

RENAULT, Luiz Otávio Linhares; CANTELLI, Paula; PORTO, Lorena Vasconcelos; NIGRI, Fernanda. *Parassubordinação – em homenagem ao Professor Márcio Túlio Viana*. São Paulo: LTr, 2011.

RENAULT, Luiz Otávio Linhares. *Proteção ao Portador do Vírus HIV e ao Aidético: enfoque trabalhista a um projeto de lei*, in VIANA, M. T., e RENAULT, L. O. L. (Coords.). *Discriminação*. São Paulo: LTr, 2000.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. V. I, 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

REVISTA LTr. São Paulo: LTr, ano 61, n. 12, dezembro de 1997.

RIBEIRO, Lélia Guimarães Carvalho. *A Greve Como Legítimo Direito de Prejudicar*, in: FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa (Coord.). *Curso de Direito Coletivo do Trabalho — estudos em homenagem ao Ministro Orlando Teixeira da Costa*. São Paulo: LTr, 1998.

_____. *A Parceria Rural*. Belo Horizonte: RCJ. *Revista Ciência Jurídica*, ano XV, n. 97, p. 40-50, jan.-fev. de 2001.

RIVERO, Jean; SAVATIER, Jean. *Droit du Travail*. 13ª éd. Paris: Presses Universitaires de France, 1993.

ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. *O Moderno Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1994.

ROCCO, Alfredo. *Corso di Diritto Commerciale — Parte Generale*. Padova: La Litotipo-Editrice Universitaria, 1921.

RODRIGUES, Leôncio Martins. *Trabalhadores, Sindicatos e Industrialização*. São Paulo: Brasiliense, 1974.

RODRIGUES, Manuel Cândido. Contratos de Trabalho. Contratos Afins. Contratos de Atividade. In BARROS, Alice Monteiro de (Coord.). *Curso de Direito do Trabalho — estudos em homenagem a Célio Goyatá*. V. I, 3. ed. São Paulo: LTr, 1997.

RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1993 (também 3. ed., 2000).

ROMITA, Arion Sayão. Breves Considerações sobre Organização Sindical Brasileira. Curitiba: Genesis, in *Genesis — Revista de Direito do Trabalho*, n. 84, p. 809-820, dezembro de 1999.

_____. O Acesso ao Trabalho das Pessoas Deficientes Perante o Princípio da Igualdade. Curitiba: Genesis, in *Genesis — Revista de Direito do Trabalho*, n. 86, fevereiro de 2000.

_____. *O Poder Disciplinar do Empregador*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1983.

_____. O Sindicalismo na Atualidade. Curitiba: Genesis, in: *Genesis — Revista de Direito do Trabalho*, n. 90, p. 821-829, junho de 2000.

_____. *Sindicalismo, Economia, Estado Democrático — estudos*. São Paulo: LTr, 1993.

ROSSO, Sadi dal. *Jornada de Trabalho na Sociedade — o castigo de Prometeu*. São Paulo: LTr, 1996.

RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de Direito Civil*. V. I. São Paulo: Saraiva, 1971.

RUPRECHT, Alfredo J. *Os Princípios do Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1995.

RUSSOMANO, Mozart Victor. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. V. I e II, 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990 (também v. I, II e III, 2. ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1953).

_____. *Princípios Gerais de Direito Sindical*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

SAAD, Eduardo Gabriel. *Consolidação das Leis do Trabalho Comentada*. 30. ed. São Paulo: LTr, 1997.

SALGADO, Joaquim Carlos. Os Direitos Fundamentais. Belo Horizonte: UFMG. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, n. 82, p. 15-69, janeiro de 1996.

SANSEVERINO, Luiza Riva. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1976.

SANTINI, José Raffaelli. *Dano Moral*. Doutrina, jurisprudência e prática. São Paulo: Editora de Direito, 1997.

SANTORO-PASSARELLI, Francesco. *Noções de Direito do Trabalho*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

SANTORO-PASSARELLI, Giuseppe. Flessibilità e Rapporti di Lavoro, in: PASSARELLI, G. S. (Org.). *Flessibilità e Diritto del Lavoro — III*. Torino: G. Giappichelli Editore, 1997.

SANTOS, Anselmo Luis dos. Encargos Sociais e Custo do Trabalho no Brasil. In OLIVEIRA, Carlos Alonso Barbosa de; MATTOSO, Jorge Eduardo Levi. *Crise e Trabalho no Brasil — modernidade ou volta ao passado?* 2. ed. São Paulo: Scritta-Edições Sociais, 1997. p. 221-252.

SANTOS, Wanderley Guilherme dos. *Cidadania e Justiça — a ordem social na política brasileira*. Rio de Janeiro: Campus, 1979.

SCHIAVI, Mauro. *Manual de Direito Processual do Trabalho*. 9. ed. São Paulo: LTr, 2015.

SEMINÉRIO, Franco Lo Presti. Caráter, in: *Dicionário de Ciências Sociais*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1986.

SENA, Adriana Goulart de. *A Nova Caracterização da Sucessão Trabalhista*. São Paulo: LTr, 2000.

SENA, Adriana Goulart de; DELGADO, Gabriela Neves; NUNES, Raquel Portugal (Coord.). *Dignidade Humana e Inclusão Social — caminhos para a efetividade do Direito do Trabalho no Brasil*. São Paulo: LTr, 2010.

SILVA, Antônio Álvares da. *Direito Coletivo do Trabalho*. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

_____. *A Constitucionalidade da Convenção 158 da OIT*. Belo Horizonte: RTM, 1996.

SILVA, Fernando Teixeira da. Justiça do Trabalho Brasileira e Magistratura *Del Lavoro* Italiana: apontamentos comparativos. In CAIXETA, Maria Cristina Diniz et alii (Org.). *IV Encontro da Memória da Justiça do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2010, p. 74-75.

SILVA, Homero Batista Mateus da. *Curso de Direito do Trabalho Aplicado*. V. 10 — Execução Trabalhista. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, s.d.; 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982; 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2000 (também edição de 1993).

SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. *Principiologia do Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1997.

SILVA, Wilson Melo da. *O Dano Moral e Sua Reparação*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

SIQUEIRANETO, José Francisco. *Direito do Trabalho & Democracia — apontamentos e pareceres*. São Paulo: LTr, 1996.

_____. Flexibilização, Desregulamentação e o Direito do Trabalho no Brasil. In OLIVEIRA, Carlos Alonso Barbosa de; MATTOSO, Jorge Eduardo Levi. *Crise e Trabalho no Brasil — modernidade ou volta ao passado?* 2. ed. São Paulo: Scritta, 1997.

SIQUEIRA NETO, José Franciso; OLIVEIRA, Marco Antonio. Contrato Coletivo de Trabalho: possibilidades e obstáculos à democratização das relações de trabalho

no Brasil. In OLIVEIRA, Carlos Alonso Barbosa de; MATTOSO, Jorge Eduardo Levi. *Crise e Trabalho no Brasil — modernidade ou volta ao passado?* 2. ed. São Paulo: Scritta, 1997.

SOARES, Evanna. O Princípio da Razoabilidade no Direito do Trabalho. São Paulo: LTr. *Revista LTr*, v. 63, n. 9, p. 1183-1193, setembro de 1999.

SOUZA, Leticia Godinho de. *Direito do Trabalho, Justiça e Democracia — o sentido da regulação trabalhista no Brasil*. São Paulo: LTr, 2006.

SÜSSEKIND, Arnaldo. *Convenções da OIT*. São Paulo: LTr, 1994.

_____. *Direito Constitucional do Trabalho*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. *Direito Internacional do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1987.

SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas. *Instituições de Direito do Trabalho*. 8. ed. v. I e II. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1981.

SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA FILHO, João de Lima. *Instituições de Direito do Trabalho*. 19. ed. v. I e II. São Paulo: LTr, 2000.

TEIXEIRA FILHO, João de Lima. *Repertório de Jurisprudência Trabalhista*, V. VI. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1988.

TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

TEODORO, Maria Cecília Máximo. *O Princípio da Adequação Setorial Negociada no Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2007.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Do Contrato de Agência e Distribuição no Novo Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, in: *Revista dos Tribunais*, ano 92, v. 812, p. 22-40, junho de 2003.

VALLE, Márcio Ribeiro do. Execução das Contribuições Previdenciárias Emergentes das Decisões da Justiça do Trabalho — Lei n. 10.035, de 25.10.2000. São Paulo: LTr. *Revista LTr*, ano 64, n. 12, p. 1499-1503, dezembro de 2000.

VALOR ECONÔMICO. 3-4-5 de agosto de 2007, p. A-4: “Decisão do Supremo impede governos de contratar pela CLT”.

VELLOSO, Ministro Carlos Mário da Silva. A Greve no Serviço Público. In FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa (Coord.). *Curso de Direito Coletivo do Trabalho — estudos em homenagem ao Ministro Orlando Teixeira da Costa*. São Paulo: LTr, 1998.

VEZZULLA, Juan Carlos. *Teoria e Prática da Mediação*. Curitiba: Instituto de Mediação e Arbitragem do Brasil, 1998.

VIANA, Márcio Túlio. O Trabalhador Rural. In BARROS, Alice Monteiro de (Coord.). *Curso de Direito do Trabalho — estudos em homenagem a Célio Goyatá*, V. I. São Paulo: LTr, 1993 (2. ed., 1994).

_____. (Coord.). *Teoria e Prática da Convenção 158*. São Paulo: LTr, 1996.

_____. *Direito de Resistência*. São Paulo: LTr, 1996.

_____. Fundamentos e Tendências do *Jus Variandi*, Belo Horizonte: TRT. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho*, ano 26, v. 47-50, p. 41-49.

VIANA, Márcio Túlio e RENAULT, Luiz Otávio Linhares (Coords.). *Discriminação*. São Paulo: LTr, 2000.

_____. Conflitos Coletivos do Trabalho. Brasília-Porto Alegre: Síntese. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, v. 66, n. 01, jan.-mar. de 2000.

VIANNA, Luiz Werneck. *Liberalismo e Sindicato no Brasil*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989 (também 4. ed.: Belo Horizonte: UFMG, 1999).

_____. Sistema Liberal e Direito do Trabalho. São Paulo: CEBRAP. *Estudos CEBRAP*, n. 7, p. 115-149, jan.-mar de 1974.

VIANNA, Luiz Werneck *et alii*. *Corpo e Alma da Magistratura Brasileira*. Rio de Janeiro: Revan/IUPERJ, 1997.

_____. *A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. Princípios de Direito — Princípio Jurídico do Direito do Trabalho. In BARROS, Alice Monteiro de (Coord.). *Curso de Direito do Trabalho* — estudos em homenagem a Célio Goyatá. V. I. São Paulo: LTr, 1993 (2. ed., 1994).

_____. *Direito e Processo do Trabalho* — Estudos. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

_____. *Relação de Emprego: Estrutura Legal e Supostos*. São Paulo: Saraiva, 1975.

WEBER, Max. *Ciência e Política* — duas vocações. São Paulo: Cultrix, s. d.

WRIGHT, M. *Labor Law*. London: MacDonald and Evans, 1974.

CURSO DE DIREITO DO TRABALHO

OBRA REVISTA E ATUALIZADA CONFORME LEI DA REFORMA TRABALHISTA
E INOVAÇÕES NORMATIVAS E JURISPRUDENCIAIS POSTERIORES

18ª EDIÇÃO



O **Curso de Direito do Trabalho**, de Mauricio Godinho Delgado, é produto de sólida formação e experiência jurídicas, associando, na medida ideal, consistência teórica e espírito prático. Resulta, desse modo, em contribuição doutrinária diferenciada, que se torna imprescindível aos profissionais do Direito no Brasil.

A obra foi revista e atualizada, em conformidade com a Lei da Reforma Trabalhista e com as diversas inovações normativas e jurisprudenciais surgidas ao longo do ano de 2018.

Passados cerca de 14 meses do início da vigência da Lei n. 13.467 (que ocorreu em 11.11.2017), o livro buscou enfrentar, com técnica, equilíbrio e consistência, os diversos desafios abertos com a reforma trabalhista e seus desdobramentos no período subsequente, a par das demais mudanças inseridas na legislação e na jurisprudência do TST e do STF sobre o Direito do Trabalho. Com isso, o livro permite ao leitor a compreensão ampla e, ao mesmo tempo, minuciosa, a par de técnica, do sentido atual do Direito do Trabalho no Brasil.

LTR[®]

ISBN: 978-85-361-9973-3



9 788536 199733

6184.4